

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E O DIREITO À CONFORMAÇÃO DA MORTE

Mário Jorge Lemos Pinto

Relatório apresentado no âmbito do Seminário de Direito Constitucional do
Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da
Universidade Católica Portuguesa (Núcleo do Porto) – 2004

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A tese que se pretende desenvolver consiste em saber: (i) se é possível abrir-se uma tensão de tal modo insuportável entre a inviolabilidade da vida humana e a dignidade da pessoa e, (ii) nesse caso, perante tal tensão, qual dos princípios é que cede, e em que medida.

Colocado no mero plano dos princípios, a questão pode aparentemente não necessitar de resposta, se se entender que a inviolabilidade da vida é um elemento e uma face da dignidade da pessoa.

Mas o problema que nos interessa surge colocado quando aqueles princípios são subjectivados e assumidos como direitos pessoais, direitos de alguém. A tensão entre o princípio da dignidade e o princípio da inviolabilidade da vida humana é também uma tensão entre o direito à dignidade e o princípio da inviolabilidade da vida humana. E é, ainda, uma tensão entre o princípio da dignidade e o direito à vida.

Pelo que a formulação do problema já será a de saber se no caso de uma tensão entre o direito à dignidade e o princípio da inviolabilidade da vida, é legítimo que este ceda para concretização daquele. Ou se, no confronto com o princípio da dignidade da pessoa humana, é legítima a renúncia ao direito à vida.

1.1. Princípios e regras

A discussão pressupõe desde logo uma definição de posições acerca do que são princípios e direitos e regras. Na lição de GOMES CANOTILHO, “o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios”¹, duas espécies de normas, qualitativamente diferentes.

Os princípios são ‘imperativos de optimização’²: são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, no âmbito das possibilidades fácticas e jurídicas existentes, “compatíveis com vários graus de concretização”. As regras, essas, são ‘determinações’ no âmbito das possibilidades fácticas e jurídicas, prescrevendo “imperativamente uma exigência (impõem, permitem, ou proíbem)”³— são normas que só podem ser cumpridas ou não”⁴.

Os princípios, porque normas de optimização, tendendo ou apontando para um objectivo de realização absoluta, “permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes”⁵. Já as regras impõem um cumprimento total, sem margem de cedência ou de condescendência. O conflito de princípios é resolvido por um esforço de harmonização e de ponderação, “pois eles contêm apenas exigências ou standards que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados”⁶. Daí que seja possível a coexistência de princípios conflituantes e mesmo contraditórios. Mas as regras não admitem a validade de uma e, simultaneamente, a validade do seu oposto: não é possível que duas regras contraditórias possam valer ao mesmo tempo.

Qualquer sistema jurídico é composto de princípios e de regras: um sistema exclusivo de princípios criaria a imprecisão quanto às condutas, geraria o conflito entre os que fossem contraditórios, afastaria a segurança e a certeza. Mas se apenas houvesse regras, o sistema seria rígido, sem elasticidade para se adaptar às mudanças, cristalizaria. Os princípios são afinal geradores de regras (normogénéticos); e são as regras que conferem consistência e firmeza ao sistema para que os princípios possam criativamente desenvolver-se. “O direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e

¹ ***Direito Constitucional e Teoria da Constituição***, 1145

² NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, ***O Direito Geral de Personalidade e a Solução do Dissentimento***, 104

³ GOMES CANOTILHO, cit., 1147

⁴ NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, ***O Direito Geral*** cit., 104

⁵ GOMES CANOTILHO, cit., 1148

⁶ GOMES CANOTILHO, cit., 1148

administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma *living constitution*⁷.

1.2. Fenómenos de tensão

Os conflitos de princípios são mais “fenómenos de tensão”⁸, do que propriamente contradições insanáveis entre eles. Ou seja, as tensões só redundariam em verdadeiras contradições se não houvesse condições de os harmonizar. É que o sistema jurídico está tendencialmente estruturado e adequado de modo a suplantar a rigidez da validade absoluta dos princípios, ultrapassando antagonismos que o paralisariam, pois “a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental”⁹. A superação dos conflitos não se fará com recurso a alguma ideia de escalonamento hierárquico dos princípios constitucionais, porque todos gozam da mesma importância e estatuto. Por isso, “os princípios estruturantes condicionam-se mutuamente”, e “as relações de complementaridade, de condicionamento e imbricação [entre si] explicam o sentido da especificidade e concordância prática: a especificidade (conteúdo, extensão e alcance) própria de cada princípio não exige o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes aponta para uma tarefa de harmonização, de forma a obter-se a máxima efectividade de todos eles”¹⁰.

No problema colocado no início deste trabalho, a tensão entre princípios objectiva-se sobretudo nos casos limite de degradação física e intelectual da pessoa. Casos em que a pessoa fica despojada, irremediavelmente, do núcleo essencial de atributos que a afirmam a si, perante si própria e perante os outros, como um ser livre, autónomo, intelectualmente auto-determinado. Isso ocorre com doentes terminais, “o doente irreversível que está em condições indignas da condição humana”¹¹, em que as suas faculdades psíquicas desapareceram, ou em que a sua autonomia motora ficou, aos seus próprios olhos, de tal modo afectada, ou excluída, que ele próprio se vê despojado da identidade de si próprio.

Atingirão estas limitações o núcleo essencial da dignidade da pessoa?

⁷ Idem, 1149

⁸ Idem, 1168

⁹ Idem, 1168

¹⁰ Idem, 1172

¹¹ LUISA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, 777

O que perde a pessoa que sofre, que, por limitação física e psíquica, está em absoluto dependente de terceiros, despojada da sua autonomia, da sua vontade e liberdade, da sua mobilidade, do seu pensamento, atingida na sua intimidade, com o orgulho quebrado e o amor próprio vencido, e tudo num cenário de ‘fim à vista’? A pessoa tem a lúcida consciência da irreversibilidade do seu estado, e sofre ainda mais, pois à dor física soma o desespero, a dor moral, de se sentir inferiorizado, reduzido à condição de total dependência.

Mas há casos em que a pessoa, por força da sua própria limitação, já não tem consciência do seu estado. E, no entanto, sempre foi o que mais temeu, o que mais recebeu, tendo disso chegado a dar conta ao núcleo dos seus próximos, ou em disposição registada.

Estas situações, de irrecuperável diminuição física e psíquica, retiram à pessoa o que ela tem de mais caro, a sua dignidade. Certo que, como se verá, a dignidade tem muito de objectivo, mas também tem muito de pessoal: perante uma limitação, uma pessoa entenderá que a sua dignidade não está afectada, enquanto outra poderá entender o contrário. A pessoa também é juiz da sua própria dignidade: “o próprio conteúdo da dignidade da pessoa é condicionado pelo consentimento do lesado e pelas suas convicções acerca do sentido da sua dignidade.”¹²

Por isso mesmo se reconhece à pessoa o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade (artigo 26º/1 CRP), ou seja, de criar o seu próprio programa de vida, de se definir autonomamente, de acordo com os parâmetros culturais e éticos que entender válidos, no respeito pelos direitos de terceiros e em obediência aos princípios jurídicos vigentes, enfim, de “dispor livremente das possibilidades de autoconformação da sua vida”.¹³

Como tal, e no quadro do reconhecimento deste direito de desenvolvimento da personalidade, a pessoa tem toda a legitimidade para definir o travejamento da sua própria dignidade.¹⁴ Assim diz JORGE REIS NOVAIS que hoje se considera, cada vez mais, “que o conteúdo da dignidade da pessoa humana não é um dado material objectivamente pré-determinável, sendo antes essencialmente conformado pelas concepções e mundividência do interessado, a quem competirá, em última instância, a determinação do sentido da sua dignidade”

E por ser assim, se o Estado pode ele mesmo criar, legislativamente e jurisprudencialmente, um conceito dignidade (embora com óbvios riscos de uma

¹² JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 60

¹³ JORGE REIA NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais...*, 61

¹⁴ *Renúncia a Direitos Fundamentais*, 328

atitude paternalista¹⁵, e portanto limitadora), tal não retira o espaço ao homem concreto para, ele-próprio, recortar o padrão do seu direito à dignidade, pois que para tanto lhe é reconhecido o direito ao desenvolvimento da sua personalidade.

Por via daquelas limitações, em que a pessoa se encontra sem aquilo que considera os elementos essenciais da sua própria dignidade, coloca-se a questão do fim da vida, seja induzido por terceiros (eutanásia), seja precipitado pelo próprio (suicídio). Semelhante desfecho colide então com o princípio, essencial do nosso ordenamento jurídico, da inviolabilidade da vida humana.

Nesta tensão, como deve ser perspectivado o papel de quem promove a eutanásia, e de quem auxilia ao suicídio, afastada que está a possibilidade de punir o suicida tentado ou frustrado?.

O nosso direito positivo dá imediata resposta a estas questões, censurando penalmente ambos os comportamentos. E como tal, este é um dado adquirido, perante o qual o jurista se teria de quedar inexoravelmente: o legislador deu resposta, tutelando a situação.

Mas pode nem ser assim, pois não é a lei ordinária que determina, por si só, o que é justo ou injusto, mas antes a lei fundamental, que há-de servir de paradigma dos direitos: “a norma penal ou estatutária que considere lícita ou ilícita a eutanásia voluntária é ela mesma discutível à luz do entendimento que o juiz tenha sobre a admissibilidade constitucional da renúncia ao direito à vida. A não ser assim, ou seja, se fosse a admissibilidade constitucional da renúncia a direitos fundamentais a ficar condicionada pelas soluções já encontradas pelo legislador ordinário e não o inverso, então ficaríamos prisioneiros de uma concepção anacrónica de direitos fundamentais à medida da lei, ao invés de uma lei em função dos direitos fundamentais, ou se se quiser, estaríamos a inverter a relação entre o legislador constituinte e legislador ordinário”¹⁶.

No entanto, o legislador ordinário ainda assim admite uma concessão, por mínima que seja, à admissibilidade, em casos limite, da legítima defesa e da interrupção voluntária da gravidez, o que é uma brecha na inexpugnabilidade do edifício da sacralização da vida humana. Pois se há situações em que o legislador entende que se pode interromper a vida intra-uterina, que é sempre vida humana, ou em que a sua supressão, *in extremis*, não é necessariamente sancionada, então parece que a inviolabilidade da vida humana pode admitir excepções de princípio, ou contrições.

¹⁵ BENEDITA MACCRORIE, *O Recurso ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, 169, de que se falará infra.

¹⁶ JORGE REIS NOVAIS, *A Renúncia...*, 264

Mas este é um debate que está aberto em muitas comunidades. Na Holanda e em Espanha, por exemplo, a questão é discutida abertamente, e aquele primeiro país foi pioneiro na promulgação de legislação que entreabriu algum espaço à interrupção legal da vida.

