

A QUESTÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO REFERENDO AO ABORTO LIVRE ATÉ ÀS DEZ SEMANAS

O Caso Português de 2007

A intenção do presente texto não é a de defender uma opinião; mas sim a de registar objectivamente a questão jurídico-constitucional levantada pelo referendo ao aborto livre até às dez semanas do passado dia 11 de Fevereiro. Para esse efeito, transcrever-se-ão os trechos mais ilustrativos do Acórdão no 617/2006, seja da tese vencedora, seja das declarações de voto dos conselheiros vencidos. Far-se-á preceder esta selecção de uma introdução limitada a esclarecer os termos jurídicos da questão em causa. Para uma leitura mais fácil, os excertos do Acórdão serão impressos a negrito. Quando necessário, serão intercaladas algumas considerações do Autor, destinadas a permitir uma leitura sequencial lógica dos excertos.

09

I PARTE

OS TERMOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DA QUESTÃO DO ABORTO

1. A questão fundamental da censura jurídica do aborto provocado

O problema ético-jurídico e constitucional do aborto provocado levanta-se porque, com a sua prática, se põe em causa o princípio fundamental universal da inviolabilidade da vida humana. É aqui que nasce toda a questão da censura jurídica do aborto e a respectiva política sancionatória, desde a prevenção até à repressão do ilícito.

A inviolabilidade da vida humana, inclusive na sua fase intra-uterina, é o principal pilar do edifício dos direitos humanos, garantidos pelo Estado de direito. É por isso que o art. 24º da Constituição portuguesa (que diz: «a vida humana é inviolável») é o primeiro artigo com que o texto constitucional abre o elenco dos direitos, liberdades e garantias pessoais fundamentais. Obviamente, sem o direito à inviolabilidade da vida, todos os demais direitos fundamentais se tornariam meramente condicionais ou virtuais.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional português tem sempre e unanimemente afirmado que a garantia de inviolabilidade do art. 24º se aplica também à vida humana intra-uterina. Por isso, o aborto provocado configura sempre e inevitavelmente uma ofensa ao princípio da inviolabilidade da vida.

2. A questão do conflito de direitos

Como é que então o Tribunal Constitucional português consegue chegar à conclusão, ainda que pela escassa maioria de 7 a 6 votos, de que o aborto voluntariamente provocado pode, em certos casos e termos, ser considerado como constitucional? A resposta é: apenas pela ideia de que se pode verificar a existência de um conflito de direitos entre, por um lado, o direito à vida do filho, garantido pelo princípio da inviolabilidade e, por outro lado, o direito fundamental da mulher grávida que realiza o aborto; e de que, nesse conflito, se pode, em certos casos e em certos termos, atribuir maior protecção ao direito da mãe. Então, nesses casos e condições, o direito à vida do filho cede perante um outro direito mais digno de protecção, o direito da mãe.

Pode agora perguntar-se: sendo claro que, do lado do filho, o direito em causa é o direito à vida, e à inviolabilidade da vida, qual é o direito fundamental em causa pelo lado da mãe? E ainda: em que casos e termos é que a jurisprudência constitucional portuguesa atribui ao direito e interesses da mãe uma protecção ético-jurídica superior à garantia do direito à vida do filho? A resposta encontra-se na leitura dos excertos do Acórdão do Tribunal Constitucional, adiante seleccionados. Considera-se contudo útil, a benefício dos leitores não especializados, uma breve resenha da história da questão jurídica do aborto.

3 Breve excuro pela história jurídica do aborto, no ocidente

Até há cerca de trinta anos, quer nos sistemas jurídicos de raiz romano-germânica, quer nos sistemas jurídicos de matriz anglo-saxónica, vigorou milenarmente um consenso quanto ao imperativo da defesa da vida humana desde a sua concepção: o aborto voluntariamente provocado e a eutanásia foram qualificados como crimes. Foi de súbito, e com enorme agressividade, que surgiu um novo pensamento, o qual tem pretendido, e conseguido, uma mudança radical quanto ao regime do aborto não terapêutico, o qual, em vez de crime, passa a ser, em certos termos e condições, acto lícito, ou até, mais do que isso, direito da mulher grávida. Entre nós, e para provar este carácter recente, recorde-se que, ainda quando foi elaborada a actual Constituição portuguesa, em 1975-1976 (são contados trinta anos), nem um eco desta questão ressoou nos debates constituintes — como se pode ver pela leitura do Diário da Assembleia Constituinte — quando se aprovou, por unanimidade, a disposição que abre o elenco dos «direitos, liberdades e garantias», o art. 25º: «A vida humana é inviolável. Em caso algum haverá pena de morte». Texto este que se mantém inalterado no actual art. 24º, como já se disse.

