

## A TUTELA CIVILÍSTICA DA VIDA

### *THE CIVIL LAW PROTECTION OF LIFE*

### *LA TUTELA CIVILÍSTICA DE LA VIDA*

Mafalda Miranda Barbosa<sup>1</sup> 

Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal 

Recebido em: 2025-05-15

Aceito em: 2025-05-23

**Autor correspondente:** Mafalda Miranda Barbosa *E-mail:* [mcnmb@fd.uc.pt](mailto:mcnmb@fd.uc.pt)

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2 Primeiras palavras: circunscrição temática; 3 A tutela civilística da vida do embrião; 3.1 Aspetos penais: breve excursão; 3.2 A inexistência de um direito ao aborto; 4 O problema da eutanásia; 4.1 A perspetiva dos tribunais constitucionais Alemão e Italiano; 4.2 O problema à luz do ordenamento jurídico Português; 4.3 A autodeterminação sobre a morte; Conclusão; Referências, Jurisprudência.*

**CONTEXTUALIZAÇÃO:** O presente estudo insere-se no contexto dos desafios impostos pela pós-modernidade à concepção tradicional do direito à vida como direito absolutamente indisponível. A crescente discussão sobre questões bioéticas, particularmente relacionadas aos nascituros e às situações de final de vida, tem levantado questionamentos sobre os limites da tutela jurídica da vida humana. No ordenamento jurídico português, estas questões ganham particular relevância face às alterações legislativas em matéria de aborto e aos debates contemporâneos sobre eutanásia, exigindo uma análise aprofundada que privilegie a dignidade da pessoa humana como fundamento axiológico do direito.

**OBJETIVO:** O presente estudo visa analisar a tutela civilística do direito à vida, especialmente em relação aos nascituros e às situações de final de vida, questionando os desafios impostos pela pós-modernidade à concepção tradicional do direito à vida como direito absolutamente indisponível.

**METODOLOGIA:** A pesquisa adota uma abordagem jurídico-dogmática e axiológica, examinando a legislação penal e civil portuguesa, jurisprudência nacional e estrangeira, e doutrinas jurídicas relevantes. Analisa-se a proteção jurídica do embrião e as questões relacionadas à eutanásia através de uma perspectiva que privilegia a dignidade da pessoa humana como fundamento axiológico do direito.

**RESULTADOS:** O estudo demonstra que: (1) não existe um direito ao aborto no ordenamento jurídico português, sendo este sempre ilícito, ainda que não punível em determinadas circunstâncias; (2) o nascituro

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra (UC). Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Investigadora do Instituto Jurídico (IJC-FDUC), Portugal.

possui personalidade jurídica e direito à vida, justificando a aplicação de mecanismos de responsabilidade civil e medidas preventivas; (3) os direitos invocados pelas gestantes (desenvolvimento da personalidade, liberdade, propriedade sobre o corpo) não legitimam o aborto; (4) a eutanásia não pode ser considerada como exercício legítimo de autonomia, constituindo negação da própria personalidade.

**CONCLUSÕES:** Um ordenamento jurídico verdadeiramente comprometido com o direito deve rejeitar tanto o suposto direito ao aborto quanto à eutanásia. A proteção da vida humana, desde a concepção até a morte natural, fundamenta-se na compreensão da pessoa como ser livre e responsável, cuja dignidade se constrói no reconhecimento e respeito pelo outro. As normas que consagrassem tais direitos constituiriam normas injustas, incompatíveis com o fundamento axiológico do ordenamento jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aborto; Dignidade humana; Direito à vida; Eutanásia; Personalidade jurídica; Responsabilidade civil.

**CONTEXTUALIZATION:** This study is situated within the context of challenges posed by postmodernity to the traditional conception of the right to life as an absolutely non-negotiable right. The growing discussion about bioethical issues, particularly related to unborn children and end-of-life situations, has raised questions about the limits of legal protection of human life. In the Portuguese legal system, these issues gain particular relevance in light of legislative changes regarding abortion and contemporary debates about euthanasia, requiring an in-depth analysis that prioritizes human dignity as the axiological foundation of law.

**OBJECTIVE:** This study aims to analyze the civil law protection of the right to life, particularly regarding unborn children and end-of-life situations, questioning the challenges posed by postmodernity to the traditional conception of the right to life as an absolutely non-negotiable right.

**METHODOLOGY:** The research adopts a legal-dogmatic and axiological approach, examining Portuguese criminal and civil legislation, national and foreign jurisprudence, and relevant legal doctrines. The legal protection of embryos and euthanasia-related issues are analyzed through a perspective that prioritizes human dignity as the axiological foundation of law.

**RESULTS:** The study demonstrates that: (1) there is no right to abortion in the Portuguese legal system, as it is always unlawful, although not punishable under certain circumstances; (2) the unborn child possesses legal personality and the right to life, justifying the application of civil liability mechanisms and preventive measures; (3) the rights invoked by pregnant women (personality development, freedom, property over one's body) do not legitimize abortion; (4) euthanasia cannot be considered a legitimate exercise of autonomy, constituting a denial of personhood itself.

**CONCLUSIONS:** A legal system truly committed to law must reject both the supposed right to abortion and euthanasia. The protection of human life, from conception to natural death, is based on understanding the person as a free and responsible being, whose dignity is built on recognition and respect for others. Norms that would establish such rights would constitute unjust norms, incompatible with the axiological foundation of the legal system.

**KEYWORDS:** Abortion; Civil liability; Euthanasia; Human dignity; Legal personality; Right to life.

**CONTEXTUALIZACIÓN:** El presente estudio se sitúa en el contexto de los desafíos impuestos por la posmodernidad a la concepción tradicional del derecho a la vida como derecho absolutamente indisponible. La creciente discusión sobre cuestiones bioéticas, particularmente relacionadas con los nacituros y las situaciones de final de vida, ha planteado interrogantes sobre los límites de la tutela jurídica de la vida

humana. En el ordenamiento jurídico portugués, estas cuestiones cobran particular relevancia ante los cambios legislativos en materia de aborto y los debates contemporáneos sobre eutanasia, exigiendo un

análisis profundo que privilegie la dignidad de la persona humana como fundamento axiológico del derecho.

**OBJETIVO:** El presente estudio pretende analizar la tutela civilística del derecho a la vida, especialmente en relación con los nascituros y las situaciones de final de vida, cuestionando los desafíos impuestos por la posmodernidad a la concepción tradicional del derecho a la vida como derecho absolutamente indisponible.

**METODOLOGÍA:** La investigación adopta un enfoque jurídico-dogmático y axiológico, examinando la legislación penal y civil portuguesa, jurisprudencia nacional y extranjera, y doctrinas jurídicas relevantes. Se analiza la protección jurídica del embrión y las cuestiones relacionadas con la eutanasia a través de una perspectiva que privilegia la dignidad de la persona humana como fundamento axiológico del derecho.

**RESULTADOS:** El estudio demuestra que: (1) no existe un derecho al aborto en el ordenamiento jurídico portugués, siendo este siempre ilícito, aunque no punible en determinadas circunstancias; (2) el nascituro posee personalidad jurídica y derecho a la vida, justificando la aplicación de mecanismos de responsabilidad civil y medidas preventivas; (3) los derechos invocados por las gestantes (desarrollo de la personalidad, libertad, propiedad sobre el cuerpo) no legitiman el aborto; (4) la eutanasia no puede ser considerada como ejercicio legítimo de autonomía, constituyendo negación de la propia personalidad.

**CONCLUSIONES:** Un ordenamiento jurídico verdaderamente comprometido con el derecho debe rechazar tanto el supuesto derecho al aborto como a la eutanasia. La protección de la vida humana, desde la concepción hasta la muerte natural, se fundamenta en la comprensión de la persona como ser libre y responsable, cuya dignidad se construye en el reconocimiento y respeto por el otro. Las normas que consagrasen tales derechos constituirían normas injustas, incompatibles con el fundamento axiológico del ordenamiento jurídico.

**PALABRAS CLAVE:** Aborto; Derecho a la vida; Dignidad humana; Eutanasia; Personalidad jurídica; Responsabilidad civil.

## INTRODUÇÃO

### 2 PRIMEIRAS PALAVRAS: CIRCUNSCRIÇÃO TEMÁTICA

O direito à vida é o direito subjetivo primordial. A sua densidade axiológica é de tal modo significativa que nos habituamos a perspetiva-lo como um direito absolutamente indisponível. A pós-modernidade em que nos vemos mergulhados, contudo, desafia-nos a este propósito. Na verdade, se a asserção continua válida por referência à generalidade dos homens, colocam-se hoje dúvidas no que respeita às pessoas ainda não nascidas e às vidas consideradas em declínio. Tais dúvidas desaparecem, contudo, se assumirmos comprometidamente o sentido axiológico do direito, assente na personalidade livre e responsável. Nas páginas que se seguem procuraremos explicitar isso mesmo.