Os ordenamentos jurídicos não são monolíticos, têm toda a elasticidade para se irem adaptando às oscilações culturais e históricas. Por isso, e deixando de lado a resposta que o legislador ordinário dá à questão, tentar-se-à saber se a Constituição aponta algum caminho para uma resposta à acima referida oposição/tensão entre estes dois princípios basilares: a dignidade e a inviolabilidade da vida. Pretende-se fazer uma reflexão descomprometida e descomplexada, embora seja isso mais uma intenção do que uma garantia, porque ninguém pode abstrair do seu meio e dos pressupostos culturais em que se insere.

A reflexão implica necessariamente três momentos: um primeiro, em que se dirá alguma coisa sobre o princípio da dignidade da pessoa humana; um segundo, onde se apreciará o princípio da inviolabilidade da vida humana; um terceiro, em que se tentará colocar os dois princípios em confronto, questionando se o carácter (eventualmente) absoluto de ambos admite alguma concessão, quando a aplicação de ambos seja imperiosamente requisitada. Ou seja, se é admissível o direito de opção, enquanto manifestação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Tentar-se-á perscrutar o que a Constituição 'pensa' no caso de haver oposição entre o direito à dignidade e o direito à vida, e se algum terá de ceder, e qual. E se tal cedência implica a renúncia a um deles, ou se, havendo uma colisão de princípios e de direitos, haverá uma mera contracção de um para que o outro seja preservado.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1. Raiz ética dos direitos fundamentais

Começa-se pelo princípio da dignidade, que constitui o primeiro dos fundamentos da República Portuguesa, inscrito logo no artigo 1º da Constituição, antes mesmo da qualificação da natureza democrática do Estado. Este princípio é o magma do amplo sistema de direitos fundamentais, tanto dos direitos pessoais, quer dos direitos sociais, das expectativas e de outras posições jurídicas.

“ A jurisprudência constitucional, como a jurisprudência dos principais tribunais internacionais, têm vindo a sublinhar que a dignidade humana não se reduz a um fundamento metafísico do direito, mas determina soluções precisas da legislação e da

jurisprudência, nomeadamente em matérias complexas como o aborto, a eutanásia e a bio-medicina”¹⁷.

É sobre este princípio que assenta toda a estrutura jurídica do Estado e dos direitos fundamentais, e Portugal é, primeiro que tudo, uma república baseada na dignidade da pessoa humana.

Não faltam expressões grandiloquentes com que se adorne a descrição deste princípio, e por todas pode dizer-se que ele é o “vértice piramidal do sistema constitucional”¹⁸. A partir daqui, toda a Constituição, “em especial a constituição dos direitos fundamentais”, terá de ser vista e lida em consonância com ele, que é o “elemento unificador do sistema constitucional”.

Não se define a dignidade da pessoa humana, e a sua referência tem por finalidade colocar o acento tónico da República não no Estado, nem na Nação, mas na pessoa: o homem como sujeito “e não como objecto dos poderes ou relações de domínio”¹⁹.

O conceito de dignidade, a carecer de total densificação valorativa, faz apelo à ideia de homem, enquanto ser inteligente, pensante, sensível. O princípio é a raiz ética dos direitos fundamentais, “o princípio de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais”²⁰.

Tem cabido ao Tribunal Constitucional a tarefa de conferir conteúdo ao princípio, a ele recorrendo quando estão em causa aspectos mais conflituantes dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana não é uma criação da Constituição, mas um pressuposto seu. A lei positiva prevê e consagra o que é um dado prévio ao Direito. “A prioridade da pessoa humana encontra nos dias de hoje a sua expressão, de modo praticamente universal, na categoria dos direitos de personalidade, direitos do Homem ou direitos humanos. O fim destes é assegurar a realização ética do homem. Por isso, mesmo aspectos não previstos por lei são englobados nos direitos de personalidade, enquanto necessários para exprimir e assegurar a dignidade da pessoa. Por este seu carácter essencial, os direitos de personalidade têm prioridade em relação a quaisquer outras categorias de direitos. Pelo que lhes corresponde uma tutela superior à de quaisquer outros direitos, só justificada pela sua densidade e prioridade ontica”²¹.

¹⁷ BARBAS HOMEM/CARIDADE DE FREITAS, *Ensaio Clínicos*, 353.

¹⁸ ISABEL MOREIRA, *Por uma Leitura Fechada e Integrada da Cláusula Aberta dos Direitos Fundamentais*, 113

¹⁹ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República, Anotada*, 59

²⁰ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 97

²¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Reserva da intimidade da vida Privada e Familiar*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002/1, 9

São infundáveis as referências que autorizada e abaladamente, vêm sendo feitas ao princípio da dignidade humana, todas acentuando o seu carácter estruturante do nosso ordenamento jurídico, acima da Constituição, e muito para além dela.

Como escreve PAULO OTERO²², “a subordinação do próprio texto constitucional a uma ordem de valores decorrente da ‘consciência jurídica geral’, fazendo da natureza sagrada e inalienável da dignidade de cada pessoa humana viva e concreta o cerne da ideia de Direito justo, envolve a afirmação de cinco postulados estruturantes:

1º- O respeito e o dever de protecção da vida humana e a garantia de uma existência condigna;

2º- A proibição de utilização da pessoa como meio, pois cada pessoa é um fim em si mesmo, e nunca como objecto;

3º- O reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e dos demais direitos de personalidade;

4º- A proibição do arbítrio;

5º- O reconhecimento do direito de recusar cometer uma injustiça”.

2.2. Conceito aberto à concretização histórica

Mas o princípio da dignidade da pessoa humana não existe para além do homem, ou fora do homem. Pelo que também não existe fora da História²³. A compreensão que se tem dele, e conseqüentemente o conteúdo que se lhe reconhece, não estão fora do desenvolvimento cultural, aberto como está à evolução e ao enriquecimento histórico. Entendimento aliás sempre repetido pelo Tribunal Constitucional que, a propósito do direito do mínimo de subsistência, considerado constitucionalmente salvaguardado (acórdão 349/91), afirma que não é possível defini-lo em termos válidos para todos os tempos, uma vez que é historicamente situado²⁴.

A Constituição de 1976 é disso exemplo, pois o catálogo dos direitos fundamentais tem vindo a ser alargado, à medida das revisões constitucionais, o que nada tem de anormal: “não há um fim da ‘história’ em matéria de direitos fundamentais²⁵, pois a dignidade da pessoa, “concreta, situada na história, postula a adaptação do catálogo constitucional” aos desafios que historicamente se lhe colocam. A própria Constituição, no seu artigo 16º, admite que o catálogo dos direitos fundamentais não está esgotado,

²² *Legalidade e Administração Pública*, 412

²³ BENEDITA MACCRORE, *O Recurso ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência da Tribunal Constitucional*, 165

²⁴ MARCOS KEEL PEREIRA, *O Lugar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica*, 11

²⁵ ISABEL MOREIRA, *Por Uma Leitura Fechada e Integrada da Cláusula Aberta dos Direitos Fundamentais*, ...

congregando todos os que “constem das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. Cláusula aberta esta que não constitui a única via para alargar o elenco, pois “a jurisprudência tem seguido, com frequência um outro caminho, optando por lançar mão da teoria dos direitos fundamentais implícitos”²⁶.

Pelo que, sendo seguro que contem a matriz estruturante do mundo de valores que preside ao ordenamento jurídico, o princípio desempenha por isso uma “função normogénica”, na medida em que, por um lado, é fundamento de regras ou princípios já expressamente consagrados no nosso ordenamento jurídico constituindo a sua *ratio* e, por outro, é dotado de uma vertente criadora, sendo princípio gerador de novas normas”²⁷.

A centralidade da dignidade é um reflexo do antropocentrismo hebraico-cristão, pois a base para a especial dignidade do homem é, segundo o Antigo e o Novo Testamentos, a circunstância de o homem ter sido criado à imagem de Deus”²⁸.

O princípio não encerra um conceito descritivo, sendo por isso difícil de definir, pois não é imutável o que possa tornar “a vida ‘boa’, tanto para os indivíduos como para as sociedades”, não há sintonia sobre o que é “eticamente legítimo, especialmente quanto à questão de saber quais os limites da livre autodeterminação”. E por isso, o princípio da dignidade “não é mais nem menos do que o veículo de uma decisão moral sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade de possíveis limitações à autodeterminação individual”²⁹.

E assim o seu conteúdo variará, “consoante se adopte ou aceite um conceito liberal-individualista ou paternalista da autonomia individual. Maior amplitude da autonomia individual, maior autodeterminação. Menor amplitude, mais constricções à autonomia, menor autodeterminação”.

A solução para o conflito entre uma e outra noção da dignidade parece “dever ancorar-se no direito vigente, nomeadamente no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. A consagração deste direito não pode deixar de ser vista como uma decisão valorativa fundamental, fundadora, em situações de dúvida, de uma presunção a favor da liberdade de actuação”³⁰.

Segundo BENEDITA MACCRORIE,³¹ o Tribunal Constitucional tem adoptado uma concepção “paternalista” do princípio. Assim, no acórdão 368/2002, onde foi suscitado o problema de saber se a obrigação do Estado legislar para proteger a saúde dos

²⁶ Idem,.....

²⁷ BENEDITA MACCRORIE, *O Recurso ao Princípio da Dignidade...* 156

²⁸ Idem, 156

²⁹ Idem, 167

³⁰ BENEDITA MACCRORIE, *O Recurso ao Princípio da Dignidade...*, 168

³¹ Idem, 169

trabalhadores poderia ir ao ponto de obrigar esses trabalhadores a exames médicos para defesa da própria saúde quando não estejam em causa interesses públicos relevantes ou direitos fundamentais de terceiros, o Tribunal, apesar de sublinhar que depois da revisão de 1997, o artigo 26º/1 da CRP passou a consagrar expressamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida, o que implica o reconhecimento de uma liberdade geral de acção, “considerou que perante uma ‘especial fundamentação social’ o legislador se encontra excepcionalmente autorizado, relativamente a certos direitos fundamentais, a estabelecer ‘restrições justificadas pela protecção legislativa dos indivíduos contra si próprios’, tratando-se, em regra, de proteger a integridade física (saúde) ou o património da própria pessoa”.

Tal entendimento do Tribunal Constitucional implica um “excessivo paternalismo da parte do Estado, que parece garantir a segurança do cidadão contra si próprio, através da usurpação de parcelas de liberdade e autonomia individuais”.

Perante este entendimento, “coloca-se a questão de saber qual a legitimidade do Tribunal Constitucional para determinar uma ‘imagem do homem da lei fundamental’, que veicule as concepções ideológicas dominantes da sociedade, quando não estão em causa interesses públicos relevantes ou direitos fundamentais de terceiros”.

Em todo o caso, a compreensão do princípio não tem que balancear angustiadamente entre uma excessiva refracção de conteúdo e uma densificação oficial, pois tudo depende da época e da circunstância histórica: “a dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de Direito é circunstancial e temporalmente determinada e, nesse sentido, é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos concidadãos, mas socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição da possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos”³².

