

## **Interrupção Voluntária da Gravidez\***

*Por Henrique Mota*

### **I. Preliminares**

#### **(i) Agradecimentos**

Antes de mais, desejo agradecer muito vivamente o convite do Senhor Professor José de Oliveira Ascensão para participar neste curso, apresentando um tema que me interessa muito, desde há largos anos; e que me dá a oportunidade de regressar a esta escola onde fui sempre tão bem acolhido, e com a qual me orgulho de ter colaborado na fase académica do meu percurso profissional.

---

\* Na preparação desta exposição foram especialmente considerados os seguintes elementos bibliográficos: a) *Vida e Direito*, (coord. Jorge Bacelar Gouveia e Henrique Mota), Cascais, Principia, 1998 – e, de entre os textos apresentados nesta obra, especialmente os trabalhos de António Luciano de Sousa Franco «Prefácio», António Pedro Barbas Homem («A política do egoísmo: tudo é permitido, nada é proibido»), Augusto Lopes-Cardoso («Sobre a interrupção voluntária da gravidez»), Eduardo Vera Cruz («Aborto: uma questão mal colocada»), Francisco Lucas Pires («Aborto e Constituição»), Germano Marques da Silva («O meu depoimento acerca do referendo sobre o aborto»), Luís Menezes Leitão («A questão do Aborto»), Paulo Câmara («Sobre a criminalização da interrupção voluntária da vida intra-uterina»), Paulo Ferreira da Cunha («Ética, Sociedade e Direito no referendo do aborto»), Paulo Otero («A proibição da privação arbitrária da vida») e Pedro Pereira dos Santos; b) *Direitos do Homem – de João XXIII a João Paulo II*, (coord. Giorgio Fillibeck), Cascais, Principia, 2000; *Mensagens para a Paz – Textos de Paulo VI a João Paulo II para a Celebração do Dia Mundial da Paz*, Cascais, Principia, 2002; c) bem os meus próprios estudos nestas matérias, nomeadamente, «Pessoa, Sociedade e Estado», in *Gaudeum et Spes – Uma Leitura Pluridisciplinar 20 Anos Depois*, Lisboa, Rei dos Livros, 1989; «Universalismo», in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado* (vol. 5), Lisboa, Verbo, 1987; e *Biomedicina e Novos Direitos do Homem – Uma aplicação do princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais (artigo 16.º, nº 1, da Constituição* (inédito, policopiado) Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1998.

**(ii) Endorsement** (*esclarecimento da posição adoptada*)

**A) POSIÇÃO ADOPTADA**

Ao longo da minha vida – com académico, como jornalista e, agora, como editor – apreendi que não há neutralidade, nem isenção, nem equidistância perante a vida e as suas incidências; e, menos ainda, quando se trata de temas de fronteira, como é o caso do objecto da minha exposição. Afirmar o contrário é um embuste para ganhar vantagem na manipulação dos incautos. O que há é honestidade na abordagem dos assuntos e na sua apresentação, além de frontalidade na assunção das respectivas convicções filosóficas e dos pressupostos científicos da investigação.

Por isso, desejo tornar claro o meu ponto de vista sobre o tema que me foi confiado: rejeito incondicionalmente a legalização, a despenalização ou a descriminalização do aborto – o que lhe quiserem chamar, no meio da enorme «confusão semântica» que marca este assunto desde sempre!. Por isso, votei “não” no referendo de 28 de Junho de 1998; e, pela mesma razão, estive contra e na primeira fila das manifestações de 1983 e de 1984, aquando dos primeiros debates e, depois, na aprovação da primeira lei sobre a matéria.

Não obstante, esforcei-me, agora, por preparar uma apresentação rigorosa e séria, revendo o tema e a bibliografia; mas não tenho qualquer pretensão de neutralidade absoluta. A conclusão da minha investigação confirma os resultados anteriores: a despenalização do aborto é ilegítima face aos princípios fundamentais do Direito; e, no caso concreto do nosso país, é um procedimento inconstitucional à luz da ordem jurídica positiva vigente<sup>1</sup>. Como diz Paulo Ferreira da Cunha:

*Quer pela via da necessária eticidade do Direito, quer pela da obrigatória conformidade do direito positivo com o Direito Natural, quer ainda pela ideia de*

---

<sup>1</sup> Rebatu energicamente a ideia de que esta é uma posição tributária de convicções religiosas, amarrada aos “preconceitos religiosos” (vd. Henrique Garcia, TVI Jornal de 11 de Fevereiro de 2002, a propósito do caso dos seis gémeos da Madeira); é, sem qualquer dúvida, um problema que entronca em valores éticos e humanos universais – e, por isso, congrega também à sua volta pessoas afirmadamente distantes da religião (vd. António José Saraiva, in *Expresso* de 13 de Junho de 1998, a propósito do referendo) – só para manter este debate confinado a jornalistas prestigiados.

*constituição material (...), em todos os casos o aborto será crime. Ainda que a lei positiva o não declare.<sup>2</sup>*

## **B) APRECIÇÃO DO ARGUMENTO DA «TOLERÂNCIA»**

A tolerância de que tantos falam só pode ser para com as pessoas e não para com o erro.

*A penalização abstracta de um comportamento não equivale a qualquer condenação (...); não há pena – ou seja, condenação – sem culpa. (...) Recusar a protecção jurídica da vida humana não é, nunca foi, uma atitude de tolerância.<sup>3</sup>*

Dramaticamente, confunde-se hoje – talvez, algumas vezes, com propósitos malévolos – tolerância e indiferença. Na primeira compreende-se e perdoa-se a pessoa que faz o mal; na segunda recusa-se a distinção entre o mal e o bem, tudo permitindo e dispensando as pessoas de usar critérios valorativos – num ambiente ruinoso de relativismo ético e moral. Este é o ambiente propício à anomia e, por consequência, à ruptura do estado de direito democrático.

## **C) APRECIÇÃO DE OUTROS ARGUMENTOS**

Todos os outros argumentos, na maior parte dos casos falaciosos, são irrelevantes para a presente exposição e roubam-nos tempo ao essencial.

Poderíamos perder-nos a discutir «a protecção das mulheres», e, em especial, «a protecção das mulheres mais pobres e desprotegidas»; bem como o «direito a uma maternidade responsável» ou à «autodeterminação sexual das mulheres»; «o princípio da igualdade dos progenitores na decisão de abortar um filho comum»; o «combate ao aborto clandestino», a «ineficácia da lei penal» ou a «extinção dos operadores ilícitos». Mas qualquer um destes assuntos é secundário em face do tema que nos é proposto

---

<sup>2</sup> In *Vida...*, p. 143

<sup>3</sup> Pedro Pereira dos Santos, in *Vida...*, pp. 160-161.

### **(iii) Dedicatória**

Desejaria recordar de modo expresso dois insignes juristas: o Professor Manuel de Cavaleiro Ferreira e o Professor Francisco Lucas Pires. Um e outro são exemplo de coragem e de militância pela verdade, guardando de ambos memórias extraordinárias. Esta exposição é devedora a ambos, porque os teve sempre presentes.

De Manuel de Cavaleiro Ferreira relembro o que escreveu no prefácio do seu *Direito Penal Português*:

*Cabe [aos juristas] a missão da defesa do Direito, a defesa dos valores humanos que superam a mera actividade política e se não captam na sua verdadeira natureza mediante uma formação exclusivamente técnica. A política é, no seu campo próprio, coisa meritória e não pode invadir a esfera do Direito no que ele contém de verdade ontológica, nem transformar a utilidade ou a opinião em critério de justiça.*

*O Direito descobre-se, não se inventa. Legislar não é moldar ao sabor de ideologias várias e contraditórias à realidade humana e social; quando uma sociedade se deixa dominar pela crença supersticiosa da onipotência do legislador e pelo relativismo dos valores, todos os despotismos apontam no horizonte, quer sejam autocráticos, quer sejam democráticos; e da negação da verdade global, absoluta, nasce paradoxalmente a pretensão das ideologias a tomarem a veste da verdade.<sup>4</sup>*

De Francisco Lucas Pires recordo um excerto do seu último texto, precisamente, publicado na referida obra colectiva *Vida e Direito*:

*Uma “vida humana” recortada entre a raiz e o caule pela tesoura do direito (...) repercutiria ainda uma outra faceta das fracassadas e perigosas pretensões do **homem novo**, afinal assente na procura de instrumentalização da vida. Pelo contrário, a ideia de “dignidade humana” (artigo 1º da CRP), hoje cen-*

---

<sup>4</sup> *Direito Penal Português*, vol. II, Lisboa, Verbo, 1981, p. 6

*tral à ideia de liberdade jurídica, supõe a unidade do humano e, ao mesmo tempo, a sua capacidade de desenvolvimento em todas as direcções, nela entroncando, por isso mesmo, todos os restantes direitos fundamentais (...).*

*A unidade europeia, que é a unidade de um continente onde já não se pratica a pena de morte, que rebasceu no pós-guerra cultura do Homem contra a violência e que, recentemente, com a queda do muro de Berlim, assistiu também à falência dos regimes que haviam feito da liberalização incondicional do aborto de massa uma das insígnias do velho Estado socialista, tem também no próximo referendo [o de 28 de Junho de 1998] sobre a “interrupção voluntária da gravidez” um motivo de renovação e de esperança.<sup>5</sup>*

Nesta exposição, também quero recordar uma família que por estes dias foi famosa e viu, mesmo, a sua privacidade devassada na comunicação social, pela curiosidade “voyeurista”, pelo preconceito modernista e pela crítica autoritária às suas opções: Idalina e José António Santos e aos seus seis filhos gémeos – a família da Madeira que me ensinou uma grande lição de vida: que o amor é indivisível e absoluto; que está acima das opções e de quaisquer interesses, mesmo os de procriar e de assegurar a descendência, e de qualquer suposto ‘direito à felicidade’.

#### **(iv) Tema e Plano**

##### **(i) TEMA**

A minha primeira reacção ao título deste curso de pós-graduação foi de estranheza: «direito da bio-ética». Verdadeiramente, não me parece que haja um direito da ética; e muito menos, uma subordinação da ética ao direito. Há, concerteza, um direito da biologia, da medicina e da bio-medicina; mas não da bio-ética.

Contudo, este título acaba por ser feliz, uma vez que reflecte adequadamente o principal desafio lançado ao direito: o desenvolvimento da ciência, em cada uma das suas

etapas, precisa de ser acompanhado cuidadosamente por uma reflexão crítica *que inspire normas jurídicas adequadas para a salvaguarda da integridade da vida humana*.<sup>6</sup>

Concretizando mais, face ao nosso tema:

*As questões colocadas pelo aborto não se reconduzem a problemas legais, logo não pode procurar-se na lei a sua solução. O aborto é um problema moral ligado à valoração da vida humana e deve ser socialmente objectivado num conjunto de regras jurídico-morais consensualizadas na comunidade, pelo esclarecimento e discussão das opiniões divergentes*.<sup>7</sup>

Tudo ponderado, o direito precisa de se fundamentar numa base ético-moral sólida. Esta exposição não ignora que responde a uma iniciativa de uma escola de Direito – onde se ensina e aprende as leis e os seus métodos de criação, análise e interpretação; mas onde também se investiga para desvendar, proclamar e defender os princípios enformadores do Direito (os seus referenciais de valores).

*(...) a dissociação entre ética e direito tem vindo a ser colocada pelo pensamento materialista dominante nos nossos dias, designadamente através da instrumentalização e manipulação da linguagem jurídica*.<sup>8</sup>

Esta realidade é inaceitável! Do mesmo modo que a vida jamais pode ser degradada ao nível de objecto, também o direito não pode ser amesquinhado a um sistema de preceitos, deixando amordaçar a sua vocação essencial para proclamar e defender os valores absolutos e para expressar o nível e o progresso civilizacional de cada sociedade. Igualmente, e do mesmo modo que a vida de um filho não depende da vontade arbitrária e egoísta da mãe – mesmo com o beneplácito do pai –, o direito não está subjugado à pretensão do legislador – mesmo quando referendada por uma maioria democrática ou ratificada por uma jurisdição de fiscalização da constitucionalidade.

---

<sup>5</sup> *Vida...*, pp. 61-62

<sup>6</sup> João Paulo II, «Jornada Mundial da Paz 1999», in *Mensagens...*, p. 265-266.

<sup>7</sup> Eduardo Vera-Cruz Pinto, in *Vida...*, p. 53.

<sup>8</sup> Pedro Barbas Homem, in *Vida...*, p. 23

**(II) PLANO**

Considerado o tema, a presente exposição divide-se em quatro partes: na primeira apresentam-se os contornos da questão e, principalmente, os conceitos relevantes; na segunda aborda-se a dimensão supra-constitucional dos direitos do homem; na terceira averigua-se a perspectiva constitucional dos direitos do homem, com um enfoque particular na dignidade da pessoa humana e na distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais; na quarta refere-se a Constituição portuguesa, destacando-se os direito à vida, direito à identidade genética e o princípio da igualdade entre o pai e a mãe.

Assim:

I. Colocação do Problema

- (i) Os conceitos: esclarecimento
- (ii) Precisão do conceito de vida
- (iii) Arbitrariedades

II. Dimensão supra-constitucional dos direitos do homem

III. A Dimensão constitucional dos direitos do homem

- (i) A Descoberta do Direito
- (ii) A Dignidade da Pessoa Humana. Sentido e âmbito
  - (a) Uma perspectiva integral,
  - (b) Uma perspectiva neutra,
- (iii) A constitucionalização dos direitos do homem.
  - a) Sequência
  - b) Os Direitos Fundamentais.
  - c) Os direitos do homem e os direitos fundamentais
- (iv) A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

IV. A Constituição Portuguesa de 1976

- (i) Preliminares
- (ii) O direito à vida
  - a) Proeminência do direito à vida.
  - b) Conflito de direitos.
  - c) Extensão do direito à vida.

- d) Um sofisma
  - (iii) O Direito à Identidade Genética
  - (iv) O Princípio da Igualdade entre Pai e Mãe: direito de ambos os pais a uma progeneritura responsável

## **II. Colocação do Problema**

### ***(i) Os conceitos: esclarecimento***

Com a lei de 1984, o aborto passou a chamar-se «interrupção voluntária da gravidez» – antes, numa linguagem mais popular, também já se chamava «desmancho».

A expressão legal não é feliz, apesar de semanticamente não ser incorrecta. Admitindo que não tivesse havido intenção de iludir os cidadãos, impõem-se duas anotações:

- a) foi utilizada uma palavra plurivalente (ou polivalente): interrupção tem um significado vulgar de «suspensão» e não de «terminação» – veja-se, inclusivamente, o significado de ininterrupto.
- b) o interrompido relevante não é a gravidez (da mãe) mas a gestação (do filho, ainda em estado fetal); por outras palavras, a questão substancial é a sobrevivência do filho e, conseqüentemente, o direito deste (ainda feto) a viver sem embaraços de terceiros (mesmo que este seja a própria mãe), conforme o respeito pela natureza e por ele determinam (e não as causas de subsistência, positiva ou negativa, da gravidez).

### ***(ii) Precisão do conceito de vida***

A moderna ciência médica não tem dúvidas sobre o início da vida humana: ocorre na concepção, isto é, no exacto momento em que se fundem os gâmetas masculino e feminino. Depois deste momento, nada de mais relevante ocorre – a nidação do ovo, cerca de treze dias depois, ou o nascimento, cerca de 270 dias transcorridos; já nada mais releva para a determinação da vida.

Contudo e por absurdo, mesmo que fosse possível suscitar uma dúvida sobre o momento do início da vida, teríamos que concluir pelo desconhecimento de qualquer outro marco. Adiante veremos a relevância desta ressalva.

### **(iii) Arbitrariedades**

Deste modo, reveste-se de total arbitrariedade a imposição de qualquer prazo negativo para reconhecer o direito do feto a nascer: por um absurdo bio-médico e por um absurdo jurídico não podemos dizer que até à semana “y” não há vida; ou que até àquela altura essa vida humana não merece tutela. Numa perspectiva bio-médica, porque desde a concepção que já não ocorre qualquer alteração qualitativa que nos permita diferenciar tratamentos. De um ponto de vista jurídico, porque desse modo a lei não tem suporte científico para distinguir (descriminalizando ou despenalizando, primeiro; e repondo a moldura penal, depois).

Aliás, confrontado com a lei de 1984, o legislador português confessou aquela arbitrariedade em 1997, quando alargou as causas de aborto (ao feto inviável, sem prazo) e quando aumentou para 24 semanas a despenalização por malformação ou grave doença do nascituro (artigo 142.1.c), do Código Penal) – antes possível até à 16<sup>a</sup> semana – e para 16 semanas a despenalização com fundamento em violação – antes possível até à 12<sup>a</sup> semana.

Perante esta situação, é legítimo perguntar: qual o fundamento para a aposição de um prazo, se há uma efectiva e justificada causa de despenalização? o que muda após aquele prazo que justifique alterar o quadro penal? porque não manter a exclusão da ilicitude durante todo o tempo da gravidez? ou, mesmo, durante os primeiros dias após o parto para os casos de aborto eugénico?<sup>9</sup>

Estes prazos não têm qualquer relevância científica (do ponto de vista da determinação do início da vida), nem justificação técnica (no que respeita às regras da *artis* médica). Uma vez mais, estamos perante uma dissimulação do problema; ou perante uma estratégia gradual que visa alargar aqueles prazos paulatinamente (como aconteceu em 1997); ou em face de uma cobardia que não deixa o legislador alargar os prazos para limites em que já seja possível reconhecer socialmente a gravidez.

---

<sup>9</sup> Deste modo precaver-se-ia o nascimento ‘indesejável’ de seres humanos portadores de deficiência, além de se evitarem e superarem erros no diagnóstico pré-natal. Aliás, este tornar-se-ia, então, desnecessário, evitando-se o seu custo e, numa ‘perspectiva pró-vida’, evitando-se erros (hoje frequentes) de aconselhamento abortivo de fetos sem deficiência...

### III. Dimensão supra-constitucional dos direitos do homem

Não podemos escapar a uma palavra – mesmo que curta – sobre a relação entre os direitos do homem e o direito natural, porque esta é uma relação iniludível e fundamental, sem a qual o nosso tema não fica devidamente enquadrado e não se compreendem os fundamentos e razões da análise apresentada. Desde o início, com Jacques MARITAIN, reafirmamos que

[a] *verdadeira filosofia dos direitos da pessoa humana repousa sobre a ideia de lei natural*<sup>10</sup>.

O direito natural é o direito justo por si, devendo a legislação positiva reconhecê-lo como tal, desenvolvendo os seus princípios e fazendo as escolhas de política legislativa de acordo com ele – é *uma espécie de Superconstituição*<sup>11</sup>. O direito positivo tem o dever e o encargo de o reconhecer e de o realizar de maneira que, quando isso não acontece, estamos perante um direito injusto. Será, aliás, por este padrão que se aferirá da justiça de um certo ordenamento, em geral, e das leis sobre o aborto, em particular.

Se o justo absoluto não é realizável pelos homens e, conseqüentemente, não pode ser exigido do ordenamento jurídico, não se pode deixar de reconhecer que algumas normas são invariáveis e intemporais; e que elas se impõem aos ordenamentos nacionais. Isto porque, se é certo que as circunstâncias e as necessidades da vida do Homem em sociedade variam, é falso que o próprio Homem seja uma realidade contingente. A sua natureza e dignidade não sofrem alteração com o processo histórico. Daí que se possa detectar um núcleo invariável do Homem e do Direito, com validade absoluta, intemporal e acultural. Um núcleo onde, repetimos, se encontram os direitos do homem e, em particular, o direito à vida.

---

<sup>10</sup> *Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle*, Nova Iorque, Éditions de la Maison Française, Inc., 1942, p. 85

<sup>11</sup> Vd. GROPALLI, «Il Diritto Naturale e la Corte Costituzionale», in *RIFD*, 1953, p. 43

[O direito à vida] *é um direito mais reconhecido do que criado, mais natural do que jurídico, e, por isso, ao mesmo tempo pré-catálogo e cabeça de catálogo*<sup>12</sup>.

## **IV. A Dimensão constitucional dos direitos do homem**

### **(i) A Descoberta do Direito**

O conhecimento histórico dos direitos do homem, tal como o do direito natural, é o resultado de um processo civilizacional de descoberta. Se é certo que aquelas realidades não existem por causa do conhecimento que os homens têm delas, na medida em que são intemporais e conaturais ao ser humano, a sua compreensão vai resultando de um esforço de civilização feito pela humanidade. Do mesmo modo que as regras que regem os fenómenos da natureza não deixam de existir pelo facto de o homem não ter delas conhecimento, ou ter uma informação incorrecta, o direito natural e os direitos do homem também existem ainda quando desconhecidos ou ignorados obstinadamente. A actuação humana, num como noutro caso, não visa "inventar" a natureza, mas estudá-la, descobri-la e reconhecê-la – e, num segundo momento, protegê-la. E mesmo que, num dado momento histórico, aquela realidade possa ainda não ter sido compreendida e assumida pela inteligência humana ou seja recusada pela obstinação da ignorância ou do preconceito, isso não significa que seja menos natureza ou que as suas leis dependam da vontade dos homens.<sup>13</sup> Neste caso, é o Homem quem está diminuído, e assim se compreendem os esforços que a humanidade faz no sentido de aumentar os seus conhecimentos.

Mas, por outro lado, porque a operação intelectual desenvolvida pelo Homem foi a da descoberta e não a da invenção ou da criação – foi a do reconhecimento de uma realidade de facto que não lhe deve a sua existência, mas que lhe impõe o seu respeito – os pro-

---

<sup>12</sup> Francisco Lucas Pires, in *Vida...*, p. 59

<sup>13</sup> É impossível deixar de recordar Galileu e o que ele disse a todos aqueles que se lhe opunham com a ignorância científica e o preconceito político-religioso: *Eppur si muove*. Aliás, exemplarmente e a propó-

gressos do ser humano, também na área da ciência jurídica, têm de estar conformes com aquelas leis. Por isso, o Direito é uma ciência; não é uma arte que recria esteticamente a realidade; ou uma técnica que inventa mecanismos.

Em suma, os avanços jurídicos da Humanidade hão-de ter em conta o conhecimento entretanto adquirido das leis da natureza, *v.g.* do direito natural, as quais se apresentam como um limite à actuação humana e como um padrão de reconhecimento e de legitimidade daquele mesmo progresso.

Daqui ressaltam, portanto, três consequências.

- a) A primeira expressa-se na limitação natural da liberdade de iniciativa humana, traduzida, nomeadamente, na ilegitimidade de uma actuação que atente contra os direitos do homem.

*A liberdade é uma força moral ao serviço de uma causa. É por isso que em democracia o que importa a cada um não é (...) sobretudo a liberdade dos outros, com o sacrifício do próprio sujeito se necessário for. Uma liberdade posta ao serviço do próprio, facilmente resvala numa ditadura para os outros.<sup>14</sup>*

- b) A segunda manifesta-se numa compreensão adequada do processo de reconhecimento daqueles direitos, os quais, existindo por si, não dependem de um acto de vontade do legislador, pelo que a sua existência não resulta da sua consagração legal, mas da natureza das coisas, impondo-se-lhe absolutamente.
- c) Por isto se pode dizer, finalmente, que a compreensão daquela realidade, *maxime*, dos direitos do homem, se transforma num "*acquis*" da Humanidade, num *termine di storia*, num acervo de conhecimentos; e é, por isso, o principal critério para aferir da legitimidade dos governantes, especialmente quanto ao exercício dos poderes que lhe foram conferidos pelo povo. Como escreveu o próprio John ADAMS

---

sito deste nosso tema, no-lo recordou António Pinto Leite em artigo publicado no *Expresso* (agora incluído em *Qual é o Mal?*, Cascais, Principia, no prelo).

<sup>14</sup> Germano Marques da Silva, in *Vida...*, p. 64

*[v]ós tendes direitos anteriores a qualquer governo sobre a terra; direitos que não podem ser recusados ou restringidos pelas leis humanas; direitos que provêm do Grande Legislador do Universo.*

Mas se os direitos existem independentemente do Estado, impondo-se-lhe, mesmo, isto não significa que seja irrelevante a actuação dos órgãos da comunidade política, desde que estes compreendam os seus próprios limites e não pretendam subverter um processo de pesquisa e de conhecimento da realidade num outro de decisão e de afirmação voluntarista. O Estado, em geral, e o Estado Constitucional ou Estado de Direito – seja ele monárquico ou republicano –, em particular, surgem para garantir aqueles direitos, reconhecendo-os e assumindo-os como nenhum outro antes o fizera.

É a garantia dos direitos que exige o poder político e o direito.

### **(ii) A Dignidade da Pessoa Humana. Sentido e âmbito**

*A dignidade da pessoa humana (...) não tem qualquer sentido se não significar que em virtude da lei natural a pessoa humana tem o direito de ser respeitada e é sujeito de direitos, possui direitos. Há coisas que são devidas ao homem pelo facto de ele ser homem.<sup>15</sup>*

Os direitos do homem encontram o seu fundamento e razão de ser na dignidade da pessoa. A dignidade do homem representa o direito aos direitos, a razão de ser daqueles, a sua manifestação integradora e unificadora. Do mesmo modo que não se pode pensar a dignidade do homem sem direitos do homem, não se podem conceber estes sem aquela. A dignidade do homem não conferirá especificadamente direitos fundamentais, mas é irrecusável que é ela que constitui o fundamento para que eles sejam reconhecidos e garantidos.

---

<sup>15</sup> Jacques MARITAIN, *Les Droits...*, citado, p. 84.

Quando se pretende esclarecer o conteúdo deste conceito, tantas vezes utilizado sem critério, não podemos deixar de encontrar duas dimensões explicativas.

**(a) Uma perspectiva integral**, na qual ressalta a filiação divina do homem (Gén. 1, 27: *Deus criou o homem à Sua imagem*). Por isso dizemos, acompanhando Manuel Gomes da Silva, que o homem *transcende o universo das coisas*;<sup>16</sup> e com ele alertamos para o facto de qualquer exposição sobre a concepção de homem e da dignidade da pessoa humana não poder ser mutilada dos seus fundamentos, sob pena de se tornar em *mentira estéril ou, ainda mais, maléfica e perigosa*<sup>17</sup>.

*"o homem não contém em si o seu fim nem a sua perfeição e nada há nele que tenha real valor quando olhado em absoluto; se, todavia, o contemplarmos à luz da sua criação divina e da sua missão sublime para com Deus, ele adquire, ou melhor, cada homem adquire valor verdadeiramente infinito, só mensurável pelo alto significado da sua semelhança com Deus.*<sup>18</sup>

É verdadeiramente aqui que encontramos o fundamento e a resposta para a nossa pergunta, ainda que reconheçamos que alguns leitores poderão sentir dificuldade em aceitá-la e compreendê-la. Mas tal facto não constitui razão para a ignorarmos ou a escondermos supostamente no refúgio de um qualquer respeito humano, de um esforço de consensualismo científico, ou numa atitude moderna de conformação com as imposições de laicização do conhecimento e do saber. Pelo contrário, ela é a resposta ao problema, mesmo no confronto com as mentalidades ateia e agnóstica (*humanismo ateu*).

---

<sup>16</sup> «Esboço de uma Concepção Personalista do Direito. Reflexões em Torno da Utilização do Cadáver Humano para Fins Terapêuticos e Científicos», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1964, vol. XVII, p. 189

<sup>17</sup> *Idem*, p. 191

**(b) Uma perspectiva neutra**, na qual relevam as características fundamentais que distinguem o ser humano dos demais animais: a liberdade e a racionalidade humanas, *razão e consciência* como diz a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu artigo 1º. Segundo estas características, o homem é pessoa e diferencia-se dos outros animais porque é, simultânea e incindivelmente, um ser *livre e racional*. De facto, antes de mais, aquilo que revela a natureza do homem é a possibilidade de ele decidir, sem constrangimentos naturais (instinto), físicos (coacção) e intelectuais (opressão) o seu futuro. Mas, ao fazê-lo, e aqui detectamos o segundo traço distintivo do ser humano, ele procede de acordo com critérios de razão - o que ainda tem a ver com a sua libertação do instinto -, de conhecimento e de valoração da realidade, de esperança. Esta característica essencial da pessoa (i) permite-lhe discernir judiciosamente sobre as suas escolhas, de acordo com critérios de interesse e utilidade próprios, ponderando as implicações da sua socialidade; (ii) concede-lhe decidir da sua liberdade, assumindo a sua responsabilidade; (iii) consente-lhe afirmar a sua identidade, compreendendo a pluralidade do género humano. Em suma, destas duas características resulta que o homem é, por sua própria natureza, um ser que constrói o seu futuro pelas escolhas que faz. Nisto se distingue de todos os outros animais que fazem das suas existências uma obra do acaso ou da repetição.

Mas dizer somente que a dignidade da pessoa humana se afirma exclusivamente pela liberdade e racionalidade presentes em cada homem poderia levar-nos a concluir que certos homens - então meras aparências de homens - não teriam dignidade e, consequentemente, não poderiam reivindicar direitos - p. ex., os doentes mentais, os menores de tenra

---

<sup>18</sup> *Idem*, p. 211.

idade, os fetos e, até, qualquer ser humano durante a fase do sono. Os direitos de todos estes, a existirem, resultariam não da sua dignidade, inexistente, mas de uma decisão consensual ou convencional da comunidade política, uma espécie de acto de comiserção. Ora, uma tal compreensão apresenta-se absolutamente inadequada e inaceitável para qualquer espírito sã.

O elemento novo a trazer à colação, então, é o da **potencialidade**. Como diz OZAR

*a base dos direitos morais é a potencialidade para a prática de actos livres e racionais. Os seres humanos têm esta potencialidade desde o momento da sua concepção*<sup>19</sup>

De facto, não podemos encontrar depois da concepção um momento que nos sugira, sequer, que há uma situação nova que nos permita reconhecer ou negar direitos, uma vez que, desde então, todo o processo humano é caracterizado pelo crescimento, isto é, não se detectam alterações qualitativas mas unicamente quantitativas no ser humano. O que ocorre desde então é o desenvolvimento da potencialidade para praticar actos livres e racionais. Por esta razão, mesmo antes de nascer ou quando a pessoa estiver adormecida – fisiológica ou patologicamente –, ela pode vir a praticar actos do tipo descrito, com a única condição de nascer e crescer ou de despertar do seu estado de sonolência, uma vez que nela se encontram reunidas todas as condições e energias que a tornam apta a praticar aqueles actos.

---

<sup>19</sup> David Ozar, «Rights: What They Are and Where They Come From», in *Philosophical Issues in Human Rights*, Nova Iorque, Random House, 1986, p. 13.

c) Mas a teoria da potencialidade ainda não é suficiente: há casos em que o "ser humano" nasce, ou adquire posteriormente ao nascimento, deformidades tais que o impossibilitariam, definitivamente e de acordo com os conhecimentos da ciência médica, de decidir livre e racionalmente. Precisamos, então, de aprofundar a teoria da potencialidade, através daquela a que chamaremos *teoria da imanência*, segundo a qual persiste em qualquer homem, independentemente da fase do seu desenvolvimento físico ou do seu estado de saúde mental, o fundamento da sua capacidade para decidir livre e racionalmente, como manifestação e concretização da exigência ontológica de realização do fim último de cada pessoa. O ser humano, ainda que, por razões diversas, não possa exercer num certo momento, que a própria ciência não pode considerar definitivo e irreduzível, aquele seu atributo essencial, tem nele imanentemente, sem interrupção, o motivo da sua liberdade e o critério para a sua razão.

Uma coisa é dizer-se que um ser humano está impossibilitado de exercer as suas características fundamentais, num certo momento; outra, completamente diferente, é defender-se que, por causa disso, ele perdeu aquelas mesmas características – que caducou a sua dignidade como pessoa. Sendo irrecusável que existem certas pessoas que, numa certa fase da sua vida, poderão não estar aptas a exercer a sua liberdade e a sua racionalidade (v.g., os fetos ou, mesmo, as crianças), não se pode, ao contrário, aceitar que um doente mental padecendo de doença irreversível e sem cura de acordo com os conhecimentos mé-

dicos de cada momento (v.g. um paciente com esquizofrenia) perca, ainda que transitoriamente, a sua dignidade de homem.<sup>20</sup>

**(d) Em suma**, não é possível deixar de considerar que o homem, por ser homem, tem *uma dignidade que nem um império, nem um Estado lhe podem conceder ou negar*<sup>21</sup>, porque nele, em todos eles, se encontram residentes as características essenciais da humanidade: a liberdade e a racionalidade, imanentes, potenciais ou presentes em cada ser humano.

### **(iii) A constitucionalização dos direitos do homem.**

#### **A) SEQUÊNCIA**

A constitucionalização dos direitos do homem tem sido a expressão normal do movimento de reconhecimento estatal dos direitos.

Sendo a positivação um fenómeno de reconhecimento e não de atribuição de direitos, a sua razão de ser, então, é, para além da sua publicidade, a possibilidade de os mesmos serem tutelados pelos tribunais. A constitucionalização, assim entendida, não é fonte dos direitos, mas garantia predisposta a seu favor – uma garantia, aliás, reforçada.

---

<sup>20</sup> Aliás, a história de John Forbes Nash, tão bem apresentada no filme *Uma Mente Brilhante* é disso um excelente exemplo. Nash, Nobel da Economia em 1994, depois de lhe ter sido diagnosticada uma esquizofrenia paranóica, que o obrigou a reformar-se precocemente em 1958, com 30 anos, em 1974 teve uma recuperação inesperada e substancial que lhe permitiu, mesmo, regressar á vida universitária. Vd. João César das Neves «Nash, John Forbes», in David Henderson e João César das Neves (coord.), *Enciclopédia de Economia*, Cascais, Principia, 2000, p. 928.

<sup>21</sup> João Paulo II, *Discurso aos Deportados da II Guerra*. No mesmo sentido, Jorge Miranda, «O Artigo 1º. e o Artigo 2º. da Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, Petrony, 1978, pp. 15-16: (...) *em cada ser humano estão presentes as faculdades da humanidade e (...) todo e qualquer homem, toda e qualquer mulher é irredutível e insubstituível.*

**B) OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Uma breve incursão pela doutrina portuguesa permite concluir que os autores aplicam o conceito de direitos fundamentais à relação que se estabelece entre a ordem jurídica estadual e os direitos do homem por virtude da sua consagração constitucional. E, desta forma, podemos dizer que os direitos fundamentais são os direitos do homem constitucionalizados.

**C) OS DIREITOS DO HOMEM E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Assim colocada a questão, não há qualquer incompatibilidade entre os direitos do homem e os direitos fundamentais, na medida em que revelam duas manifestações diferentes da mesma realidade<sup>22</sup>.

Enquanto que os primeiros se reportam imediatamente à natureza humana e à dignidade dela decorrente, devendo entender-se como direitos originários, naturais e independentes de qualquer consagração legal para poderem existir – imposições da natureza humana, manifestações inadiáveis da dignidade do Homem; os segundos são, ao contrário, resultantes de consagração legal, na forma específica de norma constitucional, condicionados pelos primeiros, normalmente sua enumeração, traduzindo-se, sempre que reproduzam direitos do homem, em garantias materiais daqueles que lhes servem de substrato. Nesta perspectiva, os direitos fundamentais não são uma realidade autónoma e o poder constituinte não é ilimitado. Este tem uma função enumeradora dos direitos do homem, concretizada nos direitos fundamentais, sua especificação e garantia.

Aliás é aqui que encontramos a razão substancial para a existência na nossa Constituição de uma cláusula aberta dos direitos fundamentais.

Ora, pode haver, como acontece em todas as Constituições, direitos fundamentais que não resultem inadiavelmente de uma imposição da dignidade do Homem, dizendo-se, portanto, que há uma incoincidência positiva uma vez que o âmbito dos direitos fundamentais excede, felizmente, o dos direitos do homem. Mas já não é admissível, e regressa-

---

<sup>22</sup> Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*", Madrid, Alianza Ed., 1982, pp. 169 e ss

mos ao problema da legitimidade, que se verifique uma incoincidência negativa, isto é, que o âmbito dos direitos fundamentais não cubra todos os direitos do homem reconhecíveis, independentemente de, do ponto de vista numérico, apresentar mais direitos do que aqueles que resultariam de uma operação aritmética de adição dos simples direitos do homem. Em suma, e utilizando linguagem da matemática, o conjunto dos direitos do homem tem que estar contido no conjunto dos direitos fundamentais.

#### ***(iv) A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais***

Uma vez que, por último, os direitos fundamentais resultam da dignidade do homem, não podemos senão concordar com Vieira de ANDRADE quando defende que, em sede de direito positivo, temos dois tipos ou graus de direitos. Os direitos de primeiro grau, direitos naturais ou direitos fundamentalíssimos, e os direitos de segundo grau, ou direitos fundamentais - os que decorrem daqueles ou os completam<sup>23</sup>. Embora se possa dizer que estes segundos têm o seu fundamento na sua consagração legal, ao contrário dos primeiros que decorrem imediatamente da natureza das coisas e existem independentemente de qualquer acto de vontade do poder político, temos de voltar a referir a opinião do autor de Coimbra quando afirma que, apesar de tudo,

*é este princípio [da dignidade da pessoa] que está na base da sua previsão constitucional e da sua consideração como direitos fundamentais.<sup>24</sup>*

Daqui resulta, ainda, que as leis que violem estes direitos devem ser consideradas materialmente inválidas, ilegítimas, ou injustas e, conseqüentemente, inexistentes, independentemente de poderem ser inconstitucionais. Face à ilegitimidade, o vício da inconstituci-

---

<sup>23</sup> *Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª. Ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 98.

<sup>24</sup> *Idem, ibidem.*

onalidade surge como uma questão de segunda ordem, porque, embora grave, o que ele revela essencialmente é a invalidade formal e o caso que temos perante nós é o de invalidade substancial.

Estamos perante um caso de inexistência porque se pretende fazer valer como lei um facto ao qual falta o requisito material essencial da sua validade. São a gravidade do vício, a sua evidência e a sua natureza que nos conduzem à inexistência.

Em suma, a dignidade do homem origina a existência de direitos da pessoa humana, é o seu fundamento; e estes impõem-se absolutamente ao poder político, o qual, encontrando no homem a sua razão de ser, a sua legitimidade e o limite da sua actuação, tem de guardar respeito absoluto a tudo quanto defina a essência daquele, *maxime*, a sua dignidade e os seus direitos, sob pena de os actos praticados contra aqueles limites terem de ser considerados como não existentes, sem efeitos e não acarretando qualquer dever de obediência, antes justificando e, eventualmente, impondo a desobediência dos cidadãos.

## V. A Constituição Portuguesa de 1976

### (i) Preliminares

Entre todos os direitos e princípios constitucionais relevantes para o nosso tema, sobressaem o **princípio da dignidade da pessoa humana** e o **direito à vida**, conforme escreveu Francisco Lucas Pires:

*Não se trata em ambos os casos de duas normas quaisquer no sistema da Constituição. A primeira encabeça o Capítulo I do Título I respeitante aos “Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais”. A segunda é a primeira norma da Constituição e dos respectivos Princípios Fundamentais. Dir-se-ia, pois, que a “dignidade da pessoa humana” é o primeiro princípio da Constituição Portuguesa e que o “direito à vida” é o primeiro dos direitos fundamentais respectivos.*

*Ambos, princípio e direito, são, por sua vez, proclamados de maneira absoluta e irrestrita. A colocação e a formulação de ambos mostram como o direito à vida assume a proeminência de um “direito capital” no sistema de valores da Constituição (...) um prius cronológico e um pressuposto lógico em relação aos restantes direitos,*

*(...) um direito fundamental qualificado.*

*[a negação deste tandem] ofenderia o espírito e a unidade do sistema de direitos fundamentais da Constituição.<sup>25</sup>*

Aliás, inúmeros autores sublinham, naturalmente, esta relação. Sousa Franco, por exemplo, refere que

---

<sup>25</sup> *Vida...*, pp. 59; 60.

*A eminente dignidade da pessoa humana atribui-lhe, desde que começa a existir (e esse começo é hoje bem delimitado pela ciência), um núcleo essencial de poderes e deveres, dos quais o primeiro é o direito à vida. Por ele se há-de dizer não à guerra (...), à pena de morte, à eutanásia e (...) ao aborto livre.<sup>26</sup>*

## **(ii) O direito à vida**

**(a) Proeminência do direito à vida.** O direito à vida é

*aquele de que derivam todos os demais, logo é primacial<sup>27</sup>*

*em qualquer operação de concordância prática entre este [o direito à vida] e outros direitos há-de respeitar-se aquela precedência<sup>28</sup>*

**(b) Conflito de direitos.** Um direito só pode ser sacrificado no conflito com valores jurídicos efectivamente homólogos. Aqui é aplicável o «princípio da concordância prática» – baseado em três critérios ou requisitos: proporcionalidade, necessidade e adequação.

Deste modo, o respeito pela vida humana e a defesa do direito à vida previsto no artigo 24º da CRP nunca impediram, em absoluto, o aborto. Este sempre teve uma causa de exclusão da culpa (Código Penal, artigo 31º) no conflito de direitos que ocorre quando confrontamos direitos da vida da mãe e do filho; e o mesmo se diga, do conflito de direitos entre irmãos (numa gravidez múltipla). Para tal, o direito já consagra os institutos da legítima defesa e do estado de necessidade desculpante (artigos 31 e ss., do Código Penal)

Cientes disto, mesmo aqueles que defenderam a lei de 1984 (e os retoques que sofreu em 1997) reconheceram e justificaram-na, quase sempre, com razões que eventualmente poderiam concorrer com a vida humana intra-uterina, prevalecendo mesmo sobre ela.

---

<sup>26</sup> *Vida...*, p. 10.

<sup>27</sup> *Augusto Lopes Cardoso, in Vida...*, p. 40

<sup>28</sup> *Francisco Lucas Pires, in Vida...*, p. 59

Apesar deste esforço de justificação, é indubitável que o «princípio da concordância prática» está ausente nos designados aborto terapêutico (excepto quando esteja em causa a vida da mãe e não haja outro modo de remover o perigo), aborto eugénico e aborto criminológico.

**(c) Extensão do direito à vida.** Considerando a forma e alcance do artigo 24º, que não comporta qualquer restrição ou excepção à proclamação geral de protecção da vida, não podemos nós fazê-lo, eliminando da órbita da sua protecção a vida intra-uterina, no todo ou em parte da sua duração. Onde a lei não restringe, não pode o legislador ou o intérprete fazê-lo; onde a ciência bio-médica não distingue, não pode a ciência jurídica apartar. A humanidade do feto, desde a concepção, *é hoje uma evidência apodítica*<sup>29</sup>.

Mas, ainda que fosse conforme à verdade e à ciência duvidar sobre o momento do início da vida, aí teríamos de observar o princípio *in dubio pro libertate; in dubio pro vita*, como muito bem refere Paulo Otero:

*(...) mesmo que exista a mais angustiosa das dúvidas científicas sobre o momento de origem da vida intra-uterina, sabendo-se que ela é anterior ao nascimento e posterior à concepção, deve tratar-se todo este período como se desde o momento da concepção existia sempre vida.*<sup>30</sup>

**d) Um sofisma** Uma palavra ainda para impedir um sofisma. Considerando que a personalidade jurídica só se adquire com o nascimento completo e com vida e que só as pessoas são sujeitos de direito, alguns poderão ser levados a um disparate lógico: condicionar o direito à vida (que é também o direito de nascer, no caso da vida intra-uterina) ao nascimento.

Nem sequer é relevante a questão da imputação: saber se antes do nascimento temos uma mera tutela objectiva ou o reconhecimento de um verdadeiro direito subjectivo, como a qualquer ser humano nascido. Sempre se diz que só pode ser a última: de outro modo, como se compreenderia o reconhecimento de diversos direitos, sejam fundamentais

---

<sup>29</sup> Francisco Lucas Pires, in *Vida...*, p. 60

<sup>30</sup> *Vida...*, p. 148

ou de personalidade, pouco importa, ao nascituro – por exemplo, a herdar e receber doações, ao bom nome, a um património genético inviolado e, o maior de todos, a nascer?

Aliás, a haver alguma alteração ela deve ocorrer na regra relativa ao momento de aquisição de personalidade jurídica, uma vez que, hoje, não há qualquer dificuldade ou motivo de incerteza quanto à determinação da concepção e ao momento em que ocorre. Mesmo assim e perante a actual redacção do artigo 66º, conjugado com as várias disposições que reconhecem direitos ao nascituro, temos que concluir que os direitos são reconhecidos sob condição (suspensiva) do nascimento; e que, neste sentido, existe uma personalidade jurídica pré-natal (embora prejudicada pela falta de capacidade jurídica – mas isso, afinal, também acontece com os menores de idade).

*(...) figurando o nascimento como condição da eficácia de direitos na esfera jurídica do nascituro, não pode o próprio nascimento deixar de estar salvaguardado pela lei civil. Assim, para além dos direitos sucessórios do nascituro, reconhece-se-lhe um interesse juridicamente protegido a nascer.<sup>31</sup>*

### **(iii) O Direito à Identidade Genética**

Uma palavra rápida sobre este direito, reconhecido na revisão de 1997.

Pessoalmente, é para mim motivo de grande regozijo, uma vez que foi um dos direitos que estudei e considerei acolhidos no nosso ordenamento constitucional, por recurso ao princípio da cláusula aberta.<sup>32</sup>

Do ponto de vista da exclusão da ilicitude do aborto, há que reconhecer que este direito vem reforçar o reconhecimento do direito à vida. A interpretação necessária destas duas normas leva-nos a reconhecer que o reconhecimento de um património genético inviolado precisa da garantia e defesa da própria vida – por absurdo, ninguém defenderá que é menos mau morrer que ser submetido a torturas genéticas ... Quando muito, poderão ser equivalentes, mas basta.

---

<sup>31</sup> Paulo Câmara, in *Vida...*, pp. 140-141.

**(iv) O Princípio da Igualdade entre Pai e Mãe; direito de ambos os pais a uma progenitura responsável**

O conceito de paternidade responsável pode ser considerado e objecto de protecção legal antes da concepção, isto é: o Estado e a sociedade podem predispor mecanismos e oferecer meios para os casais – e, mesmo, para que cada um dos membros do casal – possa assumir responsabilmente a progenitura.

Mas, uma vez concebida uma nova vida, o erro ou a imprevisão (ou o que quer que seja!) já não podem actuar contra a nova vida, já que *qualquer ser humano é sempre um fim em si mesmo, não um instrumento para satisfação dos desejos dos seus progenitores, não devendo por isso o seu direito a nascer ficar dependente deles*<sup>33</sup>. Perante uma nova vida a mãe (e o pai, claro!) tem que actuar responsabilmente, porque a liberdade sexual da mulher e a sua autodeterminação sexual não podem iludir as suas consequências.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Vide *Biomedicina e Novos Direitos do Homem...*, pp. 186 e ss.

<sup>33</sup> Luís Menezes Leitão, in *Vida...*, p. 101.

<sup>34</sup> Assim também Luís Menezes Leitão (in *Vida...*, p. 101): *(..) nunca foi argumento relevante 'o direito à paternidade consciente' para um homem se poder opor a uma acção de investigação da paternidade, obrigando-o antes a lei a assumir os seus deveres paternos para com os filhos que gera, desejados ou não. Não se vê, por isso, como permitir o aborto com base num pretenso 'direito à maternidade consciente.*