### 3 A TUTELA CIVILÍSTICA DA VIDA DO EMBRIÃO

#### 3.1 ASPETOS PENAIIS: BREVE EXCURSO

Entre nós, o aborto é ilícito, apesar de, no quadro do direito penal, existirem diversas hipóteses de não punibilidade da morte do embrião, nos termos do artigo 142º C. Penal<sup>2</sup>. Os autores penalistas não são unânimes no tocante à interpretação do preceito. Se para muitos o que está em causa é a exclusão da ilicitude do ato, para outros, com exceção da alínea a) do nº1, o que estaria em causa seria a exclusão da punibilidade pela ausência (ou atenuação) da culpa da mulher que decide abortar<sup>3</sup>. No tocante à alínea e), acrescentada ao preceito depois da consulta popular sobre a matéria, ulteriores problemas se colocam. Na verdade, vozes ecoam no sentido da inconstitucionalidade da solução dos prazos que passou a estar consagrada no nosso ordenamento jurídico<sup>4</sup>.

Independentemente do entendimento que se possa derramar sobre a questão, inequívoco é que a despenalização do comportamento (ou a sua descriminalização) não resulta da falta de dignidade penal do

<sup>2</sup> O artigo 142º C. Penal estabelece que “não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando a) 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; b) se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez; c) houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excecionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo; d) a gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas; e) for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez”.

<sup>3</sup> Cf. DIAS, Jorge Figueiredo. Artigo 142º. In: Aa. Vv. **Comentário Conimbricense do Código Penal**, tomo I, 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012; COSTA, António Manuel Almeida. Aborto e direito penal. **Revista da Ordem dos Advogados**, 1984, III, p. 76 s.; ANDRADE, Manuel da Costa. O aborto como problema de política criminal. **Revista da Ordem dos Advogados**, 1979, II, p. 293 s.

Sobre o ponto, cf. a análise de VASCONCELOS, Pedro Pais de. A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez. In: CAMPOS, Diogo Leite / CHINELLATO, Silmara. **Pessoa humana e direito**, Coimbra: Almedina, 2009. pp. 400 s.

<sup>4</sup> Manifestando-se neste sentido, no quadro do direito civil, embora em momento anterior à alteração legislativa, cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria Geral do Direito Civil**, I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 276, n.688. Cf., também, HRUSCHKA, Joachim. Zum Lebenrecht des Foetus in rechtsethischer Sicht, **Juristenzeitung**, 10, 1991. p. 507 s.

bem jurídico<sup>5</sup>. O direito à vida é inviolável, e, se dúvidas houvesse no tocante à abrangência com que deve ser interpretado o preceito constitucional – o citado artigo 24º CRP –, elas dissipar-se-iam pela imprescindível consideração da inexistência de diferenças ontológicas entre um embrião com dez semanas e um embrião com onze semanas e bem assim entre um embrião (independentemente do tempo de gestação) e uma criança já nascida<sup>6</sup>. Nessa medida, a despenalização do comportamento em causa, quando revista certas características, só pode ser entendido à luz da outra categoria que justifica a criminalização: a eficácia. Advogam, de facto, os defensores da despenalização do aborto – ou do aborto até um determinado prazo – que, porque se trata de um *crime sem vítima*, a intervenção do direito penal seria irrelevante ou, pior, levaria a agravar a posição das mulheres que, desejando abortar, não dispunham de meios económicos para levar a cabo o ato fora das feitorias portuguesas. A argumentação não pode ser aceite, sobretudo pela consciência da fragilidade da vida em questão e pela necessidade de a proteger diante de tamanha vulnerabilidade.

### 3.2 A INEXISTÊNCIA DE UM DIREITO AO ABORTO

Mais do que isso: não é possível extrair da lei penal e da sua interpretação um verdadeiro direito ao aborto<sup>7</sup>. Como esclarece Carneiro da Frada, num texto a propósito do mesmo quadro problemático-normativo, “a tutela constitucional não está condicionada por normas infraconstitucionais; pelo contrário, estas é que obedecem àquelas”<sup>8</sup>. Ou seja, uma norma – de índole penal ou outra – que quisesse, a despeito do preceito que garante a inviolabilidade do direito à vida, atribuir tal direito só seria constitucional se se excluísse dessa proteção a vida intrauterina. Ora, não há nada – nenhum dado ontológico ou axiológico – que viabilize tal interpretação. Recorrendo novamente ao verbo de Carneiro da Frada, “introduzir-se-ia uma limitação arbitrária, que o texto constitucional não consente”<sup>9</sup>. Mais do que isso, estar-se-ia a desrespeitar o fundamento axiológico que sustenta o próprio ordenamento jurídico, pelo que uma regra dessa índole não poderia ser considerada uma regra de direito e do direito. Na verdade, é inegável que o embrião configura uma vida humana e a qualquer vida humana, em qualquer das suas formas, há de ser atribuído o estatuto de pessoa, sob pena de se abrirem as portas a uma diferenciação axiológica entre seres humanos que choça com os quadros valorativos em que nos movemos.

<sup>5</sup> Importa a este ensejo salientar que o Tribunal Constitucional nunca foi chamado a pronunciar-se sobre a eventual inconstitucionalidade do preceito. A consulta que lhe foi dirigida prendeu-se, tão-só, com a questão da eventual inconstitucionalidade de referendar, por via popular, o direito à vida.

<sup>6</sup> Cf., nesse sentido, *inter alia*, SOUSA Rabindranath Capelo de. **Teoria Geral do Direito Civil**. cit. p. 266, afirmando que o “nascituro concebido emerge como um ser dotado de uma estrutura e dinâmica humanas autónomas, embora funcionalmente dependente da mãe”; CAMPOS, Diogo Leite. A criança-sujeito: a vida intra-uterina. In: CAMPOS, Diogo Leite. **Nós – Estudo sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 57 s.; CAMPOS, Diogo Leite. O estatuto jurídico do nascituro. **Nós – Estudo sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina. 2004. p. 75 s.; CAMPOS, Diogo Leite. O início da pessoa humana e a pessoa jurídica. **Revista da Ordem dos Advogados**. 2001. p. 1257-1268.

<sup>7</sup> Afirmando-o expressamente, cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez, cit. p. 400 s.: “da leitura conjugada dos artigos 140º a 142º do C. Penal, resulta com muita clareza que a interrupção voluntária da gravidez é ilícita e constitui crime, mesmo quando não seja punível nas circunstâncias do artigo 142. (...) A tipificação da conduta como crime afasta a sua qualificação como exercício de um direito subjetivo. Não é juridicamente concebível um direito subjetivo à prática de um crime”.

<sup>8</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião. In: Frada, Manuel Carneiro da. **Forjar o Direito**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 244.

<sup>9</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião. cit. p. 244

É claro que a proteção da vida humana não é absoluta e irrestrita. Basta, para o entendermos, que nos lembremos das hipóteses de legítima defesa. Contudo, nesses casos, está em causa um conflito de interesses/valores hierarquicamente idênticos; ao invés, nas situações de aborto *ad nutum*, nada se sobrepõe à ou equivale a vida do embrião. De um lado, somos confrontados com uma vida; do outro lado, somos confrontados com a invocação de um pretensão direito à liberdade da mãe que, mal compreendido, redundando, afinal, numa falsa liberdade. De facto, não só não está em causa o direito à autodeterminação da maternidade, que se joga a montante, no momento da prestação do consentimento para a prática de um ato sexual relevante não protegido por um meio contraceptivo, como, diante do *outro*, de um ser humano que nos dirige uma pretensão de respeito, a liberdade (positiva e axiologicamente densificada) só pode ser compreendida na relação de cuidado que afasta toda e qualquer nota de egoísmo hedonista.

Assim sendo, as normas que regulamentam a exceção introduzida na lei penal à punibilidade do aborto – ao permitirem o acesso da mãe grávida ao serviço nacional de saúde para abortar, como condição para essa mesma não punibilidade – não podem ser senão interpretadas no sentido de o Estado reivindicar para si o controlo das circunstâncias em que o ato é levado a cabo, não podendo ir ao ponto da consagração do não-direito a que aludimos *supra*.

O que ficou dito permite-nos extrair uma conclusão de suma importância. Na verdade, a partir do momento em que justificadamente reconhecemos a impossibilidade de negar a um ser humano – ainda que nascituro – a qualidade de pessoa e em que justificamos as exceções à punibilidade do aborto do ponto de vista da eficácia da lei penal – e já não da dimensão de validade, isto é, da dignidade do bem jurídico –, convocando assim a ideia de última *ratio* que predica o direito criminal, abrimos as portas à possibilidade de proteção do embrião ao nível do direito civil.

Esta proteção é reconhecida em muitas situações e parece impor-se com meridiana clareza nas restantes.

