

O CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS E OS SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA

THE PORTUGUESE CIVIL CODE AND THE SUBJECTS OF THE JURIDICAL RELATIONSHIP

Mafalda Miranda Barbosa

Doutora em Direito (Ciências Jurídico-Civilísticas).
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC.

Resumo: Tradicionalmente, entendia-se que tinham personalidade jurídica as pessoas singulares e as pessoas coletivas. Hoje, questiona-se em que medida os animais e os entes dotados de inteligência artificial devem também ser integrados no elenco dos sujeitos da relação jurídica. Nas páginas que se seguem, procuraremos refletir sobre este eventual alargamento. Aproveitamos, ainda, o ensejo para analisar algumas questões controversas, designadamente a que tem a ver com o estatuto jurídico dos nascituros.

Palavras-chave: Personalidade jurídica. Nascituros. Animais. *Robots*.

Abstract: Traditionally, it used to be understood that the subjects of juridical relationship can either be individual persons or legal persona. However, nowadays, we must face a problem: to what extent animals and intelligent robots should be also integrated into the cast of subjects of legal relationship. In this paper, we will reflect on this possible enlargement. We also take the opportunity to analyse some controversial issues, in particular the legal status of unborn children.

Keywords: Juridical personality. Unborn children. Animals. Robots.

Sumário: Introdução. Delimitação do problema – **1** Aspectos controversos da disciplina civilística: a personalidade do nascituro – **2** O estatuto jurídico dos animais – **3** Outros sujeitos

Introdução. Delimitação do problema

O Código Civil português de 1966, fruto da forte inspiração germânica e do facto de, por isso, ter seguido a sistematização da Pandetística, unificou a sua sistematização em torno de uma categoria-chave, a relação jurídica. Não só as diversas partes especiais do diploma correspondem a um tipo de relação jurídica específico, como a parte geral, descontados que sejam os preceitos atinentes

às leis e sua interpretação, se organiza segundo a necessidade de disciplinar os diversos elementos dessa mesma relação jurídica: os sujeitos, o objeto, o facto jurídico e a garantia. Quer isto dizer que, ao mergulharmos no Código Civil, somos confrontados com inúmeras normas que regem os sujeitos, impondo-se uma questão prévia: quem pode ser sujeito para estes efeitos?

Há mais de cinquenta anos, o nosso legislador respondeu – não sem críticas de quem considerou que a pessoa era degradada a simples elemento estrutural de uma relação jurídica, a par de outros sujeitos – que os sujeitos da relação jurídica (i.e, aqueles que têm personalidade jurídica, entendida como a suscetibilidade para se ser titular de direitos e de deveres) são as pessoas singulares e as pessoas coletivas.

De então até hoje, a resposta continua inalterada. No entanto, não se ignoram as vozes daqueles que reclamam um alargamento das fronteiras da categoria, que deveria passar a integrar dentro dos seus limites outros que não as pessoas ou as organizações que estas constituíssem para prosseguir determinados fins.

Nas páginas que se seguem, iremos procurar refletir acerca da eventual ampliação do leque de sujeitos, ao mesmo tempo que questionaremos, a propósito dos tradicionais sujeitos, alguns aspetos ainda controversos na doutrina.

Deixaremos de lado outras questões que, sendo pertinentes, fogem do âmbito do que nos propusemos analisar. Assim, por exemplo, não abordaremos a atualíssima problemática das (in)capacidades de exercício de certos maiores, alvo de revisão legislativa recente, com a substituição dos anteriores regimes da interdição e da inabilitação pelo regime do acompanhamento de maiores. Nem nos debruçaremos sobre problemas relevantíssimos que animam a dogmática das pessoas coletivas. Os compreensíveis condicionalismos que um artigo desta índole nos impõe impedem-nos, de facto, de ser exaustivos.

1 Aspetos controversos da disciplina civilística: a personalidade do nascituro

Nos termos do art. 66º/1 CC, a personalidade jurídica adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. Quer isto dizer que todas as pessoas nascidas com vida são consideradas sujeitos de direito, podendo – com exceções mínimas (v.g. os arts. 1.601º, 1.850º e 2.189º CC) – ser, em regra, titulares de quaisquer direitos e quaisquer deveres, nisto se traduzindo a sua capacidade de gozo. Se nenhuma dúvida se coloca quanto à imperiosa necessidade de, em nome da dignidade que a predica, se reconhecer personalidade jurídica a qualquer pessoa singular, colocam-se problemas no tocante a saber se os nascituros são ou não considerados sujeitos de direito.

A questão suscita dúvidas do ponto de vista dogmático, para as quais não se encontra uma resposta fácil. Na verdade, se é certo que ao nascituro são reconhecidos direitos de natureza patrimonial e não patrimonial, o nº 2 do art. 66º CC dispõe que “os direitos que a lei reconhece ao nascituro dependem do seu nascimento”, e o nº 1 do mesmo artigo parece ser claro na determinação do momento em que se adquire personalidade.¹ Ora, se o nascituro é titular de direitos é porque tem suscetibilidade para o ser. Portanto, por que razão se aduz que a personalidade só tem início com o corte do cordão umbilical? As respostas que se oferecem para a questão são variadas e de variada índole.

Alguns autores mostram-se perentórios em afirmar que a personalidade jurídica tem início na concepção.² Como nos recorda Pedro Pais de Vasconcelos, o nascituro não é uma simples víscera da mãe, mas um ser humano pleno de dignidade, pelo que haverá de ser reconhecido como pessoa para o direito. Ou seja, o homem, por o ser, é necessariamente titular de direitos, donde não pode deixar de ser reconhecida a personalidade jurídica, porque “não é o texto da lei que permite afirmar ou refutar a personalidade jurídica das pessoas singulares”.³ Nessa medida, sustenta o civilista, o art. 66º CC deve ser interpretado no sentido da capacidade jurídica, tida como embrionária e condicionada, embora não se

¹ Sobre o ponto, para outros desenvolvimentos, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. Em busca da congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro – A perspetiva do direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, t. I, 2016. p. 23 e ss.

² Vide, nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2004. I/III. p. 297 e ss. (considerando que o nascituro tem pelo menos direito à vida, pelo que tem personalidade jurídica, mas defendendo que a capacidade de gozo está sujeita à condição suspensiva do nascimento); CAMPOS, Diogo Leite. O início da pessoa humana e a pessoa jurídica. *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001. p. 1257-1268; CAMPOS, Diogo Leite. Lições de direitos de personalidade. *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, LXVI, 1990. p. 162 e ss. (considerando que a personalidade se inicia com a concepção e que a regra contida no art. 66º/1 CC está ultrapassada); ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil – Teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. I. p. 50 e ss.; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 70 e ss.; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 104 e ss.; FRADA, Manuel Carneiro da. *A protecção juscivil da vida pré-natal – Sobre o estatuto jurídico do embrião*. Forjar o direito. Coimbra: Almedina, 2015. p. 243 e ss.; SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 156 e ss. (defendendo uma personalidade jurídica parcial para o nascituro e sustentando que ele é titular de direitos de personalidade, que não lhe podem ser negados. Capelo de Sousa, inclusivamente, sustenta que o art. 66º/2 CC apenas é aplicável aos direitos de natureza patrimonial, sob pena de sermos conduzidos a situações paradoxais para o direito); OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 34 e ss.; GONÇALVES, Gabriel Órfão. Da personalidade jurídica do nascituro. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. p. 533, considerando que o art. 66º CC foi revogado pelo art. 24º CRP; CHORÃO, Mário Bigotte. *O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*. Coimbra: Almedina, 2000. I; CHORÃO, Mário Bigotte. O problema da natureza e tutela jurídica do embrião à luz de uma concepção realista e personalista do direito. *O Direito*, 123, 1991. p. 584 e ss. Cf., ainda, BARBOSA, Mafalda Miranda. Em busca da congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro – A perspetiva do direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, t. I, 2016. p. 23 e ss.

³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p.116.

possa falar, a este propósito, de uma condição suspensiva, porque tal redundaria na afirmação de direitos sem sujeito. Também Menezes Cordeiro sustenta que o nascituro, porque tem pelo menos direito à vida, tem personalidade jurídica, embora a sua capacidade de gozo esteja sujeita à condição suspensiva do nascimento. O autor é explícito a afirmar:

a ideia de condição legal do nascimento acaba por corresponder à ideia fundamental subjacente ao artigo 66º. Não se trata de associar a personalidade ao nascimento: matéria complexa, em mutação, e para a qual o legislador de 1966, que nem refere o direito à vida, não estava preparado para regular; antes se visa neste preceito a capacidade. A capacidade (de gozo) relativa aos direitos patrimoniais está sujeita à condição suspensiva do nascimento.⁴

A referência explícita aos direitos patrimoniais leva-nos diretamente ao pensamento de Capelo de Sousa. Para o autor, deve ser reconhecida ao nascituro uma personalidade jurídica parcial, que se sustenta na titularidade necessária dos direitos de personalidade e na não aplicação do art. 66º/2 no que respeita aos direitos de natureza pessoal. O preceito restringir-se-ia, portanto, segundo a interpretação defendida, ao âmbito patrimonial, embora lidasse com a questão da personalidade e não da capacidade.⁵

Outra é a proposta interpretativa oferecida por Carneiro da Frada. Para o autor, o reconhecimento da personalidade jurídica a todo o ser humano é uma exigência indeclinável da juridicidade. Posto isto, o art. 66º/1:

deve ser interpretado tendo [...] em conta a superveniência de uma lacuna (depois da entrada em vigor do código civil) no plano da tutela da vida humana: a lacuna decorrente da necessidade, que os avanços científicos e tecnológicos evidenciaram entretanto, de dotar o sujeito, já desde a fase intra-uterina, de uma proteção capaz da sua vida e integridade física: uma lacuna que, devidamente integrada, sacrificando o menos possível o que possa ter sido o sentido originário pretendido para o artigo 66º/1, implica todavia sempre uma precisão desse

⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2004. I/III. p. 305.

⁵ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 156 e ss. O autor parece apartar, contudo, a questão da tutela da personalidade humana da questão do reconhecimento da personalidade jurídica. Veja-se, a este propósito, SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. I. p. 270. Cf., igualmente, SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 362, falando de uma personalidade parcial, reduzida, fracionária.

preceito que se desvia (possivelmente) daquele sentido inicial. [...] O legislador de 1966 não terá querido responder com o artigo 66º/1 ao problema da tutela do nascituro contra lesões à vida ou à integridade física. Terá pretendido sim introduzir um termo de certeza quanto ao início da personalidade jurídica, pondo do mesmo passo fim a discussões acerca da relevância da viabilidade do recém-nascido [...] Depois da entrada em vigor do Código Civil sobreveio a percepção da conveniência de uma tutela intra-uterina da vida humana mais ampla, a implicar a necessidade de reconhecer a personalidade jurídica ao nascituro muito para além dos casos expressamente previstos pelo legislador.⁶

Assim, continua Carneiro da Frada:

não pode dizer-se que o artigo 66º/1 faça do nascimento uma condição *sine qua non* – ou seja, uma condição absolutamente necessária – da aquisição da personalidade. Na verdade, ao estabelecer que a personalidade se adquire com o nascimento completo e com vida, esse preceito só impõe que o nascimento seja tido como condição suficiente da personalidade.⁷

O autor propõe, então, uma reinterpretação do preceito ao nível probatório, vendo “nesse preceito uma norma que diz respeito à verificação da prova do suposto de facto subjacente ao reconhecimento da personalidade jurídica – a existência de uma vida humana –, distribuindo o respetivo ónus”.⁸

Ou seja, se o art. 66º/1 fixa o início da personalidade jurídica no momento do nascimento por razões de segurança jurídica, dado o “caráter oculto, extremamente não aparente ou socialmente equívoco do início da vida humana e das suas vicissitudes na fase intra-uterina”,⁹ então “caso se demonstre que um dado nascituro existia (apesar de não ter ocorrido um nascimento), cessa essa razão que pode, ainda hoje, justificar o art. 66º/1”.¹⁰

⁶ FRADA, Manuel Carneiro da. *A protecção juscivil da vida pré-natal* – Sobre o estatuto jurídico do embrião. Forjar o direito. Coimbra: Almedina, 2015. p. 248 e ss.

⁷ FRADA, Manuel Carneiro da. *A protecção juscivil da vida pré-natal* – Sobre o estatuto jurídico do embrião. Forjar o direito. Coimbra: Almedina, 2015. p. 251.

⁸ FRADA, Manuel Carneiro da. *A protecção juscivil da vida pré-natal* – Sobre o estatuto jurídico do embrião. Forjar o direito. Coimbra: Almedina, 2015. p. 251.

⁹ FRADA, Manuel Carneiro da. *A protecção juscivil da vida pré-natal* – Sobre o estatuto jurídico do embrião. Forjar o direito. Coimbra: Almedina, 2015. p. 251.

¹⁰ FRADA, Manuel Carneiro da. *A protecção juscivil da vida pré-natal* – Sobre o estatuto jurídico do embrião. Forjar o direito. Coimbra: Almedina, 2015. p. 251.

