



A proibição da discriminação negativa dos idosos

Em homenagem ao Professor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos

Diogo Leite de Campos*

Mónica Martinez de Campos**

1. A dignidade da pessoa

Todo o ser humano é pessoa, nome de dignidade (S. Tomás de Aquino).

A pessoa é digna (também o artigo 1º da Constituição da República portuguesa) e é a única da sua espécie (humana), trazendo em si a totalidade¹. É um ser único, diverso de todos os outros, ocupando um espaço que é seu, que não pode ser discutido.

A existência da pessoa coincide com a vida do ser humano, desde a conceção até à morte².

* Professor Catedrático (Jub.) da Faculdade de Direito de Coimbra.

** Professora Associada da Universidade Portucalense.

¹ Vd. Spaemann, R., *Les personnes, Essai sur la différence entre « quelque chose » et « quelqu'un »*, trad. fr., Paris, 2009, p. 344.

² Vd. Diogo Leite de Campos e Nancy Andrichi, *Pessoa, direitos e Direito*, em publ., cap. I, nº 2.



2. Direitos e deveres

O reconhecimento da pessoa implica não só o reconhecimento da sua dignidade, mas também de deveres específicos para com essa pessoa digna, e dos respetivos direitos. A dignidade da pessoa gera direitos e deveres recíprocos com o outro³.

A pessoa digna deve ser respeitada. Mas respeito não é só abstenção e muito menos indiferença, é cuidado. O respeito gera empatia e esta promove simpatia⁴.

O direito à vida reenvia aos cuidados de saúde. No Estado-de-Direito e dos-direitos, a pessoa está antes da sociedade e do Estado que têm de lhe prestar o reconhecimento, este como ato devido (a afirmação da pessoa é a de uma realidade perante todas as outras realidades⁵) e consequentemente cuidá-la.

Todas as coisas têm um preço, um equivalente. O que está acima de qualquer preço, que não tem equivalente, tem dignidade. É a pessoa (Kant). Esta tem um valor incondicional e incomparável. Tem todos os direitos que lhe sejam necessários e é credora de todas as prestações de que necessite. Encontramos aqui o dever de auto-preservação. Os seres humanos não são proprietários do valor intrínseco que está neles. “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está

³ Auts. ob. cits., cap. I nº 2.

⁴ Auts. ob. loc. cits.

⁵ Sic. Zubiri, Xavier, *Tres dimensiones del ser humano: individual, social, histórica*, Madrid, Alianza Editorial, Fundación Xavier Zubiri, 2006, p. 9.



acima de todo o preço, e, portanto, não admite equivalência, então ela tem dignidade”⁶.

Também para ela-própria a pessoa é um fim em si e não um meio. Como afirmou Kant, “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como um meio”⁷. Os principais deveres da pessoa são com ela mesma. O desprezo de si torna a pessoa indigna do respeito dos outros.

3. Pessoa em relação

A pessoa é (em) relação. As relações interpessoais constituem a pessoa e a sociedade. Como afirma Vasco Pinto de Magalhães, “[...] é, particularmente no confronto horizontal entre as pessoas, no eu-tu e no «ser um para o outro eu» que os homens se estruturam como pessoas e identificam-se fora de si [...] a personalização dá-se no interpessoal”⁸.

A sociedade e o Direito, espaços de relações intersubjetivas, têm a pessoa (e o outro) como seu centro.

A colaboração e o altruísmo, o cuidado entre os membros da

⁶ Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Trad. Paulo Quintela, Lisboa, Edições 70, 1988, p. 77.

⁷ Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Trad. Paulo Quintela, Lisboa, Edições 70, 1988, p. 66.

⁸ «A Pessoa Humana», in Archer, Biscaia, Osswald (Coord.), *Bioética*. Lisboa, Editora Verbo, 1996, p. 62.



comunidade, tornam esta mais bem sucedida e os membros altruístas mais bem sucedidos dentro do grupo. Refletindo e criando uma moralidade comunitária assente no reconhecimento do outro e na cooperação. Cada pessoa, mesmo que não tenha consciência disso, ao procurar o seu próprio bem de modo ético está a procurar o bem dos outros.