Na verdade, o próprio ordenamento jurídico tem vindo a reconhecer a relevância jurídica dos casos em que o embrião sofre uma lesão quando ainda estava no ventre materno, vindo a nascer com malformações ou outras patologias, quer estas se revelem imediatamente no momento do nascimento, quer se revelem em momento posterior. Carneiro da Frada oferece-nos, inclusivamente, um quadro referencial de hipóteses que, “entre nós e segundo a jurisprudência estrangeira, parecem pacíficas e consensuais no sentido do merecimento de tutela do sujeito nascido com deficiência”<sup>10</sup>: lesões provocadas por negligência médica; lesões sofridas pelo nascituro em virtude de agressões ou maus tratos infligidos à mãe; lesões resultantes de acidentes de viação; lesões provocadas por medicamentos receitados às mães durante a gravidez<sup>11</sup>.

Ora, se se protege a integridade física do nascituro não se descortina qualquer motivo para deixar sem tutela a sua vida. É certo que o artigo 66º/2 CC consagra que “os direitos que a lei reconhece aos

<sup>10</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião. cit. p. 235.

<sup>11</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião. cit. p. 235. O autor relembra, ainda, um outro dado importante: trata-se da possibilidade, reconhecida pelos tribunais superiores, de indemnização dos danos não patrimoniais sofridos pelo nascituro (quando ainda o era) e compensados nos termos do artigo 496º/2 CC.

Acerca do melhor entendimento do preceito, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. A (im)pertinência da autonomização dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos. **Cadernos de Direito Privado**, nº45, Jan./Março 2014. p. 3 s.

Mais problemática parece ser a possibilidade de indemnizar as lesões causadas por comportamentos anteriores à concepção que, afetando a mãe, se vão depois repercutir na integridade física do filho. Negando tal possibilidade, cf. FRADA, Manuel Carneiro da. A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião. cit. p. 236. Parecendo favorável ao ressarcimento, SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria Geral do Direito Civil**. cit. p. 272, n.676, referindo-se a uma decisão do Supremo Tribunal Federal alemão citada por Hubmann.

nascituros dependem do seu nascimento”. Mas, deve-se operar uma redução teleológica do preceito, considerando que o mesmo apenas se aplica aos direitos de natureza patrimonial, sob pena de se gerar uma antinomia normativa. Com efeito, a mobilizar-se a solução para as hipóteses em que estivesse em causa um direito de natureza pessoal, chegar-se-ia a um paradoxo: aquele paradoxo que nos levaria a indemnizar os danos gerados pela lesão da integridade física, mas já não os danos causados por um comportamento com um acrescido grau de desvalor – do ponto de vista objetivo e mesmo, porque não, do ponto de vista subjetivo, se, por exemplo, o agente perpetrador do ato ilícito tivesse agido com *dolo*<sup>12</sup>.

Por outro lado, se a conformidade da lei penal com o sentido do justo só se garante com recurso à aludida ideia de última *ratio* e de eficácia daquela<sup>13</sup>, então reforçamos a ideia de que não existe nenhum obstáculo ao alargamento da proteção que o direito civil dispensa ao nascituro para além dos casos em que foi um terceiro – estranho ao núcleo gestacional – a provocar a lesão. Ou seja, e dito de uma forma mais simples, se todos os casos aceites pela doutrina e jurisprudência<sup>14</sup> se estruturam em torno de uma lesão

<sup>12</sup> Cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. cit. p. 161 e 163, n.226 e **Teoria Geral do Direito Civil**. cit., p. 272, n.673

<sup>13</sup> Refira-se, contudo, que não nos parece – pela fragilização da tutela concedida ao embrião – legítima a retração do direito penal a este nível. No fundo, parece-nos que a questão da eventual eficácia do direito penal não é suficiente para justificação a não punição do comportamento. O que se intenta dizer em texto é, então, que, a haver possibilidade – o que é duvidoso – de conformidade entre a lei despenalizadora do aborto até às 10 semanas, ela não se pode pautar pela desconsideração da dignidade do bem jurídico.

Sobre a questão, cf. FRADA, Manuel Carneiro da. Aborto e Direito: reflexões a propósito de um referendo. **Vida e Direito**. 1998. p. 102 s.; OTERO, Paulo. **Direito da Vida/Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino**. Coimbra: Almedina. 2004. p. 129 s., considerando que não é possível, do ponto de vista constitucional, descriminalizar os atentados contra a vida.

<sup>14</sup> Há autores que negam a possibilidade de recurso à tutela ressarcitória nos casos em que da lesão adveio a morte do embrião. Em causa estaria a aplicação do nº2 do artigo 66º CC.

A este propósito, cf. a posição de CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**, I/III. Coimbra: Almedina. 2004. p. 291. O autor sustenta que o atentado à integridade do nascituro é um ato ilícito. Se do atentado resultar uma lesão não letal, o próprio nascituro tem o direito, depois do nascimento, a ser indemnizado. A morte do nascituro dará lugar à indemnização dos danos morais, nos termos do artigo 496º CC. Do mesmo modo, todos os danos patrimoniais causados aos pais do nascituro devem ser ressarcidos. Quanto ao nascituro, entende o autor que, não tendo havido nascimento, não se constitui o direito à indemnização do próprio. Cf., porém, o que o autor diz a propósito da personalidade jurídica do nascituro.

Sobre o ponto, cf., igualmente, o precedente *Bonbrest v. Kotz*, onde se estabelece que há uma lesão independente assim que a criança se torna viável, isto é, a partir do momento em que a criança é capaz de ser separada da mãe e sobreviver; e onde se sublinha que, havendo uma lesão, a criança que venha a nascer com vida pode ser compensado por tais lesões. Tal direito à compensação existe mesmo que venha a morrer depois do nascimento. Já não haveria, contudo, se morresse antes do momento do nascimento. A este propósito, *v. WELLMAN, Carl. The concept of fetal rights. Law and Philosophy*, 21. 2002. p. 66 s.

Recuperando as palavras de Capelo de Sousa, diremos que não faz sentido que o ordenamento jurídico imponha uma obrigação ressarcitória numa situação de lesão da integridade física ou de outros direitos de personalidade do nascituro e deixe sem tutela as situações em que há violação do direito à vida. A aplicação irrestrita do artigo 66º/2 CC geraria a antinomia normativa denunciada pelo autor. São suas as palavras: “o concebido tem uma personalidade jurídica parcial, onde se inclui a titularidade do direito à sua vida intra-uterina e ao desenvolvimento desta com vista ao nascimento completo e com vida extra-uterina. Seria, aliás, estranho que fossem ressarcíveis os danos à integridade física do concebido, particularmente quando este venha a nascer com vida, e já não o dano da sua morte, pois então seria premiado o assassino mais eficaz que causasse a morte do concebido, face ao agressor que tão só lhe produzisse danos corporais”.

Cf. WELLMAN, Carl. *The concept of fetal rights*. cit. p. 68, considerando que os direitos condicionais podem fazer algum sentido. No caso dos direitos de natureza patrimonial, trata-se de salvaguardar a vontade do doador ou testador. Além disso, se a criança não chegar a nascer, não tem necessidade de prover pelo seu sustento. No que respeita aos direitos de natureza pessoal, explica que o propósito do direito é compensar os pais pelos gastos em cuidados médicos; além disso, não é necessário indemnizar o dano da morte, uma vez que os pais já têm direito a uma *independente cause of action* pela morte do filho. Ora, se se permitisse que recebessem uma indemnização em nome do filho, haveria uma dupla compensação, o que constituiria um excessivo ónus para o lesante. O autor aduz outros dois argumentos a justificar a condicionalidade dos direitos

infligida por um terceiro, essa particularidade estrutural não determina uma ponderação judicativa substancialmente diferente quando comparada com uma lesão perpetrada pela própria gestante.

Só o justificaria se se reconhecesse um direito ao aborto, titulado pela mãe<sup>15</sup>. Simplesmente, pelo exposto anteriormente, a existir, tal direito implicaria a desqualificação do embrião como pessoa e, concomitantemente, a diferenciação gradativa entre seres humanos: uns que são considerados pessoas; outros a quem esse estatuto é negado. No fundo, implicaria uma evidente violação do princípio normativo do direito enquanto direito, isto é, do fundamento axiológico do ordenamento. Tratar-se-ia de uma lei injusta, no sentido próprio do termo.

É claro que não se poderá equacionar a possibilidade de a mãe exigir a si própria, em nome do menor, uma indemnização. Porém, o sem sentido da hipótese – que parece reforçar a necessidade de tutela penalista do embrião – não impede que, em concreto, possa emergir uma situação em que o pai, que não concordou com a morte do filho<sup>16</sup>, possa demandar, em nome deste, a mãe, exigindo-lhe uma indemnização

---

ao nascimento: em primeiro lugar, se o direito não fosse condicionado ao nascimento, os pais poderiam demandar o lesante antes do nascimento; simplesmente, enquanto a criança estiver *in útero*, será muito difícil não determinar a causalidade e o montante dos danos. Em segundo lugar, o autor sublinha que o nascituro não é uma pessoa independente da mãe, não podendo ser um terceiro numa demanda da mulher contra o médico até nascer.