Aquele antigo consenso vem de muito longe, no tempo. Desde logo, podemos recuar até ao Juramento de Hipócrates, para termos a prova de uma concepção “sagrada” da vida humana, adoptada pelos médicos ao longo dos séculos. Juramento esse que, desde a Assembleia Médica Internacional de 1948, ano da Declaração Universal dos Direitos do Homem, tem esta fórmula: «Eu guardarei absoluto respeito pela vida humana, desde o momento da concepção».

O direito à vida do nascituro sempre se baseou no direito natural. Na antiga Grécia, foram vários os filósofos e escritores que já defenderam com grande reverência o direito natural e a dignidade do homem. Na civilização de Roma, uma das aquisições maiores legadas à civilização do Ocidente foi a jurisprudência sobre a doutrina da lei natural e a existência de direitos naturais do homem fundados numa lei não escrita.

Relativamente ao direito à vida, a doutrina aplicada nos tribunais romanos (a jurisprudência romana) con-

siderava o *nasciturus* (isto é, o ser humano já concebido mas ainda não nascido) como um ser humano, um indivíduo humano, a quem se reconheciam direitos. No Digesto de Justiniano, a criança ainda não nascida é reconhecida como tendo a posição legal do ser humano (*qui in utero sunt... intelligentur in rerum natura esse* — D 1.5.26). E, quando fosse questão do seu interesse (*commodum*), era considerado titular de direitos, como se já tivesse nascido (*nasciturus pro iam natu habetur*, D 1.5.7). Na terminologia da tradição romanista desde Gaio (jurista do II século d. C.), o termo “pessoa” é usado também em referência ao nascituro.

O nascituro (*qui in utero est*) já tinha direito a alimentos. O pretor romano criou o instituto do *curator ventris* para tutelar a mulher grávida, a seu benefício mas também do filho. Ao longo de toda a Idade Média, vigorou o princípio que diz: *conceptus pro iam nato habetur si de eius commodo agitur* (o nascituro considera-se já nascido para o que lhe for vantajoso).

Com o cristianismo, a principiologia romana enriqueceu-se com a dimensão espiritual e religiosa, e vigorou na consciência da cultura e do direito dos países civilizados do Ocidente por vinte séculos. Ela funda-se, portanto, no desenvolvimento acumulativo da «*recta ratio*» grega, da jurisprudência romana e do personalismo religioso e ético judeo-cristão. Para o cristianismo e todo o pensamento racional jusnaturalista do Ocidente, a pessoa huma-

na não é apenas a última e mais elevada expressão de uma escala de formas de vida, mas ainda e sobretudo um espírito inteligente e destinado a uma vida a que não se pode recusar a absolutidade humana e até, espiritualmente, a imortalidade.

A primeiríssima derrogação deste princípio “sagrado” da protecção à vida humana intra-uterina em nome da dignidade humana sobreveio somente, no mundo do ocidente, na primeira metade do século XX, com a legalização do aborto livre não terapêutico, na União Soviética. Essa ruptura foi introduzida por Lenine, em 1920. É contudo muito significativo registar que a União Soviética voltou atrás, restabelecendo a criminalização do aborto, em 1936. Na sua tese final do curso de direito, denominada “*O aborto - causas e soluções*”, em 1940, Álvaro Cunhal expõe a doutrina que justifica a reintrodu-



ção da proibição do aborto, na União Soviética, criticando o “aborto de luxo”, isto é, não justificado por razões de pobreza. No jornal “Avante!”, órgão clandestino do Partido Comunista Português, pode ler-se, na edição da 4ª semana de Novembro de 1937, uma defesa do restabelecimento da punição do aborto na União Soviética, e uma crítica ao aborto que perdeu «a sua única justificação”, isto é, as condições de pobreza das mulheres e famílias trabalhadoras.

Depois da legislação leninista de 1920, interrompida em 1936, a legalização do aborto teve uma outra experiência ligada à solução nazi das leis eugénicas e do genocídio. Mais tarde, nos anos cinquenta, os países submetidos à dominação soviética também aprovaram legislação abortista.