Carneiro da Frada propõe, portanto, uma redução teleológica para o preceito. Esta interpretação, sendo meritória pela imperiosa necessidade de proteção do nascituro no tocante aos seus direitos de personalidade, tem de ser articulada com o art. 66º/2. Na verdade, o segmento normativo determina que os direitos que a lei reconhece ao nascituro dependem do seu nascimento. Ora, se isto reforça a ideia de que, de facto, os nascituros são titulares de direitos – e como tal sujeitos para o direito –, suscita-se uma dúvida: uma vez provada a existência do nascituro a condição imposta pelo nº 2 do art. 66º deixa de se aplicar? Do ponto de vista da tutela dos direitos de personalidade, essa é, como vimos, a única solução defensável. Contudo, do ponto de vista patrimonial, parece haver razões que justifiquem a restrição ordenada pelo ordenamento jurídico: a necessidade de certeza jurídica no que toca à transmissão de bens e a urgência de evitar retransmissões complexas.¹¹ Dir-se-á, então, que, estabelecendo – com inversão do ónus da prova – a personalidade jurídica de todo o ser humano desde a concepção, o art. 66º/1 seria depois complementado pelo art. 66º/2, que só não se aplicaria aos direitos de natureza pessoal. Mas, a aceitar-se esta visão normativa, ter-se-ia de concluir que, afinal, o que estava em causa ao nível do nº 2 do preceito seria a capacidade de gozo e não a personalidade jurídica. A perspetiva de Carneiro da Frada não distaria, portanto, sobremaneira, do que outros autores já tinham proposto, embora com outro caminho de argumentação. No fundo, o que o autor pretende é justificar a ideia de que o nascituro tem personalidade jurídica, que lhe garanta uma ampla proteção, admitindo, porém, que possa haver limitações em matéria de capacidade de gozo.¹²

Qualquer das posições expendidas até agora comunga de uma nota personalista. A preocupação cimeira é a proteção do nascituro, interpretando-se as soluções legais à luz da exigência ético-axiológica comunicada pelo estatuto de pessoa que àquele já se reconhece. Trata-se, portanto, de uma visão que contrasta com uma perspetiva mais dogmaticamente cunhada, ancorada na pureza da conceptualização que foi acolhida pela civilística pátria. Diversos autores, sem perder de vista a necessidade de proteção do nascituro, adotam construções que procuram solucionar o problema em apreciação. Confrontam-se, então, diversas posições para explicar a atribuição de certos direitos aos nascituros não acompanhados do reconhecimento da sua personalidade jurídica.

Uma possível explicação passa pela ideia de retroação da personalidade jurídica. Embora a suscetibilidade para ser titular de direitos só surja com o nascimento, a aptidão retroage até ao momento da concepção. A solução já era defendida na

¹¹ Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2004. I/III. p. 306.

¹² Admitindo, também, uma capacidade jurídica não plena do nascituro, cf. LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2004. p. 125 e ss.

vigência do Código de Seabra por autores como Dias Ferreira¹³ e viria a ser acolhida por Dias Marques.¹⁴ Na sua pureza, enquanto o nascimento não ocorresse e, portanto, enquanto não se desse a retroação da personalidade jurídica, seríamos confrontados com direitos sem sujeitos. Esta ideia de direito sem sujeito é, na verdade, mobilizada por muitos autores no quadro em que nos movemos. Haveria, temporariamente, um direito ao qual não corresponderia um sujeito.¹⁵ A tese é proposta também para explicar outras realidades, como o abandono de um título ao portador ou a herança jacente (2.046^o CC). A problemática da aceitação de direitos sem sujeitos é, por isso, mais ampla do que a discussão acerca da posição jurídica do nascituro.¹⁶ Ela seria compatível com a ideia de uma personalidade jurídica sujeita a uma condição suspensiva. Para certa doutrina não se poderia falar de uma personalidade sujeita a uma condição suspensiva, sequer seria perfeitamente concebível a ideia de um direito titulado pelo nascituro. Este não seria titular de direitos, mas de uma mera expectativa.¹⁷ De todo o modo, poderia ser reconhecida ao nascituro uma proteção objetiva.¹⁸

A solução do problema de base com que nos confrontamos não poderá esquecer alguns dados essenciais. Assim e rememorando ideias-chave, importa não esquecer que o embrião e o feto são seres humanos, aos quais não pode, portanto, por razões éticas imperiosas, deixar de ser reconhecido o estatuto de pessoa. É claro que, no plano teórico-conceptual, é possível cindir as duas realidades: o ser humano apresenta-se como uma dimensão ôntico-antropológica; a pessoa afirma-se como uma categoria ética. Contudo, a negação da dignidade

¹³ FERREIRA, Dias. *Código Civil portuguez anotado*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1894. I. p. 11 e ss.

¹⁴ MARQUES, Dias. *Direito civil*. Lisboa: [s.n.], 1955. p. 59 e ss.

¹⁵ Cf. MOTA PINTO, C. A. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 202 e ss. De notar, porém, que Mota Pinto fala de direitos sem sujeitos em sentido não próprio, preferindo explicar estas situações como estados de vinculação de certos bens, em vista do surgimento futuro de uma pessoa com um direito sobre eles – cf., na obra citada, p. 197 e ss.; MENDES, João Castro. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: AAFDL, 1978. I. p. 105 e ss.; FERNANDES, Luís Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Lisboa: UCP, 2001. I. p. 195 e ss. Para uma crítica da ideia de estados de vinculação de certos bens, cf. CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Centelha, 1981. p. 85. Diz-nos o autor que, nesse caso, teríamos que admitir uma extinção objetiva do direito, seguida, mais tarde, de uma aquisição originária, o que não deve ser aceite, uma vez que se deve aplicar a estas situações o princípio *nemo plus iuris in alium transfere postest quam ipse habet*.

¹⁶ Por exemplo, Capelo de Sousa admite a existência de direitos sem sujeito – uma vez que o direito subjetivo é um poder jurídico diferente do efetivo poder material que se exerce, pelo que se pode admitir a existência transitória de um direito que ainda não foi adquirido, ou seja, ele não é inseparável da sua titularidade atual – mas considera que, no tocante aos nascituros, já se pode falar de uma personalidade jurídica parcial.

¹⁷ Cf. LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. reimpr. da 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. I. p. 34. No direito mais antigo, cf. MONCADA, Cabral. *Lições de direito civil*. Coimbra, 1932. I. p. 253 e ss.

¹⁸ Cf. HÖRSTER, Henrich Edwald. *A parte geral do Código Civil português*. reimpr. 1992. Coimbra: Almedina, 2014. p. 299 e ss.

que anda associada à última a qualquer ser humano, a adoção de uma lógica gradativa em relação a este ou o estabelecimento de parâmetros aferidores da personalidade implicam a desdignificação do homem ou de alguns homens, com todos os perigos que lhe andam associados. Aliás, as experiências históricas que protagonizaram tal cisão acabaram por demonstrar à sociedade o risco da índole de pensamento que se denuncia.

O ordenamento jurídico português – como qualquer ordenamento jurídico que o seja verdadeiramente – reconhece a personalidade humana do nascituro e dispensa-lhe a adequada tutela. Como referido anteriormente, o nascituro é protegido nos seus direitos de personalidade, abrindo-se as portas a pretensões indemnizatórias em casos de atentado à vida e à integridade física;¹⁹ os pais – como titulares das responsabilidades parentais – representam o filho mesmo que ainda não tenha nascido; o pai pode perfilhar o nascituro, desde que cumpridos os requisitos do art. 1.855º CC.²⁰ Por aqui se denota que o filho não nascido – embora já concebido – não é tratado como um mero objeto, simples bem jurídico ao qual é reconhecida tutela, mas como um verdadeiro sujeito. Repare-se, aliás, que os direitos que são atribuídos ao nascituro concepturo se restringem ao mínimo, não envolvendo as posições subjetivas ativas que reclamam, pela sua própria índole, necessariamente a presença de um sujeito, o que mostra bem a diferença e a compreensão subjetivista com que se capta o embrião.

O problema com que nos confrontamos passa, por isso, pela compreensão do que é a personalidade jurídica. A este propósito, ensina Orlando de Carvalho:²¹

é porque o homem é precisamente a pessoa [...] que se reconhece como pessoa sob o ponto de vista jurídico e, conseqüentemente, como sujeito para o direito. Daí que a personalidade humana seja um

¹⁹ Veja-se, quanto ao ponto, SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 161 e ss., referindo-se ao conteúdo do bem juridicamente tutelado da personalidade do nascituro concebido. Diz-nos o autor que “é [...] o conjunto representado pelo ser do nascituro concebido que merece integral proteção da lei, independentemente de também se configurarem tutelas especiais sobre alguns dos elementos ou manifestações da personalidade do concebido”. Rabindranath Capelo de Sousa considera que é tutelável a vida do nascituro. Note-se que o autor sustenta que não haverá responsabilidade nos casos taxativamente admitidos de interrupção de gravidez fundados em indicação legal. Importa, contudo, sublinhar que defendemos – contrariamente ao que sustenta o autor (mas com a consciência de que este não se pronunciou sobre uma solução de prazos, como a que está consagrada no nosso Código Penal, a qual, aliás, considera inconstitucional) – o direito à indemnização mesmo nos casos em que o aborto é praticado ao abrigo da hipótese de aborto *ad nutum*, admitido na lei penal. Capelo de Sousa integra, ainda, na tutela do nascituro a integridade física; a personalidade moral (devendo ser indemnizadas as ofensas decorrentes de injúrias e difamações ao nascituro).

²⁰ Cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 160.

²¹ CARVALHO, Orlando de. *Os direitos do homem no direito civil português*. Coimbra: Textos Vertice, 1973. p. 17 e ss.

prius da personalidade jurídica do homem [...] A personalidade jurídica não é algo que subsista por si mesmo, mas algo que subsiste apenas enquanto existe uma personalidade humana real. O que implica o repúdio de uma concepção normativista que faz do direito o criador *ex nihilo* da personalidade jurídica, que faz da personalidade jurídica uma pura e simples criação do direito. Não existe personalidade jurídica senão porque existe uma personalidade humana.²²

Decorrem deste entendimento, que se afasta de um normativismo que coloca a tônica da criação da personalidade jurídica nas mãos do legislador e de certo concetualismo, diversos corolários: a essencialidade (a personalidade jurídica é essencial, isto é, supõe a personalidade humana), a indissolubilidade (a personalidade jurídica é indissociável da personalidade humana, ou seja, existe desde que exista esta personalidade), a ilimitabilidade (a personalidade jurídica é tão ilimitada quanto a personalidade humana em que se funda, o que exclui as graduações da personalidade).²³

Estamos, então, autorizados a concluir que, porque se reconhece a personalidade humana ao nascituro, o ordenamento jurídico não pode deixar de lhe reconhecer, também, personalidade jurídica. É o resultado da sua indissolubilidade. Contudo, Orlando de Carvalho, a esse propósito, concretiza que a indissolubilidade “supõe tanto a irrecusabilidade da personalidade jurídica (a inadmissibilidade de qualquer forma de escravatura) como a impossibilidade da sua dilação, de não a fazer surgir logo que se dê o nascimento”.²⁴

A ser correto, como julgamos, o entendimento do autor, segundo o qual o reconhecimento (e não atribuição) da personalidade jurídica aos seres humanos surge como uma exigência da própria dignidade da pessoa, então, não pode existir qualquer preconceito relativamente ao nascituro. Podemos, portanto, concluir que o nascituro é pessoa e, como tal, deve ser pessoa para o direito. Aliás, ele pode ser (e é) titular de direitos, donde, obviamente, terá suscetibilidade (*em abstracto*) para ser um centro autónomo de imputação de relações jurídicas.

Ora, se assim é, então a referência ao nascimento como marco temporal essencial para a aquisição da personalidade jurídica há de ser explicada ou por

²² CARVALHO, Orlando de. *Os direitos do homem no direito civil português*. Coimbra: Textos Vertice, 1973. p. 18. Importa, contudo, não esquecer a personalidade coletiva e as diversas teorias que procuram explicar a sua natureza. Relativamente a elas, o autor aduz que são personalidades analógicas, isto é, construídas pelo direito, para melhor servir os interesses das pessoas.

²³ CARVALHO, Orlando de. *Os direitos do homem no direito civil português*. Coimbra: Textos Vertice, 1973. p. 21-23.

²⁴ CARVALHO, Orlando de. *Os direitos do homem no direito civil português*. Coimbra: Textos Vertice, 1973. p. 22.

uma prisão a um pensamento de índole formal e concetual herdado do mundo germânico e contaminado com uma nem sempre clara cisão entre esta personalidade jurídica e a capacidade, ou por uma qualquer *ratio* que permita fundar a solução.

O nascimento assume, neste quadro, relevância fundamental. Isto não quer dizer que a criança que nasce seja ontologicamente outro ser. Pelo contrário, o ser humano está em permanente evolução e a passagem da fase embrionária e fetal para a vida nascida configura, apenas, um marco desse *continuum* evolutivo.

A este propósito, Pedro Pais de Vasconcelos avança:

na fase pré-natal, a situação da pessoa tem duas características especialmente marcantes: o relacionamento pessoal exclusivo com a mãe e a precariedade. O relacionamento pessoal exclusivo com a mãe, com a concomitante ausência de relacionamento social, dispensa muito da complexidade e riqueza do estatuto jurídico das pessoas já nascidas; a precariedade da pessoa pré-nascida suscita a necessidade de regular os casos em que não chega a haver nascimento com vida. A limitação do relacionamento com a mãe impede a capacidade de exercício e dispensa a própria capacidade de gozo, salvo em matérias que são inerentes à própria qualidade de pessoa, como os direitos de personalidade e alguns limitados direitos de conteúdo patrimonial.²⁵

No fundo, a situação particular em que o nascituro se encontra determina a falta de necessidade de uma ampla titularidade de direitos, com exceção dos que se encontram incindivelmente ligados à personalidade humana. Ora, lembrando Orlando de Carvalho, “a personalidade humana é o *cur*, o *quando* e o *quantum* da personalidade jurídica”.²⁶ Quer isto dizer – e ainda de acordo com os ensinamentos do autor – que “não existe personalidade jurídica senão até ao ponto – mas verdadeiramente até ao ponto – que o exija a personalidade humana”.²⁷

No que respeita à construção dogmática da personalidade jurídica, importa, também, não esquecer a ampla influência que a sistemática civilística portuguesa sofreu da pandetística alemã. O homem surge, aí, como sujeito de relações jurídicas e, portanto, como um dos elementos da relação jurídica. Simplesmente, mais do que denunciar um tendencial formalismo, devemos entender que, na interpretação que se faça dos preceitos, não devemos ficar presos à vontade do

²⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 108.

²⁶ CARVALHO, Orlando de. *Os direitos do homem no direito civil português*. Coimbra: Textos Vertice, 1973. p. 19.