Carl Wellman labora em vários erros. Desde logo, não faz sentido justificar a condicionalidade do direito com base na ideia de que os pais teriam, assim, direito a uma dupla compensação. Do que se trata é de determinar o fundamento da responsabilidade e não o montante indemnizatório; além do mais, se o filho estiver vivo também existe direito a uma indemnização pelo dano da morte e, eventualmente, direito a uma indemnização dos pais por via do artigo 496º/2 CC. Por outro lado, a dificuldade de prova da causalidade não pode servir como argumento para, *a priori*, afastar um direito à compensação: ele existirá ou não consoante em concreto seja possível estabelecer a imputação objetiva. Por último, o nascituro é, de facto, uma pessoa diferente da sua mãe, com individualidade própria. No quadro do ordenamento jurídico estadunidense, veja-se nesse sentido o precedente *Zepeda v. Zepeda*, consagrando que existe uma *separate injury* assim que há conceção e afastando-se da lição colhida em *Dietrich v. Inhabitants of Northampton* – cf. WELLMAN, Carl. The concept of fetal rights. p. 70 s.

Admitindo expressamente o ressarcimento em caso de aborto, cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez. In: CAMPOS, Diogo Leite / CHINELLATO, Silmara. **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina. 2009. p. 401 s.

<sup>15</sup> Na verdade, não é o mesmo – para efeitos de mobilização do quadro jurídico-civilístico – olhar para uma norma de direito penal que consagre situações de não punibilidade de um comportamento, em geral tido como típico e ilícito, e ver nela uma norma em que este nicho dogmático se retrai (por razões de eficácia ou de carência de pena) ou ver nela uma norma atributiva de direitos. Pensemos num exemplo (talvez caricatural) que, afastando-se do núcleo das nossas considerações, nos auxilie no traçar da significativa diferença. Imaginemos que uma norma penal vem estabelecer a não punibilidade da subtração de frutos de estabelecimentos comerciais, quando o furto seja feito com intenção de alimentar os filhos. Se em causa estiver uma simples retração do ordenamento jurídico na sua vertente criminal, então, é possível que, no plano civilístico, o proprietário do estabelecimento comercial demande aquele que furtou, exigindo-lhe uma indemnização ou reivindicando o pagamento correspondente (sempre que seja possível considerar que se celebrou, através de uma declaração concludente, um negócio de compra e venda); se, pelo contrário, se entender que aquela é uma norma atributiva de direitos, então, o comerciante de frutas não poderá reagir mesmo no quadro do direito civil.

<sup>16</sup> A este propósito, cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez. cit. p. 389 s. O autor considera que “o pai pode, em representação do filho, no exercício do poder paternal, pretender defender o direito à vida do filho, o direito a nascer, o direito a não ser morto”. Além disso, considera o autor que o pai tem um direito de personalidade à paternidade. No entanto, sustenta que, se isto nos permite qualificar a situação como uma situação jurídica, nem por isso podemos concluir que o silêncio da lei relativamente à posição do pai na questão nos permite falar de uma lacuna. A posição do autor, no tratamento da questão, afigura-se, portanto, marcada por pré-conceitos positivistas no tocante a aspetos metodológicos, mas nem por isso de menor valor. Considerando, ainda, que a posição do pai não é homogénea, sustenta que devemos olhar para o problema diferenciando as diversas situações tipo. Assim, fala de *casos em que é desconhecida a identidade do pai* (pág. 396), nos quais não se suscita um problema jurídico, uma vez que “um pai desconhecido é um pai inexistente” e, portanto, “a sua posição jurídica é irrelevante”; *casos de pai violador* (pág. 398), ao qual não deve ser reconhecido nem o poder de agir em representação do nascituro, nem o de se opor à interrupção voluntária da gravidez com invocação de um direito à paternidade; *casos de gravidez adolescente e sexualmente imatura* (pág. 399), nos quais tem o poder de representação do filho nascituro, desde que não seja menor não emancipado e o de exigir que a

pelo dano da morte do nascituro<sup>17</sup>. Aliás, nos termos do artigo 1878º/1 CC, “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”, o que quer dizer que as responsabilidades parentais se estendem até um momento que antecede o próprio nascimento e que ao pai cabe representá-lo, exercendo os seus direitos de personalidade, mesmo contra a mãe, se necessário for<sup>18</sup>.

Refira-se, ademais, que a proteção dos direitos de personalidade – e, portanto, também do direito à vida – não se esgota na tutela ressarcitória. O exercício dos direitos de personalidade do menor pelo progenitor que os vê ameaçados pode implicar o recurso às medidas cautelares/preventivas previstas no

---

sua gestação prossiga até ao parto; *casos em que a mãe é casada com o pai da criança ou vive com ele em união de facto* (pág. 400), nos quais o pai pode opor-se à interrupção voluntária da gravidez, invocando a qualidade de representante legal do filho e o direito de personalidade à paternidade. Pedro Pais de Vasconcelos alerta, contudo, que será necessário distinguir a posição que o pai ocupa na situação controvertida: “quando atua em representação legal do filho nascituro, no exercício do poder paternal, a sua posição jurídica deve ser posta em confronto com a da mãe. O poder paternal compete a ambos, pai e mãe, e deve ser exercido no interesse do filho. Mas pode haver divergência entre pai e mãe quanto ao exercício, em concreto, do poder paternal. (...) O artigo 1901º, nº2, CC prevê que, na falta de acordo, “em questões de particular importância”, qualquer dos pais pode recorrer ao tribunal, que tentará a reconciliação, e depois, decidirá no interesse do filho”.

Não cremos que se possa falar, numa situação como a da oposição ao aborto, de um conflito entre progenitores (pai e mãe) no exercício do poder paternal, dado que só muito forçadamente se poderá qualificar a decisão da mãe como um ato de exercício do poder paternal. No fundo, a mãe abdica desse poder-dever, desse direito funcional, cabendo ao pai o seu exercício.

No que respeita à atuação em nome próprio, Pedro Pais de Vasconcelos alerta que “no exercício do seu direito de personalidade, o pai não tem de se conciliar com a mãe. Trata-se de exercer um direito próprio que colide com a pretensão da mãe a interromper voluntariamente a gravidez do filho nascituro comum”.

Simplesmente, e com toda a razão, o autor aduz que não se trata de um caso de conflito de direitos que possa ser submetido ao artigo 335º CC, já que “para que houvesse colisão de direitos, necessário seria que a mãe tivesse um direito subjetivo a interromper a gravidez (abortar). (...) Porém, o artigo 140º C. Penal não permite essa qualificação”. “O direito do pai não pode deixar de prevalecer. Este pode recorrer à justiça e obter do juiz uma intimação da mãe, nos termos do artigo 70º CC, para que se abstenha de interromper a gravidez”.

O autor analisa, ainda, as situações em que a *mãe é casada ou vive em união de facto, mas o filho que espera não é do marido* (pág. 402 s.)

<sup>17</sup> Parece-nos, ainda, que o pai poderá exigir uma indemnização em nome próprio. Consente-o o artigo 496º/2 CC e legitima-o, também, a violação do direito à autodeterminação da paternidade. De facto, se é verdade – como se disse por referência ao poder de autodeterminação da maternidade – que tal direito se exerce a montante, não é menos certo que impedir que o filho concebido venha a nascer implica uma violação da posição jus-subjetiva, integrada no direito geral de personalidade. Refira-se, igualmente, uma outra nota a este propósito. Pautando-se o direito da família pelo princípio da plena igualdade entre pai e mãe, não faz sentido reduzir a zero o papel do primeiro até ao nascimento do filho. A diferença de tratamento entre os dois progenitores é explicada, comumente, pela relação simbiótica que, até ao corte do cordão umbilical, a mãe mantém com o filho. Veremos, porém, em texto se essa relação simbiótica pode ter relevância a este nível.

Cf., novamente e no mesmo sentido, VASCONCELOS, Pedro Pais de. A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez. cit. p. 400 s.

<sup>18</sup> Carneiro da Frada vê neste dispositivo um argumento para sustentar que o ordenamento jurídico reconhece o estatuto de pessoa ao nascituro e para aduzir, na sequência dessa constatação, que lhe deve ser reconhecida personalidade jurídica. Sobre o ponto e sobre a construção dogmática do autor, a propósito dessa personalidade jurídica, cf. FRADA, Manuel Carneiro da. A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião. cit. p. 234.

Sobre a questão da aplicação do artigo 1878º aos nascituros, cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. cit. pp. 159, 216. O autor explicita que a alínea d) do nº1 do artigo 1881º na redação inicial do Código Civil “era expressa em afirmar que cabia ao pai defender e representar o filho nascituro”. Mas acrescenta que “cremos que a expressão *ainda que nascituros* do atual nº1 do artigo 1878º Código Civil, apesar da sua discutível localização, reporta-se não apenas à representação destes pelos pais mas também aos deveres dos progenitores do concebido de velar pela segurança e saúde deste e de prover ao seu sustento, ou seja, à defesa do concebido. Isto por interpretação extensiva, face à própria *ratio* do nº1 do artigo 1878º do Código Civil, ou por integração de eventual lacuna legal, por elementares razões analógicas. Por outro lado, face ao nº3 do artigo 1915º do Código Civil, os efeitos de inibição do poder paternal que abranja todos os filhos estendem-se, salvo decisão em contrário, aos nascituros e, ao que parece, tanto concebidos como concepturos. Além disso, parece-nos defensável (...) uma ação de inibição do poder paternal especificamente dirigida à inibição do poder paternal face a filhos concebidos, v.g. por violação dos deveres do artigo 1878º/1 do Código Civil”.