Só cerca de cinquenta anos depois, relativamente a estes precedentes da legalização do aborto não terapêutico, se verifica, num país da Europa democrática livre, a aprovação de uma lei liberalizando o aborto: a *English Abortion Act*, de 1967. Portanto, há apenas quarenta anos.

Desde então, uma nova cultura tem vindo crescentemente a defender a liberdade, e até o direito, da mulher grávida de provocar o aborto do filho, quase sempre com cláusulas condicionantes que, na prática, se mostram pouco relevantes. Progressivamente, foi alastrando uma ideologia pragmática defensora do aborto provocado livre. Foi o filósofo português, e conhecido homem de cultura, Eduardo Lourenço, que, recentemente, numa entrevista à comunicação social, declarou sobre a questão do aborto: «trata-se de responder a uma dificuldade precisa, a um sofrimento, e isso tem que ter uma solução pragmática, não deve ser resolvido em função de valores». ¹

4. A questão constante dos Acórdãos

É esta nova confrontação entre o novo pragmatismo e a velha tradição doutrinária que, no plano jurídico-constitucional, podemos encontrar vertida na divergência interna dos dois Acórdãos do Tribunal Constitucional português que apreciaram a pergunta dos referendos respectivamente de 1998 e de 2007 (Acórdãos n.os 288/98 e 617/2006. Confrontação argumentativa que será ilustrada pelos excertos que em seguida se incluirão.

Em ambos os casos, a pergunta do referendo foi esta: «Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?»

De facto e de direito, o que esteve em causa, nos referendos, foi o aborto livre até às dez semanas, a pedido da mãe sem ter de alegar quaisquer razões. Ora, o aborto já é lícito, em Portugal, quando tem o consentimento da mulher grávida e é justificado: por razões «de morte, ou

de grave e duradoura ou irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida»; por razão de «grave doença ou malformação congénita» do feto; por inviabilidade de vida do feto; por razão de gravidez resultante de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual da mulher. Os prazos variam: conforme os casos, podem ser de 12 ou 24 semanas, ou até sem prazo. Mas são sempre prazos praticamente operativos — por exemplo, no caso de «constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida», não tem prazo. O consentimento da mulher grávida, se for menor ou psicologicamente incapaz, pode ser prestado (conforme os casos) por ascendente, ou descendente ou qualquer parente da linha colateral. A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez deve ser certificada em atestado médico. Este é o essencial do regime legal em vigor em Portugal (v. art. 142º do Código Penal Português).

Em vários países, a lei é sensivelmente análoga à portuguesa. É o caso de Espanha, onde a liberalização efectiva se faz pela prática ultra-liberal dos profissionais que reconhecem, a torto e a direito, que a mulher grávida que quer abortar tem sempre uma doença psíquica cujo remédio passa pelo aborto. Portanto, a lei portuguesa já contém um regime de equilíbrio entre os direitos e interesses da mãe conflituantes com o direito à vida do filho. Considerando que o direito à vida é o mais importante e decisivo de todos os direitos, porque sem a vida não há outros direitos, e tirando a vida tiram-se todos os demais direitos, não falta quem considere que, no regime em vigor, já se foi longe demais na desprotecção da vida intra-uterina, face à norma do art. 24º da Constituição, consensualmente aplicável à vida intra-uterina, que diz: «a vida humana é inviolável».

Em contraposição a essa concepção que enfatiza o valor da vida do filho versus o direito da mulher grávida, o referendo vem propor ir muito mais longe naquela

A primeiríssima derrogação deste princípio “sagrado” da protecção à vida humana intra-uterina em nome da dignidade humana sobreveio somente, no mundo do ocidente, na primeira metade do século XX, com a legalização do aborto livre não terapêutico, na União Soviética.

desprotecção da vida humana do embrião para, correspondentemente, ir mais longe na protecção ao direito da mulher. A questão é a de saber se, ainda assim, se mantém um justo equilíbrio ou, como os juristas dizem, uma justa concordância prática entre os direitos em conflito. A doutrina que venceu, por 7 a 6, diz que sim; os conselheiros vencidos dizem que não.

Vejamus como o Tribunal Constitucional tratou a questão.