²⁷ CARVALHO, Orlando de. *Os direitos do homem no direito civil português*. Coimbra: Textos Vertice, 1973. p. 19.

legislador histórico. Mais do que não dever, não podemos, uma vez que a norma é agora entendida como uma norma-problema e não como um texto. Quer isto dizer que a norma vai ser interpretada na dupla transcendência dos princípios em que se louva e do caso concreto – com a sua intencionalidade problemática – que o convoca. Perante uma situação particular em que um dos bens da personalidade do nascituro está a ser lesado, olhamos para o art. 66º/1 CC e percebemos que, porque a ideia de personalidade jurídica deve ser compreendida à luz das exigências de sentido da ideia de personalidade humana, de pessoa, com a sua dignidade, se impõe a afirmação da personalidade jurídica do embrião ou do feto. É que, aí, nessa situação particular, ela é reclamada pela própria personalidade humana, tornando-se necessária. A *ratio* da referência ao nascimento – a desnecessidade de reconhecimento da personalidade jurídica – deixa de se verificar, pelo que se deve passar a reconhecer a qualidade de sujeito ao nascituro. É também por isso que o art. 66º/2 CC não se aplicará aos direitos de natureza pessoal.

Assim, cindimos a personalidade jurídica da personalidade humana: a primeira é um conceito técnico-operativo; a segunda é um conceito axiológico. Admitimos, portanto, que haja limitações da personalidade jurídica, quando comparada com a personalidade humana, ditadas pelas características específicas da personalidade concretamente em causa. Contudo, porque a interpretação do conceito operativo não pode deixar de se orientar pelo sentido ético-axiológico fundamentante, deixará de haver qualquer limitação sempre que a proteção da pessoa seja reclamada em concreto. Portanto, no caso de agressão ou ameaça de agressão aos direitos de personalidade do nascituro, afirmar-se-á, sem hesitação, a personalidade jurídica daquele.²⁸ Bem como sempre que estejam em causa direitos inerentes à personalidade, como são todos os direitos de natureza pessoal.

Em suma, a personalidade jurídica é – numa posição de recusa do normativismo – reconhecida e não atribuída às pessoas singulares. Traduzindo-se na suscetibilidade de se ser titular de direitos e de deveres, o facto de haver determinados direitos que são incindíveis do estatuto da pessoa (isto é, que existe onde e quando existir a pessoa) implica, necessariamente, que ao nascituro seja reconhecida a personalidade jurídica. Esta é, portanto, uma decorrência da dignidade da pessoa humana. E não se invoque, contra esta ideia, o poder conformador da normatividade do legislador, porque a própria norma há de ser interpretada na remissão para os princípios fundamentais e fundamentantes. Porém, poderá haver razões para dar um relevo especial ao nascimento, remetendo para esse marco o início da personalidade jurídica. É que a personalidade jurídica, não se confundindo com a personalidade humana (embora seja por ela reclamada), só existe

²⁸ Rememore-se, a este propósito, o brocardo *infans conceptus pro viato habetur, quoties e commodis ejus agitur* (a criança concebida tem-se por nascida sempre que seja vantajoso para ela).

na medida do necessário – a personalidade humana fixa, como ensina Orlando de Carvalho, o *cur*, o *quando* e o *quantum* da personalidade jurídica. Ora, as características peculiares da pessoa na sua fase embrionária podem determinar a falta de necessidade dessa personalidade jurídica. Por isso, não se aplicará o art. 66º/1 e 2, quando esteja em causa a urgência de salvaguardar a vida ou a integridade física do nascituro – nesse caso, a personalidade jurídica antecipa-se.²⁹

O que assim fica dito requer, não obstante, alguns esclarecimentos adicionais. É que, antecipando-se a personalidade jurídica nestas situações, antecipa-se também a capacidade de gozo de direitos, que, no caso dos nascituros, não será plena, mas limitada à medida do necessário para salvaguardar os bens jurídicos essenciais a que nos referimos.

Pergunta-se, então, por que razão não se afirma que o nascituro tem personalidade jurídica e se considera que o art. 66º/1 diz respeito à capacidade de gozo? Desde logo, importa considerar que, ainda que o art. 66º CC fosse interpretado no sentido de prever uma regra respeitante à capacidade de gozo de direitos, a redução teleológica explicitada anteriormente teria de ser operada, uma vez que é a capacidade de gozo que concretizará a esfera de direitos que o nascituro pode titular. Ou seja, de nada adiantaria reconhecer-se a personalidade jurídica se depois ela não fosse acompanhada da capacidade de gozo.

Posto isto, podemos pensar que, porque a personalidade jurídica é um conceito absoluto e só a capacidade de gozo é suscetível de conhecer restrições, seria mais consentâneo com os dados sistemáticos e dogmáticos, a colocação do problema em termos de capacidade. A solução não seria, porém, em termos prático-normativos, diversa daquela que se orienta pela personalidade jurídica.

A personalidade jurídica surge, na arquitetura do nosso Código Civil, como um conceito operativo. As pessoas singulares são colocadas – embora por diferentes razões – no mesmo plano das pessoas coletivas. No entanto, a natureza de uma e outra são díspares, embora unificadas num conceito idêntico. Isto quer dizer que a montante da personalidade jurídica existe uma outra realidade com cunho ético-axiológico: a pessoalidade ou personalidade humana. É esta que impõe uma ideia de suscetibilidade para se ser titular de direitos. A personalidade jurídica reclamada pelo estatuto e dignidade da pessoa verter-se-ia, depois, numa

²⁹ A nossa solução, embora apresente alguns pontos de contacto com a lição de Carneiro da Frada, afasta-se dos ensinamentos do autor, no que toca à questão metodológica e no que toca ao fundamento da redução teleológica operada. Note-se, ademais, que a nossa solução nos parece mais consentânea com a necessidade de proteção do nascituro e com o que é exigido pelo sentido ético-axiológico da pessoalidade que se lhe reconhece. Na verdade, colocar o problema do ponto de vista da capacidade de gozo pouco nos adianta, se não operarmos a redução teleológica do art. 66º, uma vez que será essa capacidade de gozo que concretizará a esfera de direitos que o nascituro pode titular. Esta referência à capacidade de gozo não esconde, porém, a necessidade de tecer mais alguns esclarecimentos em texto.

ideia de subjetividade jurídica. Esta seria embrionária no caso dos nascituros, exatamente pelas características próprias da sua personalidade. Portanto, o art. 66º CC referir-se-ia à personalidade jurídica, nessa vertente de subjetividade jurídica. Aquela existiria, porque o nascituro é pessoa. A titularidade dos direitos ficaria dependente do nascimento, com exceção daqueles que efetivamente fossem imprescindíveis para assegurar a incolumidade do nascituro, até porque a personalidade jurídica é mais ampla do que essa subjetividade.³⁰

Esta parece ser a solução mais consentânea com a intencionalidade da disciplina codicística. Em primeiro lugar, da articulação entre os arts. 66º e 67º CC permite-se concluir que se distingue, claramente, a personalidade jurídica da capacidade de gozo, não se autorizando, portanto, a leitura simbiótica proposta por alguns autores. Em segundo lugar, se se considerasse que os nascituros tinham amplamente personalidade jurídica (nessa vertente de subjetividade jurídica referida), estando em causa uma questão de capacidade de gozo, condicionada ao nascimento no caso dos direitos de natureza patrimonial, seríamos forçados a concluir que, porque se atribuem direitos aos nascituros concepturos, também estes teriam personalidade jurídica, o que, de facto, não se justifica.

Também Orlando de Carvalho, a propósito do problema jurídico dos nascituros, propõe um entendimento que “ultrapassa o simples quadro dos direitos patrimoniais dos nascituros e acaba com a equiparação entre concebidos e não concebidos”.³¹ Depois de o anunciar, refere o autor:

se nos fixarmos no quadro dos simples direitos patrimoniais – desses poucos e não necessários direitos patrimoniais dos nascituros –,

³⁰ CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Centelha, 1981. p. 81 e ss. Os ensinamentos do autor são a este nível fundamentais, razão pela qual rememoramos as suas palavras: “a personalidade jurídica é a projeção no direito (no mundo do normativo jurídico) da personalidade humana [...]. A personalidade jurídica traduz-se, em ordem ao mundo das relações jurídicas, em subjetividade jurídica, que é a qualidade de quem é sujeito de direito, ou seja, de quem tem a suscetibilidade abstrata de ser titular de direitos e de deveres, de ser sujeito de relações jurídicas, de ser sujeito de direitos. Se a personalidade jurídica, como projeção da personalidade humana, constitui juridicamente um *esse*, a subjetividade jurídica constitui um *posse*. Posse abstrato: não se refere a poder-se ser concretamente titular do direito a ou b, mas a poder-se ser abstratamente titular de direitos e obrigações. Nisso se distingue da capacidade jurídica [...] que é um *posse* concreto, relativo a direitos concretos. A subjetividade jurídica é uma qualidade diretamente dependente da personalidade jurídica, não dependente dos direitos e dos deveres que se reconhecem ao indivíduo em questão (sendo, por isso mesmo, algo de não quantificável, algo que ou se tem ou não se tem, mas que não se poder ter mais ou menos, em maior ou menor medida). Todavia, é um *posse* necessário: ninguém é verdadeiramente pessoa jurídica se não tiver a suscetibilidade abstrata de ser titular de direitos e deveres, se não tiver o estatuto permanente de sujeito de direito. O que não significa que a personalidade jurídica se esgote nessa suscetibilidade necessária que é a subjetividade jurídica, que o *esse* se resume a esse *posse*: a personalidade jurídica é, para o direito, não só um centro de decisão e um centro de imputação – papel que lhe é garantido com a subjetividade jurídica –, mas também um objeto de proteção, que não tutela essa subjetividade pura e simples (e que a subjetividade pode inclusivamente comprometer, pois não defende a personalidade contra o seu próprio arbítrio)”.

³¹ CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Centelha, 1981. p. 85.

é claro que não teremos senão núcleos de interesses na previsão de um sujeito jurídico inexistente: núcleos de interesses para cuja tutela se pode utilizar perfeitamente o direito subjetivo visto com mecanismo de tutela jurídica [...].³²

Os direitos encontrar-se-iam, então:

numa situação de quiescência, aguardando a verificação da previsão – o que não significa que não exista ou se reduzam a meros estados de vinculação de certos bens, pois esta ideia parece ser desmentida pela necessidade de se reconhecer aqui a existência de uma aquisição derivada.³³

Nessa medida, Orlando de Carvalho sustenta que os direitos dos nascituros são direitos, “embora sem uma personalidade que os ostente (mas um centro de imputação, um património)”.³⁴ Contudo, no que toca aos nascituros já concebidos adverte:

não são um nada humano, são já um embrião, uma firmada *spea vitae*. A personalidade humana não surge no nascimento *ex abrupto*: surge como termo de um processo biológico – há uma formação progressiva da personalidade [...] A tutela jurídica do embrião leva ao reconhecimento de direitos pessoais irredutíveis à mera ideia de um património autónomo [...] Há que repor, para os nascituros concebidos, a ideia clássica de que [...] a personalidade jurídica que lhes advirá pelo nascimento é à medida da respetiva personalidade humana, considerando-se como tutela dessa personalidade, como direitos dessa personalidade, os direitos respeitantes à defesa do indivíduo na fase meramente intra-uterina [...] Nesta ordem de ideias, se a personalidade jurídica só surge com o nascimento, deve considerar-se como integrando toda a tutela do indivíduo a partir do momento da concepção.³⁵

As palavras de Orlando de Carvalho iluminam-nos na solução que procuramos encontrar para a aparente dificuldade conciliatória entre a norma legal e os princípios em que esta se deve louvar. Embora não aderindo *in totu* à formulação do

³² CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Centelha, 1981. p. 85.

³³ CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Centelha, 1981. p. 85.

³⁴ CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Centelha, 1981. p. 85.

³⁵ CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Centelha, 1981. p. 85-86.

autor, não deixamos de louvar a separação analítica entre o domínio patrimonial e o domínio não patrimonial. De acordo com o seu entendimento, a personalidade jurídica (enquanto projeção da personalidade humana no mundo jurídico) é mais ampla do que a subjetividade jurídica que ela implica, impondo a tutela do nascituro desde a concepção. Ora, o que defendemos, indo além do que é expressamente admitido por Orlando de Carvalho, é que o nascituro, tendo personalidade jurídica (porque pessoa em sentido ético-axiológico), é titular de determinados direitos que são essenciais à proteção dessa mesma personalidade – nesse sentido ele terá subjetividade jurídica, em todos aqueles casos em que a *ratio* da previsão temporal do nascimento não se verifique e em que a necessidade de tutela se imponha, operando-se, assim, uma correção normativa da norma. É que, ao nível do direito civil, a proteção de que se cura passa, imperiosamente, pelo reconhecimento de tais direitos de personalidade.

2 O estatuto jurídico dos animais

Seguindo uma tendência que se vai experimentado além-fronteiras, o legislador pátrio sentiu necessidade de, no ano em que se comemoraram os 50 anos do Código Civil, introduzir alterações ao estatuto jurídico dos animais. Estes deixaram de ser vistos como coisas, para passar a assumir um estatuto próprio correspondente a um *tertium genus* entre as pessoas e as coisas. Nos termos do art. 201^D-B CC, “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”.