C  
f.  
,  
ai  
n  
d  
a,  
S  
O  
U  
S  
A,  
R  
a  
b  
i  
n  
d  
r  
a  
n  
a  
t  
h  
C  
a  
p  
e  
l  
o  
d  
e  
. T  
e  
o  
r  
i  
a  
G  
e  
r  
a  
l  
d  
o  
D  
ir  
e  
it  
o  
C  
i  
v  
il  
,  
l.  
ci  
t.  
p  
. 2  
6  
8

artigo 70º/2 CC. Nessa medida, o pai pode, enquanto representante do nascituro e perante a ameaça de lesão da sua vida, requerer as providências adequadas para evitar a consumação da ofensa<sup>19</sup>.

A solução que se defende, porém, só poderá ser aceite *qua tale* se não descortinarmos uma qualquer razão que justifique uma diferença estrutural e axiológica entre o comportamento perpetrado por um terceiro e o comportamento perpetrado pela mulher grávida/mãe. Ora, para que o ponto fique esclarecido – e embora se tenha negado liminar e fundamentadamente a possibilidade de se invocar um direito ao aborto –, importa averiguar se não se pode chamar a depor um qualquer direito que, sendo titulado pela mãe, ampare o tratamento desigual de situações que, *prima facie*, podem ser tidas como análogas.

Neste quadro, invoca-se amiúde o direito ao desenvolvimento da personalidade da mãe<sup>20</sup>.

Simplemente, este direito – com a amplitude que conhece – não pode ser mobilizado como uma justificação para o aborto. Tal mobilização não parece ser viável quer no plano abstrato<sup>21</sup>, quer no plano concreto. Na verdade, sendo este um direito de personalidade, ele tem um fundamento axiológico imediato que se encontra na dignidade da pessoa humana. Ora, esta pessoa é, como referido anteriormente, um ser livre e responsável. Uma responsabilidade que, sendo indissociável daquela liberdade positivamente perspetivada, envolve o diálogo com o *outro*, pelo qual é responsável e perante o qual é responsável. O aniquilamento *ad nutum* do embrião implicaria a negação da dimensão de responsabilidade que predica a personalidade e, com ela, da própria liberdade. No fundo, estar-se-ia diante de um não-direito. O exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade não se pode consubstanciar na morte de um ser humano, abdicando-se do sentido de responsabilidade que predica a personalidade<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Referindo-se a essa possibilidade, cf. FRADA, Manuel Carneiro da. A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião. cit. p. 231; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**, I/III. cit. p. 292; SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria Geral do Direito Civil**, I. cit. p. 275; SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. cit. p. 162.

Sobre o ponto, cf., igualmente, COESTER-WALTEN, Dagmar. Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des künftigen Vaters. **Neue Juristische Wochenschrift**. 1985. p. 2175 s. (também citado por Menezes Cordeiro, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**, I/III. cit. p. 292, n.1088), por referência à decisão AG Köln de 15 de março de 1985. Em causa estava o problema de saber se o poder paternal se estendia ou não ao nascituro e a questão do papel que é reservado ao pai em face da iniciativa da mãe de levar a cabo um aborto. O tribunal acabou por considerar que, porque os pressupostos do aborto deveriam ser apreciados judicialmente, se poderia aceitar a iniciativa processual do pai que procurava travar o ato. Sobre o ponto, cf. o que se disse *supra*, n. 29.

<sup>20</sup> Sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cf., *inter alia*, SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. cit. p. 352 s.; VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina. 2006. p. 74 s.; PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora. 1999; BARBOSA, Mafalda Miranda / ÁLVAREZ, Tomás Prieto. **O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sentido e limites**. Coimbra: Gestlegal. 2020

<sup>21</sup> Relembremos a este propósito as palavras de Paulo Mota Pinto, na declaração de voto anexa ao Acórdão nº617/2006 do Tribunal Constitucional. O então conselheiro do Tribunal Constitucional advertia para a necessidade de se densificar o conteúdo do direito, sob pena de ele se converter numa fórmula vazia capaz de tudo justificar. Ou seja, não pode ser a simples invocação do direito a legitimar a prática abortiva no plano geral e abstrato.

<sup>22</sup> Esta responsabilidade não se confunde com a *liability*, antes se traduzindo numa *role responsibility*. Cremos, por isso, que falha a análise do problema do aborto levada a cabo por Ann Garry – GARRY, Ann. Abortion: models of responsibility. **Law and Philosophy**, 2, 1983. p. 371-296. A autora analisa quatro modelos que procuram justificar a proibição do aborto: *creator*, *strict liability*, *fault*, *contract*. De acordo com o modelo da criação, a mulher é causalmente responsável pela existência do feto; foi ela que o criou pela sua ação, pelo que tem uma especial responsabilidade em relação àquele, tendo de sustentar a sua vida. De acordo com o modelo da *strict liability*, a mulher grávida adotou um comportamento que comporta o risco de gerar uma gravidez; nessa medida, ela deve suportar as consequências de um contacto sexual. A perspetiva da *fault* parte do mesmo pressuposto. Contudo, exige que haja negligência no uso da contraceção. Repare-se que qualquer uma das perspetivas não pode ser acolhida. Como a própria autora – Ann Garry – denuncia (cf. pág. 386), não faz sentido introduzir a questão da negligência para este efeito: o feto tem o mesmo valor quer tenha sido concebido devido ao uso negligente de contraceção, quer não tenha havido negligência. Por outro lado, as consequências não podem ser vistas como uma lesão. A lesão é o aborto

Acresce que, mesmo que na situação concreta o direito existisse – o que vimos não ser concebível –, ter-se-ia de concluir que ele conflituaria com um direito valorado superiormente na hierarquia axiológica. O direito à vida do nascituro teria de prevalecer, até porque, perspetivando-se aí um conflito de direitos<sup>23</sup>, ter-se-ia de concluir que a continuação da gravidez até ao nascimento não faria desaparecer o direito da mãe, embora o pudesse contrair, o mesmo não acontecendo por referência ao direito à vida do nascituro, que se esvaneceria por completo e definitivamente.

Por último, importa considerar que a mulher grávida – porque é mãe – tem um especial dever de cuidado em relação ao nascituro. O artigo 1878º CC funciona como o ponto de apoio normativo de tal dever<sup>24</sup>, que decorreria igualmente dos princípios gerais. De facto, não está aqui em causa apenas o dever decorrente do vínculo de maternidade que se estabelece, juridicamente, depois do nascimento entre o nado-vivo e a mulher que dá à luz e se antecipa à fase embrionária, mas um dever geral de cuidado em relação ao outro. Ora, as circunstâncias da gestação fazem com que entre mãe e filho se estabeleça uma relação de domínio que aproxima a mulher grávida de um *garante* da incolumidade do filho. Esta perspetiva, aliás, leva a que atualmente se questione da pertinência do chamado *tort of parental malpractice*<sup>25</sup>.

Tratar-se-ia de uma hipótese de compensação do filho que nascesse com alguma patologia, em virtude, por exemplo, da recusa de um tratamento médico por parte da mãe ou do consumo de substâncias psicotrópicas. Entre estes casos e as situações de aborto há diferenças assinaláveis, que vão desde a intencionalidade subjetiva subjacente ao comportamento até à própria estrutura da ação, que pode aqui – embora não necessariamente – ser omissiva. Mas não são de molde a justificar que a mulher possa abortar sem qualquer justificação, quando o próprio ordenamento jurídico lhe impõe o dever de proteger o feto. E para explicar a incongruência não serve a posição expandida por Carl Wellman, por referência a uma decisão do *District of Columbia Court*, segundo a qual o direito ao aborto é diverso da obrigação de cuidado em relação ao feto uma vez tomada a decisão de não recurso ao aborto. É que o que fundamenta o dever de cuidado não é a decisão (supostamente) livre da mulher, mas a presença do *outro*, merecedor de respeito. O que quer dizer que se um ordenamento jurídico vai ao ponto de impor o dever de cuidado contra

---

em si mesmo, só que essa não é a consequência direta do ato. Veja-se, também, na pág. 373 a crítica à perspetiva criadora: se alguém cria uma coisa, entre os seus poderes está também a faculdade de a destruir, e, se algumas criações são tão valiosas que não podem/devem ser destruídas, é irrelevante saber quem as criou. A nossa visão sobre o problema não é idêntico ao da autora. Embora reforce a ideia de responsabilidades/obrigações diante do feto, a mundivisão em que se move é díspar. O que aqui queremos vincar é que a responsabilidade de que se fala em texto é de outro tipo – *role responsibility*, só se gerando a responsabilidade/*liability* se aquela responsabilidade edificada a montante for posta em causa.