II PARTE

EXCERTOS DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº617/2006, SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO REFERENDO AO ABORTO LIVRE ATÉ ÀS DEZ SEMANAS

[A] EXCERTOS DO CORPO DO ACÓRDÃO QUE CONSIGNA A DOCTRINA VENCEDORA

Depois de abordar várias questões introdutórias e de alcance prévio, o Acórdão enuncia assim a questão principal da constitucionalidade da despenalização do aborto nos termos propostos pelo referendo:

«começando por analisar a resposta afirmativa [ao dilema posto no referendo], coloca-se o problema de saber se a despenalização referida na pergunta viola a protecção consagrada no artigo 240, no 1, da Constituição, segundo o qual a vida humana é inviolável» (n. 29).

Sem dúvida, a despenalização admitida na pergunta do referendo viola a protecção constitucional que a inviolabilidade da vida intra-uterina impõe. Porém, a questão jurídica é a de saber se a violação deve ser punida ou se, diferentemente, essa desprotecção se justifica como justo custo pela protecção a outros bens jurídicos que conflituam com a garantia da inviolabilidade da vida humana intra-uterina — no caso, o direito ou liberdade da mãe. E é aqui que o Tribunal Constitucional afirma que sim; que, efectivamente, e depois de dissertações não decisivas acerca da natureza e gradua-

ção admissíveis para a protecção da vida intra-uterina, o bem jurídico da vida intra-uterina do filho deve ceder, nas primeiras dez semanas, perante o bem jurídico da liberdade da mulher grávida.

Para fundamentar esta orientação, o Tribunal Constitucional alegou aplicar na sua decisão a técnica do chamado princípio da concordância prática. Entendendo que, «subjacente a este princípio [da concordância prática] está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrificio 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».

Na defesa desta orientação, o Tribunal inicia a argumentação contrariando os que alegam:

«que o método dos prazos ínsito na pergunta [do referendo] conduz a uma total desprotecção jurídica da vida intra-uterina nas dez primeiras semanas de gravidez, em nome da liberdade da mulher grávida [sendo] por isso inconstitucional a despenalização da interrupção voluntária da gravidez naqueles termos» (n. 31).

Contra essa alegação de inconstitucionalidade, o Acórdão de 2006 responde com o Acórdão de 1998, dizendo:

«O Acórdão no 288/98 respondeu directamente a essa argumentação, não a aceitando e sustentando que o método dos prazos, tal como surge na pergunta [do referendo], realiza uma harmonização ou concordância prática entre os valores conflituantes, pois que tal harmonização ou concordância prática “se faz entre bens jurídicos, implicando normalmente que, em cada caso, haja um interesse que acabe por prevalecer e outro por ser sacrificado. Quer isto dizer que, sempre dentro da perspectiva que agora se explicita, o legislador não poderia estabelecer, por exemplo, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher era hierarquicamente superior ao bem jurídico “vida humana intra-uterina” e, conseqüentemente, reconhecer um genérico direito a abortar, independentemente de quaisquer prazos ou indicações; mas, em contrapartida, já pode determinar que, para harmonizar ambos os interesses, se terão em conta prazos e circunstâncias, ficando a interrupção voluntária da gravidez dependente apenas da opção da mulher nas primeiras dez semanas, condicionada a certas indicações em fases subsequentes e, em princípio, proibida a partir do último estágio de desenvolvimento do feto”.

E acrescenta o mesmo aresto: “Assim, neste último caso, procura-se regular a interrupção voluntária da gravidez, ainda de acordo com uma certa ponderação de interesses que tem também como critério o tempo

“Ao fazer prevalecer sempre o que se designa por “direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher”, se está afinal a postergar completamente a protecção da vida intra-uterina que cremos ser objecto de tutela constitucional.”

de gestação, pelo que a referida ponderação se há-de efectuar, tendo em conta os direitos da mulher e a protecção do feto, em função de todo o tempo de gravidez, não sendo, portanto, exacto considerara isoladamente que, durante as primeiras dez semanas não existe qualquer valoração da vida intra-uterina; num contexto global, está será quase sempre prevalecente nas últimas semanas, enquanto nas primeiras se dará maior relevo à autonomia da mulher (uma vez respeitadas certas tramitações legais que, aliás, podem traduzir uma preocupação de defesa da vida intra-uterina]” (n. 31).

Adoptando o ponto de vista do aresto citado, ainda se acrescentará que a perspectiva de que o método dos prazos, tal como está inscrita na pergunta (do referendo), só exprimiria uma absoluta rejeição da protecção jurídica da vida intra-uterina se não existissem, mesmo nessa fase, meios legais de protecção da maternidade na Ordem Jurídica portuguesa, que deverão actuar no sentido de dar oportunidade à mulher grávida de se decidir pela maternidade. (n. 32)

(...) Dir-se-á ainda que a argumentação que considera existir uma total desprotecção da vida intra-uterina na possibilidade de opção pela interrupção voluntária da gravidez nas primeiras dez semanas, negando existir qualquer ponderação de valores no método dos prazos, rejeita que a liberdade de desenvolver um projecto de vida pela mulher (artigo 260 da Constituição), como expressão do desenvolvimento da personalidade, possa ser um dos valores a harmonizar com a vida intra-uterina. No entanto, a discordância quanto ao modo como se faz a ponderação ou a harmonização não justifica afirmação da inexistência de ponderação ou harmonização.

E não se trata de admitir que uma “privacy”, como direito constitucional a abortar livremente, prevaleça sobre a vida do feto, mas antes a reconhecer que, para efeitos de punição, num tempo delimitado, a liberdade de opção da mulher possa impedir a intervenção do Direito penal.

Desta forma, sem divergir no essencial da linha de orientação dos Acórdãos nos 25/84 e 85/85 quanto à dignidade da vida intra-uterina como bem jurídico protegido pela Constituição, independentemente do momento em que se entenda que esta tem início, sempre se reconhecerá — tal como fez o Acórdão no 288/98 — que a presente pergunta não pressupõe o abandono da protecção jurídica da vida intra-uterina e se coloca no plano de uma ponderação de valores e mesmo de uma harmonização, concordância prática, coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação a outros. Apenas se terá de concluir que à liberdade de manter um projecto de vida é dada uma superior valoração, nesta primeira fase, para efeitos de não-punição,

A questão é a de saber se, ainda assim, se mantém um justo equilíbrio ou, como os juristas dizem, uma justa concordância prática entre os direitos em conflito. A doutrina que venceu, por 7 a 6, diz que sim; os conselheiros vencidos dizem que não.

sem com isso queira e possa implicar “abandono jurídico” da vida intra-uterina» (n. 33).

Assim, para justificar o “poder” que se confere à mãe para dispor da vida do filho nas primeiras dez semanas da gravidez, o Acórdão do Tribunal Constitucional invoca a «liberdade de [a mulher] desenvolver um projecto de vida (...) como expressão do desenvolvimento da [sua] personalidade». E afirma um equilíbrio entre: de uma parte, a protecção dos direitos e interesses da mãe (ao desenvolvimento da sua personalidade); e, de outra parte, a protecção do direito à inviolabilidade da vida do filho. E como se concretiza esse equilíbrio? Diz o Tribunal que é pelo chamado «método dos prazos». Qual é esse método? É concedendo à mulher grávida o direito de dispor livremente da vida do filho nas primeiras dez semanas; e, para equilibrar, concedendo protecção à vida do filho depois das dez semanas.

Como é óbvio, a protecção que no Acórdão se diz conceder à vida do filho depois das dez semanas só existe se a mãe decidir não abortar nas primeiras dez semanas. Ou seja: a protecção aos direitos e interesses de uma das partes no conflito, o filho, depende inteira e definitivamente da decisão prejudicial da outra parte, a mãe. Portanto, a protecção à vida do filho é virtual; e assim não corresponde ao espírito constitucional, que garante no art. 240 uma inviolabilidade real, e não apenas virtual, à vida humana. É isto o que essencialmente alegam os juizes conselheiros vencidos, de cujas declarações de voto seguidamente tiramos alguns excertos.

[B] EXCERTOS DAS DECLARAÇÕES DE VOTO DOS JUÍZES VENCIDOS

Extracto da declaração de voto do Conselheiro Mário Torres. «Apesar da notória divisão de posições revelada pelos quatro acórdãos proferidos pelo Tribunal

Constitucional sobre a problemática do aborto (Acórdãos nos 25/84, 85/85, 288/98 e o presente), num aspecto crucial verificou-se unanimidade por parte dos 31 juizes das diversas formações que subscreveram esses acórdãos: todos eles, *nemine discrepante*, assumiram que a vida intra-uterina constitui um bem constitucionalmente tutelado, donde deriva a obrigação do Estado de a defender.