2.3. Aproximação a um conteúdo

Apesar de todas as dificuldades, é inevitável uma tentativa de conferir ao princípio a densidade possível, um conteúdo que permita escorar em terreno firme qualquer

³² JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, 53

indagação que se tenha de fazer em torno do princípio da dignidade humana. Pese a sua importância axial no nosso ordenamento jurídico³³, é um dos conceitos com mais elevado grau de indeterminação. As reflexões jus-científicas estão peçadas de excelentes dissertações acerca do princípio, mas, quando chega a hora de lhe dar algum corpo, alguma consistência, as dificuldades são mais que muitas. Os próprios tribunais também parece não avançarem tanto quanto seria de esperar e, sempre reconhecendo a necessidade da “concretização histórico-cultural” do princípio da dignidade, defrontam-se com as dificuldades óbvias de encontrar um conteúdo concreto para este conceito. Por isso, o recurso a qualificativos ‘fortes’ como ‘estrutural’, ‘supremo’, ‘vector axiológico estrutural’, acabam por disfarçar a dificuldade em conferir densidade a um princípio tão vago. “Na realidade, não é tarefa fácil averiguar o que seja o ‘espírito jurídico dominante’ numa comunidade jurídica, por forma a alcançar o conteúdo histórico concreto do princípio da dignidade humana. Esta dificuldade é inevitável e, de certa forma, inerente ao elevadíssimo grau de abstracção que um tal princípio comporta se considerado em si mesmo”³⁴.

Poder-se-à partir de um ponto essencial, que é consciência do homem, a consciência, de si e dos outros. Numa primeira abordagem, a consciência enquanto compreensão do eu e do outro, integrando uma ordem universal, como a “morada da incessante luta do ser humano pelo conhecimento da verdade e pela revelação do sentido último da justiça”³⁵. Consciência não apenas em sentido psicológico, mas orientada para valores.

A dignidade da pessoa humana é a liberdade e o respeito pela sua individualidade, a sua autonomia e a dos outros, num plano de rigorosa igualdade³⁶. O objectivo do Estado de Direito passa pela “criação e manutenção de uma situação jurídica materialmente justa, que, tendo como pedra de toque a salvação da dignidade do homem, é dominada por uma ideia de igualdade”³⁷. Pelo que o princípio do Estado de

³³ Nas palavras de PAULO OTERO, a Constituição formal está sempre subordinada a uma ordem de princípios fundamentais resultantes da ‘consciência jurídica geral’ em torno da dignidade da pessoa humana e da inerente ideia de Direito (...); o fundamento da ordem jurídica faz apelo a uma dimensão de princípios fundamentais e valores suprapositivos revelados pela ‘consciência jurídica geral’ e decorrentes da centralidade da pessoa humana e da sua inalienável dignidade como razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito” (*Legalidade e Administração Pública*, 25).

³⁴ MARCOS KEEL PEREIRA, *O Lugar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica*, 25

³⁵ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, 415

³⁶ “Trata-se do princípio antropológico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto individual (plastes et factor)” (GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 225)

³⁷ MARCOS KEEL PEREIRA, *O Lugar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica*, 10

Direito “impõe que as leis sejam instrumentos de realização do bem comum, entendido este sempre na perspectiva do respeito pela dignidade humana”

Pressupõe independência, autonomia e portanto também alteralidade³⁸, pois a posição de um sujeito será sempre função da posição de outro³⁹, a autonomia de um não pode colidir com a autonomia, independência e liberdade dos outros. “A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”⁴⁰. “Dignidade e autonomia pessoal são incindíveis”⁴¹. O conceito actual da dignidade, “como algo intrinsecamente valioso, é essencialmente identificada com autonomia ética da pessoa”, pelo que a consequência lógica desta asserção é que é ao indivíduo que cabe, primacialmente, a configuração e densificação do conteúdo preciso da sua própria dignidade.⁴²

“Em contraponto à concepção tradicional, carregada de valorações filosóficas materiais e que, não raras vezes, transfere o conceito para o domínio dos ‘bons costumes’ ou da decência, interpretados à luz das representações ideológicas dominantes, procura-se hoje privilegiar uma concepção de dignidade da pessoa humana como conceito aberto a um preenchimento onde impera a **autonomia do interessado** e o seu **poder conseqüente de conformação da própria vida**.”⁴³

Só assim é que a pessoa respeitará⁴⁴, ou seja, estimará os outros, como se estima a si próprio.

Interessaria definir o ser humano, pois só com referência a esse modelo será possível compreender a dignidade da pessoa. O ser humano é sentimento, pensamento, autonomia, física e psíquica. É consciência - que, no pensamento de CASTANHEIRA NEVES, “é a possibilidade ontológica do normativo”, “é a própria estrutura ontológica do homem, aquilo que ele é enquanto se reconhece e assume o seu próprio ‘poder-ser’”. Numa expressão, “a consciência humana é o sítio onde as ideias se postulam, a cultura se constitui e a história tem a sua raiz”⁴⁵.

Deve, em todo o caso, ter-se sempre presente que a dignidade, no sentido proposto, “é uma dignidade da pessoa em si, uma dignidade fundada numa capacidade

³⁸ “O homem é o ente cujo sentido de universalidade é impensável sem o reconhecimento concomitante do valor singular e intocável de cada subjectividade” (MIGUEL REALE, apud JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 191)

³⁹ CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, 97

⁴⁰ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 184

⁴¹ JORGE MIRANDA, op. cit., 194

⁴² JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*..., 58

⁴³ Jorge Reis Novais, CIT., 328

⁴⁴ CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito*, 207: “dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira”.

⁴⁵ *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, 33

abstracta e potencial de autodeterminação, independentemente da capacidade ou vontade concreta da sua realização que pode mesmo nem sequer existir facticamente, como acontece quando se reconhece necessariamente a dignidade da pessoa humana dos doentes mentais”⁴⁶.

O seu conteúdo acaba assim por compreender uma base, um tronco comum, geral e abstracto, resultante da decantação cultural de séculos, e uma ‘coloração’ pessoal e concreta, que o desenvolvimento da personalidade de cada lhe acrescenta e concretiza.

A dignidade da pessoa assume uma vertente absoluta, porque integra princípios gerais, comuns a todos os homens, de tal modo que a sua renúncia corresponde a uma ofensa à dignidade, e por isso se reconhece ao Estado o poder-dever de, não sendo neutral, a defender, mesmo contra os actos de degradação da própria pessoa⁴⁷. Mas é também a dignidade da pessoa individual e concreta, na sua vida real e quotidiana. “É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível e insubstituível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”⁴⁸. Pelo que a noção de dignidade humana aparece “necessariamente contextualizada, e relativizada, não no sentido de que se lhe atribua menos valor, mas no sentido de que ao seu valor – máximo – correspondem ou podem corresponder diferentes configurações”.

Se estes atributos são reduzidos ou suprimidos, o ser humano perde sentido. Não tem que necessariamente falhar um catálogo pré-definido de atributos. Para uns, perder o contacto com o mundo, pela perda da autonomia física e dos sentidos, significará a perda do sentido da vida, e portanto da dignidade.

Para outros, será a perda da consciência (psicológica) e da auto-determinação e a tal dependência de terceiros, nos aspectos mais elementares do quotidiano.

Terá sentido viver-se nessas condições, de quase total supressão daquilo que faz de um ser humano uma pessoa, com dignidade?

“Sem uma vida biologicamente digna o homem não pode exercer-se nem cumprir-se como um ser de responsabilidade, explica DANIEL SERRÃO”⁴⁹.

A dignidade da pessoa implica viver com qualidade, pois “só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida”⁵⁰.

⁴⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*.... 59

⁴⁷ LUISA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição do Próprio Corpo*, 497

⁴⁸ LUISA NETO, *O Direito Fundamental ...*, 500

⁴⁹ LUISA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição do Próprio Corpo*, 157

⁵⁰ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 183

O respeito pelo princípio da dignidade da pessoa é exigível a todos e ao Estado.⁵¹ E qualquer um pode exigir o respeito por esse princípio, seja em relação a si, ou em relação a terceiros.

É por isso um princípio objectivo, mas com enraizamento subjectivo na titularidade qualquer um. Tal como afinal o princípio da inviolabilidade da vida humana, em que o direito à vida é a vertente subjectiva do princípio da dignidade da pessoa.

Enquanto verdadeiros direitos, o núcleo estrutural dos direitos fundamentais é constituído por “posições jurídicas subjectivas consideradas fundamentais”: são direitos que têm titulares, são reconhecidos e são tutelados, radicando-se na titularidade de alguém, e destinando-se à protecção de bens jurídicos das pessoas, com a intenção de concretizarem a ideia da pessoa humana, assim lhe evidenciando o valor primeiro, da dignidade.⁵²

Os vários direitos fundamentais (não apenas os elencados na Constituição, mas os demais como tal reconhecidos) radicam-se naquele princípio, sendo suas emanações. Para o que aqui interessa, sublinha-se o direito à inviolabilidade da vida e o direito ao desenvolvimento da personalidade. Mas o próprio princípio da dignidade deve ser considerado, quando subjectivado⁵³, como um direito fundamental: apesar da natural dificuldade em lhe delimitar o conteúdo (nomeadamente perante os direitos próximos do bom nome, da reputação e da imagem), existe um direito individual à dignidade, da pessoa ser tratada e considerada de uma forma digna, com respeito pela sua autonomia. E por isso, a Constituição prescreve que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” (artigo 13º/1), daqui emergindo o direito à igualdade e o direito à dignidade social.

Assim como a inviolabilidade da vida humana é um princípio, que não deixa de ser um direito, pois, quando subjectivado, isso significa que a pessoa tem o direito à inviolabilidade da sua vida, também a dignidade da pessoa é um princípio que, quando subjectivado, é um direito, significando que cada um tem direito à sua dignidade.⁵⁴

⁵¹ JOÃO LOUREIRO define a dignidade humana como “o valor extrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e de direitos correlativos” (**O Direito à Identidade Genética do Ser Humano**, 281).

⁵² VIEIRA DE ALMEIDA, **Os Direitos Fundamentais...**, 78

⁵³ Contra MARIA MANUELA BARATA VALADÃO SILVEIRA, **Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio**, 68, para quem “a própria dignidade da pessoa humana, só por si, não confere direitos subjectivos; o que poderá é, enquanto princípio geral de direito, determinar a inconstitucionalidade ou a interpretação conforme à Constituição de eventuais normas (ou actos) que violem o seu sentido essencial”.