Uma última nota para sublinhar que também a explicação contratual não colhe, por não ser possível (nem desejável, por razões de ordem axiológica e por razões de ordem dogmática) configurar um contrato entre a mãe e o nascituro (cf. GARRY, Ann. Abortion: models of responsibility. cit. p. 392 s.).

<sup>23</sup> Não cremos que esta colisão exista, pela impossibilidade de sequer se invocar o direito ao desenvolvimento da personalidade. Um dado importante é distinguir claramente o plano do direito civil do plano do direito penal. Na verdade, a existência de um direito da mãe, mesmo que não prevalecente sobre o direito do filho, pode determinar uma atenuação especial da culpa. Ora, no caso de aborto *ad nutum*, a pedido da mulher, tal não se verifica. Daí as dúvidas que apontámos *supra* à constitucionalidade da solução do ordenamento jurídico português, no artigo 142º C. Penal.

Relativamente ao eventual conflito de direitos, cf., uma vez mais, VASCONCELOS, Pedro Pais de. A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez. cit. p. 400 s., considerando que não é possível falar de colisão de direitos a este propósito por não ser configurável um direito da mãe à prática de um crime.

<sup>24</sup> Capelo de Sousa entende que os pais têm, ao abrigo do artigo 1878º/1 CC, um dever de cuidar da segurança e da saúde dos filhos. Funda tal dever quer na responsabilidade pela procriação, quer em razões de solidariedade social e familiar. Cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. cit. p. 164.

<sup>25</sup> WELLMAN, Carl. The concept of fetal rights. cit. p. 75 s.

condutas negligentes, por maioria de razão, não pode deixar de relevar o atentado intencional contra a vida do nascituro<sup>26</sup>.

A possível invocação de um direito à liberdade da mulher grávida também não colhe por motivos análogos. Na verdade, a liberdade deixa de fazer sentido se desenraizada da personalidade, o que quer dizer que nunca pode ser exercitada se com esse exercício se abdicar do sentido de responsabilidade entendida como uma *role responsibility*, uma esfera de responsabilidade pelo outro.

Resta, por isso, analisar o argumento dos autores que falam, a propósito do aborto, de um direito da mulher sobre o seu próprio corpo. Dir-se-ia que, sob o mesmo epíteto, se alojam duas perspetivas diversas: uma que encara o embrião como uma “víscera” do corpo da mãe, sem qualquer independência em relação à sua progenitora, e que, obviamente, não poderá ser aceite, já que a sua adesão implicaria a obnubilação dos dados ontológicos e axiológicos com que lidamos; uma outra que, embora assuma que o embrião é uma pessoa, sustenta que a mulher grávida tem sobre o seu próprio corpo um *property right*, o que lhe garante o poder de expulsar o embrião, dando-lhe a morte<sup>27</sup>. Alguns autores que invocam a perspetiva olham para a questão como um *samaritanism problem*<sup>28</sup>, isto é, apesar de admitirem que o embrião é uma pessoa<sup>29</sup> e independentemente de o aborto implicar uma ação (e não uma omissão)<sup>30</sup>, a mulher pode recusar-se a que o nascituro use o seu corpo ou pode pedir a atuação de um terceiro para impedir essa utilização do seu corpo<sup>31</sup>. O conceito de *property right* serve, então, para justificar o papel do terceiro que induz o aborto e para assimilar as hipóteses em apreço às omissões de auxílio<sup>32</sup>. Haveria como

<sup>26</sup> A questão da indemnização por condutas negligentes da mãe pode suscitar algumas dúvidas. Sobre o ponto, cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria Geral do Direito Civil**. cit. p. 275 s. e **O direito geral de personalidade**. cit. p. 167. Diz-nos o autor que há limites à tutela da personalidade do nascituro resultantes do “condicionamento natural do concebido em face da sua mãe”. Assim, “relativamente aos atos e riscos voluntários assumidos pela mãe grávida, parece-nos que a própria licitude da prática de tais atos e de assunção desses riscos depende (...) da não adequação da sua conduta à produção normal de lesões ou de ameaças de lesões à personalidade física ou moral do concebido, particularmente no que toca à sua vida e integridade física, pois estes são bens jurídicos tutelados, cuja lesão pode inclusivamente acarretar obrigação de indemnizar, caso se verifiquem os pressupostos dessa obrigação. Assim, embora, em princípio, seja lícito à mulher grávida praticar desporto ou fumar em recintos não proibidos no âmbito do seu direito de liberdade, tais práticas deixarão de ser lícitas, face ao direito civil, quando delas, pela sua perigosidade ou reiteração, resultarem normalmente lesões ou ameaças de lesões para a saúde do concebido, de acordo com os atuais conhecimentos médicos”.

Cremos, na verdade, que nada obsta a que, por princípio, haja responsabilidade da mãe numa situação como esta. O problema, em face da dependência quase simbiótica entre o filho e a mãe e da influência direta de todos os comportamentos daquela no desenvolvimento do embrião, está em determinar quando é que existe ilicitude do ato. Tendo em conta que, entre nós, a ilicitude se desvela – em regra – pelo resultado (a lesão do direito subjetivo), haveremos de concluir que o cerne do problema está, portanto, na edificação de um nexo de ilicitude que permita afirmar que a lesão sofrida pelo nascituro pode ser imputada (objetivamente) à mãe. Trata-se, portanto, do problema da chamada *causalidade fundamentadora da responsabilidade*, para a resolução do qual aventámos critérios de solução. Veja-se, para outros desenvolvimentos, BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual**. Cascais: Príncipia. 2013. cap. VIII; **Responsabilidade civil: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade**. Cascais: Príncipia, 2014; e **Causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade civil**. Coimbra: Gestlegal. 2025

<sup>27</sup> Sobre o ponto, cf. ROTH, Paul A. Personhood, property rights and the permissibility of abortion. **Law and Philosophy**, 2. 1983. p. 163-191; THOMSON, Judith Jarvis. A defense of abortion. **Philosophy & Public Affairs**, vol. 1, n.1. 1971. p. 47-66; REGAN, Donald H. Rewriting Roe v. Wade. **Michigan Law Review**, 77. 1979. p. 1569-1646.

<sup>28</sup> REGAN, Donald H. Rewriting Roe v. Wade. cit. p. 1573.

<sup>29</sup> THOMSON, Judith Jarvis. A defense of abortion. cit., contudo, no final do seu artigo, afirma que o aborto não implica a morte de uma pessoa se a gravidez for prematura.

<sup>30</sup> REGAN, Donald H. Rewriting Roe v. Wade. cit. p. 1575 s.

<sup>31</sup> REGAN, Donald H. Rewriting Roe v. Wade. cit. p. 1575 s.; ROTH, Paul A. Personhood, property rights and the permissibility of abortion. cit. p. 167.

erty rights and the permissibility of abortion. cit. p.167.

que um *direito de propriedade* da mulher sobre o seu corpo e a remoção do embrião justificar-se-ia em termos de recusa de ajuda, porque a sua presença constitui um uso não autorizado do corpo materno. No fundo, reconhecer-se-ia uma liberdade de escolha de não auxiliar o filho. Repare-se, contudo, que a justificação do *bad samaritan*<sup>33</sup> não permitiria justificar o aborto em todas as circunstâncias, mas apenas naquelas de gravidez indesejada (violação, falha de contraceção) ou de perigo para a vida ou a saúde da mãe<sup>34</sup>. A analogia é estabelecida com as situações em que a pessoa tem nas suas mãos a possibilidade de salvar a vida de outrem, tendo, para isso, que ficar ligado ao corpo alheio durante um determinado período de tempo<sup>35</sup> e leva os autores a assentir que o direito à vida não é superior ao direito de recusar ajuda, quando esse auxílio implica o uso do próprio corpo por um terceiro<sup>36</sup>.

A perspetiva mereceu inúmeras críticas<sup>37</sup>. Na sua base está, inequivocamente, o pensamento de Locke e a influência que este exerceu na construção do liberalismo jusnaturalista americano<sup>38</sup>. A corrente empirista terá determinado que, nos países da *Common Law*, o figurino dos direitos subjetivos fosse outro, quando comparado com aquele a que estamos habituados a lidar, ligando-se aí a liberdade aí à *privacy*, num argumento aliás invocado no precedente *Roe v. Wade*<sup>39</sup>. Nem só, porém, a distância em relação a esta noção de *privacy*<sup>40</sup> nos leva a rejeitar a visão com que temos vindo a dialogar. Na verdade, não é apenas o afastamento em relação aos fundamentos de edificação dos direitos subjetivos histórico-concretamente situada, mas a clara noção de que o surgimento dos direitos subjetivos como uma esfera de liberdade negativamente exercitada, como limite à interferência do outro (e do outro Estado), não se reflete hoje no modo como compreendemos a categoria.

<sup>33</sup> Veja-se THOMSON, Judith Jarvis. A defense of abortion. cit, falando de um *minimally decent samaritans* e entendendo que o ordenamento jurídico não pode impor à mãe que se comporte como um *good samaritan*.