Não obstante terem deixado de ser considerados coisas, são ainda vistos como objeto de relações jurídicas, podendo sobre eles recair um direito de propriedade e sendo-lhes aplicáveis, subsidiariamente, as disposições relativas às coisas (art. 201^D-D CC). As alterações a que fazemos referência surgem na linha do que já se tinha feito noutros ordenamentos jurídicos³⁶ e não só não alteram

³⁶ Cf., na Áustria, a Lei Federal sobre o Estatuto Jurídico do Animal no Direito Civil veio introduzir, depois do §285 ABGB, definidor de coisa, o §285 a), que estabelece que os animais não são coisas, estando protegidos por leis especiais, embora as normas relativas às coisas lhes sejam aplicáveis quando outras disposições as não contrariem. Na Alemanha, com a *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im Bürgerlichen Recht* de 20.8.1990, veio-se alterar o BGB, que passa a contemplar o §90 a), nos termos do qual, “os animais não são coisas” e estão protegidos por leis especiais, embora lhes sejam aplicáveis as normas relativas ao direito das coisas. Também em França, altera-se a qualificação dos animais. Aqueles passam a ser mencionados no art. 528^o do *Code Civil* (relativo aos bens móveis) e no art. 524^o CC (relativo aos bens imóveis) como objeto, mas ao lado dos “corps qui peuvent se transporter” e ao lado dos “objets que le propriétaire d’un fonds y a placés pour le service et l’exploitation de ce fonds”. Não obstante, continuam a ser tematizados do ponto de vista do objeto dos direitos. No ordenamento jurídico suíço, o art. 641 a) ZGB (1) considera que “os animais não são coisas”; e o n^o 2 do mesmo preceito

o elenco de sujeitos da relação jurídica, como não acarretam uma modificação substancial da proteção que àqueles é dispensada.³⁷

Este não é, porém, um ponto incontroverso, razão pela qual se afigura importante avançar com alguns argumentos que ferem de morte a subjetivação nestas hipóteses.

2.1 A irresponsabilidade dos animais

Em primeiro lugar, não é possível pensar na titularidade de direitos sem que se afirme a respetiva responsabilidade. Ora, no caso dos animais, tal não se afigura viável. Simplesmente, a clareza do que se advoga é objetada pelos defensores da causa teriofílica pela invocação da posição de todos os seres humanos que, porque se encontram numa situação de fragilidade e dependência – seres humanos ainda não nascidos ou em estados vegetativos e outros, *v.g.* –, não poderiam ser responsabilizados pelas suas ações.

Se a previsão de incapacidades de exercício no mundo negocial se explica pela necessidade de proteção do próprio incapaz, a inimputabilidade resulta da incapacidade natural para ser responsabilizado, uma vez que, encontrando-se em condições tais que afastam a determinação cognitiva e volitiva, o agente não é passível de um juízo de culpa. Contraria-se, assim, mas só aparentemente, a caracterização do ser humano como alguém livre e por isso responsável, longe da individualidade e próximo da pessoalidade. Só que, com isto, não dizemos que só é pessoa aquele que é responsável. Diz-se, antes, que a idoneidade, em abstrato, para responder pelas suas ações é a pedra de toque que, coligando-se dialeticamente com a liberdade, colora a pessoalidade. Diz-se mais que o afastamento dessa nota, positivamente perspetivada e entretecedora da sua essência, o condena ao desdignificante autismo individualista, pelo que deve ser, *a priori*,

dispõe que, “na medida em que não existam preceitos especiais relativos aos animais, aplicam-se a estes os preceitos relativos às coisas”. Para outros desenvolvimentos, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. Breve reflexão acerca do problema do estatuto jurídico dos animais: perspectiva jus-civilista. *Boletim da Faculdade de Direito*, 2013. Veja-se, ainda, sobre o ponto, com algum desenvolvimento, a propósito do ordenamento jurídico austríaco e alemão, FILIP-FRÖSCHL, Johanna. *O estatuto jurídico dos animais: coisas ou co-criaturas?* (versão inédita), de que recolhemos importantes informações; BYDLINSKY. Das Tier (K) eine Sache?. *RDW*, 1988. p. 157 e ss.; GIMPL-HINTEREGGER, Monika. Das Tier als Sache und Ersatz der Heilungskosten für ein verletztes Tier. *ÖJZ*, 1989. p. 65 e ss. Veja-se, ainda, BARBOSA, Mafalda Miranda. A recente alteração legislativa em matéria de proteção dos animais: apreciação crítica. *Revista de Direito Civil*, ano 2, n. 1, 2017. p. 47 e ss.; BARBOSA, Mafalda Miranda. Da inexistência de direitos dos animais à afirmação de deveres (apenas) indiretos em relação aos animais. *Boletim da Faculdade de Direito*, 94, t. I, 2018. p. 693 e ss.

³⁷ Veremos, *infra*, um ponto importante da revisão legislativa que pode ter implicações prático-normativas evidentes.

rejeitado. Mas há que ter presente que, ao lidar com o homem histórico-concretamente situado, nos afastamos de abstrações de tipo racionalizante, pelo que há que indagar, em concreto, por referência a cada atuação, qual o grau de liberdade exercitada e qual o nível de autodeterminação alcançada. Podendo concluir-se que, naquele momento, elas estavam ausentes. Sem que com isto deixe de ser pessoa. Até porque se parte sempre do carácter excecional da não imputabilidade. Tal refrate-se em termos jurídico-positivos no critério de determinação da imputabilidade do agente no momento da sua atuação e na possibilidade de se ilidir a presunção a que somos conduzidos pelo nosso legislador (art. 488º CC). Qualquer ser humano, por o ser, é pessoa. Sendo-o, é livre e responsável. Se essa liberdade estiver, em concreto, excluída, não haverá responsabilidade, porque falha o enquadramento da imputação. O que não significa que deixe, aí, de ser pessoa e, como tal, merecedor da tutela do direito, por meio do reconhecimento de direitos de tipo subjetivo. E será que não é, então, possível, no que respeita aos animais, pensar que eles, embora não possam ser responsabilizados, devem ser titulares de direitos subjetivos? Não cremos que o argumento proceda, por diversas ordens de razões.

Assim, a lógica de excecionalidade que deixámos impressa *supra* não se aplica no caso dos seres irracionais. Por outro lado, os animais não são nunca – sob pena de nos enredarmos numa chocante desdignificação do ser humano, pela absolutização da sua animalidade – comparáveis aos humanos. E repare-se que não é a análise de uma qualquer característica ontológica que nos permite aceder a esse referente de sentido, mas o salto para um patamar axiológico que nos comunica tal intencionalidade.³⁸

2.2 A inexistência de um *continuum* das espécies

Contra o que se afirmou na alínea anterior, muitos autores vêm advogar uma identidade valorativa entre os seres humanos e os animais. Por isso, importa visitar algumas das posições a que aludimos, de modo a esclarecer qualquer dúvida.³⁹

³⁸ Já a própria dimensão onto-ontológica não imporia o reconhecimento dos animais como iguais aos seres humanos. Não só a dimensão de consciência (e para quem nela acredita, da alma) nos mostra o contrário, como a compreensão do papel dos animais no ecossistema em que nos integramos conduz ao reconhecimento do papel instrumental que aqueles têm para a humanidade, quer porque os homens necessitam matar os animais para sobreviver, quer porque, no seu habitat natural, os animais vivem em estado selvagem, imperando a lei do mais forte. Tudo o resto traduzir-se-á, afinal, numa tentativa de humanização dos animais que não é mais do que uma engenharia que o homem pretende levar a cabo.

³⁹ Para maiores desenvolvimentos, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. Breve reflexão acerca do problema do estatuto jurídico dos animais: perspectiva jus-civilista. *Boletim da Faculdade de Direito*, 2013.

Numa tentativa de simplificação da complexidade que avulta sempre no panorama cultural-ideológico, Fernando Araújo oferece-nos uma síntese das teses em confronto a este propósito, que vão – segundo o próprio anuncia – desde a recusa ao reconhecimento dos direitos dos animais.⁴⁰ Como teses centrais, encontraríamos as que admitem direta ou indiretamente um estatuto moral dos animais, “as primeiras funcionalizando essa admissão à primazia dos valores antropocêntricos”, enquanto as segundas “assentavam num descentramento da ética, ou da bioética”.⁴¹

No quadro das teses indiretas, Fernando Araújo integra a visão cristã (para a qual haveria uma hierarquia de seres vivos, no topo da qual estão colocados os seres humanos, o que redundaria numa hierarquização de interesses, pelo que os interesses dos animais poderiam ser subalternizados em função dos interesses dos humanos, que seriam os únicos merecedores de uma consideração moral);⁴² a tese cartesiana (para a qual os animais não têm alma, sendo o seu comportamento puramente mecanicista); a tese kantiana (segundo a qual só as pessoas conseguem libertar-se do jugo das paixões e dos instintos, só elas podendo agir autonomamente; pelo contrário, os animais são desprovidos de uma vontade livre e não têm um valor intrínseco, “servindo apenas para objetos da edificação moral da conduta humana pelo exercício de deveres indiretos”);⁴³ a tese contratualista (para a qual o direito só pode ser considerado justo se pudesse ter sido escolhido racionalmente em determinadas condições, pelo que os animais se excluíam *a priori*). Para qualquer uma delas, os interesses dos animais não são diretamente relevantes; são-nos “indiretamente porque a lesão de um interesse de um animal há-de ser a lesão direta do património do seu proprietário, ou daqueles cuja sensibilidade seja gravemente afetada pelo tratamento inconsiderado dos interesses de um não humano”.⁴⁴

Por seu turno, no quadro das teses diretas, encontramos interpretações inigualitárias que, embora aceitando a desigualdade dos animais, aceitam a possibilidade de consideração direta dos seus interesses; e posições igualitárias, para as quais “os animais são merecedores de uma consideração valorativa direta e do reconhecimento de um estatuto moral e jurídico em paridade com o dos humanos”.

⁴⁰ Cf. ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 334 e ss.

⁴¹ Cf. ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 334 e ss.

⁴² Cf. ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 334 e ss., que continuamos a acompanhar de muito perto, para explicitar a sua sistematização.

⁴³ Cf. ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 334 e ss.

⁴⁴ ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 334 e ss.

Falando de um mundo humano que se descobre na reescrita da natureza, Aroso Linhares analisa três caminhos teoricamente possíveis para cumprir o desiderato: dois a apresentar uma perspectiva da natureza que assimila o homem sujeito; um terceiro que “reage aos monismos das duas anteriores possibilidades e ao dualismo cartesiano” e “incide sobre a relação homem natureza e ensaia as possibilidades de uma dialética”.⁴⁵ Nesta terceira via, integra correntes como o humanismo de inter-relação (e a sua ética de responsabilidade), a ecologia social,⁴⁶ o ecologismo personalista de Jesus Ballesteros,⁴⁷ o individualismo prático de Luc

⁴⁵ Cf. LINHARES, Aroso. A ética do continuum das espécies e a resposta civilizacional do direito – Breves reflexões. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXIX, 2003. p. 202-203.

⁴⁶ A ecologia social é um conceito criado por Elisée Reclus e aproveitado por Murray Bookchin nos anos 60 do século XX. Parte da ideia de que os problemas ecológicos têm a sua origem em problemas sociais e resultam da aceitação de um modo de vida hipercompetitivo, sendo imperioso fazer face àqueles através de comportamentos individuais que apontam para um consumismo ético. Pugna, portanto, por um desenvolvimento sustentável e integra o homem e a sociedade na própria natureza.

⁴⁷ BALLESTEROS, Jesus. *Ecologismo personalista: cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*. Madrid: Tecnos, 1995. Jesus Ballesteros propõe-se a refletir sobre as relações entre o homem e a natureza e procura superar o antropocentrismo (que afirma a autossuficiência do homem, justificando a predação da natureza) e o biologismo (que coloca o homem ao lado das outras espécies). Para o ecologismo personalista, o homem depende da natureza, mas tem uma especial dignidade que o obriga a cuidar do resto da criação e dar primazia ao problema das suas condições de vida. Isto conduz, no quadro político, à adoção de medidas de salvaguarda do planeta e, no âmbito da economia, à luta contra a sacralização do mercado. No quadro jurídico, a principal prioridade deverá ser o reconhecimento do direito à vida, como superior a qualquer outro direito. Esta prioridade mostra-se especialmente importante no âmbito da família, para garantir o direito dos mais frágeis, tanto os que já existem, como os que podem vir a existir. Do autor, veja-se, ainda, BALLESTEROS, Jesus. *Ecopersonalismo e direito ao meio ambiente*. Revista *Electrónica do Curso de Direito da UFSM*, v. 3, n. 1, 2008. Olhemos para as palavras do autor: “No modelo tecnocrático, crê-se na disponibilidade ilimitada da natureza, reduzida a um simples recurso ao serviço da propriedade privada e da criação de mercadorias segundo a visão do ser humano como homo faber [...]. A conceção biologicista própria da *Deep ecology* e de todas as atitudes que priorizam a espécie sobre os indivíduos baseia-se na superioridade do ecossistema como um todo (holismo) frente aos direitos da pessoa (considerada como parte), devido ao valor intrínseco de todo ser vivo. No fundo, pode ser vista como uma reedição da tese de Ulpiano sobre o direito natural, porém não se estendendo apenas aos animais, mas chegando até nos minerais. Tal posição estabelece um igualitarismo entre espécies que é incompatível com a declaração de direitos unicamente para o ser humano: conduz, por sua vez, à proibição do atuar humano na biosfera, negando a licitude da administração da natureza, como forma de evitar a deterioração das outras espécies. Assim, a natureza não poderia ser entendida como simples recurso, já que seria o único e verdadeiro sujeito. [...] Ser pessoa significa ser existente; por conseguinte, é um ser necessitado quanto ao conjunto da realidade: Deus, a natureza, os outros seres humanos. E, ao mesmo tempo, ser excelente, por sua capacidade de cuidado. [...] Para o ecopersonalismo, os problemas ambientais fundamentais são aqueles relacionados com as condições de vida do ser humano, ou seja, com a saúde, a fome, a sede, e naquilo que lhe afeta, a desertificação e a perda da biodiversidade. Trata-se de proteger a integridade dos elementos físicos que possibilitam a vida, como a água, o ar e a terra e a conservação dos ecossistemas. [...] Direito ao meio ambiente implica interdependência, liberdade positiva e democracia participativa, opondo-se à liberdade como independência, liberdade negativa e democracia como uma simples renovação das elites”. Cf., ainda, CREPALDI, Giampaolo; TOGNI, Paolo. *Ecologia ambiental e ecologia humana – Políticas do ambiente e doutrina social da igreja*. [s.l.]: Diel, 2008. Veja-se, em especial para o que nos interessa, p. 83: “pôr ao mesmo nível homem e natureza é um erro do mesmo tipo que fazem aqueles que falam de direitos dos animais: de facto, titular de direitos só pode ser o indivíduo humano e, por analogia extensiva, a pessoa jurídica que, com efeito, outra não é senão uma forma de organização de uma pluralidade de indivíduos humanos [...]. Continuo a afirmar que quem fala de direitos dos animais

Ferry (e a sua teoria dos deveres para com a natureza)⁴⁸ e o humanismo prático de Ost.⁴⁹ Nos dois primeiros caminhos, cinde a perspectiva que olha para a natureza como tendo um valor intrínseco e passa a ser assumida como um sujeito⁵⁰ e a perspectiva que nos encaminha para o *Animal Liberation Movement*, o qual integra a posições de Peter Singer, de Paul Taylor, a posição explicativo-ontológica de Tom Regan, e a posição daqueles que propõem correções deontológicas, pragmático-normativas e prático-poiéticas para os igualitarismos de que partem.⁵¹

Peter Singer⁵² tem se destacado na causa da libertação animal. Integrando-se na corrente utilitarista⁵³ e evidenciando a influência do pensamento de Bentham,⁵⁴ o autor parte da consideração dos interesses e de dado entendimento do princípio da igualdade. Para Singer, o fundamento deste princípio⁵⁵ encontra-se ao nível daqueles interesses, ao ponto de se poder afirmar que o princípio da igualdade é o princípio da igualdade na consideração dos interesses.⁵⁶ Ele exige, pois, que se atribua o mesmo peso aos interesses semelhantes de todos os que são

não sabe o que diz: em termos corretos deveria eventualmente falar-se de deveres para com os animais, colocados naturalmente depois do homem”.