⁵⁴ Assim parece ser, partindo, conforme VIEIRA DE ANDRADE (**Os Direitos Fundamentais...**, 114), “da ideia comum de que a figura do direito subjectivo implica um poder ou uma faculdade para a realização efectiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular”. Também CRISTINA QUEIROZ (**Direitos Fundamentais**, 221): “A dignidade da pessoa humana como ‘princípio constitucional supremo’ apresenta-se como

Parece ser esse o sentido da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁵, cujo artigo 1º prescreve: “a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. Daqui decorre a autonomização da dignidade como um bem jurídico a requerer tutela por si próprio, não sendo considerada apenas como o ‘magma’ ou a raiz de todos os direitos fundamentais, de onde estes brotam por decantação histórica. A dignidade merece “respeito e protecção”, tanto quanto a vida, a liberdade. Daí que no acórdão Países Baixos/Parlamento e Conselho de 9 de Outubro de 2001 do Tribunal e Justiça se tenha dito que “compete ao Tribunal, na sua fiscalização da conformidade dos actos das instituições com os princípios gerais do direito comunitário, assegurar o respeito do direito fundamental à dignidade da pessoa humana e à integridade física”⁵⁶.

Diga-se que o direito à dignidade se pode definir por via residual, sendo o que não corresponde, parcelarmente, a qualquer dos direitos fundamentais já conceptualmente autonomizados. A expressão “direito à dignidade” utiliza-se de muitas formas e sentidos na filosofia moral e política, significando umas vezes o direito a viver em condições, quaisquer que elas sejam, sob as quais é possível ou apropriado o próprio auto-respeito⁵⁷. Numa acepção mais restrita, significa o direito a não sofrer a ‘indignidade’, a não se ser tratado de maneira que as comunidades entendam como uma mostra de falta de respeito. Qualquer sociedade civilizada tem os seus padrões de cultura, os seus standards e convenções sociais que definem essa ‘indignidade’, e que diferem de lugar para lugar, de época para época. É frequente recorrer-se a esses standards, ou parâmetros, para definir as condições mínimas das diversas situações da vida, seja nos hospitais, nas escolas, nos lares da terceira idade, nas prisões⁵⁸.

A dignidade, assim vista como lastro normativo e fundamental do ser humano, de onde historicamente emanam os direitos fundamentais adequa-se à concepção das ‘gerações’ ou dimensões’ por que se vem compreendendo e explicando o fluir do seu desenvolvimento e autonomização. Mesmo a opção pela ideia de dimensões dos direitos fundamentais (primeira, segunda e terceira dimensão), em vez de gerações’ visa afastar ou subalternizar a concepção meramente histórica/cronológica, para não

‘fundamento’ da sociedade político-estadual, isto é, como ‘norma fundamental’ e como ‘direito fundamental’.”

⁵⁵ Aprovada na Cimeira Europeia de Nice em 7 de Dezembro de 2000 e publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, nC364 de 18/12/2000

⁵⁶ Mais tarde, no processo C-36/02, a Advogada Geral do Tribunal, confrontada com diferentes sentidos daquela asserção decorrentes das várias traduções do acórdão, concluiu que “o Tribunal de Justiça parece basear a dignidade da pessoa humana num entendimento em larga medida comparável ao expresso no artigo 1º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, acrescentando, em nota, ter sido “inspirado no modelo alemão, portanto como princípio constitucional da União Europeia e também como direito fundamental distinto”.

⁵⁷ DWORKIN, *El Dominio de la Vida*, trad. Espanhola, 305

⁵⁸ DWORKIN, idem

afectar a compreensão substancial desses direitos, pois não é possível “dissecar a personalidade humana como objecto de protecção”⁵⁹. Na verdade, uma pura explicação historicista do aparecimento de novos direitos fundamentais, seria demasiado redutora, pois levaria fatalmente à conclusão de que tais direitos não fazem parte da dignidade, mas são criados, ou gerados por força dos mecanismos exteriores ao homem, de natureza social ou política. Já o entendimento de que se trata de novas dimensões salvaguarda o princípio de que todos os direitos são afinal dimensões ou facetas do mesmo direito fundamental da dignidade, que os condicionalismos históricos se encarregam, de catalizar, libertar e autonomizar.

Assim sendo, os chamados direitos fundamentais de segunda e de terceira geração (ou, como parece preferível, ‘dimensão’), e já mesmo de quarta geração⁶⁰, podem ser compreendidos como emanações ou autonomizações de uma raiz comum, que deve merecer a mesma “protecção e respeito” (artigo 1º da Carta) enquanto direito fundamental, que os direitos que vierem mais tarde a ganharem identidade própria, em face do processo de eclosão de que a história é o elemento catalizador.

3. O PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DA VIDA HUMANA

3.1. Inviolabilidade e direito à vida

⁵⁹ PAULO MOTA PINTO E DIOGO LEITE CAMPOS, *Direitos Fundamentais de ‘Terceira Geração’*, 503

⁶⁰ *Idem*, 508

O artigo 24º/1 CRP prescreve que “a vida humana é inviolável”, sendo o direito à vida “o primeiro dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados”, “um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos das pessoas”⁶¹.

Entende-se que “o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (vida, saúde, dignidade, liberdade da mulher, direito dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente”⁶².

Dado o carácter absoluto e qualificado deste direito, proíbe-se a pena de morte: ninguém pode causar a morte de outrem.

O artigo 24º garante a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjectivado em cada indivíduo. Mas este preceito integra também uma dimensão subjectiva, em que se integra a protecção da vida intra-uterina⁶³.

“O direito ‘à’ vida é antes um direito ‘ao respeito’ da vida perante as outras pessoas (grupos e Estado). É um direito ‘*excludendi alios*’ e, só nesta medida, é um direito”.⁶⁴

Não se trata pois de um direito subjectivo na sua acepção vulgar, “de um poder reconhecido pelo direito objectivo, com fim de lhe assegurar um domínio no qual a sua vontade reine independentemente de qualquer vontade estranha”,⁶⁵ mas sobretudo de um direito ao respeito pela vida.

3.2. Desvios ao carácter absoluto do princípio

Todavia, a lei admite, em casos limite, desvios ao carácter absoluto do direito à vida. É o que se passa com o suicídio, pois o suicida tentado ou frustrado não é punido. Não muito longe fica a hipótese do auto-sacrifício, em que alguém sacrifica a sua vida em prol de uma causa ou de um motivo moralmente elevado. Do mesmo modo, com a legítima defesa, em que, reunidos todos os pressupostos, a vida do atacante pode ser suprimida pelo defendente, sem que daí resulte alguma punição. Há ainda o caso do aborto, nos restritos casos em que é admitido. Como também, e por fim, nas situações

⁶¹ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, 174

⁶² Idem

⁶³ Acórdão nº 288/98, do Tribunal Constitucional, de 17 de Abril de 1998

⁶⁴ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos da Personalidade*, 59

⁶⁵ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos da Personalidade*, 59

de morte cerebral, em que se poderá considerar que a morte física ainda não sobreveio, o que acontecerá quando, verificada a irreversibilidade daquela, se decide suspender os sistemas de apoio artificial.

De todos estes casos, o mais polémico é o do aborto. Não é este o local próprio para o aprofundar, pelo que, quanto a isso, interessa apenas reter a argumentação subjacente à sua aceitação, nomeadamente a do Tribunal Constitucional, a qual permite retirar algumas pistas sobre os aspectos que aqui interessam.

Como se escreveu no acórdão nº 288/98, de 17 de Abril, a “protecção da vida humana em gestação não terá que assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido em cada pessoa. Aliás, existe uma bem radicada e inegável tradição jurídica tendente a tratar diferenciadamente os já nascidos e os nascituros (...)” .

Ainda a propósito da vida intra uterina, escreveu-se no acórdão 85/85, também do Tribunal Constitucional: “independentemente da natureza da protecção constitucional da vida uterina, nada porém impõe constitucionalmente que essa protecção tenha de ser efectivada, sempre e em todas as circunstâncias, mediante meios penais, podendo a lei não recorrer a eles quando haja razões para considerar a penalização como desnecessária, inadequada ou desproporcionada, ou quando seja possível recorrer a outros meios de protecção mais apropriados e menos gravosos”.

3.3. A protecção constitucional do direito à vida

Segundo o Tribunal Constitucional, a protecção constitucional da vida não tem que necessariamente passar pela punição de quem atente contra ela. A protecção existe, mas reserva-se ao legislador a escolha dos meios mais adequados à sua concretização: “enquanto bem constitucionalmente protegido, também a vida intra uterina reclama portanto a protecção do Estado. Todavia, entre afirmar isso e sustentar que essa protecção tem de revestir, por força da Constituição, natureza penal, mesmo contra a mulher grávida (que em si aloja e sustenta o feto), vai uma enorme distância, não podendo por isso partir-se do princípio de que a ausência de protecção penal equivale pura e simplesmente a desamparo e desprotecção”.

A verdade é que o recurso a meios penais está constitucionalmente sujeito a limites estritos. Consistindo as penas, em geral, na privação ou sacrifício de determinados direitos (maxime a privação da liberdade, no caso da prisão), as medidas penais só são constitucionalmente admissíveis quando sejam necessárias, adequadas e

proporcionadas à protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 18º CRP), e só são constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e essa protecção não possa ser garantida de outro modo.

Segundo a argumentação do Tribunal Constitucional, “existe aqui, sem dúvida, ampla margem de discricionariedade legislativa, na opção por meios penais ou por outros. Mas parece evidente que é bastante mais gravosa a penalização indevida do que a falta de penalização, lá onde ela deveria existir: pode haver alternativas para a penalização, mas não há remédio para a penalização desnecessária ou injusta... Em princípio, a norma penal, sobretudo quando recorre a penas privativas da liberdade, deve constituir uma última instância dos meios de tutela estaduais dos valores constitucionalmente protegidos.”

A tutela penal deve ser a última justificação das “das medidas culturais, económicas, sociais e sanitárias, e não um sucedâneo para a falta delas”.

A propósito da necessidade de não recorrer ao direito criminal como o único meio de reprimir condutas que mereçam censura, escreveu COSTA ANDRADE⁶⁶: “importa, em primeiro lugar, pôr a questão da legitimidade da mobilização do arsenal de meios punitivos do Estado ao serviço do que se costuma designar por ‘legislar moralidade’. Trata-se de acompanhar o jusfilósofo HART e perguntar com ele até que ponto ‘é moralmente admissível impor coactivamente a moralidade como tal. Deve a imoralidade como tal constituir crime?’”

E citando STUART MILL: “a força coactiva do Estado só pode ser devidamente utilizada em relação a qualquer membro da comunidade contra a sua vontade, quando está em jogo um único objectivo: prevenir o dano dos outros”. Continuando: “também hoje, e cada vez mais, surge como duvidoso que o Estado deva intrometer-se na vida do cidadão defendendo-o de comportamentos por ele livremente assumidos se bem que susceptíveis de o lesarem moralmente (...): o homem possui o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, pressuposto que não ofenda directamente a pessoa ou o património de outrem”.

“Num plano mais geral, contesta-se crescentemente a possibilidade de colocar o direito criminal ao serviço de históricas cristalizações moralísticas. Problema que, como facilmente se intui, ganha em acuidade em se tratando de sociedades culturalmente plurais e em que o Estado aparece como guardião dum quadro concreto de preceitos morais”⁶⁷.