<sup>34</sup> THOMSON, Judith Jarvis. A defense of abortion. cit. p. 64.

Veja-se, também, ROTH, Paul A. Personhood, property rights and the permissibility of abortion. cit. p.180. Nos casos de violação e de falha de contraceção, o feto é tido como um *trespasser* (intruso). O seu comportamento não é intencional; mas deve ser comparado a uma pessoa que permanece na propriedade alheia.

<sup>35</sup> THOMSON, Judith Jarvis. A defense of abortion. cit. p. 58 s.

Para uma análise do caso exposto por Judith Jarvis Thomson, entre nós, cf. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**, I/III. cit. p. 269 s.

<sup>36</sup> ROTH, Paul A. Personhood, property rights and the permissibility of abortion. cit. p. 177. O autor aduz, designadamente, que ninguém pode compelir outrem a doar órgãos, quer sejam regeneráveis, quer não sejam. E, embora no caso do aborto não haja uma doação permanente, isso não releva para o que pretende sustentar.

<sup>37</sup> Cf., *inter alia*, FINNIS, John. The rights and wrongs of abortion: a reply to Judith Thomson. **Philosophy & Public Affairs**, vol. 2, n.2, 1973. p. 117-145, considerando que a mãe tem um dever de cuidado em relação ao filho, mesmo que este ainda não tenha nascido, e sustentando que, mesmo que se possa falar de um direito de propriedade sobre o próprio corpo, ele não é superior ao direito de propriedade do corpo do filho. Acresce que muitas vezes o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um dever de auxílio em relação a terceiros.

<sup>38</sup> Sobre o ponto, cf. STATHAM JR, E. Robert. **The Constitution of Public Philosophy. Towards a Synthesis of Freedom and Responsibility in Postmodern America**. Lanham, New York, Oxford: University Press of America. 1998. p. 18 s. Afirma-se, aí, que a conceção americana da *rule of law* estava baseada numa visão negativa de liberdade ligada à *privacy*, numa linha orientadora herdeira da noção de propriedade de Locke e do empirismo de Hume.

<sup>39</sup> Estabelece abertamente esta dicotomia, ainda hoje condicionante de clivagens discursivas em matérias fraturantes (v.g. o caso do aborto), HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana a caminho de uma eugenia liberal?** Coimbra: Almedina. 2006. p. 119, ligando a tradição liberal norte americana ao pensamento de Locke.

<sup>40</sup> Nos EUA, tem-se invocado, na verdade, não só a ideia de direito sobre o próprio corpo como se tem sublinhado o direito a ser deixado só. Ora, este direito inscreve-se numa noção de privacidade que, alicerçadora dos direitos subjetivos, aponta para o individualismo caracterizador daquele que “pode” recusar o auxílio do outro, mesmo que isso ponha em causa a vida do semelhante. Para uma evolução da problemática nos EUA, cf. o precedente *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, que veio revogar o suposto direito constitucional ao aborto, que havia sido reconhecido pelo precedente *Roe v. Wade* e pelo precedente *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey*.

O individualismo liberal que, associado ao jusracionalismo, potenciou a sua conceptualização foi superado e, hodiernamente, embora se possa continuar a defender, em termos definitórios, uma noção voluntarista mitigada do direito subjetivo, não é viável mobilizá-lo para justificar um desdignificante solipsismo do *eu*. Se o pilar fundacional do ordenamento jurídico – e do direito subjetivo que se reconhece ou atribui – reside na pessoa, e se esta, adequadamente entendida, se predica no binómio liberdade/responsabilidade, então não poderemos falar de exercício legítimo de um direito quando tal exercício acarreta a desconsideração da personalidade do outro, do respeito e do cuidado que ele granjeia. A mulher grávida não pode rejeitar a responsabilidade em relação ao seu filho, não pode negar-lhe ajuda. Em causa, uma vez mais, estão a especial relação de maternidade e os poderes-deveres que lhe são inerentes, alguns dos quais retroagem a um momento anterior ao nascimento. Em causa está, ainda, o desvalor da recusa do ponto de vista ético-axiológico. Ademais, o argumento de que ninguém tem o dever de salvar outrem não colhe. Em primeiro lugar, não se trata de salvar uma criança, mas de não lhe causar a morte<sup>41</sup>. Em segundo lugar, há determinadas situações em que a pessoa é, de facto, obrigada a auxiliar outrem, sendo responsabilizada por uma eventual omissão. Ora, entre as situações relevantes de omissão estão aquelas em que, fruto de uma relação de domínio e monopólio, alguém surge como o único sujeito capaz de salvaguardar a vida de outrem, assumindo, assim, a posição de garante. Este aspeto, de não pequena importância, mostra, por um lado, que o ordenamento jurídico português se afasta de uma visão individualista estrita que está presente na conceção abortiva atrás explicitada; e, por outro lado, permite-nos concluir que – mesmo que de forma global se assumisse como princípio o direito de não salvar outrem – estaríamos, no caso da relação mãe-filho ainda não nascido, no campo da exceção, justificadora da responsabilização da mulher grávida. Em última instância, a contra-argumentação aduzida permite-nos concluir pela inconsistência da teoria norte-americana do *bad samaritan*: na verdade, apesar da desconstrução operada, podemos constatar que não está em causa um salvamento ou a omissão de auxílio, mas a atuação positiva que intencionalmente perpetra a morte.

Em suma, não só não existe um direito ao aborto atribuído por lei, como não se pode invocar outro direito da mulher que consubstancie em termos prático-normativos esse mesmo direito. O nascituro é uma pessoa e, como tal, titular do direito à vida; a mulher grávida não tem, na situação de aborto *ad nutum*, qualquer direito. Logo, não só o aborto tem de continuar a ser visto como ilícito no plano civilístico, como não se pode afastar o mecanismo da responsabilidade civil e as providências preventivas previstas no artigo 70º/2 CC.

#### 4 O PROBLEMA DA EUTANÁSIA

O problema da fragilização da tutela da vida não se coloca, apenas, por referência ao período anterior ao nascimento, mas também em relação às vidas em declínio. E, nesse ponto, é fundamental afirmar a inadmissibilidade da eutanásia, que nunca poderá configurar um direito.

<sup>41</sup> Em causa não está tanto o reforço da cisão entre as ações e as omissões, mas a necessidade de vincar que a gestação é um processo natural que faz parte da humanidade, não fazendo sentido falar em “salvar o embrião”.

## 4.1 A PERSPETIVA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS ALEMÃO E ITALIANO

Recentemente, o Tribunal Constitucional Alemão sustentou que a criminalização do suicídio assistido deve ser considerada inconstitucional, por pôr em causa o direito à autodeterminação sobre a morte<sup>42</sup>. Também em Itália o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre idêntica questão<sup>43</sup>.

O Tribunal Constitucional alemão veio considerar que o direito geral de personalidade, previsto no artigo 2º/1 GG, em conjugação com o artigo 1º do mesmo diploma, integra o direito à autodeterminação sobre a morte. De acordo com o aresto, dentro da tutela geral da personalidade, encontramos a liberdade de fazer da própria vida o que se quiser e, se for esse o caso, a possibilidade de providenciar auxílio de terceiros para pôr termo à própria vida. Cada um tem, nessa medida, o direito de decidir acerca do fim da sua vida, e, baseando a sua decisão no que entende por ser uma vida com qualidade e uma existência com sentido, a sua decisão deve ser respeitada pelo estado e pela sociedade como um ato de autodeterminação. Nessa medida, considera que a criminalização do suicídio assistido, prevista no § 217 StGB, viola a lei fundamental, sendo por isso inconstitucional. Isto não significa que o legislador ordinário não possa impor regras para o suicídio assistido, mas que a disciplina que o rege deve garantir o espaço suficiente para que o sujeito possa exercer o seu direito à autodeterminação sobre a morte.

De acordo com o Tribunal Constitucional Alemão, o direito geral de personalidade garante o direito à autodeterminação no sentido de cada um decidir informada e livremente sobre a sua vida. O respeito pela dignidade e pela liberdade são princípios fundamentais da ordem constitucional, assentes na ideia de personalidade livre e responsável. Com base na crença de que a autonomia pessoal e o desenvolvimento da personalidade são fulcrais para a liberdade humana, a garantia da dignidade envolve uma particular proteção da individualidade, da identidade e da integridade. A inalienável dignidade humana requer, assim, que qualquer ser humano deva ser reconhecido como um indivíduo autónomo, o que implica que cada um tenha o controlo da sua própria vida, dos seus termos e não possa ser forçado a viver de modo irreconciliável com as suas ideias de autoidentidade. Esta possibilidade estende-se ao derradeiro momento da vida: o direito à autodeterminação sobre a morte não está limitado ao direito a recusar tratamentos de manutenção da vida, estendendo-se antes aos casos em que os indivíduos, ativamente, decidem pôr termo à sua vida. Este direito à autodeterminação sobre a morte não está limitado a situações definidas por causas externas como doenças sérias e incuráveis, nem se aplica apenas em certos estádios da vida. Pelo contrário, ele deve ser reconhecido em todas as etapas da existência de uma pessoa. Na verdade, de acordo com o tribunal constitucional alemão, se restringíssemos o escopo da proteção a específicas causas ou motivos, tal iria redundar numa predeterminação dos motivos que poderiam fundamentar a decisão, o que seria contrário à ideia de liberdade da lei fundamental. Mais argumenta o Tribunal Constitucional que a decisão de pôr termo à vida não é contrária à dignidade da pessoa; antes configura uma expressão da autonomia pessoal que é inerente a tal dignidade.