O reconhecimento da dignidade constitucional da vida intra-uterina (comum, aliás, à generalidade das pronúncias de diversos Tribunais Constitucionais da nossa área civilizacional) — que é independente de concepções filosóficas ou religiosas sobre o início da vida humana — não impede, como é óbvio, a admissão de que a sua tutela seja menos forte do que a da vida das pessoas humanas (...). O que se me afigura constitucionalmente inadmissível, por incompatível com o reconhecido dever do Estado de tutelar a vida intra-uterina — com conseqüente postergação da concepção primária do feto como uma “víscera da mulher, sobre a qual esta deteria total liberdade de disposição — é admitir que, embora na fase inicial do desenvolvimento do feto, se adopte solução legal que represente a sua total desprotecção, com absoluta prevalência da “liberdade de opção” da mulher grávida, sem que o Estado faça o mínimo esforço no sentido da salvaguarda da vida do feto, antes adoptando uma posição de neutral indiferença ou, pior ainda, de activa promoção da destruição dessa vida.

Não acompanho, assim, o argumento expendido no no 48o do Acórdão no 288/98 e retomado no no 31 do precedente acórdão, que vislumbra uma ponderação de interesses no “contexto global” da regulação da matéria, como que “compensando” a desprotecção total da vida intra-uterina nas primeiras 10 dez semanas com a protecção total (ou quase total) nos últimos períodos de gestação, argumento que se me afigura inaceitável face à inarredável individualidade e infungibilidade de cada vida humana, mesmo que intra-uterina».

Extracto da declaração de voto da Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

“O prosseguimento da vida uterina não extingue a liberdade da mulher a manter um projecto de vida como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade.”

«Se, no limite, se poderia talvez defender que a simples descriminalização [do aborto] é compatível com o princípio da inviolabilidade da vida humana [consagrado no art. 24o da Constituição], ficando esta protegida por formas de tutela jurídica sem carácter penal, já, porém, a liberalização, no sentido de tornar a interrupção voluntária da gravidez um acto lícito, não condicionado por qualquer causa justificativa, me parece inconciliável com o princípio da inviolabilidade da vida humana, razão pela qual deveria ser mantida a jurisprudência deste Tribunal [Constitucional] fixada nos acórdãos nos 25/84 e 85/85, apenas compatível com o sistema das indicações» [isto é, da necessidade de invocação de razões legalmente justificativas].

Extracto da declaração de voto do Conselheiro Benjamim Rodrigues.

«O direito à vida humana é protegido pela Constituição (art. 24o, n.o 1) como direito inviolável. O vocábulo “inviolável” só poderá significar que se trata de um direito que não poderá ser violado em caso algum, mesmo pelo Estado legislador. Nesta óptica, apenas, se conceberão causas de exclusão que substanciem, perante a Constituição, situações de não violação, como sejam as causas constitucionais de desculpabilização ou de justificação.

Trata-se, deste modo, de um direito ou garantia constitucional que se encontra dotado de uma especial força de tutela constitucional. E bem se compreende que o seja, porquanto se trata de um direito fundante de todos os outros, de um direito que é pressuposto necessário de todos os outros, pois sem titulares de vida humana não poderá falar-se em dignidade humana ou sequer constituir-se comunidade organizada em Estado de direito democrático.

Ao contrário, o direito ou garantia fundamental que se apresenta em colisão com ele - a liberdade da mulher a manter um projecto de “vida como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade - não se apresenta constitucionalmente dotado de uma tal força excludente de lesão. [...] «O aborto importa a morte do concreto titular da vida humana, do concreto embrião/feto. Com ele extingue-se o direito de se desenvolver no seio materno (e de mais tarde nascer), de acordo com a informação codificada no DNA, a vida humana do concreto feto advindo do específico ovo zigoto, este por sua vez, resultante da fecundação do concreto ovócito pelo concreto espermatozóide. O ser irrepitível advindo da partogénese celular deixa de existir, saindo violado, por completo, o seu direito à vida humana. Pelo contrário, o prosseguimento da vida uterina não extingue a liberdade da mulher a manter um projecto

de vida como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade, mas tão só, quando muito, a obriga a que adapte, para o futuro, o seu projecto de vida às novas circunstâncias, tal como pode acontecer por força de muitas outras circunstâncias possíveis naturalisticamente, como, por exemplo, a doença, o desemprego, acidentes, etc. Ela continua a ser titular de um direito pessoal ao livre desenvolvimento, de o poder exercer e manifestar, repetidamente, em todas as outras condições da sua vida».

Extracto da declaração de voto do Conselheiro Moura Ramos.

«... é o momento de origem da vida que torna operativo o postulado constitucional da sua inviolabilidade” (Paulo Otero, *Direito da Vida*, Coimbra, 2004, p. 82). Do reconhecimento da protecção constitucional da vida intra-uterina não decorre que lhe deva ser necessariamente dispensada uma tutela jurídico-penal idêntica em todas as fases da vida... [...] O que já contrariará a Constituição, pelo contrário, será uma solução legislativa que, num dado período (dez semanas, no texto da pergunta), permita o sacrifício de um bem jurídico constitucionalmente protegido, por simples vontade da mãe, independentemente de toda e qualquer outra consideração ou procedimento. Em tais casos, não poderá falar-se em nosso entender de concordância prática ou de ponderação de valores, uma vez que nenhuma protecção é dispensada ao bem jurídico vida. É certo que o acórdão sustenta, diferentemente, existir ainda aqui uma ponderação, ou uma tentativa de concordância prática, entre o bem jurídico vida (do feto) e o direito à autodeterminação da mulher grávida. Simplesmente, entendemos que, com a solução legal proposta, ao fazer prevalecer sempre, em todos os casos e independentemente das circunstâncias, o que se designa por “direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher”, se está afinal a postergar completamente a protecção da vida intra-uterina que cremos ser objecto de tutela constitucional. Também não ignoramos que o acórdão pretende responder a esta objecção considerando existir uma protecção do bem jurídico vida como que vista diacronicamente, uma vez que se a ponderação se faz nas primeiras dez semanas a favor do direito ao livre desenvolvimento da mãe grávida ela passa depois por admitir uma tentativa de concordância prática nos termos do método das indicações para, no período final da gravidez, reverter à protecção total do bem jurídico vida. Não podemos porém aceitar esta versão, na medida em que a protecção dos bens jurídicos não pode ser vista em abstracto, desenraizada da consideração dos seus titulares [...].

O reconhecimento da dignidade constitucional da vida intra-uterina (comum, aliás, à generalidade das pronúncias de diversos Tribunais Constitucionais da nossa área civilizacional) — é independente de concepções filosóficas ou religiosas sobre o início da vida humana

Extracto da declaração de voto do Conselheiro Mota Pinto.

«O que não acompanho é a conclusão [do Acórdão] de que a afirmada “concordância prática” entre a liberdade, ou o “direito ao desenvolvimento da personalidade”, da mulher e a protecção da vida intra-uterina “possa conduzir a desproteger inteiramente esta última nas primeiras dez semanas (durante as quais esse bem é igualmente objecto de protecção constitucional), por a deixar à mercê de uma livre decisão da mulher, que se aceita será lícita, em abstracto, ou seja, independentemente da verificação de qualquer motivo ou indicação no caso concreto”. Por outras palavras, não concordo com que, pela via da alegada harmonização prática dos interesses em conflito, a Constituição permita chegar a uma “solução dos prazos”, com aceitação da total “indiferença dos motivos” ou de uma “equivalência de razões” para proceder à interrupção voluntária da gravidez, para a qual todas as razões podem servir — “quer seja realizada por absoluta carência de meios económicos e de inserção social, quer seja motivada por puro comodismo, quer resulte de um verdadeiro estado depressivo da mãe, quer vise \ apenas, por exemplo, selar a destruição das relações com o outro progenitor”».

Extracto da declaração de voto do Conselheiro Pamplona de Oliveira.

«...se a Constituição, no aludido preceito [no 1 do art. 24o] protege sem excepção a vida humana, é necessário que se conclua que esse dever de protecção legal se estende a todas as formas de vida humana e, portanto, à vida inter-uterina. [...] Significa, isso sim, que se me afigura constitucionalmente desconforme que se retirem completamente todos os obstáculos legais à morte da vida intra-uterina, nesse período de 10 semanas».

¹ Declaração emitida no telejornal, mas também publicada no *Diário Económico* de 26.10.2006.