O amor da família e dos outros é a primeira manifestação da pessoa⁹. A pessoa é existência que se realiza através das relações com os outros e com o mundo¹⁰.

O cuidado de si próprio não é egoísmo, é necessário para cuidar dos outros. Sem preparação, sem cada um cuidar da pessoa que ele próprio é, não se pode cuidar dos outros¹¹.

A pessoa é em si, com os outros e para os outros (também pelos outros). O outro é constitutivo do eu. O ato (devido) de reconhecimento é um renascimento. O eu-tu é um conjunto significativo que descreve uma realidade¹². É nesta comunicação recíproca entre o eu e outro, que se constrói a consciência do eu íntimo, que se concretiza o sentido profundo do ser individual do

⁹ Diogo Leite de Campos e Nancy Andrichi, ob. cit. cap. I nº 2.

¹⁰ Olinto Pegoraro, *Ética e bioética: da subsistência à existência*, Petrópolis, Editora vozes, 2002, p. 63.

¹¹ Auts. ob. cits., cap. II.

¹² Vd. Martin Buber, *I and Thou*, Simon and Schuster, p.74 e segs.



homem¹³. O eu não existe isoladamente, inclui o tu¹⁴.

O eu-tu baseado na empatia e na simpatia não esquece a manutenção do eu e do tu como substâncias separadas que almejam à unidade, mas que têm de se ficar pelo nós.

Desta relação de reconhecimento e de cuidado entre o eu e o tu nasce a igualdade. A pessoa em relação de igualdade (talvez só esta) terá mais fáceis empatia e simpatia para o igual. A pessoa é uma relação ética que reconhece a igualdade e a reciprocidade. Os meus direitos exigem deveres do outro e impõem-me deveres recíprocos¹⁵.

Qualquer pessoa, na sua total singularidade, na sua dignidade, é igual a todas as outras, não podendo ser discriminada.

4. Proibição constitucional da discriminação

Nesta sequência, vem o artigo 13º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa que proíbe a discriminação da pessoa com base num certo número de critérios: ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

¹³ Salvador Vergés Ramírez, *Dimensión transcendente de la persona*, Barcelona, Biblioteca Herder, 1978, p. 52-53; Sciacca, *El hombre este desequilibrado*, Barcelona, Edições Miracle, 1958, p. 12.

¹⁴ Alfredo Dinis, «Ética e identidade pessoal na perspectiva das ciências cognitivas». In Brotéria. Vol. 156, 2003, p.119.

¹⁵ Diogo Leite de Campos e Nancy Andrichi, ob. cit., cap. I, nº 2.



Tal redação, plena de boas intenções, parece serva do positivismo não inclusivo dominante. Tenta elencar os fatores de discriminação – de modo naturalmente incompleto dada a vastidão dos valores da pessoa. Tarefa inglória, esta.

A proibição da discriminação positiva e negativa pode levar a um total bloqueio: não se podem auxiliar as pessoas em territórios mais pobres? Se uma criança vive a dez quilômetros da escola, não se pode fornecer-lhe transporte, este não necessário para um adulto? Há aqui uma discriminação, logo proibida? Os mais pobres necessitam de mais cuidados do que os ricos. Estarão a ser discriminados favoravelmente? Os menos instruídos necessitam de maiores cuidados de instrução. Etc.

Seria mais correto, julgamos, determinar que a dignidade da pessoa impede discriminações que vão contra essa dignidade. Seria a referência a um conceito já previsto na CRP e que também aqui faz apelo a valores não moldados e enquadrados pelas normas. Dignidade implica igualdade; mas diferença nos cuidados, atenção à situação concreta. Tratar do mesmo modo o que é igual, que tem as mesmas necessidades; de modo diverso o que é diverso, que tem necessidades diferentes. Uma pessoa exige todos os cuidados, a exemplo de todas as outras na mesma situação. Há que haver empatia seguida de cuidado.

Assim, não haverá discriminação. Perante um certo tipo de doença, os grupos mais vulneráveis devem ser objeto de cuidados de acordo com a sua diversidade. Possivelmente, mais cuidados do que os grupos menos vulneráveis, sem haver discriminação.