⁶⁶ COSTA ANDRADE, *O Aborto Como Problema de Política Criminal*, 294

⁶⁷ Idem, 296

A propósito do aborto, conclui: “não será arriscado acreditar na existência de um sólido consenso em torno da ideia de que a esperança de vida em gestação deve ser reconhecida como um sujeito de direito e um sujeito de direitos, designadamente do direito às medidas mais idóneas à sua viabilização como vida em efectividade existencial. Já não se poderá esperar é que se encare unanimemente a criminalização como esgotando os meios de tutela e realizando-a com eficácia”.

A propósito da punição do aborto no Estado Social de Direito, escreve MARIA FERNANDA PALMA⁶⁸: “A protecção da vida ou de qualquer outro bem jurídico não assume, na ideologia subjacente a este tipo histórico de Estado, uma imediata carência de protecção penal. Não é sequer verdadeiro, para o sistema jurídico-político deste tipo de Estado que, sempre que certos comportamentos lesionem bens jurídicos fundamentais, se tenha de recorrer à intervenção do direito penal”.

A tese da protecção gradativa da personalidade, e de que o Tribunal Constitucional se fez eco no acórdão 288/98, não colhe os favores de toda a doutrina: alguns autores entendem que a personalidade é a mesma, desde a concepção até à morte, pelo que a protecção da vida deve ser a mesma, independentemente do grau de desenvolvimento que esta assume em dado momento⁶⁹.

4. TENSÕES ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA E A INVIOABILIDADE DA VIDA HUMANA

4.1. Colisão de princípios

Exposto o essencial dos dois princípios axiais do nosso ordenamento jurídico que convocamos à compreensão da nossa questão, tentar-se-à agora encontrar um caminho que lhe possa dar uma resposta “constitucional”. Ante a preservação estrénuo da sua dignidade e a inviolabilidade da vida humana, resta alguma margem de autonomia à pessoa? Ou fica-lhe apenas consentida a atitude passiva de aguardar pelo desfecho natural das coisas?

⁶⁸ MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal*, 139

⁶⁹ Assim, PAULO OTERO e ALVARO DIAS, *Procriação Medicamente Assistida, Dignidade e Vida*, 123

Cremos, porém, que a passividade será, ainda assim, ou a renúncia a uma tomada de posição, ou a adoção forçada de uma delas.

Como já se disse, o problema não se coloca no plano estritamente individual, porque neste, já se sabe, o legislador optou por não censurar a pessoa que decida optar pela prevalência do seu direito à dignidade, sacrificando o direito à vida.

A questão será, antes, nos casos em que a pessoa recorra ao auxílio de terceiro.

Como se sabe, a resolução do conflito entre dois direitos fundamentais não deve passar pelo sacrifício de um deles. É geralmente pela ponderação no caso concreto que se tenta encontrar o justo equilíbrio, que passa por um esforço de concordância prática entre ambos.

É o artigo 18º, nºs 2 e 3 CRP, que traça a medida exacta da resolução do conflitos, ao prescrever que qualquer restrição deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, salvaguardando sempre o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Resulta daqui o fundamental critério da proporcionalidade com que a CRP ilumina o caminho do tribunal Constitucional, na sua tripla vertente: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. As restrições devem limitar-se ao necessário e devem deixar intocado o conteúdo essencial do preceito constitucional relativo ao direito restringido. Este caminho visa alcançar a “concordância prática” entre os direitos em conflito, sendo na concordância, e não na hierarquia dos princípios, que se há-de resolver o conflito⁷⁰.

A propósito do **princípio da concordância prática**, afirma VIEIRA DE ANDRADE: “A solução dos conflitos ou colisão não pode ser resolvida através de uma preferência abstracta, com o mero recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais. É difícil estabelecer, em abstracto, uma hierarquia entre os bens constitucionalmente protegidos, em termos de obter uma resposta que permita sacrificar sistematicamente os menos importantes. Ainda que se tenha a representação comum de que os direitos não podem valer exactamente o mesmo – até porque se referem com intensidades diversas ao fundamento comum da dignidade da pessoa humana – verifica-se que essa hierarquização natural só pode fazer-se, na maior parte das hipóteses, quando se consideram as circunstâncias dos casos concretos. Os próprios bens da vida e da integridade pessoal, por exemplo, que o nº4

⁷⁰ CARDOSO DA COSTA, *A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua Função na Protecção dos Direitos Fundamentais*, 16

do artigo 19º, parece positivamente considerar nos bens supremos da comunidade, podem ser sacrificados, total ou parcialmente, em determinadas condições”⁷¹.

Segundo GOMES CANOTILHO, o princípio da concordância prática impõe que os bens jurídicos em conflito sejam coordenados e combinados, de modo a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. “O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”⁷².

Não é fácil determinar qual seja rigorosamente o exacto elemento axiológico e conformador que confere unidade e coerência ao ordenamento jurídico. Pese embora a centralidade que a Constituição desempenha no sistema, acontece que não raro ela se encontra marcada por vectores não necessariamente concordantes, perturbando a busca de uma indicação de harmonia. Desde logo, porque a Constituição não pode deixar de estar comprometida com o seu tempo, reflectindo as concepções dominantes nesse tempo e nesse espaço. Por isso elas são revistas e alteradas, nomeadamente no que respeita à modelação do seu catálogo de direitos fundamentais, num esforço de actualização e de modernização.

É por isso óbvio que surjam tensões e fricções entre os seus normativos, que mais se evidenciam quando as normas são confrontadas com os seus resultados práticos.

Como escreve PAULO OTERO, “a revelação da ordem axiológica ou de princípios resultante da Constituição nem sempre comportará um entendimento unívoco ou consensual, antes revelando permanentes ‘batalhas’ de argumentos e contra-argumentos interpretativos inseridos num contexto de racionalidade discursiva, reflectindo-se aqui, afinal, a própria pluralidade de interesses existentes na sociedade”⁷³. O confronto entre os princípios terá necessariamente de ser resolvido, mas sem a submissão de um pelo outro, exigindo-se “antes uma ponderação e concordância práticas, segundo o peso de cada realidade e as circunstâncias concretas”.

⁷¹ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 312

⁷² *Direito Constitucional*, 1098

⁷³ *Legalidade e Administração Pública*, 251

No entanto, “no limite, haverá que, tomando como base o fundo ético da nossa cultura, neste nosso momento histórico, procurar o sentido da dimensão axiológica da Constituição num *consensus* comunitário objectivado pela consciência jurídica geral”⁷⁴. Quando não seja possível a concordância entre os dois princípios que numa situação estejam em confronto, a resposta estará no recurso aos princípios gerais de Direito, que dão consistência à consciência jurídica, e a quem conferem unidade, e assim, atendendo ao momento histórico, tentar encontrar um consenso, ou seja, a solução que mais se aproxime ou se identifique com o feixe de valores dominantes neste tempo e neste espaço. O jurídico será assim empiricamente revelado, pela interrogação que se tem de fazer aos valores culturais dominantes.

Mas a interrogação reflectirá sempre, inapelavelmente, o entendimento dos “centros reveladores da ordem axiológica da Constituição”⁷⁵, sejam eles a sociedade civil, o legislador, a Administração, a doutrina, os Tribunais. Dado o sistema de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade em vigor, os Tribunais, e em última análise o Tribunal Constitucional, constituem o “revelador” a que o Estado reconhece prevalência para decidir o que está conforme a Constituição, “sobre o sentido último da ordem axiológico-teleológica do sistema jurídico”.

Posto perante o específico problema de confrontação entre o princípio da inviolabilidade da vida e os direitos da mulher, à vida, à saúde e à dignidade, o Tribunal Constitucional argumentou assim, no já citado acórdão 288/98: “Neste contexto se perceberá que, para quem entenda que a vida humana intra uterina constitui um bem jurídico constitucionalmente protegido pelo artigo 24º CRP, uma primeira questão consista em determinar em que casos e circunstâncias, efectuada uma adequada ponderação de interesses, se pode admitir a licitude da interrupção voluntária da gravidez, assim se resolvendo os eventuais conflitos entre aquele referido bem jurídico e os direitos da mulher, não só à vida, à saúde, ou à dignidade, mas também a uma maternidade consciente (...) sobretudo quando conjugado com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, recentemente consagrado no artigo 26º CRP, com a última revisão constitucional”.

Há que ter presente não poderem os direitos, liberdades e garantias sofrer restrições senão nos casos expressamente previstos na CRP, “devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, em caso algum podendo diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18º/2 e 3)

⁷⁴ PAULO OTERO, *Legalidade...* 252

⁷⁵ Idem

Entre o direito à dignidade e o princípio da inviolabilidade da vida pode assim estabelecer-se uma relação de conflito de tal modo insuportável para o respectivo titular, que se lhe coloca o dilema de renunciar ao segundo, privilegiando o primeiro.

É a questão de morrer com dignidade, ou para preservar a dignidade que resta.

Se o titular resolver por si próprio o dilema, pelo suicídio, o assunto morre com ele, sem considerações de carácter jurídico. Quando muito, o assunto suscitará a apreciação no campo da moral e da religião, que escapam à apreciação jurídica.

Mas o Direito já será convocado a intervir quando alguém auxilia o titular a preparar o seu suicídio, ou quando alguém executa a renúncia ao direito à vida.

Para o nosso ordenamento jurídico qualquer dos comportamentos não é indiferente, pois que um e outro são punidos como crimes: de auxílio ao suicídio (artigos 135º e 139º CPenal) e de homicídio (artigos 133º e 134º CPenal).

Só que nem pelo facto de o legislador ordinário ter tomado uma atitude punitiva se deve considerar o assunto por encerrado.

Se acaso se chegasse à conclusão que, para a CRP, o conflito entre aqueles dois princípios ou direitos pode validamente resolver-se pela prevalência do direito à dignidade, conforme uma opção assumida pelo respectivo titular – ainda assim seria de admitir a punição do auxiliar, ou mesmo do executor da decisão?

A questão coloca-se, assim, em saber se, para o nosso ordenamento jurídico, é admitido que, em determinadas situações de especial tensão, o princípio da dignidade da pessoa, subjectivado no direito à dignidade, se sobreponha ao princípio da inviolabilidade da vida humana. E tal sobreposição configura uma renúncia ao direito preterido, ou não é verdadeiramente uma renúncia, mas algo de diferente?

Poderá não se tratar de uma renúncia, naquele sentido de que prescinde de uma posição, de um direito, mas em que se sobreleva a posição preferida, surgindo a preterição como algo de inevitável e meramente consequente.

Ou seja, pode não se tratar de uma renúncia 'gratuita', unilateral mas antes a compressão necessária de um direito, por defesa, ou exercício de um outro direito de igual grandeza.

4. 2. Renúncia a direitos fundamentais e o direito ao desenvolvimento da personalidade

Mesmo situando a procura de uma resposta no campo da renúncia, nunca se tratará de uma renúncia pura, pois a ênfase não é colocada na preterição de um direito, mas antes na defesa de um outro, que com aquele inevitavelmente conflitua.

Não se trata, pois, de uma renúncia gratuita, puramente optativa, entre dois direitos ou posições equidistantes do seu titular: a opção por uma das alternativas é ditada ou imposta por motivos ou razões que têm a ver com o conteúdo do direito ou posição que prevalece: é para maior ou melhor defesa ou concretização da posição eleita, e portanto do princípio de que ela emana, que um direito irá prevalecer.

A questão é colocada no campo da renúncia, mas o acto de vontade surge imposto pela preservação de um outro valor, que em concreto é mais determinante no quadro de personalidade da pessoa.

O direito à autonomia da vontade e à conformação do modo-de-ser da pessoa surge com consagração constitucional através do direito ao desenvolvimento da personalidade, inscrito no catálogo de direitos fundamentais (artigo 26º/1). No dizer de CASTANHEIRA NEVES⁷⁶, “o valor absoluto da pessoa humana, e a exigência assim da sua incondicional inviolabilidade, é um valor limite de toda a ordem jurídica”, e o “respeito da pessoa é a dimensão primeira da Ideia de Direito”; tal não implica “apenas exigências negativas (a exclusão e proscricção de ataques externos que a neguem ou a violem): implica ainda o reconhecimento de toda a sua potencialidade, de todo o seu dinamismo de afirmação e desenvolvimento, pois pessoa só é verdadeiramente aquela que realiza positivamente a sua personalidade”.

E daqui há retirar as devidas consequências.

Se no quadro do desenvolvimento e formação da personalidade da pessoa, ‘viver’ e ‘morrer com dignidade’ foram erigidos como valores máximos no programa de conformação psicológica da pessoa, e se a CRP protege este direito, é difícil conceber que no momento em que a pessoa tem de afirmar esse valor, no confronto com outros valores que a CRP igualmente lhe reconhece, se lhe negue a possibilidade de o fazer. As decisões relativas à vida e à morte são da maior importância, as mais cruciais na formação e expressão da personalidade do que quaisquer outras, pois é tão importante viver de acordo com a nossa liberdade, como o facto de dispor dela⁷⁷.

Se a Constituição reconhece a autonomia da vontade, então há que ponderar até que ponto os direitos fundamentais serão de “exercício obrigatório”, isto é, “irrenunciáveis”: não seria facilmente harmonizável um sistema em que se reconhecesse ao cidadão o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, simultaneamente, se lhe impusesse o exercício de direitos, ou a sua irrenunciabilidade: “num Estado não

⁷⁶ *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, 133

⁷⁷ DWORCKIN, *El Dominio de La Vida*, trad. espanhola, 312

paternalista como é essencialmente o Estado de Direito, que assenta na dignidade da pessoa humana e faz do livre desenvolvimento da personalidade individual um valor fundamental, esta situação de direitos de exercício obrigatório (direitos/deveres) é claramente excepcional. É certo que quando falamos de ‘renúncia’ nos situamos, como vimos, num plano diverso do mero ‘não exercício’. Mas a questão de fundo permanece idêntica: se eu posso decidir livremente, como regra, se exerço ou não um direito fundamental, posso também ‘anunciar’ aos outros a intenção de não exercício e, finalmente – entrando, então, no plano da ‘renúncia’ (do latim ‘renuntiare’, ‘anunciar a retirada de ...’) -, posso vincular-me juridicamente a não exercer.

É que, se a titularidade de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo face ao Estado, é um ‘trunfo’ nas mãos do indivíduo (Dworkin), então da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de auto-determinação individual – que integram e moldam de algum modo cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria.

Neste sentido, a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de auto-determinação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício ‘positivo’ do direito. Só o Estado paternalista se arroga a pretensão de proteger sistematicamente o cidadão contra si próprio”⁷⁸.

O direito ao desenvolvimento da personalidade decorre do princípio da dignidade da pessoa, mas o legislador constituinte entendeu conferir-lhe consagração expressa na revisão de 1997, incluindo-o no artigo 26^o/1 da Constituição.

Aí, o direito ao desenvolvimento da personalidade não está adjectivado com o conceito de “liberdade”, embora correntemente seja utilizada a expressão “direito ao livre desenvolvimento da personalidade”. Entende-se, porém, que a adjectivação é desnecessária, pois a noção de desenvolvimento da personalidade “comporta já uma componente de liberdade”.⁷⁹

⁷⁸ JORGE REIS NOVAIS, *Renúncia a Direitos Fundamentais*, 287

⁷⁹ PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, 160

Este direito assume uma dimensão objectiva, não por estar previsto no direito positivo, mas por ser ele próprio susceptível de fundar outros efeitos jurídicos, em reforço da juridicidade dos direitos fundamentais, que terão necessariamente de impor uma sua leitura valorativa em função daquele direito.⁸⁰

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade leva ainda pressuposto um direito de “liberdade geral de acção”, na sua dupla vertente, positiva e negativa, de actuar e de não actuar: não protege apenas a liberdade de actuação, “mas igualmente a liberdade de não actuar (não tutela, neste sentido, apenas a actividade, mas igualmente a passividade, com uma garantia não unidimensional de actuação, mas pluridimensional, de liberdade de *comportamento*, enquanto decorrente da ideia de desenvolvimento da personalidade)”⁸¹.

4.3. O direito à autodeterminação, como manifestação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade

O direito ao desenvolvimento da personalidade não dispensa uma primeira leitura ‘semântica’, ou seja, balizada pelas próprias palavras, pelo que a significação a dar ao conceito de personalidade é necessariamente o ponto de partida. E não é fácil, nem é unívoco tal conceito. Crê-se que o preceito não remete para preposições de ordem psicológica, mas pressupõe-nas. Pressupõe a personalidade enquanto um modo-de-ser, construído na aprendizagem e na selecção dos valores que o próprio considera mais adequados. Pressupõe, por isso, liberdade, autonomia e auto-determinação nas suas escolhas. “O direito ao desenvolvimento da personalidade (...) deve ser interpretado como o ‘direito fundamental autónomo que protege a liberdade geral de acção humana’⁸².

Tudo, é evidente, com o mesmo direito reconhecido aos outros, pelo que, e por isso mesmo, o desenvolvimento da personalidade terá sempre de ser nivelado ou contido pela desenvolvimento da personalidade dos outros. Este recurso à ideia de homem livre⁸³ e auto-determinado, subjacente à consagração do direito ao desenvolvimento

⁸⁰ PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, 188

⁸¹ PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, 203

⁸² PINTO DE OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade ...* 171

⁸³ “A liberdade, enquanto núcleo da dignidade da pessoa humana, deverá ser uma liberdade sem juízos de valor (...). Significará assim o contrário de ‘verdades’ e ‘fixismos’ políticos, religiosos ou filosóficos. O pluralismo, seja religioso, mundivisional ou político, é o marco de um mundo livre, no qual coexistem amigavelmente homens com diferentes perspectivas, mundividências e valores. Com o reconhecimento constitucional de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade procurou-se deixar consagrado um direito de liberdade do indivíduo em relação a modelos de personalidade, que integra um direito à diferença e que

da personalidade não é absolutamente compatível com a ideia de um princípio da dignidade que pressuponha uma moral objectiva, ditada de fora. E por isso mesmo, é de aceitar que, quando não estão em causa interesses públicos relevantes ou direitos fundamentais de terceiros, o direito ao desenvolvimento da personalidade postula uma concepção do homem não só livre de conformar as suas ideias e os seus sentimentos, mas também liberto de estereótipos ou de modelos antropológicos constitucionalmente pré-definidos.⁸⁴

O direito ao desenvolvimento da personalidade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo, no campo dos direitos, liberdades e garantias, “um núcleo irreduzível de individualidade. A inclinação ideológica que presidiu a esta modificação deve ancorar-se na distinção entre pessoa/ componente abstracta e indivíduo/realidade concreta. À universalidade da pessoa contrapõe-se o atomismo dos indivíduos. (...) Pode ramificar-se o ‘desenvolvimento’ em dois segmentos: um relativo ao ‘ser’ e outro ao ‘ser social’. A formação da personalidade do indivíduo não deve, por exemplo, ser impedida no momento da formação, ou discriminada no da ‘exteriorização social’⁸⁵”.

Ora, no domínio da renúncia a direitos fundamentais, uma concepção de dignidade baseada na autonomia do cidadão “aceita mal que possam ser a sociedade, a autoridade pública, o intérprete oficial ou terceiros a impor ao titular do direito representações de dignidade da pessoa humana pretensamente objectivas que colidam com as concepções segundo as quais o próprio pretende modelar a sua vida. Muito menos aceitará que, em nome de uma concepção de dignidade em que o interessado não se revê, a autoridade pública se arrogue o poder de o proteger contra si próprio, impedindo-o, por exemplo, de renunciar a posições protegidas de direitos fundamentais e transformando o direito à dignidade, num ‘dever de dignidade’. Portanto, a relevância da dignidade da pessoa humana na problemática da renúncia a direitos fundamentais não se traduz tanto em saber se o particular pode renunciar à pretensão de respeito e protecção da sua dignidade – o que seria inadmissível –, mas,

permite a cada um eleger o seu modo de vida, desde que não cause prejuízo a terceiros”.(BENEDITA MACCRORIE, **O Recurso ao Princípio...** cit., 171).

⁸⁴ A propósito da jurisprudência do Tribunal Constitucional, diz BENEDITA MACCRORIE: “Ora não nos parece que este Tribunal tenha legitimidade para eleger, sem mais, um modelo pré-determinado de homem a seguir, que veicule as concepções ideológicas dominantes da sociedade, quando não estão já em causa interesses públicos relevantes ou direitos fundamentais de terceiros, o que poderá conduzir a uma ética substantiva” (**O Recurso ao Princípio...**, cit., 174).

⁸⁵ ALEXANDRE PINHEIRO/MÁRIO FERNANDES, **Comentário à IV Revisão Constitucional**, 111

sobretudo, na averiguação dos limites ao poder de o particular determinar por si próprio o sentido e conteúdo da sua dignidade”⁸⁶.

Apesar da amplitude com que é possível admitir a renúncia a direitos fundamentais, considerando a força reconhecida ao direito ao desenvolvimento da personalidade, que assim pode ser visto como a possibilidade de o próprio interessado poder determinar o conteúdo da sua própria dignidade, ainda assim “é possível delimitar um núcleo material mínimo de dignidade pessoal, indissociavelmente ligado à autonomia individual e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que deva constituir uma garantia irreduzível num Estado de Direito (...) [A dignidade] será violada, mesmo com o consentimento do lesado, quando este anua na destruição ou anulação das condições da sua auto-determinação futura, ou aceite colocar-se numa situação que iniba a possibilidade de continuar a conformar a sua vida de acordo com planos pessoais livremente concebidos, na medida em que isso signifique uma degradação, sem possibilidades de correcção, ainda que voluntária, ao nível de um objecto heteronomamente determinado”⁸⁷.

4.4. A tese do direito à conformação da morte como imediata e irrenunciável consequência da dignidade e do direito ao desenvolvimento da personalidade

Aqui chegados, já não será impossível desenhar a ponte que o direito ao desenvolvimento da personalidade pode traçar entre o princípio da dignidade da pessoa e o princípio da inviolabilidade da vida humana.

Na palavra de PINTO DE OLIVEIRA, “O direito geral de personalidade faz com que a faculdade de a pessoa viva dispor sobre o destino do seu corpo inanimado tenha ‘consistência bastante para que lhe seja reconhecida dignidade constitucional’ mesmo que não esteja directa ou indirectamente fundada em convicções de carácter ético, moral ou religioso”⁸⁸.

Ainda segundo este Autor, RONALD DWORKIN sustentou, a respeito da eutanásia, a seguinte tese: ‘a maior parte das pessoas considera que a morte tem uma importância

⁸⁶ JORGE REIS NOVAIS, *A Renúncia*, cit., 328

⁸⁷ Idem

⁸⁸ PINTO DE OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade* 125

especial e simbólica: querem que a sua morte exprima e confirme, em termos muito nítidos, os valores que reconhecem como os mais importantes das suas vidas’.

Aludindo ao seu pensamento, PINTO DE OLIVEIRA diz que MARTIN KOPPERNOCK ‘transfere – convincentemente – os resultados da tese dworkiana da conexão interna entre a integridade da vida e a dignidade da morte para a regulação jurídica da colheita de órgãos: ‘a expressão ‘morte digna’ significa que a morte é adequada à vida. O critério decisivo para [estabelecer se a morte é, ou não, adequada à vida] encontra-se na consonância da morte com as nossas representações sobre o modo como gostaríamos de ter vivido: a morte constitui uma fracção da nossa vida; por isso é importante a forma como vivemos’⁸⁹.

Pode assim ser desenhada “a conexão interna entre a integridade da vida e a dignidade da morte (...) o direito geral de personalidade como direito de conduzir autónoma, consciente e responsabilmente a sua vida, em conformidade com as convicções constitutivas da identidade pessoal e reveladas pela assunção, por cada pessoa, da sua história de vida, ‘em toda a sua insubstituibilidade e contingência’⁹⁰”.

Bem se pode dizer que o direito à renúncia é um direito a que não se pode renunciar, como manifestação última da autonomia do sujeito e como a última fronteira onde se desenha a sua própria dignidade, com o conteúdo que ele lhe conferiu. Sem querer fazer jogo de palavras, é tentador dizer que o homem tem direito a morrer com dignidade, desde logo porque tem o direito de viver com dignidade mesmo na hora da morte.

Não se trata, porém de uma fácil e aligeirada confusão entre o direito a morrer com dignidade e o simples direito a morrer. Na expressão, já tão repetida, de morrer com dignidade vem ínsito o que de fundamental se pretende dizer: é que a morte voluntária, e portanto a renúncia à vida, só é concebível quando é uma manifestação, a última, do direito à dignidade. E portanto não-de aqui ser convocados os princípios da proporcionalidade e da adequação, para se aferir se a opção morte/renúncia à vida é a única adequada a evitar a degradação da dignidade, e se lhe é proporcional ou seja, se não há qualquer outra solução.

A questão não é de saber se a pessoa pode renunciar ao respeito e protecção da sua dignidade – que, já se sabe, não é admissível – mas, antes de apurar “quais os limites

⁸⁹ PINTO DE OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade* ..., 126. Na nota 238 (página 127), PINTO DE OLIVEIRA diz que NICOLAUS KÜFNER considera “o direito à conformação da morte como ‘imediate’ e ‘irrenunciável’ consequência da dignidade e da liberdade da pessoa humana”. O título de presente relatório teve aqui a sua inspiração directa.

⁹⁰ PINTO DE OLIVEIRA, *Idem*

aceitáveis ao poder de o particular determinar por si próprio o sentido e conteúdo da sua dignidade”.

E por isso, no dilema entre defender a dignidade “a todo o custo”, ainda que esse custo tenha o preço da própria vida, ou manter a vida com igual custo, ainda que este tenha também um preço supremo, o da própria dignidade tal como a pessoa a configura e esculpiu ao longo dos anos, há que ter presente a existência de núcleos irreduzíveis que não podem ser ultrapassados. Ora, “não se aceitando que seja o Estado, a sociedade, a maioria ou terceiros a impor representações de dignidade que lhe são alheias, são sempre problemáticas em Estado de Direito as situações em que o Estado se arroga o poder de defender a dignidade de uma pessoa contra a vontade, as representações ou as convicções livre e conscientemente formadas por essa pessoa”⁹¹.

A questão convoca a interrogação acerca dos limites do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e que, segundo PAULO MOTA PINTO, por apelo ao direito alemão, se podem encontrar na ordem constitucional, nos direitos de outrem e nos ditames da moral⁹². Decorrerão daqui constrangimentos ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade? Seguramente que sim, mas não especificamente no aspecto que aqui interessa: tais limites compreendem-se e interessam, quando o direito ao desenvolvimento da personalidade se revela empiricamente, no mundo dos factos, interagindo com os direitos de terceiros ou com a ordem jurídica. Só que aqui, tudo se passa, afinal, no mundo mais restrito, mas nem por isso mais juridicamente neutral, da conflitualidade entre direitos do mesmo titular: o direito à dignidade e o direito à vida.

4.5. Suicídio, auxílio ao suicídio e eutanásia

Pode a pessoa dispor da sua vida? É de reconhecer um direito à conformação da morte? Colocada a questão no estrito plano da Constituição, não se vê que os princípios da dignidade da pessoa e da inviolabilidade da vida se lhe oponham radicalmente: nas situações limite que já se referiram, de tensão entre o direito à dignidade e o princípio da inviolabilidade, parece que o direito ao desenvolvimento da personalidade aponta no sentido de ser reconhecido esse direito.

⁹¹ JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes...* 60

⁹² *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, 223

O problema estará agora na prática, no exercício desse direito, caso se propugne pelo seu reconhecimento, ou, pelo menos, pela sua não inviabilidade, e isso convoca a questão do suicídio assistido e da eutanásia.

Já se viu que, embora a nossa lei penal puna uma acção e outra, a resposta que a Constituição der ao reconhecimento ou não do direito à conformação da morte será sempre determinante.

Simplificando, são admissíveis três situações puras: o suicídio, o auxílio ao suicídio e a eutanásia.

Independentemente do grau de censura moral, religiosa ou social⁹³, o suicídio (tentado ou frustrado, já que se consumado o problema não tem razão de ser) não é criminalmente punido. O Estado assume esta atitude ou por motivos de compaixão “que o impedem de agravar com uma pena a amargura de quem já se lançou em busca da morte, já que a punição da tentativa poderia levar o agente a reiterar o seu gesto de autodestruição”, ou “por respeito pela autonomia individual do ser humano”⁹⁴.

As fronteiras entre o auxílio ao suicídio, por um lado e o suicídio assistido e a eutanásia voluntária, por outro, são ténues, mas o que define estas situações é a circunstância de a morte sobrevir em consequência de um desejo da pessoa, separando-as o maior ou menor grau de colaboração ou intervenção de um terceiro. No primeiro caso, o terceiro coloca à disposição da pessoa os meios para a prática do suicídio, mas a actuação determinante e final cabem a este. No segundo caso, há uma conjugação simultânea de esforços para atingir o resultado, sendo indiferente a quem coube o acto final. Na eutanásia voluntária, o terceiro assume o papel determinante, em cumprimento da vontade da pessoa. A vontade pode ser manifestada no momento, ou tê-lo sido em momento anterior, mas à qual se reconhece validade.

Todos estes casos se distinguem da ‘outra’ eutanásia, a que se pode chamar eutanásia simples, em que não há uma manifestação de vontade reconhecida, mas, quando muito, uma vontade presumida. A eutanásia, voluntária ou simples, pode ser passiva, quando se interrompe algum tratamento médico que mantém a pessoa viva de uma forma artificial; ou activa, quando pressupõe medidas positivas para pôr termo à vida de um terceiro.

Cruzando os vários conceitos: eutanásia voluntária passiva ou activa; e eutanásia simples, passiva ou activa.

Há quem reduza as hipóteses apenas a duas, devendo falar-se em eutanásia apenas em casos em que o sujeito já não seja capaz de tomar a sua decisão, e de suicídio

⁹³ Não se consideram os casos em que, em vez de censurável, o suicídio é um acto de honra (o hara-kiri japonês), uma imposição social (como na Índia, pelo menos até há poucos anos atrás), ou um acto de martírio que abre a porta do paraíso (cultura islâmica).

⁹⁴ LUISA NETO, *O Direito Fundamental...*, 779

assistido nos casos de homicídio consentido ou a pedido⁹⁵. Mas parece que o suicídio é susceptível de abarcar mais graus de intensidade ou de participação de terceiro.

A manifestação da vontade da pessoa, na eutanásia voluntária, que pode ser actual, ou pretérita⁹⁶. À manifestação de vontade pretérita, na qual a pessoa renuncia por antecipação, face ao momento da sua concretização, ao direito à vida em determinadas circunstâncias irreversíveis e terminais de doença ou de incapacitação, autorizando ou pedindo que lhe seja ministrado o tratamento ou a prática adequada à interrupção da vida, usa chamar-se de 'testamento vital' ou 'biológico'⁹⁷.

As correntes de pensamento dominantes entendem que, à luz do nosso ordenamento jurídico, a vida humana é indisponível, no sentido de que "o consentimento ou a vontade de morrer de uma pessoa não justifica a intervenção potenciadora de terceiros, seja de que maneira for, num processo voluntário de pôr termo à vida"⁹⁸.

Mas será também indisponível para o próprio, há um dever de estar vivo?

Como se tentou evidenciar, a questão do eventual direito à conformação da morte insere-se radicalmente no mundo dos direitos fundamentais, temática que não mereceu as primeiras atenções dos tratados que instituíram as comunidades. Mas depois da longa evolução jurisprudencial que, de conquista em conquista, foi impondo a supremacia, em matéria de direito comunitário, do Tribunal de Justiça das Comunidades sobre as jurisdições nacionais (através das doutrinas do efeito directo, da supremacia e do primado), faltou só incluir naquele direito a matéria dos direitos do homem para que fosse possível a elaboração de uma dogmática europeia sobre a dignidade e demais princípios fundamentais.

Tal evolução atingiu a formulação conseguida com a proclamação pelas instituições da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de Nice, em 7 de Dezembro de

⁹⁵ Idem, 781

⁹⁶ RIPOLLÉS, *El Tratamiento Jurídico de la Eutanásia. Una Perspectiva Comparada*, 532, considera equiparável à solicitação a prévia expressão da decisão através da declaração vital.

⁹⁷ Segundo nota de LUISA NETO (*O Direito Fundamental...*, 791), o *Natural Death Act* de 30 de Setembro de 1976 do Estado da Califórnia fazia referência a estes testamentos biológicos ou *living wills, testaments de vie, testamenti di vita*. São documentos assinados pelo próprio, perante dias testemunhas e, tal como os testamentos, livremente revogáveis a todo o tempo. Em 1992, o povo do Estado da Califórnia recusou um projecto de lei segundo o qual "o direito a escolher a supressão da dor e o sofrimento e a morrer com dignidade no tempo e lugar da nossa própria escolha quando padecemos de uma enfermidade terminal, é uma parte integral do nosso direito a controlar o nosso próprio destino". O projecto previa uma 'directiva' que o paciente de uma enfermidade terminal poderia subscrever requerendo ajuda para morrer no tempo e lugar escolhidos, quando os médicos houvessem certificado que a morte ocorreria dentro de seis meses. O projecto exigia que a directiva seria confirmada por duas pessoas, que não fossem parentes do declarante, que não beneficiassem com a morte, nem que fossem os seus médicos.

⁹⁸ MARIA MANUELA BARATA VALADÃO SILVEIRA, *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio*, 60

2000, cujo artigo 1º proclama, como já se referiu, que “a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. Embora sem força jurídica vinculativa, o certo é que, à custa de ser citada, a Carta vem assumindo pelas e para as instituições, um considerável grau de auto-vinculatividade, ao menos política⁹⁹. Perante este crescendo de absorção das questões sobre os direitos fundamentais, interessaria saber como se colocam aí as questões da eutanásia e do auxílio ao suicídio.

BENEDITA MAC CRORIE concluiu¹⁰⁰ que o Tribunal de Justiça da União tem vindo progressivamente a considerar-se competente para a defesa dos direitos fundamentais, no propósito de promover a integração europeia e a salvaguarda da primazia do direito comunitário, “controlando, inclusivamente, medidas dos Estados-membros que implementam o direito comunitário assim como as medidas dos Estados-membros adoptadas em derrogação da proibição de restrições à livre circulação dos quatro factores de produção”.

E por isso, apesar de tal questão ainda não se ter suscitada perante o TJCE, “é possível que caia dentro do âmbito comunitário uma situação que contenda com regulamentações internas dos Estados-membros relativas à eutanásia ou ao auxílio ao suicídio”. Contudo, é provável que, quando tal acontecer, o TJCE se pronuncie no sentido de que deverão ser respeitadas “as tradições e as opções dos Estados-membros, concedendo-lhes uma margem de apreciação, uma vez que estas matérias se referem a princípios básicos e que espelham uma dada visão nacional de pessoa e moralidade”.

A Autora conclui não ser possível, à partida, retirar da Carta dos Direitos Fundamentais “nenhuma conclusão diferente acerca da admissibilidade ou não admissibilidade da eutanásia e do suicídio assistido”. Pois se o Tribunal assumir alguma posição expressa no sentido de consagrar ou não consagrar um “direito à morte”, isso poderá conduzir a um conflito, pelo menos no tocante aos países que sobre isto vêm assumindo posições mais extremadas (a Holanda, já admitindo, em certas circunstâncias a eutanásia; a Irlanda, opondo-se radicalmente a qualquer forma de interrupção da vida – como é exemplo o caso do aborto).

Em 1976, o Conselho da Europa adoptou a recomendação nº 779, relativa aos direitos dos doentes, afirmando ser garantido o direito à dignidade, integridade, informação, cura, respeito da vontade e o direito a não sofrer inutilmente.

⁹⁹ BENEDITA MAC CRORIE, *A Eutanásia e o Auxílio ao Suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, 450

¹⁰⁰ *A Eutanásia e o Auxílio ao Suicídio...* 472

A Convenção Para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de Oviedo em 1997, e aprovada para ratificação por Resolução da Assembleia da República nº1/2001, de 3 de Janeiro, contem, sobre estes assuntos, normas de indiscutível interesse.

A Convenção abre com o compromisso de que “as Partes protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da medicina e da biologia”, pois “o interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência”.

O que imediatamente ressalta de uma primeira leitura do articulado da Convenção é o relevo essencial concedido à vontade, real ou hipotética, do doente. E por isso se impõe que “qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido”, para o que lhe será facultada toda a informação adequada, sendo certo que a pessoa pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento (artigo 5º).

Prescreve-se, ainda, que “a vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica, por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontra em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta” (artigo 9º). Tudo vale por dizer que a pessoa se pode recusar a uma intervenção da área da saúde, nomeadamente os que sejam essenciais a salvar-lhe a vida, podendo a pessoa tomar essa decisão não apenas no momento em que a intervenção se revele necessária, mas em momento anterior.

Ou seja, a Convenção abre a porta à validade do testamento vital, ao menos no aspecto, aparentemente restrito, da “intervenção na área da saúde”, que não se define o que seja. Como tal, será sempre incluir aí não apenas as intervenções cirúrgicas, mas também a alimentação forçada e a respiração assistida. E assim, pouco falta para que a legitimidade da eutanásia voluntária passiva deixe de ser uma mera hipótese, e para que o testamento vital seja acolhido como um documento vinculativo.

Na Alemanha¹⁰¹ (e fica-se apenas pela referência a este país, só porque têm sido relevantes as contribuições com que os juristas alemães vêm enriquecendo o estudo destes temas) o auxílio ao suicídio não é punido, embora já o seja o chamado homicídio a pedido – diferença de regimes que é susceptível de colocar problemas tão graves quanto aqueles que pretende resolver, desde logo na hipótese da pessoa lúcida, consciente e esclarecida, mas que está fisicamente impossibilitada de qualquer acção motora que possa desencadear o processo de interrupção da vida: que

¹⁰¹ Segundo nota de MARIA MANUELA SILVEIRA, ,op. cit., 81

diferença entre esta pessoa, que pretende o suicídio, e aquela outra que consegue mexer um dedo, o que lhe permite desencadear o mesmo processo final? Cair-se-à, com semelhante recurso à preponderância de meros pormenores físicos, numa insensível hipocrisia, quando o que verdadeiramente conta é definir se, em determinado quadro fáctico, merece acolhimento a vontade da pessoa em pôr termo à vida¹⁰². Caso se entenda que, em determinadas circunstâncias, merece acolhimento a vontade expressa da pessoa em fazer cessar a vida, parece ser um aspecto menor a distinção entre definir se quem desencadeia a última acção é o próprio sozinho, ou com o auxílio de alguém, ou, no extremo oposto, se é alguém a pedido. O que verdadeiramente interessa definir é se essa manifestação de vontade é atendível, e em que condições, e como a concretizar.

Mas para isso, e face à Constituição da República, é indispensável convocar a interpretação dos princípios da dignidade da pessoa e da inviolabilidade da vida, e, com recurso ao direito ao desenvolvimento da personalidade, saber que resposta aí se colhe.

¹⁰² GUNTHER JAKOBS, *Suicídio, Eutanásia e Derecho Penal*, trad espanhola, 24: “o suicídio não é um fenómeno com o qual o Direito Penal se preocupe *per se*. Mas não só o suicídio realizado por uma pessoa responsável é irrelevante para o Direito Penal, como também, no Direito Penal Alemão, a participação de terceiros no suicídio está livre de pena. Assim, por exemplo, quem proporciona a uma pessoa, que não quer viver mais, um veneno que a mesma se injecta, não é castigado por esta contribuição ao suicídio. Por outro lado, quem põe directamente a injeção ao cansado de viver e provavelmente incapaz para actuar – ante o seu premente pedido -, é castigado como autor de um crime de homicídio a pedido, ao menos conforme o teor literal do preceito legal correspondente”.

BIBLIOGRAFIA

- **Andrade, Manuel Costa**, O Aborto como Problema de Política Criminal, Revista da Ordem dos Advogados, 1979, 293
- **Andrade, Vieira de**, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ªed., Almedina, 2001
- **Ascensão, Oliveira**, A Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 1 de2002.
- **Campos, Diogo Leite**, Lições de Direitos da Personalidade, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, separata do vol. LXVI, 1990
- **Canotilho, Gomes/Moreira, Vital**, Constituição da República Portuguesa, Anotada
- **Canotilho, Gomes**, Direito Constitucional
- **Costa, Cardoso da**, A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua Função na Protecção dos Direitos Fundamentais, Boletim do Ministério da Justiça, nº 396, 1990
- **Crorie, Benedita Mac**, O Recurso ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional (Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho)
- **Crorie, Benedita Mac**, A Eutanásia e o Auxílio ao Suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Scientia Iuridica, nº 297, 2003
- **Dias, Álvaro**, Procriação Medicamente Assistida, Dignidade e Vida (Ab Uno Ad Omnes)
- Dworkin, Ronald**, El Dominio de la Vida (trad espanhola), 1993
- Homem, Pedro Barbas/Freitas, Pedro Caridade**, Ensaios Clínicos, Estudos em Homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles, IV, 353

Jakobs, Gunther, *Suicídio, Eutanásia e Derecho Penal*, trad espanhola, Valência, 1999

Loureiro, João, O Direito à Identidade Genética do Ser Humano, O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, *Studia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 1999

- **Miranda, Jorge**, Manual de Direito Constitucional, Coimbra, 2002

- **Moreira, Isabel**, Por uma Leitura Fechada e Integrada da Cláusula Aberta dos Direitos Fundamentais”, Estudos em Homenagem de Galvão Telles, V/113)

- **Neto, Luísa**, O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo, Coimbra Editora, 2004

- **Neves, Castanheira**, Lições de Introdução ao Estudo do Direito, 1968

- **Neves, Castanheira**, A Revolução e o Direito, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1974

- **Novais, Jorge Reis**, Renúncia a Direitos Fundamentais, Perspectivas Constitucionais, Coimbra Editora, 1998

- **Novais, Jorge Reis**, Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa, Coimbra, 2004

- **Oliveira, Nuno Manuel Pinto de**, O Direito Geral de Personalidade e a ‘Solução do Dissentimento’, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002

- **Otero, Paulo**, Direito da Vida, Almedina, Coimbra, 2004

- **Otero, Paulo**, Legalidade e Administração Pública, Almedina, Coimbra, 2003

- **Otero, Paulo, e Dias, Álvaro**, Procriação Medicamente Assistida, Dignidade e Vida (Ab Uno Ad Omnes)

- **Pereira, Marcos Keel**, O Lugar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica, Universidade Nova, pol., 2002

- **Pinheiro, Alexandra/ Fernandes, Mário João**, Comentário à IV Revisão Constitucional

- **Pinto, Paulo Mota e Diogo Leite Campos**, ‘Direitos Fundamentais de Terceira Geração’, in O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil, Almedina, 2003

- **Pinto, Paulo Mota**, O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, *Studia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 1999

- **Queiroz, Cristina**, Direitos Fundamentais (Teoria Geral), Coimbra Editora, 2002

- **Ripollés, Diez**, El Tratamiento Jurídico de la Eutanásia. Una Perspectiva Comparada, 1996

- **Silveira, Maria Manuela Barata Valadão**, Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio, 2^aed., Lisboa, AAFDL, 1997