⁴⁸ FERRY, Luc. *A nova ordem ecológica: a árvore, o animal e o homem*. [s.l.]: [s.n.], 1994. Ferry critica a ecologia profunda (*deep ecology*) e sustenta que a natureza não pode ser sujeito de direitos porque não é um agente capaz de reciprocidade. Veja-se, também, MARQUES, Soromenho. *Regressar à Terra: consciência ecológica e política do ambiente*. [s.l.]: [s.n.], 1994. p. 73 e ss.

⁴⁹ Ost (*A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997) vem dizer que a natureza foi encerrada por duas perspectivas antagônicas: a que vê a natureza como um objeto e a que a transforma num sujeito. De certo modo, o homem deixou de perceber o que o liga à natureza e simultaneamente o que o distingue dos outros seres (p. 9 e ss.). Se, com a modernidade, o homem foi transformado na medida de todas as coisas, verifica-se uma mudança de perspectiva que integra o homem na natureza, passando a pertencer à terra (p. 13). Por isso, Ost propõe uma terceira via de superação. A ecologia deixa de ser pensada em termos de ambiente das externalidades do homem, passando a ser este visto como um lugar de encontro, que é também cultura, sociedade humana, história.

⁵⁰ A propósito da *deep ecology* veja-se ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 245.

⁵¹ LINHARES, Aroso. A ética do continuum das espécies e a resposta civilizacional do direito – Breves reflexões. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXIX, 2003. p. 206.

⁵² SINGER, Peter. *Animal liberation*. 2. ed. New York: [s.n.], 1990. Veja-se, igualmente, SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993.

⁵³ O objetivo da atividade política é o da maximização do bem-estar, felicidade. Os atos passam a ser valorados de acordo com o impacto que têm em termos de aumento ou diminuição da felicidade.

⁵⁴ Bentham não só é um utilitarista, como mostra uma particular preocupação com a questão animal, falando da igual capacidade destes para sentir dor. Cf. BENTHAM, Jeremy. *An introduction on the principles of morals and legislation*. [s.l.]: [s.n.], 1789. Cap. 7, §1.

⁵⁵ Singer recusa que a ideia de igualdade possa assentar, por exemplo, no reconhecimento de uma personalidade moral a todos os homens. Para ele, “ter uma personalidade moral é uma questão de grau” e a verdade é que, se “há pessoas altamente sensíveis a questões de justiça”, outras têm apenas uma consciência limitadas desses princípios (SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 16 e ss.). Além disso, questiona onde é que é possível traçar a linha mínima de fronteira a partir da qual se pode começar a falar de personalidade moral. Acresce que, para o autor, nem todos os seres humanos devem ser tidos como pessoas morais no sentido mais íntimo.

⁵⁶ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 19.

afetados pelas nossas ações. Mais esclarece o autor que devemos considerar o interesse em si: o princípio da igualdade na consideração dos interesses proíbe que a consideração dos interesses do outro dependa das suas capacidades ou características.⁵⁷ Em consonância com isto, Singer defende que ele não se pode limitar aos seres humanos, devendo estender-se também aos animais. Com efeito, se a nossa preocupação pelo outro não depende do seu aspeto, nem das suas características, o facto de algumas pessoas não pertencerem à nossa raça não nos dá o direito de as explorar. Mas isto também se estende a alguns seres não humanos. O cerne do problema não é saber se os animais podem pensar ou falar, mas se são ou não capazes de sofrer.⁵⁸ Segundo nos explica Fernando Araújo:

se não admitimos discriminações entre seres humanos apesar da diferença entre eles, fica clara a ilegitimidade de uma demarcação pseudo-factual entre humanos e não humanos que não passaria de uma discriminação igual àquelas que proscrevemos dentro da espécie humana.⁵⁹

Assim, os animais têm um direito ao não sofrimento.⁶⁰ Combatendo o especismo, Singer defende que, se todos os seres vivos têm interesse em não sofrer, devem ser considerados de forma igualitária, decorrendo daí a necessidade de combater toda e qualquer prática que provoque dor aos animais. Para Singer, “se um ser não é capaz de sofrer, nem de sentir felicidade, então não há nada para tomar em consideração”. De acordo com as suas palavras, “o limite da senciência (capacidade de sofrer/de sentir prazer) é a única fronteira defensável” em termos

⁵⁷ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 20. Note-se, ademais, que a igualdade na consideração dos interesses não dita uma exigência de tratamento igual. O autor oferece um exemplo: após um terramoto, somos confrontados com duas vítimas: uma com uma perna esmagada; outra com um ferimento numa anca com dores ligeiras. E só restam duas doses de morfina. O interesse em causa é o interesse de aliviar a dor. Um tratamento igual ditaria que cada dose fosse dada a cada uma das duas vítimas. Simplesmente, uma dose pouco impacto teria no alívio da dor de quem tem a perna esmagada. No fundo, faria mais sentido que se administrassem as duas doses que sobram ao que sofre mais, ficando-se, assim, com duas pessoas com dores ligeiras. No fundo, consoante podemos perceber pela análise da obra de Singer, segue-se o princípio da diminuição da utilidade marginal, tão caro a alguns economistas.

⁵⁸ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 42-43.

⁵⁹ ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 339

⁶⁰ Entre nós, cf. ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 95. Para o autor, “se existe um fundamento para a moralidade humana, então esse fundamento será o desejo de estabelecermos as condições de uma existência segura e livre de medo e de sofrimento”, o que nos “assegura o trânsito entre a condição humana e a condição não humana”. Ou seja, a capacidade de sofrimento surge como um prerequisite para a existência de interesses e permite defender a tese da igualdade de consideração de interesses entre humanos e não humanos.

de preocupação pelo interesse alheio.⁶¹ A este leque de ponderações associa-se a ideia utilitarista em que o autor se estriba. Nessa medida, na comparação devida entre os interesses, devemos dar prioridade ao mais forte e ao alívio do maior sofrimento.⁶²

⁶¹ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 43. O igualitarismo entre seres humanos e animais sobre o qual Singer advoga é de tal forma radical que chega a afirmar que um cavalo adulto é um animal mais racional e mais sociável do que um recém-nascido de um mês. E questiona, a páginas 45, “se estamos abertos a permitir experiências em animais, também estamos preparados para admitir experiências em bebês humanos e deficientes intelectuais profundos?”. A asserção, que causa repulsa instantânea, será objeto de ulteriores ponderações.

⁶² Como na ponderação de interesses a que somos conduzidos pelo pensamento de Singer, seres humanos e animais são tratados em termos de perfeita continuidade e igualdade. O autor encontra aqui a base de sustentação para uma série de ideias muito típicas do movimento de libertação animal, mas que nele são levadas, em alguns casos, ao extremo, sobretudo pela comparação com a forma como lida com as pessoas. Assim, por exemplo, no que respeita à utilização de animais na alimentação, Singer mostra-se abertamente contra tal prática sempre que os animais sejam submetidos a condições de vida miseráveis, designadamente quando esteja em causa a produção industrial de animais. Já não é tão veemente no que diz respeito ao consumo de carne não acompanhado do sofrimento do animal. Ainda assim, e porque a ponderação do valor da vida tem de ser feita autonomamente, olhemos para as palavras do autor (não porque delas possamos retirar quaisquer ensinamentos, mas porque nos permitem ilustrar aquela que será *infra* a nossa argumentação sobre a sua perspetiva). Para Singer, a maioria das pessoas não pode defender a sua dieta dizendo que o seu interesse em sobreviver, alimentando-se de animais, se sobrepõe ao interesse dos animais que se matam. Temos aqui, na conceção do autor, um interesse humano menor (prazer pelo sabor da carne) (SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 47). Descontada que seja a necessidade de carne e seus derivados para a saúde humana, facto que o autor parece deliberadamente desconhecer e chega a negar, explica que o argumento contra a utilização de animais na alimentação ganha especial relevância quando os animais são submetidos a condições de vida miseráveis. É claro que o autor admite que este raciocínio não nos obriga a aderir ao vegetarianismo, uma vez que certos animais ainda pastam livremente nos campos. Continua, porém, a ser duvidoso que o seu uso para alimentação seja comparável com a igualdade na consideração dos interesses. Simplesmente, a questão da vida tem de ser tratada autonomamente. Por isso, a partir da p. 60, Peter Singer interroga-se: “qual é o mal de matar?”. Um ser autoconsciente tem consciência de si como uma entidade distinta, com um passado e um futuro; tem desejos em relação ao próprio futuro. Tirar a vida de uma dessas pessoas sem o seu consentimento significa frustrar os seus desejos relativamente ao futuro; já matar um recém-nascido ou um caracol não frustra nenhuma aspiração deste tipo. Simplesmente, continua Singer, quando matam um ser autoconsciente, os desejos que ele tem relativamente ao futuro não continuam depois da sua morte. Significará isto que impedir a satisfação desses desejos não é importante? Há, no seio do utilitarismo clássico, um argumento contrário: se eu souber que posso morrer a qualquer momento, a minha existência ficará repleta de ansiedade. Daí a proibição de matar. Por isso, pode encarar-se mais seriamente a morte de um ser humano adulto do que de um animal. É claro que o argumento decai quando a morte ocorre em segredo, mas há outros argumentos que podem associar-se àquele no sentido de defender que a morte de um ser autoconsciente é mais grave do que a de um ser meramente consciente. Para o utilitarismo das preferências, há que ter em conta o desejo contrariado da vítima de continuar a viver. Além disso, para se ter um direito é preciso que se deseje aquilo a que se tem direito (para um ser ter direito à vida é necessário ser capaz de desejar a continuidade da sua própria existência) e há que ter também em conta o respeito pela decisão de cada um (cf. SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 131). No que respeita aos animais, Peter Singer dá conta de duas versões do utilitarismo: uma perspetiva de existência prévia vem-nos mostrar que é um mal provocar a morte a qualquer ser cuja vida seja provável que contenha ou possa vir a conter mais prazer que dor; uma perspetiva total chega a um resultado diferente, que pode conduzir a que se coma carne. Na verdade, quem come carne é responsável pela perda de prazer do animal. Mas também é responsável pela criação de mais animais, porque se as pessoas não comessem

A proposta de Singer não pode ser aceite. Sobre ela, diz-nos Aroso Linhares que o autor confunde o direito com a prescritividade convencional e estabelece um processo de construção-seleção de um programa de fins e, com isto, “exige que as tarefas de especificação material que asseguram um tal processo sejam confiadas a uma teleologia político-social específica ou à *voluntas* que a executa”.⁶³ Em termos mais amplos, podemos dizer que a convocação de uma racionalidade utilitarista, com a conseqüente transmutação do jurídico numa forma de engenharia social, contraria a intencionalidade especificamente jurídica. A substituição de categorias como a justiça pelas de utilidade e eficácia perde de vista a dignidade do ser humano e abre a porta a que o direito seja confundido com o que “é útil ao povo”.⁶⁴ Em termos mais específicos, percebemos claramente o perigo que a perspectiva envolve e a total desdignificação da pessoa que envolve. Peter Singer, em absoluta coerência com o seu ponto de partida, recusa a qualidade de pessoa a todos os seres humanos, ao mesmo tempo que a atribui a alguns animais. Aparecem como lugares-comuns nos seus escritos afirmações como:

a vaca, o porco, a galinha, numa comparação justa das características moralmente relevantes, ficam muito à frente do feto em qualquer

carne haveria menos animais. A primeira perda é compensada e este argumento da substituição pode levar-nos a não adotar um estilo de vida vegetariano. Ou seja, em certas circunstâncias, a morte de um animal não autoconsciente (seriam animais autoconscientes os chimpanzés, os gorilas, os orangotangos e outros mamíferos) pode não configurar um mal em si mesmo. Nessa medida, não sendo as galinhas autoconscientes, podendo ser mortas sem dor, não sendo as sobreviventes afetadas pela morte de um dos seus membros e tendo em conta que não poderíamos criar aves se não as comêssemos, podemos encontrar justificação – no argumento da substituição – para a morte das ditas galinhas. Mas não para a sua criação industrial. Salienta, porém, Singer que “em termos morais deveria rejeitar-se a alimentação com carne, a não ser que seja necessária para sobreviver”. A este propósito, veja-se, entre nós, ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 95 e ss., considerando que a capacidade de sofrimento é um prerequisite para a existência de interesses, o que permite defender a tese da igualdade entre seres humanos e animais; e 147 e ss. Sob a epígrafe “onde paráramos? No direito das bactérias?”, Fernando Araújo questiona: como podemos discriminar as espécies merecedoras e não merecedoras do reconhecimento de um direito ao não sofrimento? Será que com isso não temos de recorrer ao especismo como fator de discriminação entre espécies não humanas? Será que às bactérias também seriam reconhecidos direitos? Na verdade, mesmo do ponto de vista de Singer (que consideramos a todos os níveis desvalioso), não se percebe por que razão se distinguem as galinhas de outros animais. De facto, como o próprio jurista português parece reconhecer, é ainda um preconceito especista – que o primeiro autor tanto quer combater – que orienta a discriminação em causa.

⁶³ LINHARES, Aroso. A ética do continuum das espécies e a resposta civilizacional do direito – Breves reflexões. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXIX, 2003. p. 207

⁶⁴ A este propósito, cf. NEVES, Castanheira. Metodologia jurídica – Problemas fundamentais. *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, Coimbra, 1993 e NEVES, Castanheira. O funcionalismo jurídico – Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 136, n. 3940-3942. p. 3 e ss. (também publicado em NEVES, Castanheira. *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 3. p. 199 e ss.). Cf., também, NEVES, Castanheira. *Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 52.

estádio de gravidez. E se fizermos a comparação com o feto com menos de 3 meses, o peixe mostra maiores sinais de consciência [...].⁶⁵

A defesa do aborto torna-se, então, evidente.⁶⁶ Mas Singer vai mais longe e sustenta que alguns dos argumentos válidos para defender o aborto também são mobilizáveis para defender a morte de um bebê recém-nascido.⁶⁷

um bebê recém-nascido de uma semana não é um ser racional e autoconsciente e há muitos animais cuja racionalidade, autoconsciência, consciência, capacidade de sentir excedem a de um bebê com uma semana ou um mês de vida. A vida de um bebê com um mês possui menos valor do que a vida de um porco, de um cão ou de um chimpanzé.⁶⁸

O infanticídio passa a ser visto com bons olhos até a criança atingir um mês e o mesmo se passa com a eutanásia voluntária e involuntária de deficientes e pessoas com as capacidades cognitivas diminuídas.⁶⁹ A ideia de que as pessoas deficientes valem menos do que as outras e de que aqueles que perderam, por doença ou pelo decurso do tempo, as suas faculdades mentais têm uma vida

⁶⁵ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 95.

⁶⁶ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 95. Para o autor, enquanto não houver sensibilidade à dor, o aborto é "o fim de uma existência que não possui qualquer valor intrínseco. [...] Depois disso, quando o feto pode ter consciência, embora não autoconsciência, o aborto não deve ser encarado de ânimo leve. Mas os interesses importantes de uma mulher suplantariam os interesses rudimentares mesmo de um facto consciente. [...] Torna-se difícil condenar mesmo um aborto feito numa gravidez adiantada pelas razões mais triviais, a não ser que condenemos também a chacina de formas de vida de longe mais desenvolvidas devido ao gosto pela sua carne".

⁶⁷ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 115.

⁶⁸ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 116.

⁶⁹ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 123. Para o autor, a eutanásia é não voluntária quando o sujeito nunca teve a capacidade de optar por morrer ou viver. É esta a situação dos bebês com graves deficiências e dos seres humanos mais velhos que sofrem de deficiências mentais profundas desde o nascimento. A eutanásia e outras formas de provocar a morte são também não voluntárias quando o sujeito não é capaz de tomar, no momento, a opção crucial, mas já o foi e não exprimiu qualquer preferência relevante para o seu estado presente. Para Singer, a morte de bebês deficientes é diferente da morte de bebês saudáveis. Desde logo, a reação dos pais é diversa, porque podem simplesmente não desejar que o filho deficiente viva. Assim, entende que, quando a vida da criança for tão miserável que não valha a pena vivê-la, se não houver razões extrínsecas para manter a criança viva (como os sentimentos dos pais), é melhor ajudar a criança a morrer para obviar o seu sofrimento posterior. Procurando ponderar a aplicação do critério ao caso de um hemofílico, defende que não deve haver eutanásia, porque a criança pode vir a ter uma vida que valha a pena viver. Questiona, porém, se a morte de um bebê hemofílico não levaria à criação de outro ser que, de outro modo, não teria existido. Os pais podem vir a ter outro filho que substitua aquele. Sobre a questão da eutanásia, em profunda oposição ao pensamento de Singer, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. Autonomia e dignidade a propósito do fim da vida. *O Direito*, ano 148, t. II, 2016. p. 233 e ss.

que não possui valor intrínseco conduz-nos a uma forma de eugenismo social.⁷⁰

⁷¹ À arrogância própria de quem resolve decidir quais vidas são dignas de serem vividas, Peter Singer alia o absoluto desrespeito pela pessoa humana, pelo seu valor intrínseco, de que a argumentação não especista, que advoga a identidade entre humanos e animais, é apenas uma expressão: uma expressão que, se não for chocante para muitos dos que, contaminados pelo sentimento romântico de empatia pelos seres irracionais, lhes devotam especial afeto, é-o profundamente para quem, consciente da posição hierarquicamente superior do homem – dotado de uma dimensão espiritual e moral que não é acessível aos animais, único capaz de agir autonomamente e de se autodeterminar responsavelmente –, percebe que o igualitarismo põe em causa a dignidade dele.

Não é, portanto, possível aderir à posição de Peter Singer, em particular, ou a qualquer outra posição utilitarista, em geral. Mesmo que não tão radical no seu enunciado, ao pôr de lado a validade para afirmar a eficácia, ao pretender fundar a ordem jurídica na busca de uma felicidade que é desenhada de modo prescritivo para todos, como se o afastamento da pressuposição de um quadro axiológico que é considerado preconceituoso não fosse, afinal, substituído por outro leque de valores (mesmo que desvaliosos), as perspectivas utilitaristas comportam riscos que não são compatíveis com a busca de soluções que verdadeiramente se possam afirmar de direito.

Diverso é o posicionamento de Tom Regan⁷² que, a partir da sua *rights view*, procura edificar uma teoria dos direitos dos animais, entendidos por ele como *subjects of a life*. Para o autor, os animais têm um valor intrínseco: eles vivem no mundo e valem mais do que o valor que os outros lhes reconhecem.⁷³ No fundo, o que o autor advoga é que os seres irracionais – porque sentem, sofrem, desejam e têm lembranças – devem ser vistos como um fim em si mesmo e tratados dignamente.

⁷⁰ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 127 e 129.

⁷¹ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 1993. p. 131; 135. Para o autor, a eutanásia justifica-se quando o indivíduo não é uma pessoa. Mas a eutanásia voluntária também é defensável, porque os argumentos utilitaristas que depõem no sentido da proibição da morte de seres humanos não se aplicam nesse caso. Já a eutanásia involuntária não se justifica. O facto de uma pessoa desejar continuar a viver constitui uma boa prova de que a sua vida vale a pena ser vivida. Não colhe o argumento paternalista que pretende justificar a eutanásia para poupar alguém à extrema agonia. O único tipo de casos em que o argumento paternalista pode ser plausível é aquele em que a pessoa a ser morta não se apercebe da agonia que irá sofrer no futuro e que, se não lhe provocarmos a morte, terá de suportar tudo até ao fim.

⁷² Cf. REGAN, Tom. *Defending animal rights*. Chicago: University of Illinois Press, 2001; REGAN, Tom. *Animal rights, human wrongs: an introduction to moral philosophy*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishes, 2003. Há quem considere Tom Regan o fundador do atual movimento de defesa dos animais. Pese embora os trabalhos de Singer, a verdade é que com Regan a tónica é colocada nos direitos e não apenas na melhoria do bem-estar dos animais.

⁷³ REGAN, Tom. *Animal rights, human wrongs: an introduction to moral philosophy*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishes, 2003. p. 93 e ss.

Ao contrário do que os utilitaristas defendiam, para Regan, estando em causa um sujeito que não deve ser tratado como um instrumento, mas como um fim, nunca o sacrifício do seu direito ou interesse pode encontrar justificação no benefício que a partir daí se poderá gerar para outro sujeito.⁷⁴ Em casos de conflito de direitos, Regan considera que, se os direitos forem comparáveis, deve ceder o menor deles; não sendo comparáveis os direitos, deve evitar-se causar danos ao sujeito que ficar em pior posição. Simplesmente, para Regan essa colisão não pode ser solucionada do ponto de vista dos interesses.⁷⁵ A perspetiva do autor implica uma extensão da ética kantiana. Enquanto para o filósofo idealista alemão os deveres que existem em face dos animais seriam deveres indiretos, os animais eram meios para um fim (sendo o Homem o único fim em si mesmo),⁷⁶ Regan considera que eles, por serem sujeitos de uma vida (seres sencientes), são também um fim. Isto implica que, pese embora a crítica ao estreitamento kantiano, o autor que agora acompanhamos comunga com o pensador germânico uma perspetiva deontológica, nos termos da qual o que revela não é a consequência do comportamento, mas o valor intrínseco dele, pelo que a tônica é agora colocada no dever e não na simples maximização do bem-estar, pelo que os direitos passam a ser invioláveis.

Para Regan, os direitos dos animais justificam-se em nome da igualdade moral que patenteiam com os seres humanos: uns e outros são, na perspetiva do autor, portadores de uma biografia e não simplesmente de uma biologia. Em certa medida, eles podem ser reconhecidos como uma extensão dos direitos humanos.⁷⁷

⁷⁴ REGAN, Tom. *Defending animal rights*. Chicago: University of Illinois Press, 2001 p. 43 e ss. Uma importante cisão entre Regan e os autores utilitaristas projeta-se em sede de experimentação animal. Segundo o primeiro autor citado, não há defesa possível para tal prática, mesmo estando em causa interesses humanos relevantes.

⁷⁵ Trata-se dos princípios *miniride* e do *worse-off principle*. Cf., sobre o ponto, CARVALHO, Catarina Paula Faria. O lugar dos animais. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 15-16 e ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 339-340. Diz-nos o último autor citado que, "opondo-se às concessões feitas pelo utilitarismo de Peter Singer, Tom Regan sustenta o reconhecimento direto e irrestrito de direitos aos animais com base no reconhecimento de um valor intrínseco, o valor de se ser protagonista de uma vida, um valor único e irreduzível ao qual devemos respeito, fazendo dele um fim em si mesmo. O que conta moralmente, sustenta Regan, não é o interesse que é atingido pela nossa conduta, mas sim a individualidade do titular desse interesse, sob pena de instrumentalizarmos os indivíduos aos interesses, e especialmente aos interesses do maior número – não querendo isso dizer, todavia, que não haja direitos que devam prevalecer por efeito de uma colisão, apenas vedando que eles sejam considerados pela pura ótica dos interesses".

⁷⁶ Para Kant, os deveres para com os animais justificar-se-iam pelo simples facto de, por meio do seu cumprimento, se contribuir para a humanização do ser humano.

⁷⁷ Note-se que, para Regan, para que um sujeito seja reconhecido como titular de direitos, ele deve ser sujeito-de-uma-vida: ter uma vida mental complexa, o que incluiria a consciência, a inteligência, a percepção de si no mundo, o cuidado de si e dos seus, capacidade de interagir natural e socialmente. Para outros arautos da defesa dos animais, a consciência (capacidade para ter sensações e ter consciência da sua sensibilidade) seria bastante para garantir a titularidade de direitos ao indivíduo.

Consciente das dificuldades que estão envolvidas no reconhecimento de direitos aos animais, pela falta de reciprocidade entre deveres e direitos e pela falta de capacidade de reivindicação daqueles, ao que se aliaria, para os defensores das posições contratualistas, que não nós, a ausência de um acordo que permitisse o reconhecimento do direito a ter direitos, Regan lança mão de dois argumentos: o argumento por analogia e o argumento intrínseco.⁷⁸

O primeiro argumento chama a atenção para o facto de as condições referidas para a atribuição de direitos apenas se aplicarem a:

agentes morais ou humanos paradigmáticos (caracterizados pela autonomia, capacidade de agir segundo princípios morais, decidir em função deles, e responder pelas suas ações perante outrem) e não a pacientes morais ou humanos não paradigmáticos (caracterizados pela incapacidade de agir autónoma e responsabilmente), ficando de fora da esfera moral todos os recém-nascidos e crianças, bem como os deficientes físicos e mentais profundos.⁷⁹

Só que tal não acontece e isto quer dizer que, ao estabelecer a analogia entre os animais e os seres humanos e ao perceber que alguns animais são pacientes morais, é possível integrar na mesma categoria alguns animais.

Com base no segundo argumento avançado,⁸⁰ Regan delimita uma subjetividade animal como condição necessária para que se possa falar de titularidade de direitos. O sujeito de direitos é aquele que tem um valor inerente, isto é, tem de ser *sujeito-de-uma vida*.⁸¹ No fundo, como nos diz Aroso Linhares, Tom Regan “compromete o direito com uma nova experiência do ser-*Dasein*”.⁸² E é exatamente esse novo entendimento acerca do ser que deita por terra a possível adesão à proposta do autor.

⁷⁸ Cf. BECKERT, Cristina. Direitos dos animais. *Dicionário de Filosofia Moral e Política*, Instituto de Filosofia da Linguagem. p. 2-3. Disponível em: <http://www.ifl.pt/private/admin/ficheiros/uploads/abe5ba48ec993ccb227f5bb7fed20388.pdf>, que aqui acompanhamos de muito perto.

⁷⁹ Cf. BECKERT, Cristina. Direitos dos animais. *Dicionário de Filosofia Moral e Política*, Instituto de Filosofia da Linguagem. p. 3-4. Disponível em: <http://www.ifl.pt/private/admin/ficheiros/uploads/abe5ba48ec993ccb227f5bb7fed20388.pdf>.

⁸⁰ Alerte-se, mais uma vez, que neste ponto estamos a acompanhar de muito perto o estudo citado em último lugar.

⁸¹ Tem crenças e desejos, percepção, memória, sentido de futuro, incluindo do seu próprio futuro; vida emocional, sentimentos de dor e prazer, interesses preferenciais e de bem-estar, capacidade de iniciar ações com vista a alcançar objetivos, identidade psicofísica ao longo do tempo, bem-estar individual, no sentido de que a sua vida corre bem ou mal para eles, de modo independente do impacto que possa ter em termos de utilidade para o outro. Cf. BECKERT, Cristina. Direitos dos animais. *Dicionário de Filosofia Moral e Política*, Instituto de Filosofia da Linguagem. p. 3. Disponível em: <http://www.ifl.pt/private/admin/ficheiros/uploads/abe5ba48ec993ccb227f5bb7fed20388.pdf>, citando Tom Regan, na sua obra de 1988.

⁸² LINHARES, Aroso. A ética do continuum das espécies e a resposta civilizacional do direito – Breves reflexões. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXIX, 2003. p. 209.

Em primeiro lugar, Regan parte de um postulado ou de um desejo sem apego à realidade: basta olhar para as características que considera fundamentais para a atribuição da qualidade de *sujeito-de-uma-vida* a um indivíduo para perceber que os animais são diferentes na sua essência dos seres humanos, exatamente porque lhes falta o agir ético, o agir finalista, o agir responsável, a capacidade de projeção no futuro, a memória, a dimensão espiritual e sentimental. Ou seja, a tentativa de aproximação analógica de alguns animais ao ser humano só não falha se se quiser humanizar os primeiros ou animalizar o segundo, o que, em todo o caso, se revela absolutamente desdignificante da Pessoa. De resto, o exercício especulativo levado a cabo pelos arautos da defesa dos animais não encontra qualquer apego aos dados da realidade. É certo que o autor procura enfatizar a aparente analogia com base na existência de seres humanos que, em virtude da idade ou de condicionalismos patológicos, não são capazes de agir autónoma e responsabilmente. Só que, tal como por referência ao pensamento de Singer,⁸³ a mera alusão – ainda que encoberta por uma pretensa bondade ética assente na tentativa de escorar uma ideia ampla de igualdade, que seria comprovada, no caso de Regan, pela rejeição da ausência de tutela destas pessoas – às crianças e aos deficientes como seres menores dentro da espécie humana mostra-se, não só chocante, como em profunda contradição com os dados normativos do ordenamento jurídico em que nos inserimos. Além disso, o argumento não procede. Não se diz que só é pessoa aquele que é responsável. Diz-se que a idoneidade, em abstrato, para responder pelas suas ações é a pedra de toque que, coligando-se dialeticamente com a liberdade, colora a pessoalidade. Diz-se mais que o afastamento dessa nota, positivamente perspetivada e entretecedora da sua essência, o condena ao desdignificante autismo individualista, pelo que deve ser, *a priori*, rejeitado. Mas há que ter presente que, ao lidar com o homem histórico-concretamente situado, nos afastamos de abstrações de tipo racionalizante, pelo que há que indagar, em concreto, por referência a cada atuação, qual o grau de liberdade exercitada e qual o nível de autodeterminação alcançada. Podendo concluir-se que, naquele momento, elas estavam ausentes. Sem que por isso deixe de ser pessoa. É que o complexo biológico, espiritual e sentimental que é o homem, projetando-se na sua personalidade física e moral, não é comparável à animalidade

⁸³ Singer acaba por encontrar um fundamento diverso para a igualdade entre humanos e não humanos, que passa, como sabemos, pela igual consideração dos interesses. Não obstante, não deixa de sublinhar que não é possível sustentar que os animais são menos valiosos que os seres humanos com base em determinadas características ligadas à racionalidade destes porque há inúmeros homens que, por razão da idade ou de uma deficiência, não as possuem. Para além dos locais citados nas obras de Singer, cf. SINGER; POSNER. *The animal rights debate*. Disponível em: www.slate.com. Em resposta a Singer, cf. POSNER. *Entry 2*. Disponível em: http://www.slate.com/articles/news_and_politics/dialogues/features/2001/animal_rights/_2.html.

que caracteriza os seres irracionais. Donde as razões, axiológica e juridicamente determinantes, existentes para a protecção (até mais forte) dos seres humanos mais frágeis não se podem, judicativamente, estender aos outros seres vivos.

In fine, o meritório afastamento do utilitarismo – pelos perigos de funcionalização do jurídico que ele comporta e os resultados desvaliosos a que conduz – acaba por deixar Regan desamparado quando necessita encontrar um critério de decisão em todas as situações conflituais. E não falamos só da (apenas) aparentemente arbitrária discriminação entre seres animais sencientes e não sencientes, mas do facto de o próprio autor admitir que a vida de um ser humano é mais valiosa, em caso de colisão de direitos, do que a de um animal: havendo, por exemplo, um incêndio e não se podendo salvar todos os indivíduos, Regan sustenta que se deve sacrificar o animal e salvar o homem. E, se necessário, sacrificar-se-iam inúmeros animais para salvaguardar o interesse do ser humano. Ora, se qualquer *sujeito-de-uma-vida* tem um valor intrínseco inerente, por que razão se podem valorar mais amplamente os interesses das pessoas? O exemplo é, aliás, contestado por alguns dos que integram uma *right view* da defesa dos animais.

O único sujeito de direitos é o homem, entendido como sujeito pessoal (isto é, como sujeito ético),⁸⁴ e, portanto, simultaneamente livre (excluindo-se em relação a ele, contrariamente ao que sucede aos animais, uma ordem de necessidade) e responsável. Note-se que a personalidade não é uma categoria ontológica, mas é uma categoria ética, ou, no dizer de Castanheira Neves, uma “aquisição axiológica”;⁸⁵ quer isto dizer que ela se afasta da individualidade ou do simples reconhecimento do que o homem é, antes implicando a imputação ao ser de determinado valor, “o valor que recusa a minha mera objetivação no mundo da objetivação [...] e compreende o meu eu de liberdade como um ser indisponível, como um fim em si a respeitar como tal [...]”.⁸⁶ O reconhecimento do valor da dignidade da pessoa há de ser, de acordo com os ensinamentos do autor que agora acompanhamos, recíproco:

os outros só me podem reconhecer como pessoa se eu os reconhecer também a eles como pessoas [...]. O reconhecimento é assim

⁸⁴ Cf., sobre o ponto, NEVES, Castanheira. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições de emergência do direito como direito – Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. v. II. p. 32 e ss.

⁸⁵ NEVES, Castanheira. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições de emergência do direito como direito – Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. v. II. p. 34.

⁸⁶ NEVES, Castanheira. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições de emergência do direito como direito – Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. v. II. p. 35.

um diálogo ético – um diálogo de pessoas. E nele se manifesta [...] a transcensão humana, não apenas como racionalidade, mas como espiritualidade (ético-axiológica).^{87 88}

O ficcionismo de reconhecermos aos animais a mesma dignidade que os outros nos atribuem como pessoas; a ausência de inter-subjectivismo, pela impossibilidade de os seres irracionais nos dirigirem esse olhar ético, determinam a falência da perspectiva que pretende – pelo desvirtuar do sentido específico da juridicidade – transformar os animais em sujeitos de direitos. Essa falência será, ainda, ditada pela insusceptibilidade de estabelecermos entre seres humanos e animais uma relação de igualdade – é que esta está excluída nas relações de mera obediência e domínio, sendo estas as formas de relação primordiais com os animais.⁸⁹

2.3 As consequências da posição sufragada e a crítica às formulações legais

As reflexões pretéritas permitem-nos concluir que não é viável olhar para os animais como sujeitos de direitos, o que não significa, obviamente, que não haja deveres em relação aos animais.⁹⁰ Já antes tivemos oportunidade de defender que estes deveres são deveres indiretos, que visam, alternativa ou cumulativamente, a três objetivos: a proteção da humanidade (estando em causa uma forma de salvaguarda do próprio ecossistema, o que implica a proteção de animais em vias de extinção); a proteção dos interesses particulares de alguns seres humanos (designadamente dos proprietários no caso dos animais domésticos ou dos animais utilizados em atividades económicas); a salvaguarda dos bons costumes

⁸⁷ NEVES, Castanheira. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito – Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. v. II. p. 36.

⁸⁸ Veja-se, ainda, NEVES, Castanheira. *Direito hoje e com que sentido?* O problema actual da autonomia do direito. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 46, considerando o ser pessoal como “o originário sujeito de liberdade (de liberdade convivente) e portanto de responsabilidade, capaz de amor e de pecado e, por isso, titular de dignidade e de culpa”.

⁸⁹ Novamente, NEVES, Castanheira. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito – Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. v. II. p. 37.

⁹⁰ Cf., a este propósito, KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 452, considerando que não é possível prever direitos dos animais e sustentando que “nem os animais teriam nisso qualquer vantagem significativa”, para acrescentar que “muito mais relevantes são os deveres do homem para com os animais e, especialmente, aqueles deveres cuja violação tem consequências jurídicas”.

(vedando-se práticas de tortura contra os animais que choquem com o sentimento dominante na comunidade jurídica, as suas concepções). Nessa medida e como também já tínhamos sustentado,⁹¹ os animais são vistos como instrumentos e não como fins em si mesmos. Distanciando-se das pessoas, podem ser utilizados pelos seres humanos para satisfação das suas necessidades de ordem física, espiritual ou cultural. Assim, é perfeitamente aceitável e desejável (tanto quanto importe para a salvaguarda da saúde de cada um) que sejam utilizados na alimentação e na experimentação científica, na confecção de vestuário. Do mesmo modo, parece justificável e salutar, tanto quanto não contrarie os bons costumes, a sua utilização em espetáculos culturais e recreativos.⁹²

Não obstante as recentes alterações legislativas não terem modificado o estatuto de objeto dos animais, pese embora deixem de ser considerados coisas, há que salientar que, em muitos pontos, não se afiguram felizes. Na verdade, o facto de os animais serem considerados coisas não implica que não se beneficiem de um mais ou menos amplo grau de proteção, porque também outras coisas (no sentido jurídico do termo) reclamam para si um estatuto diferenciado. Por outro lado, aspetos particulares da nova disciplina, claramente introduzidos no Código Civil numa tentativa de aproximação dos animais aos humanos, merecem inúmeros reparos.

Autores há que, aliás, sustentam que – independentemente da alteração legislativa – os animais devem continuar a ser vistos como coisas. Nesse sentido, depõe Pedro Pais de Vasconcelos, na última edição das suas lições de *Teoria geral do direito civil*, referindo-se às alterações ao Código Civil português:

estas modificações, na verdade, não alteraram o estatuto jurídico dos animais, mas apenas tentaram, em moldes terminológicos, dicotomizar entre coisas móveis e animais, excluindo os animais do conceito de coisa móvel e autonomizando para eles um conceito privativo, de modo a poder dizer-se que os animais deixaram de ser coisas móveis e passaram a ser ... animais. Todavia, em Direito (e não só...), as coisas são o que são e não aquilo que lhes chamam, e este voluntarismo legislativo não altera o facto de o Código Civil continuar a tratar juridicamente os animais como coisas móveis, suscetíveis de ser objeto de direitos, designadamente o de propriedade, que pode ser adquirido por ocupação, o que é próprio das coisas móveis. [...] Das

⁹¹ BARBOSA, Mafalda Miranda. Breve reflexão acerca do problema do estatuto jurídico dos animais: perspectiva jus-civilista. *Boletim da Faculdade de Direito*, 2013.

⁹² Por isso, não faz qualquer sentido, do ponto de vista da tutela animal, a tentativa de proibição de corridas de touros ou de proibição de utilização de animais em espetáculos circenses.

alterações introduzidas no Código Civil pela Lei nº 8/2017 se conclui que os animais já antes eram e continuaram depois a ser coisas móveis se moventes. Em Direito, e não só em Direito, as coisas são o que são.⁹³

3 Outros sujeitos

Se a tentativa de subjetivação dos animais (ainda não consagrada – e bem – entre nós) se explica por uma ideia funcionalista, por vezes próxima de uma engenharia social, de defesa da causa da libertação dos animais, outra parece ser a razão para a problematização da existência de outros sujeitos no quadro do direito. A questão, ainda não colocada com intensidade entre nós, fruto talvez do menor desenvolvimento tecnológico da sociedade portuguesa, mas já levantada quer no contexto norte-americano, quer no contexto europeu, e não ignorada no nosso país em termos doutrinários, passa pela eventual atribuição de personalidade jurídica aos mecanismos dotados de inteligência artificial e justifica-se pela cada vez maior complexidade e sofisticação que os referidos mecanismos – *robots*, *bots*, *androids* – apresentam: é crescente a sua autonomia, bem como a sua capacidade para aprenderem com base na experiência acumulada e para tomarem decisões independentes. Por outro lado, mostram-se aptos, em algumas situações, a modificar as instruções que lhes foram dadas, levando a cabo atos que não estão de acordo com uma programação predefinida, mas que são potenciados pela interação com o meio. É neste contexto que surgem as dificuldades, a espalhar-se por diversos domínios dogmáticos.⁹⁴ Questiona-se, designadamente, a possibilidade de estes entes dotados de inteligência artificial poderem vir a ser civilmente responsabilizados. O *Draft Report with recommendations on civil law rules and robotics* (2015/2103) (INL), de 31.5.2016, colocava, entre os tópicos que urgia repensar, a questão da responsabilidade, mormente, mas não exclusivamente, no setor automóvel. Entre outros aspetos, referia o *Draft Report* que esta legislação não deve restringir as formas de compensação que devem ser oferecidas, só porque o dano é causado por um não humano. Sublinha, ainda, que a futura legislação deve prever uma forma de responsabilidade objetiva e

⁹³ Ainda inédito. Agradecemos, aliás, ao autor a possibilidade que nos deu de ler a versão em questão antes da sua publicação.

⁹⁴ No programa de doutoramento *Law and Robots* da Juristische Fakultät da Universität Basel, elencam-se alguns dos domínios problemáticos a este nível. A saber: problemas de responsabilidade que resultam do emprego de *robots*, direitos de propriedade, segurança no cyberspaço, utilização de *robots* na prática judiciária, problemas éticos.

formas de seguro obrigatório,⁹⁵ aventando a hipótese de se criar um fundo de garantia que sirva para compensar os danos que não sejam cobertos pelo seguro ou em relação aos quais não se encontre um responsável. No mesmo sentido, depõe a resolução do Parlamento Europeu de 16.2.2017, com recomendações à Comissão no que diz respeito a *Civil Law Rules on Robotics*. Sublinhando-se a importância de repensar o problema da responsabilidade civil por referência aos entes dotados de IA, a questão surge relacionada com a personalização dos *robots*: insta a comissão a estudar impacto de criar:

a specific legal status for robots in the long run, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons responsible for making good any damage they may cause, and possibly applying electronic personality to cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently.

O problema da responsabilização dos *robots* redundando, de facto, na possível atribuição de personalidade jurídica a estes objetos:⁹⁶ a questão é a de saber se existem pessoas eletrônicas (*electronic persons*);⁹⁷ a responsabilização destes mecanismos implicará necessariamente a sua subjetivação.

Vários são os argumentos que se têm avançado para sustentar a atribuição de personalidade jurídica aos mecanismos dotados de inteligência artificial. Desde logo, têm-se em conta as características dos robots: autonomia, autoaprendizagem, adaptação do comportamento ao meio ambiente;⁹⁸ para, com base nelas, se sustentar que alguns apresentam um nível de inteligência superior a alguns seres humanos, tais como crianças, pessoas em coma, fetos, entre outros. Por outro lado, relembra-se que também às pessoas coletivas é atribuída personalidade jurídica, embora não se confundam com os seres humanos.

⁹⁵ Designadamente, o produtor poderia ter um seguro para cobrir o risco de todos os *robots* que produzisse.

⁹⁶ O problema pode, também, ser colocado do ponto de vista da titularidade de direitos, na sua relação com a formação dos contratos. Para um confronto com essa perspectiva, cf. PAGALLO, Ugo. *The Law of robots, crime, contracts and torts*. [s.l.]: Springer, 2013. p. 154 e ss. Do autor, veja-se, ainda, PAGALLO, Ugo. *Three roads to complexity, artificial intelligence and the law of robots: on crime, contracts and torts*, AI Approaches to the complexity of legal systems, Models and Ethical Challenges for Legal Systems, Legal Language and a Legal Ontologies, Argumentation and Software Agents. International Workshop AICOL III, Springer, 2011. p. 48 e ss.

⁹⁷ Cf., quanto ao ponto, SOLUM, Lawrence. Legal personhood for artificial intelligences. *North Carolina Law Review*, 1992. p. 1231 e ss., considerando a possibilidade, à luz da *13rd Amendment to the US Constitution*, de se estender a personalidade para alguns dos agentes artificiais; CHROPA; WHITE. *Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*. [s.l.]: [s.n.], 2011. p. 182 e ss. Veja-se, também, PAGALLO, Ugo. *Three roads to complexity, artificial intelligence and the law of robots: on crime, contracts and torts*, p. 48 e ss., dando conta da posição de alguns autores que olham para os *robots* como *e-servants* em vez de *e-persons*.

⁹⁸ Cf. Draft Report with recommendations on civil law rules and robotics (2015/2103 (INL), de 31.5. 2016.

Não nos parece, porém, que estes argumentos procedam. Em primeiro lugar, não se pode, com base nas características apontadas, estabelecer qualquer analogia com os seres humanos. Dir-se-ia mesmo que a comparação – por maior que seja o grau de sofisticação dos robots e outros mecanismos dotados de inteligência artificial – é desdignificante para o ser humano, reduzindo a sua autonomia a uma anódina capacidade de escolha. A autonomia dos robots é uma autonomia tecnológica, fundada nas potencialidades da combinação algorítmica e padronizada que é fornecida ao *software*. Está, portanto, longe do agir ético dos humanos, em que radica o ser pessoa. Falta-lhes, em cada tomada de decisão, a pressuposição axiológica, falha a relação de cuidado com o outro, a possibilidade de acederem à imaginação e à sensibilidade, a dimensão de transcendência. A pessoalidade e a absoluta dignidade que a acompanha não existem por referência à inteligência artificial, razão pela qual se, ainda que em concreto um ser humano esteja privado da capacidade de agir, não lhe pode ser negado o estatuto de pessoa (e de pessoa para o direito), o mesmo não pode ser sustentado por referência aos robots. Mesmo que se veja na personalidade jurídica um conceito operativo e técnico, porque ela é reconhecida (e não atribuída) às pessoas singulares em razão do seu estatuto ético, não é possível encontrar aí um ponto de apoio seguro para a extensão do conceito a entes artificiais. Impor-se-ia, portanto, o confronto com as pessoas coletivas.

Inicialmente, as pessoas coletivas foram concebidas como uma ficção – a lei, ao atribuir personalidade jurídica às pessoas coletivas, estava a considerá-las como se fossem pessoas singulares, o que redundava numa *fictio*. Para Savigny, a pessoa coletiva seria o sujeito de relações jurídicas que, não sendo uma pessoa singular, era tratada como tal para prosseguir uma determinada finalidade.⁹⁹ De acordo com o ensinamento de Menezes Cordeiro, não estava aqui em causa uma ideia de fingimento. O que estava em causa era o reconhecimento de que só o ser humano é sujeito de direitos, admitindo-se, porém, por razões de ordem técnica, as pessoas coletivas, que corresponderiam a uma ficção, no sentido de que não se poderem confundir com as primeiras. Assim, consoante explícita, a ideia de ficção em Savigny tem ainda uma referência ética. A preocupação é a de não equipar esta categoria jurídica ao homem e à sua dignidade.¹⁰⁰ Só posteriormente, com as sucessivas interpretações e desenvolvimentos do pensamento do autor alemão, é que se deu lugar a uma absoluta tecnicização da categoria. Daí a crítica atual de Mota Pinto à teoria da *fictio iuris*. Nas suas palavras,

⁹⁹ F. SAVIGNY, von. *System des heutigen römischen Rechts*. [s.l.]: [s.n.], 1840. II. p. 310 e ss.

¹⁰⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2004. I/III. p. 469 e ss. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 545; 676.

“para atribuir personalidade jurídica aos entes coletivos, o direito civil não carece de fingir estar perante uma pessoa física ou singular. A personalidade jurídica, quer a das pessoas físicas, quer a das pessoas coletivas, é um conceito jurídico, uma realidade situada no mundo jurídico, nessa particular zona da camada cultural da realidade ou do ser. É uma criação do espírito humano no campo do direito, em ordem à realização de fins jurídicos”.¹⁰¹

Independentemente da verdadeira intencionalidade da formulação savigniana, as construções subseqüentes sobrevalorizaram a dimensão técnico-operativa, transformando-se a personalidade coletiva num mero expediente ao serviço de determinados interesses.¹⁰² A reação contra este entendimento haveria de surgir por via das posições organicistas. As pessoas coletivas seriam reconhecidas como tal a partir de um dado com existência ôntica, que Von Gierke representa em termos organicistas. A sua teoria da *realen Verbandspersönlichkeitstheorie* apresentava a pessoa coletiva como um verdadeiro organismo, que não se confunde com as pessoas singulares que o integram e é desenhado como uma estrutura antropomórfica.¹⁰³ É esta necessidade de descobrir um organismo correspondente à personificação da organização coletiva que é objeto de críticas que perduram até hoje. Entre nós, Mota Pinto aduz que a teoria organicista não pode ser aceita,

enquanto parte do princípio de que se torna necessário descobrir ou construir um organismo antropomórfico, com vontade, espírito, etc., para justificar a personalidade jurídica. Parece tratar-se – a teoria organicista – de um esquema mental, fortemente influenciado por uma tendência marcante na história das ideias, há algumas décadas, para uma perspetiva biológica das sociedades, dos fenómenos e das instituições sociais.¹⁰⁴

¹⁰¹ MOTA PINTO, C. A. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 140.

¹⁰² Esta tecnicização absoluta determinou, inclusivamente, a negação da própria personalidade coletiva, que seria um instrumento ao serviço dos interesses daqueles que estão por detrás da pessoa jurídica – nesse sentido, cf. a análise crítica que Menezes Cordeiro faz do pensamento de Ihering. Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2004. I/III. p. 494 e ss.; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 573 e ss. Para uma negação mais veemente da categoria, cf. DUGUIT. *L'Etat, le Droit objectif et la loi positive*. [s.l.]: [s.n.], 1901. p. 1 e ss. Veja-se, ainda, embora noutro contexto, WOLF, E. Grundlagen des Gemeinschaftsrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 173, p. 97-123, 1973. p. 100 e ss.

¹⁰³ GIERKE, O. Von. *Deutsches Privatrecht, I, Allgemeiner Teil und Personenrecht*. 3. Aufl. [s.l.]: Duncker & Humblot 2010. p. 470 e ss.

¹⁰⁴ MOTA PINTO, C. A. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 141-142.

Também Menezes Cordeiro critica a perspectiva, por considerar que a personificação que não tenha subjacente o organismo correspondente pode continuar a ser possível.¹⁰⁵ Para o autor:

a pessoa coletiva é antes de mais um determinado regime, a aplicar a seres humanos implicados. [...] No caso de uma pessoa de tipo corporacional, os direitos da corporação são os direitos dos seus membros. Simplesmente, trata-se de direitos que eles detêm de modo diferente do dos seus direitos individuais.¹⁰⁶

Ou seja, trata-se, segundo a categorização do civilista, de uma definição sistemática, técnica e funcional das pessoas coletivas, que o próprio reconhece poder aproximar-se das correntes normativistas e analíticas, que reduzem a personalidade coletiva a um mero expediente técnico,¹⁰⁷ mas à qual adere pela impossibilidade de se encontrar um substrato que unifique as diversas pessoas coletivas, tanto mais que, nos nossos dias, por necessidades materiais, concede-se personalidade às mais variadas entidades.¹⁰⁸

Não temos a menor dúvida de que as pessoas coletivas são uma criação do direito. Elas não têm vontade própria; no entanto, como explicita Manuel de Andrade, a personalidade coletiva não “resultará como que em *pura sombra*, em forma jurídica *suspensa no vácuo*, sem nenhuma correlação com o mundo exterior”.¹⁰⁹ Mas palavras do civilista:

o conceito de personalidade coletiva não é uma pura invenção de legisladores e juristas, um instrumento ou artifício técnico privativo do

¹⁰⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2004. I/III. p. 501 e ss.; CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado de Direito Civil*, cit. p. 579. Menezes Cordeiro explicita, ainda, que, depois da formulação de Von Gierke, foram apresentadas outras versões da teoria organicista. A ideia seria encontrar um substrato que desse unidade à pessoa coletiva, e que se poderia procurar na vontade, no património, na ideia de organização. O que Menezes Cordeiro evidencia é que as posições acabaram por falhar por não ser possível encontrar um substrato que unifique todas as pessoas coletivas – cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2004. I/III. p. 505 e ss.; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 583.

¹⁰⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2004. I/III. p. 517; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 594.

¹⁰⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2004. I/III. p. 519; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 598.

¹⁰⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2004. I/III. p. 519; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 598. Veja-se, ainda, ASCENÇÃO, José Oliveira. *Direito civil – Teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. I. p. 218 e ss.

¹⁰⁹ ANDRADE, Manuel de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997. v. I. p. 50.

laboratório jurídico. Este modo de representar aquelas organizações juntamente com as relações que lhes interessam foi transplantado da vida social para o Direito, ou pelo menos inspirado nela [...].¹¹⁰

No fundo, as pessoas coletivas são uma criação do direito. A personalidade coletiva não resulta de uma necessidade axiológica de reconhecimento, em nome da dignidade que lhes subjaz; é atribuída em função de determinados interesses das pessoas que estão na base da sua constituição. Só que tal atribuição não funciona no vazio; antes resulta da elevação de um determinado substrato – que pode não ser o mesmo por referência a cada uma das categorias de pessoas coletivas – à condição de sujeito de direito. Pelo que a par da ideia de expediente técnico-jurídico, haverá a considerar um substrato, no qual se integra o fim em torno do qual a pessoa coletiva se organiza. Ora, é precisamente este fim, central para inúmeros aspetos da disciplina das pessoas coletivas, que justifica a atribuição da personalidade jurídica a estes entes. Trata-se, portanto, de uma personalidade jurídica funcionalizada à prossecução de determinados interesses humanos coletivos ou comuns ou, e dito de outro modo, de um expediente técnico que permite que os sujeitos (pessoas físicas) prossigam determinados interesses de modo diverso e mais consentâneo com a sua natureza.

É exatamente este ponto que falha. Ainda que a simples atribuição de personalidade jurídica, enquanto expediente técnico e operativo, a realidades diversas da pessoa seja viável, há que encontrar-se uma razão justificativa à luz dos interesses da própria pessoa. Simplesmente, no caso dos mecanismos dotados de inteligência artificial, tal não se verifica. Pelo contrário, se pensarmos, por exemplo, no tópico da responsabilidade, é óbvio que avulta uma dúvida: como é que o robot vai suportar pessoalmente a responsabilidade, sem que tenha meios materiais para o fazer? Portanto, a responsabilidade há-de ser, ainda e sempre, assacada a uma pessoa que esteja por detrás da inteligência artificial. E, em geral, quais os interesses humanos melhor tutelados por via da atribuição daquela personalidade?

Quer isto dizer que, verdadeiramente, embora a realidade, enquanto estrato do sistema jurídico, que provoca a sua abertura, esteja a provocar o jurista e a instá-lo a encontrar novas soluções que respondam aos problemas patenteados pela introdução da inteligência artificial nas operações do quotidiano, não nos parece viável que tal passe pelo reconhecimento de *electronic persons* ou *e-persons*.

¹¹⁰ ANDRADE, Manuel de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997. v. I. p. 51-52.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOSA, Mafalda Miranda. O Código Civil português e os sujeitos da relação jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 22, p. 101-138, out./dez. 2019. DOI:10.33242/rbdc.2019.04.006.

Recebido em: 23.09.2019
1º parecer em: 06.11.2019
2º parecer em: 07.11.2019