Na atual pandemia, os grupos de maior risco, nos quais são integrados (alguns dos?) os idosos, só podem ser submetidos a medidas de proteção mais dolorosas, nomeadamente ao confinamento, depois de terem sido tomadas todas as medidas de precaução e de tratamento que a sua particular condição exige. E que se verifiquem insuficientes.

Caso contrário, o confinamento, agora sim, é uma discriminação. Pois apesar da diversidade, essas pessoas receberam menos cuidados do que aqueles de que necessitavam. Enquanto que os outros receberam todos os cuidados de que precisavam, na sua diversidade.

O enunciado constitucional deve considerar-se meramente exemplificativo. Nunca poderia deixar de o ser, pois a dignidade da pessoa cria o Direito, e não este a pessoa. A pessoa não é construída por “direitos fundamentais” previstos na CRP. É esta que (só) se justifica pela pessoa criadora de Direito.¹⁶

Como afirmou Baptista Machado, “o princípio do respeito da dignidade da pessoa é um princípio suprapositivo: o direito de cada um ao respeito da sua dignidade de pessoa não é uma concessão feita pela ordem jurídica positiva, mas antes um direito “natural” anterior a qualquer ordenamento positivo”¹⁷.

Assim, ainda que a Constituição contrariasse o princípio da

¹⁶ Vd. Diogo Leite de Campos, *A felicidade somos Nós, Pessoa, contrato e matrimónio*, Lisboa, Fundação Lusíada, 2019, p.152 e Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2019, p.195.

¹⁷ *Iniciação ao Mundo do Direito*. In “*Obra Dispersa*”. II, *Scientia Iuridica*, Braga, 1993, p. 477.



dignidade da pessoa humana e da igualdade, não estaríamos obrigados a cumprir com tais normas constitucionais, por serem inconstitucionais, por traduzirem um “não-direito”¹⁸. Haveria aqui um dever de desobediência: “desobedecer ao direito injusto é um imperativo da garantia dos valores essenciais decorrentes da pessoa humana, enquanto verdadeira razão de ser de um direito que tem no homem e na respetiva dignidade o seu fundamento”¹⁹.

A fonte dos direitos humanos é a dignidade intrínseca do ser humano²⁰.

5. O valor da pessoa

Como referimos, a dignidade da pessoa, indivíduo único da sua espécie trazendo em si próprio a totalidade, significa que todas as pessoas, sendo cada uma delas única, são iguais. Nenhuma é mais valiosa do que outra, todas têm um valor incalculável.

O valor da pessoa não depende da sua utilidade social; da sua capacidade económica; da sua produção intelectual, da sua idade,

¹⁸ Expressão utilizada por Jean Carbonnier (“non-droit”) in “L’hypothèse du non-droit”, Archives de philosophie du droit, Sirey, Paris, 1963; Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., LGDJ, 2001, p. 25-47.

¹⁹ Paulo Otero, Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética, Lisboa, Almedina, 1999, p. 42-43.

²⁰ Alan GEWIRTH, “Human Dignity as the Basis of Rights”, in The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values, Ithaca and London, Cornell University Press, 1992, p. 10.



etc. Todas têm um valor único, igual.

No caso de uma obrigação de indemnizar por ofensas à pessoa, o montante da obrigação variará segundo um conjunto de valores sociais, familiares, pessoais, etc. Sempre com a consciência de que, sendo cada pessoa única, os danos que ela sofra em si mesma se referem a bens únicos.

A pessoa em si mesma e o seu bem essencial, a sua vida, tem valor ilimitado. O dar-se um número para o montante da obrigação de indemnizar o dano da morte, não visa uma indemnização nem sequer uma compensação²¹. Não é um equivalente. Quer lembrar, com carácter punitivo, que a pessoa – vida- é um bem superior que não pode ser esquecido. Mesmo sendo insuficientes todas as indemnizações e punições.

O valor da pessoa existe durante toda a vida dela, desde a concepção até à morte²². E assim é, mesmo que o legislador, no artigo 66.º do Código Civil, preveja que a personalidade jurídica só se adquire com o nascimento completo e com vida. Independentemente da personalidade jurídica do nascituro estar condicionada (condição suspensiva ou resolutiva²³) ao seu

²¹ Sobre a indemnização do dano da morte, vd. Diogo Leite de Campos, A indemnização do dano da morte, in Nós, Estudos sobre o Direito das pessoas, Coimbra, Almedina, 2004, p. 311 e segs.

²² Diogo Leite de Campos e Nancy Andrighi, ob. cit., cap. XII.

²³ Vd. Pedro Pais de Vasconcelos, Direito de Personalidade, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 109-117; Mónica Martinez de Campos, Eva Dias Costa, “A protecção ao nascituro na Constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e brasileira: Análise comparativa”, Cadernos de Direito Actual, 2015, 3, 117-135.



nascimento, não deixa este de ser um ser humano, com toda a dignidade que é própria à pessoa humana. Não é uma coisa. Tanto não é que o nascituro concebido tem capacidade sucessória (artigo 2033.º, nº1, CC), pode adquirir por doação (artigo 952.º CC) ou mesmo ser titular de um direito de indemnização, como lhe foi atribuído pelo Supremo Tribunal de Justiça, numa decisão de 3 de Abril de 2014²⁴. Como refere, e bem, Pais de Vasconcelos, mesmo que a sua posição não reúna o consenso da doutrina portuguesa, “Não pode, pois, deixar de ser reconhecida, pelo Direito, ao nascituro a qualidade de pessoa humana viva, o mesmo é dizer, a personalidade jurídica”²⁵.

No fim da vida, o valor da pessoa é o mesmo que sempre foi, mesmo se a pessoa estiver moribunda.

O moribundo tem a mesma dignidade, o mesmo valor absoluto, de um jovem adulto saudável, produtivo, “útil”. O moribundo tem a utilidade máxima de estar a levar a cabo a atividade mais importante da sociedade: cuidar da vida de uma pessoa, da pessoa que é ele mesmo.

Acrescente-se que o valor ilimitado da pessoa exige um valor ilimitado dos cuidados por ela. Embora este cuidado tenha de ser filtrado pela razão, nos quadros dos meios disponíveis e da sua consagração às diversas necessidades da pessoa e da comunidade.

²⁴ Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Abril de 2014 (N.º 436/07.6TBVRL.P1.S1) 2.ª Secção”, In P. Otero, C. A. Gomes, & T. Serrão (org.), Estudos em Homenagem a Rui Machete (pp. 239-261), Coimbra, Almedina.

²⁵ Direito da personalidade, Coimbra, Almedina, 2006, p. 107.



Mas sempre com a dignidade, o valor incalculável da pessoa em vista.

6. Pessoa e cuidados de saúde

Os direitos à vida e à saúde justificam e exigem cuidados ilimitados de saúde (dentro dos meios corretamente outorgados a este setor).

Sendo a pessoa igualmente digna independentemente da sua idade, esta última não pode ser o critério para recusar cuidados de saúde.

A idade, só por si, não releva. E se relevar, só exige maiores cuidados.

A discriminação negativa dos idosos pode envolver o preenchimento de tipos legais de crime com forte censurabilidade dos agentes, dados os seus deveres especiais para com as pessoas a seu cargo. Os tipos legais de crime preenchidos podem ser os de abandono de pessoa em perigo ou de homicídio.

A dignidade do ser humano é um valor indiscutível que exige que todos nos preocupemos uns com os outros – somos parte uns dos outros, somos um todo, um nós – que exige que haja solidariedade social, dever de auxílio²⁶. Por esta razão, o autor do anteprojeto de

²⁶ Dispõem o artigo 200º do CPenal:

"1 - Quem, em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa, deixar de lhe



reforma da parte especial do Código Penal, Eduardo Correia, escreveu que “o amor do próximo é um dever tão altamente valorado pela civilização cristã, que não pode constituir surpresa a sua relevância no direito criminal desde que se respeitem os limites”²⁷.

Na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, no artigo 6.º está previsto que “A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados e os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade”.

A mesma declaração, a propósito daqueles que são mais

prestar o auxílio necessário ao afastamento do perigo, seja por acção pessoal, seja promovendo o socorro, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 - Se a situação referida no número anterior tiver sido criada por aquele que omite o auxílio devido, o omitente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

3 - A omissão de auxílio não é punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do omitente ou quando, por outro motivo relevante, o auxílio lhe não for exigível”.

É patente que esta norma e, de um modo geral, o Direito Penal, procuram tutelar os valores e interesses fundamentais do ser humano, tendo em vista a realização e o desenvolvimento do “ser”. “ (...) é a tutela de bens jurídicos que simultaneamente define a função do direito penal e marca os limites da legitimidade da sua intervenção” (Costa Andrade, Direito Penal e modernas técnicas bio-médicas, in Revista de Direito e Economia, Ano XII, 1986, CIEJC, p.106).

²⁷ Actas das sessões da Comissão de Revisão do código penal, in Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, p. 218.



vulneráveis, estabelece a necessidade de respeitar a integridade pessoal do indivíduo e de proteger a vulnerabilidade humana (artigo 8.º). Ou seja, o cuidado e apoio que deve ser prestado às pessoas que mais precisam, dada a sua vulnerabilidade, tem de ser medido de acordo com critérios que não sejam economicistas, sem ponderar os custos e os benefícios. Os cuidados de saúde proporcionados aos idosos têm de assentar numa discriminação positiva. Como referem Jorge Miranda e Rui Medeiros, a dignidade humana é a “dignidade de todos e de cada um, (...) em especial, dignidade daqueles cuja dignidade mais facilmente poderá ser posta em causa”²⁸.

Os gastos com os idosos, se representam um custo, devem ser considerados de forma positiva, como um investimento que garante o seu bem-estar e o da sociedade em geral. A capacidade funcional e a independência dos idosos²⁹, o envelhecimento saudável, é um indicador genérico do estado de saúde, físico e económico, de um país. Uma sociedade que privilegia a juventude em detrimento da velhice está amputada³⁰. Vê o idoso como o outro ao invés do nós.

A diferença na igualdade é um valor humano digno de proteção plena. Não há ser humanos de segunda classe e de primeira classe. Há ser humanos com mais vivência e com menos vivência e a

²⁸ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I*. 2ª Edição, Revista, Actualizada e Ampliada. Coimbra Editora, 2010, p. 84.

²⁹ Programa nacional para a saúde das pessoas idosas (2004), Direção-Geral da Saúde, 2006.

Plano Nacional de Saúde, revisão e extensão a 2002, Direção-Geral da Saúde, 2015. Este plano está alinhado com a Estratégia Health 2020 da OMS (2013).

³⁰ Vd. Robert Butler, *Ageism: A foreword*. *Journal of Social Issues*, New York, v. 36, n. 2, abr.1980.



desconsideração pelo idoso implica uma desconsideração por todos os seres humanos, uma vez que o idoso é a expressão maior da vivência, do ciclo de vida.

A visão de que o idoso é um ser em declínio, uma ameaça para a sociedade em geral e para a economia em especial, é uma visão humanamente perigosa, que desvaloriza a individualidade do ser humano.

A este propósito, não podemos deixar de sublinhar um esquecimento preocupante: o artigo 13.º da CRP prevê o princípio da igualdade e da não discriminação, mas quando enumera os fatores de discriminação não indica a idade. Embora esteja previsto no artigo 67.º da CRP que incumbe ao Estado a responsabilidade pela criação de uma política da terceira idade. E, o artigo 72.º elenca vários direitos das pessoas idosas, nomeadamente o direito à segurança económica e à realização pessoal através de uma participação ativa na vida da comunidade.

O Tratado da União Europeia, no seu artigo 21.º, n.º 1, sob a epígrafe “Não Discriminação” indica que “É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, **idade** ou orientação sexual”. E, o “Direito Fundamental à Saúde”, vertido no artigo 64.º da CRP, determina que «O direito à proteção da saúde é realizado: (...) b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e



da **velhice** (...)”³¹.

Assim, apesar do ser humano ser igual, a sua real situação, a vulnerabilidade e a fragilidade, precisamente por causa da idade, exige um tratamento diferenciado que justifica discriminações positivas³².