Reconhece-se, não obstante, que pode haver limitações aos direitos fundamentais. Em causa, com a criminalização, poderia estar uma limitação do direito em nome da salvaguarda de valores essenciais. Designadamente, poderia entrar em jogo a necessidade de garantir que os sujeitos não ficassem expostos à pressão de quem eventualmente pretendesse livrar-se do peso de uma vida, transformando-se, assim, o suicídio numa forma normal de pôr fim à existência. Simplesmente, deverá haver proporcionalidade nesta

<sup>42</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15 -, Rn. (1-343),

<sup>43</sup> Veja-se, antes, o acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *Pretty v. Reino Unido*, 2002

restrição do direito fundamental, e o legislador, ao consagrar a proibição do § 217 StGB, excede os limites a que se deveria ter circunscrito, até porque o reconhecimento do direito à autodeterminação sobre a morte não impede que o Estado possa tentar combater o suicídio por outras vias, designadamente através do reforço de uma rede de cuidados paliativos. Mais adianta o Tribunal Constitucional Alemão que a ninguém pode ser imposto assistir ao suicídio de outrem.

Numa decisão considerada histórica, o Tribunal Constitucional italiano veio sustentar, em setembro de 2019, que a ajuda ao suicídio, prevista no artigo 580º C. Penal, não pode ser punida em determinadas situações, quais sejam aquelas em que se encontrava Fabiano Antoniani, que ficou tetraplégico e cego depois de um acidente de viação, tendo decidido deslocar-se à Suíça para morrer numa clínica. Segundo o entendimento deste tribunal, não se poderia punir o auxílio ao suicídio de uma pessoa que apenas se mantém viva por suporte artificial de vida, sofrendo uma patologia irreversível, fonte de sofrimento físico e psicológico que o próprio considera intolerável, desde que seja capaz de tomar decisões livres. Impõem-se, contudo, algumas condições, designadamente o cumprimento das regras do consentimento informado e dos métodos previstos para cuidados paliativos e sedação profunda.

Na base da decisão está o acolhimento dos argumentos dirimidos pelo Tribunal de Justiça de Milão, quando, por dúvidas acerca da legitimidade constitucional do artigo 580º C. Penal, reenvia a questão ao Tribunal Constitucional. Entre eles, sublinhe-se a invocação da liberdade pessoal, na qual se incluiria a liberdade de a pessoa se autodeterminar também no final da existência, escolhendo o como e o quando da morte. Além disso estaria também em causa a contrariedade ao artigo 117º/1 Constituição italiana, bem como aos artigos 2º e 8º da CEDH, que implicaria que “o indivíduo tem direito de decidir como e em que ponto a vida terminará”<sup>44</sup>.

#### 4.2 O PROBLEMA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

O artigo 134º C. Penal (português) prevê que quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até três anos. Por seu turno, o artigo 135º dispõe que quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efetivamente a ser tentado ou a consumir-se<sup>45</sup>. As duas sentenças a que nos referimos anteriormente, embora não se integrem no ordenamento jurídico português, espelham a diferença entre os dois tipos legais de crime. Na verdade, referem-se exclusivamente ao auxílio ao suicídio, deixando de lado o homicídio a pedido.

A grande diferença entre ambos reside na estrutura da ação com que se lida: se, no caso do auxílio ao suicídio, a conduta relevante pertence ao próprio lesado, surgindo o infrator como um cúmplice ou auxiliador, na hipótese de homicídio a pedido, a conduta penalmente relevante é do próprio infrator, embora para ela obtenha o consentimento do titular do bem jurídico. Costa Andrade, a este propósito,

<sup>44</sup> Sobre o ponto, cf. BIANCA, M. L'aiuto al suicídio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicídio medicalizzato. *Il Corriere Giuridico*, 2020-2. p. 145; MORRONE, A. Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato/DJ Fabo. *Famiglia e diritto*, 3. 2020. p. 244.

<sup>45</sup> Sobre os dois tipos legais de crime referidos, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. Homicídio a pedido da vítima. In: Aa. Vv. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora. 1999. p. 47 s. e Incitamento ou ajuda ao suicídio, In: Aa. Vv. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora. 1999. p. 75 s.

relembra a doutrina de Charalambakis, para quem, no homicídio a pedido, “o protagonista do acontecimento é o agente que produz a morte de outra pessoa”, enquanto “no auxílio ao suicídio, o protagonista do acontecimento é próprio suicida e o outro um mero auxiliar”; e de Roxin, para quem “presta auxílio ao suicídio quem deixa a realização do ato libertador da morte à atuação livre e responsável do próprio desejoso de morrer; já comete homicídio a pedido da vítima quem retira à pessoa cansada de viver a ação que decide da vida e da morte”<sup>46</sup>. Adverte, porém, o autor que estas formulações se revelam “modestas” na sua “fecundidade heurística”<sup>47</sup>. Em causa estaria a consideração de hipóteses como a do *duplo suicídio unilateralmente falhado*, relativamente às quais não se dissipariam todas as dúvidas de qualificação<sup>48</sup>. Para o autor, o critério de distinção não poderá deixar de passar pela ideia de domínio sobre o ato que de forma imediata e irreversível produz a morte<sup>49</sup>, critério esse que, não obstante, não nos isenta de todas as dificuldades, nem logra obter soluções consensuais no que respeita ao preenchimento dos tipos legais.

Se do ponto de vista do direito penal, a distinção é relevante, do puro ponto de vista privado, ela parece não fazer qualquer sentido. Em rigor, a valoração que se possa fazer de cada uma das condutas é, do ponto de vista jurídico, descontada que seja a especificidade da construção penal do tipo de ilícito, idêntica. Em qualquer dos casos, contudo, está em causa o reconhecimento da indisponibilidade do bem jurídico vida e a sua valorização.

Nessa medida, embora a eutanásia, no seu sentido estrito, implique a morte dada por alguém, a pedido da vítima, reportando-nos, por isso, para as situações de homicídio a pedido, o juízo judicativo que se faça das situações abarcadas pelo conceito pode estender-se às outras hipóteses. Em causa está, afinal, a diferença entre a heterolesão consentida e a autolesão que recebe a colaboração de um terceiro. De fora, ficariam as hipóteses de autolesão em sentido estrito, relativamente às quais o direito penal não derramaria a sua eficácia sancionatória. Falamos do suicídio perpetrado sem ajuda alheia. E bem assim das questões, controversas do ponto de vista penal, de recusa de tratamentos ou de interrupção da reanimação artificial<sup>50</sup>. Também quanto a estas se poderá dizer que, do ponto de vista do direito civil, se deve afirmar a responsabilidade de quem omite o comportamento devido. Mais do que isso, podemos considerar que, do ponto de vista do direito civil, o suicídio configura um ato ilícito, passível de gerar responsabilidade, nos termos do artigo 495º e 496º CC.

Mas, ainda que assim não fosse, não se poderia ver nelas a abertura a um qualquer argumento de índole analógica no sentido de encontrar um ponto de apoio seguro para a descriminalização da eutanásia. Em primeiro lugar, como esclarece Castanheira Neves, a tentativa de equiparação parece apontar para o *domínio do facto* e “o direito é o domínio da validade, o seu sentido e a sua intencionalidade é o da crítica

<sup>46</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Homicídio a pedido da vítima. In: Aa. Vv. **Comentário Conimbricense do Código Penal**. cit. e Incitamento ou ajuda ao suicídio, In: Aa. Vv. **Comentário Conimbricense do Código Penal**. cit. p. 61.

<sup>47</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Homicídio a pedido da vítima. In: Aa. Vv. **Comentário Conimbricense do Código Penal**. cit. e Incitamento ou ajuda ao suicídio, In: Aa. Vv. **Comentário Conimbricense do Código Penal**. cit. p. 61.

<sup>48</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Homicídio a pedido da vítima. In: Aa. Vv. **Comentário Conimbricense do Código Penal**. cit. e Incitamento ou ajuda ao suicídio, In: Aa. Vv. **Comentário Conimbricense do Código Penal**. cit. p. 61-62. O exemplo avançado pelo autor ficou conhecido pelo caso Gisela: “um par amoroso decidiu suicidar-se em conjunto, fechando-se ambos no interior de um automóvel, onde foram introduzidos os gases de escape da viatura. A vítima (Gisela) que tinha entrado livremente no automóvel e tinha trancado as portas acaba por falecer. Enquanto isto, o seu companheiro, que ficara do lado do volante e carregava no acelerador, veio a ser salvo”. Pergunta o autor: como qualificar a conduta? