

## DIREITO DAS PESSOAS E DA FAMÍLIA – 2º SEMESTRE 2021/2022

O arremesso do anão

O caso *sub judice* levanta uma discussão vasta de índole ético-social, assim como, problemáticas relativas aos direitos de personalidade e ainda aos princípios fundamentais da ordem jurídica e do direito civil. Passaremos por uma desconstrução conceitual e relação com as problemáticas à luz do direito português.

Primeiramente, cabe compreender o assunto polémico em questão – ora, o arremesso de anões é uma prática de entretenimento ou desporto em que indivíduos portadores de nanismo são arremessados por equipas (ou indivíduos) que competem entre si para ver quem lança mais longe o “anão”. Importa ressaltar que os indivíduos encontram-se protegidos por roupas adequadas à prática, preparos e instalações próprias para o arremesso e, por último, que a participação é voluntária e remunerada. Esta prática surgiu na sua forma moderna em meados de 1980 e propagou-se pelo mundo, tendo vindo desde então a levantar grande debate filosófico, ético e legal.

Podemos olhar para a dimensão polémica do tema e tentar compreender se esta prática seria conforme a ordem pública e os princípios fundamentais constitucionalmente consagrados que fundamentam e penetram o nosso direito civil – tais como, o reconhecimento da pessoa humana e dos direitos de personalidade e ainda a autonomia privada.

A primeira questão é a compatibilidade do princípio da dignidade humana com a prática em análise. De que maneira pode uma atividade que incentiva o arremesso de um indivíduo como se fosse um mero objeto ser compatível com a dignidade desse mesmo indivíduo e da comunidade a que este pertence?

O reconhecimento jurídico da dignidade humana pressupõe a proteção dos direitos da personalidade - o foco da nossa resposta - pelo que cabe destacar de forma atenta este princípio basilar. A dignidade humana deve ser inviolável, protegida e respeitada por todos, assim como estatuído no art.º 26 CRP. Contudo, o problema edifica-se quando nos deparamos com duas visões e aplicações incompatíveis da dignidade humana. Nomeadamente, a visão subjetiva da dignidade humana que enfoca a capacidade de escolha voluntária, livre e consciente do portador de nanismo afirmando, assim, a sua dignidade *versus* a dignidade objetiva como um compromisso moral em que o

legislador e o juiz procuram uniformizar um conjunto de valores fixos que devem ser respeitados por todos.

Ainda que este conceito surja como ambivalente, parece encontrar-se algum consenso na exigência de respeito e reconhecimento do valor intrínseco de qualquer indivíduo pelo simples facto de esse ser humano. Assim, questionamo-nos de que maneira a escolha de ser arremessado pode representar em qualquer abordagem a dignidade de um indivíduo; indivíduo este que ao colocar-se numa situação deste índole permite não ser devidamente valorizado como ser humano por aqueles que o arremessam, colocando ainda em causa, o valor de um grupo marginalizado que sofrerá as consequências de uma prática que perpetua a visão objetificadora dos portadores de nanismo. Cabe, então, compreender se a dignidade humana se encontra ligada à autonomia ou à igualdade e, ainda, se a escolha de um indivíduo de limitar a sua dignidade pode pesar mais do que o interesse coletivo do grupo a que pertence.

No entanto, de que maneira se relaciona isto com os direitos de personalidade?

Este tema como é notório encontra-se numa linha ténue com matérias constitucionais, ainda assim, ressalve-se que o nosso foco é o Direito das Pessoas, mais propriamente, os direitos de personalidade e citando Oliveira Ascensão «o facto dos direitos de personalidade terem um fundamento comum na proteção constitucional não significa que a sua definição e regime estejam rigidamente constitucionalizados», pelo que ao longo desta resolução apoiar-nos-emos nas estatuições previstas nos art.º 70 a 81º CC. Demarcando o mencionado lembre-se que os direitos de personalidade são direitos subjetivos da pessoa humana que permitem garantir o mínimo necessário e fundamental a uma vida com dignidade.

Os direitos de personalidade são um conjunto de poderes jurídicos pertencentes a todas as pessoas, por força do seu nascimento. Estes são subjetivos, isto é, são uma mera permissão normativa específica do aproveitamento de um bem de personalidade, assim sendo, para estarmos perante um direito de personalidade temos que verificar a existência de um direito subjetivo e de um bem de personalidade. São ainda absolutos, salvo exceção dos direitos de personalidade eventuais, criando assim um dever genérico de respeito e gozando, por isso, de oponibilidade *erga omnes*. São intransmissíveis - pela natureza pessoal dos mesmos, verifica-se a intransmissibilidade da posição ativa, pelo que, esse direito nasce, permanece e extingue-se na esfera do titular - estão indissociavelmente ligados ao bem de personalidade que visam proteger. Por fim, os direitos de personalidade são irrenunciáveis, não pode o seu titular abdicar do

aproveitamento desse direito. Assim sendo, o ser humano é um centro de imputação de normas e princípios de conteúdo imprescindível ao aproveitamento dos bens de personalidade, pelo que, os direitos de personalidades são indelétricos da pessoa humana e são essenciais à proteção da dignidade da mesma.

Cabe ainda questionar de que maneira estes direitos se encontram regulados na lei, o que nos conduz à distinção entre direitos de personalidade típicos e atípicos. Os direitos de personalidade típicos são aqueles que se encontram consignados na lei, já os direitos de personalidade atípicos não se encontram versados na letra da lei, contudo são reconhecidos e tutelados pelo nosso ordenamento jurídico. Importa ressaltar a grande vantagem que a catalogação destes direitos no CC apresenta face aos que se encontram na CRP, os primeiros encontram-se balizados pelo art.º 81 CC, isto é, um regime próprio para a limitação voluntária dos direitos de personalidade e a faculdade de requerer providências adequadas se necessário.

Introduza-se então o art.º 70 CC que apesar de suscitar alguma controvérsia doutrinária, entre nós, assumirá o pendor de reconhecimento da tutela geral de proteção de direitos de personalidade atípicos. Esta tutela da personalidade para ser eficaz, pela essência individual, intersubjetiva e dinâmica do ser humano, não pode ser estática. Pelo mencionado anteriormente, o legislador não tem como prever todas as manifestações concernentes à personalidade do sujeito, a complexidade inerente a esta matéria pressupõe a impossibilidade da mesma ser dividida em *fattispecie* fechadas, pois naturalmente, isso seria insuficiente. Pelo indicado compreende-se a necessidade de uma abertura à luz da dignidade pessoa humana, permeável às demais situações. Diz-nos então o art.º 70/1 «A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral». O nº2 do art.º 70 estatui que perante a ofensa a estes direitos existe a sanção resultante dessa ofensa ou ainda a faculdade de requerer as providências adequadas ao caso em concreto.

Seguindo o caminho que adotámos, ora, a necessidade de uma abertura às demais situações concernentes da personalidade do sujeito tendo em vista a dignidade humana, de que maneira aplicamos isso ao caso concreto? Compare-se duas posições.

A primeira ótica deve passar pelos temas da dignidade enlaçada com a autonomia. Como indicado a dignidade da pessoa humana está ligada à autonomia privada e protegê-la requer, também, assegurar a liberdade de cada um de viver a vida livremente. Assim sendo, se um indivíduo portador de nanismo decidir participar nesta prática fazendo assim a vida, está no seu direito e não deve ser proibido. Não iremos abordar a

liberdade profissional do ponto de vista constitucional, mas ressalve-se ainda esse argumento quando analisado este ponto de vista. Olhemos, então, para o tópico à luz dos direitos de personalidade - que direitos encontramos aqui em causa?

Primeiramente, encontramos o direito à integridade física (protegido pela tutela geral da personalidade art.º 70 CC) este direito procura salvaguardar a proteção do ser biológico e possui ainda uma vertente negativa relativa à abstenção de lesões. Ainda que, o arremesso de anões possa colocar em causa a saúde física do indivíduo portador de nanismo, expondo-o à possibilidade de lesões vertebrais, este poderia limitar voluntariamente o seu direito à integridade física como explanado no art.º 81 CC; tal como é admitido em diversos desportos de risco, tome-se como exemplo o boxe. Por esta razão, a participação nesta prática deve ser uma questão de escolha.

Aponte-se, em segundo lugar, o direito ao corpo, este apresenta uma estrutura de direito subjetivo ao próprio corpo, no qual se pressupõe a autonomia da pessoa como fundamento. Há uma certa alusão à ideia de "*self-ownership*" desvinculando o corpo da pessoa, tornando-se este um objeto sob o qual o titular exerce controle e reúne autonomia relativo às escolhas do que fazer com o mesmo. Esta lógica legítima, hipoteticamente, práticas, tais como, o arremesso de anões.

Assim, não podemos aceitar a proibição da mesma por uma suposta ofensa à dignidade da pessoa humana e violação de direitos de personalidade, quando fazemos uma avaliação totalmente dissociada da subjetividade do interesse de muitos pertencentes deste comunidade. Pode argumentar-se ainda que a própria proibição da prática é uma violação à liberdade profissional, ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (art.º 80 CC) e assim, essencialmente, a dignidade da pessoa humana. A dignidade humana está intrinsecamente ligada à capacidade de fazer escolhas livres e viver conforme as mesmas, pode por isso dizer-se que os conceitos de autonomia privada e dignidade da pessoa humana são indivisíveis. Assim sendo, quando o Estado procura proibir uma prática que serve de trabalho a muitos, retirando-lhes esta possibilidade e ainda ao intrometer-se na intimidade da vida privada procurando limitar as escolhas livres e voluntárias do que um indivíduo pode fazer na sua vida e tempo livre viola os direitos mencionados e atenta à sua dignidade.

Assim, o argumento apresentando neste ponto de vista seria a legitimação da prática de arremesso de anões como qualquer outro desporto ou atividade atrativa mediante a voluntária, livre e consciente escolha de participação do indivíduo na mesma, ainda que

para isso tivesse que limitar os seus direitos de personalidade. Por esta razão, importa responder à seguinte questão - como se dá a limitação dos direitos de personalidade?

O princípio geral subjacente à limitação voluntária dos direitos de personalidade é a irrenunciabilidade dos mesmos, ao compreendermos isso, percebemos que o que se proíbe imperiosamente é a alienação ou limitação perpétua destes direitos. Os requisitos a preencher são então temporalidade, a voluntariedade, o esclarecimento e a consciência do ato de limitação. O art.º 81/1 CC consagra o princípio da admissão, contudo a possibilidade de limitar voluntariamente os direitos de personalidade termina onde começa o conceito de ordem pública. Assim sendo, as fronteiras a esta limitação são os princípios gerais do ordenamento jurídico. Podemos considerar, então, que a limitação *sub judice* é conforme a ordem pública?

Ao confrontarmos a dignidade humana com a igualdade ao invés da autonomia privada, compreendemos que a visão anteriormente adotada é desprimorosa. A essência da prática em questão, isto é, a possibilidade de arremessar um indivíduo pela sua natureza distinta parece-nos descabido; a existência de tal atividade permite abrirem-se portas a situações em que pessoas com as demais peculiaridades sejam sujeitas a tratamentos degradantes. Facilmente compreendemos que, a ação autónoma, livre e consciente por parte de um membro de um respetivo grupo ao permitir o desvirtuamento da sua dignidade, não pode ser tomada como padrão. Por outras palavras, a vontade livre e consciente de um indivíduo ao participar nesta prática, não pode sobrepor-se à vontade e interesses coletivos do grupo a que pertence. A manifesta contrariedade desta prática com a ordem pública, demarca a impossibilidade da limitação voluntária dos direitos de personalidade quanto à matéria em discussão (art.º 81/1 CC). Sendo, então, qualquer limitação voluntária dos direitos de personalidade sobre estes pressupostos nula, por força do art.º 81/1 CC. Em suma, devemos ter cuidado para não permitirmos a violação da dignidade humana sob justificação da autonomia privada e limitação voluntária dos direitos de personalidade.

É de extrema importância, voltar a ressaltar o panorama geral; ou seja, não é necessariamente o ato de arremesso que é objetável, mas antes os efeitos que tal prática perpetua sobre um grupo marginalizado, nomeadamente, os portadores de nanismo. Além disso, reforça ideia de que estes indivíduos são meros objetos de entretenimento ao dispor dos demais causando, assim, graves problemas na perceção social e respeito aos direitos dos mesmos. Quanto ao mencionado faça-se uma breve alusão ao caso de Martin Henderson, um indivíduo portador de nanismo, que numa saída para celebrar o

seu aniversário fora abruptamente arremessado por um estranho, o que resultou na incapacidade parcial de Martin. Claramente, nesta situação existe um ato sem consentimento, assim como, uma agressão, contudo permite-nos ilustrar de que forma a aceitação de tais práticas contribui para normalização da violação da dignidade da pessoa humana para estes indivíduos.

Uma dimensão importante da dignidade da pessoa humana é a capacidade de um indivíduo poder fazer as suas escolhas de vida livremente, escolhas estas que devem ser respeitadas pelo Estado, contudo estas não podem violar o igual direito de terceiros. A problemática que aqui surge é que, se fosse aceite a limitação voluntária dos direitos de personalidade como visto anteriormente, teríamos que aceitar que a escolha voluntária livre e autônoma de um indivíduo refletir-se-ia nessa comunidade como um todo, que indiretamente veria a sua dignidade a ser violada pelas repercussões da perpetuação de uma visão objetificadora da sua pessoa.

Considerando, então, o arremesso de anões uma atividade atentatória à dignidade da pessoa humana violando, por isso, os princípios gerais inerentes à ordem pública deparamo-nos com a impossibilidade de apreciação subjetiva por parte de qualquer indivíduo e da limitação voluntária sobre estes pressupostos.

Esta prática viola ainda o direito à integridade moral em especial, ora, este direito inclui a proibição de qualquer tratamento degradante e a par disso, procura proteger o respeito pela pessoa e a proibição da discriminação; assim sendo, a mera existência de uma prática que envolve o arremesso de indivíduos como se fossem meros objetos pela única razão destes possuírem uma característica distinta dos demais (nanismo), revela objetivamente a violação integral deste direito.

Como perceptível pela exposição que realizei, sou da opinião que esta é uma prática contrária no seu fundamento aos princípios gerais do ordenamento jurídico. A envolvimento conceitual entre dignidade da pessoa humana e a igualdade, tal como o próprio exercício do direito, entendem a necessidade de harmonização entre si e os interesses e objetivos sociais. Não obstante a importância da autonomia privada quando esta choca com a dignidade humana no seu sentido objetivo, deve prevalecer a última. Uma prática que viole direitos de personalidade, como a integridade moral e até física; e que derrube o princípio basilar destes mesmos direitos, isto é, a dignidade da pessoa humana não pode ser aceitável à luz do direito português. Por esta exata razão, não podemos permitir que a vontade, livre e consciente de um indivíduo disposto a participar nesta prática possa comprometer a dignidade de terceiros pertencentes à

mesma comunidade que em nada consentiram. Assim, a natureza absoluta dos direitos de personalidade não pode conceder por via da autonomia, uma arbitrariedade total ao seu titular de modo a ultrapassar as fronteiras da ordem pública e dos princípios basilares da mesma. Esta ideia é ainda exaltada pelo caso *sub judice* tratar de um grupo vulnerável, sendo o ponto fulcral assegurar os direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana dessa comunidade como um todo. Havendo assim uma colisão de direitos passamos a aplicar o art.º 335, que dispõe uma norma específica para a solução de conflitos diante do exercício de direitos; prevendo a cedência por uma das partes na medida do necessário e que neste sentido traduzir-se-ia por não sobrepor a autonomia privada de um sujeito à dignidade de toda uma coletividade.

A título conclusivo, comporta destacar as duas visões adotáveis quanto à problemática suscitada pelo caso. Primeiramente, a dignidade do ponto de vista subjetivo conjugada com a autonomia privada e a reflexão na capacidade de fazer escolhas livres, independentes da ingerência do Estado. Conjugada com a temática dos direitos de personalidade, nomeadamente o direito à integridade física e o direito ao corpo, assim como, a limitação voluntária desses direitos. Servindo-se da interpretação e aplicação destes conceitos para legitimar a prática de arremesso de anões. Em segundo lugar, por oposição, encontramos a dignidade do ponto de vista objetivo, isto é, um conjunto de valores fixos e uniformizados que todos devem respeitar; assim como, a sua ligação ao conceito de igualdade. A temática dos direitos de personalidade e a possível violação do direito à integridade moral, mas mais importante a nulidade da limitação voluntária dos direitos de personalidade sobre os pressupostos verificáveis, por fundamento na sua contrariedade à ordem pública. Por último, a dignidade da pessoa humana como princípio protetor de uma comunidade vulnerável e a cedência da autonomia privada em prol disso.