É na igualdade que são admitidas as diferenças, ao contrário da igualação. “O princípio constitucional da igualdade não diz, ele próprio, o que é igual, apenas determina que o que é igual seja tratado igualmente, pelo que o que não é igual deva ser também tratado de forma desigual. Sendo, por isso, não tanto um princípio dotado de sentido absoluto, mas antes um conceito que carece de integração”³³.

Ora, no que respeita aos cuidados de saúde, apesar do esforço realizado para garantir um sistema de proteção social adequado a todos, o aumento dos custos com as prestações sociais que daí decorrem, também, do envelhecimento demográfico, revelam o problema maior do Estado Social, o da sua sustentabilidade, com a consequente contenção das despesas públicas e o perigo de abandono dos idosos, por razões sociais e/ou económicas. O

³¹ Veja-se também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 25.º) e o artigo 23.º da Carta Social Europeia (Conselho da Europa).

³² Vd. Maria Glória Garcia, Estudos sobre o princípio da igualdade, Coimbra, Almedina, 2005, p. 24.

³³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 231/94, de 9 de março de 1994, Proc. n.º 232/93, Relator Cons. António Vitorino, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940231.html>



envelhecimento da população apresenta-se, portanto, como um desafio, designadamente para os sistemas de prestação de cuidados de saúde.

Não existe um diploma legal que estabeleça um regime de tutela dos direitos das pessoas idosas. Há apenas alguns diplomas, que sem constituírem um sistema coerente e integrado, têm como destinatários, direta ou indiretamente, as pessoas idosas. Veja-se, por exemplo, a Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência; o Decreto-lei n.º 391/91, de 19 outubro, que contem o regime de acolhimento familiar de idosos e adultos com deficiência; ou ainda a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil.

As medidas revelam-se inadequadas à situação das pessoas idosas e torna-se premente a consciencialização e combate contra a discriminação com base na idade. Pese embora, em matéria de cuidados de saúde, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos prevê no seu artigo 27.º, n.º 1, que “O medico deve usar de especial solicitude e cuidado para com o menor, o **idoso**, o deficiente ou pessoa particularmente indefesa quando verificar que os seus familiares ou outros responsáveis não são capazes ou cuidadosos para tratar da sua saúde ou assegurar o seu bem-estar”³⁴.

No fundo, o doente, seja jovem ou idoso, tem o direito de ser

³⁴ Regulamento n.º 707/2016, Diário da República n.º 139/2016, Série II de 2016-07-21.



tratado no respeito pela dignidade humana³⁵, direito do qual decorrem os restantes direitos.

7. O cuidado de si mesmo e dos outros

Passemos agora ao cuidado do outro e de si mesmo. Referimo-lo há pouco como algo de natural, de constitutivo da pessoa. Esta cuida primeiro a pessoa que é, para melhor depois cuidar dela e dos outros³⁶.

Sócrates censurava os atenienses por procurarem fama e riqueza em vez de se ocuparem dos outros. E o cristianismo manda amar os outros como a nós mesmos. Pressupondo naturalmente um elevado grau de amor por nós mesmos que introduza e meça o amor pelos outros. Parece-nos que é isto o exigível nas correntes relações sociais. Embora também julguemos que a medida do amor cristão é o Amor de Cristo pelas pessoas.

Sabendo, embora, de sociedades como as nossas infiltradas por modelos sociais de poder e utilidade.

O cuidado pelos outros parece-nos, pois, que deve ser associado ao amor por nós mesmos. Embora não seja de excluir que demos aos outros um pouco mais do que queremos para nós. Este dar é característico do amor familiar, sobretudo dos pais para com os filhos. E, verifica-se no artigo 72.º da CRP uma estreita ligação entre

³⁵ Estatuto Hospitalar, Decreto-Lei n.º 48 357, de 27 de Abril de 1996.

³⁶ Vd. Diogo Leite de Campos e Nancy Andrichi, ob. cit., cap. II.



as pessoas idosas e a família, destacando-se “o convívio familiar” como um elemento essencial na tutela do idoso³⁷. No entanto, consideramos que o cuidado pelo outro, o dar-se ao outro, deveria, no mínimo, ser recíproco. Ora, se o dever jurídico de proteção dos pais relativamente aos filhos está consagrado, tanto na Constituição como em Direito Civil, falta concretizar o dever jurídico dos filhos em relação os pais, que é da mais elementar justiça. Os pais são atores sociais e atores familiares à semelhança dos filhos. Ambos fazem parte da mesma sociedade e da mesma família; a família é “feita de pessoas e existe para a realização pessoal delas, não podendo a família ser considerada independentemente das pessoas que a constituem, muito menos contra elas”³⁸. Mas, face ao disposto no n.º 5, do artigo 36.º da CRP, apenas “os pais têm o direito e o dever de educação e de manutenção dos filhos”. Impunha-se, também, que os filhos tivesse o dever de manter e cuidar dos pais.

Cuidar e ser cuidado, amar e ser amado, é inerente à condição humana. Neste sentido, parece-nos indiscutível o papel relevante e único da humanização nos cuidados com o eu-tu e com os outros, nas relações entre jovens e idosos, médicos e pacientes, etc.

Esta prevalência do outro não pode impor-se no espaço social onde cada um tem o seu lugar que não pode ser discutido pelos

³⁷ Paula Távora Vítor, “O Dever Familiar de Cuidar dos mais Velhos”, Separata de Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, Ano 5 – n.º 10 – julho / dezembro 2008, p. 44.

³⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa – Anotada, Volume I, Coimbra Editora, 2014, p. 857.



outros, nem pelo próprio.

Situa-se neste âmbito a certeza de que todas as pessoas têm o mesmo valor e merecem os mesmos cuidados durante toda a sua vida.

Assim, não se poderão introduzir critérios de maior ou menor valia, nomeadamente desvalorizar uns, os idosos p.e., a favor dos jovens esperançosos. Nem se pode aceitar que pessoas fartas de existir ou deprimidas, renunciem à sua vida, afastando os tratamentos necessários, alegando o interesse dos outros.

Os atos de renúncia, individuais e coletivos, praticados por idosos, afirmando a prevalência de jovens, por ex., poderão ter grande valor moral, representar um extraordinário amor pelos outros. Mas a sua afirmação pública, a título de exemplo, como norma de valor universal, pode promover a discriminação dos outros idosos. Quando estes últimos exigem cuidados adequados, possivelmente mais onerosos do que os prestados a outros grupos.

Mas será que uma pessoa, idoso ou não, tem poder de dispor de si?

8. Poder sobre si-mesmo?

Temos aqui presente o caso das muitas pessoas que correm riscos, nomeadamente de vida, para cuidar dos outros.

Estamos em crer que, do que escrevemos sobre a pessoa, resulta



que esta não deve estar subordinada a nenhuma outra, nem a ela³⁹. “O risco de dominar os outros e de exercer sobre eles um poder indevido decorre precisamente do fato de não ter cuidado de si mesmo e de ter se tornado escravos de seus desejos”⁴⁰.

Centremo-nos na relação do eu com o eu-mesmo. O eu não tem poder sobre o eu-mesmo.

A sua dignidade impede-o.

A sua liberdade confirma-o.

E o cuidado/amor justifica-o.

O eu não tem mais do que responsabilidades perante o eu-mesmo. Cuidar deste eu-mesmo como se de outro, imensamente querido, se tratasse. E dispensar o mesmo cuidado aos outros.

O conteúdo da relação do eu com o eu-mesmo termina aqui. Cada um respeita o outro como se respeita a si-mesmo. E respeita-se a si-mesmo como respeita o outro. O primeiro aprendizado é esta relação simétrica.

Eu-mesmo sou outro para o eu. E o outro é eu-mesmo para o eu.

O menosprezo do eu é correlativo do menosprezo do outro. A pessoa não se cuidou o suficiente para cuidar do outro.

Poder sobre si-mesmo? Não⁴¹.

³⁹ Vd. Diogo Leite de Campos e Nancy Andrichi, ob. cit., cap. III, nº. 1 e cap. X, nºs. 1-2.

⁴⁰ Foucault, *Ética, sexualidade e política*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 271.

⁴¹ Auts. ob. cits. cap. X, nºs. 1 e 2.



Mas então como pode alguém sacrificar-se legitimamente pelos outros?

Usando a sua liberdade que é com os outros e “para os outros”.

9. A liberdade / autodeterminação

A exigência da liberdade de cada um - muito legítima, intrínseca à pessoa – acontece ser confundida com um direito do eu contra os outros ou contra eu-mesmo⁴².

Para já há que excluir que a liberdade/autodeterminação tenha um conteúdo positivo, possa exigir de outrem, nomeadamente do Estado, o dever de satisfazer as preferências ou projetos do indivíduo.

A pessoa não tem direito contra o Estado ou contra os outros de exigir a utilização de meios para satisfazer os seus projetos próprios⁴³. Estes só têm sentido com os outros e para os outros.

Entendamos a liberdade demonstrada por uma Pessoa que deve servir de exemplo.

Jesus, verdadeiro Deus e verdadeiro homem, caracteriza-se pela liberdade, “*eleutheria*”, pela liberdade de expressão, “*parresia*”, e

⁴² Vd. Sobre esta matéria, Diogo Leite de Campos e Nancy Andrichi, ob. cit., parte II, nº. 9.

⁴³ Neste sentido, entre muitos outros, Ronald Dworkin, What is Equality, in “*Philosophy and Public Affairs*”, 1981, 10, no.3-4; John Rawls, Utility and Primary goods, A.-Williams Utilitarianism and Beyond, p. 165.



pela livre auto-entrega na cruz.

“Eleutheros” designa aquele que pode ir onde quiser, que é independente dos outros, Mas Jesus não usa a liberdade para sentir-se livre dos seres humanos; antes, para ser livre para os seres humanos, para se entregar a estes por amor. A verdadeira liberdade está em se ser livre de si mesmo⁴⁴. A liberdade é amor.

A liberdade é a faculdade de agir segundo a minha vontade. Mas há que evitar aquilo que tem poder sobre mim (1 Cor.,6, 12-20, e 10, 23 e segs.).

A verdadeira liberdade consiste em renunciar à “liberdade” (egoísmo) a favor dos outros, em benefício do que edifica os outros e a comunidade. De acordo com a filosofia estoica, a pessoa livre é aquela que obedece à razão do mundo; para os cristãos, como para Sêneca, obedecer a Deus é a liberdade⁴⁵.

Tanto Sócrates como Platão se referiram à autarcia, à auto-suficiência do ser humano como liberdade interior daquele que encontra paz em si mesmo, na sua virtude. Na relação com os outros.

Epítecto, que tanto influenciou a base filosófica de diversos autores cristãos, estabelece na relação pessoal com Deus o fundamento da verdadeira liberdade⁴⁶: “levanta a tua cabeça como uma pessoa que está liberta da escravidão; ousa erguer o teu olhar para Deus e dizer-Lhe : doravante, procede comigo como quiseres; os meus pensamentos pertencem-Te; eu pertença-Te: Nada rejeito do

⁴⁴ Anselmo Grun, Caminhos para a liberdade, Petrópolis, Vozes, 2005, p. 28.

⁴⁵ Franz Messner, Der Jakobus Brief, Freiburg, 1964, p. 108.

⁴⁶ Reallexikon fur Antike und Christentum, V, Epiktet, Stuttgart, 1962, p. 599 e segs.



que Te parecer bem; conduz-me para onde quiseres”.

Referimos o que parece evidente: a pessoa vive pelos outros e para os outros. Não há ato seu que não afete os outros. Assim, a sua liberdade é com os outros e para os outros. Caso contrário, está a recusar a sua humanidade, a sua personalidade, a sua dignidade.

É a liberdade para os outros, assente no cuidado de si, no renascimento da pessoa (para os outros) que permite compreender que a pessoa, apesar da sua intangibilidade, se possa dedicar – mesmo conceder a sua vida – ao bem do outro. No recolhimento.

A liberdade é fazer a felicidade do próprio, no grupo.

A felicidade somos Nós.

Diogo Leite de Campos

Mónica Martinez de Campos



REVISTA DE
DIREITO COMERCIAL



www.revistadedireitocomercial.com
2020-07-02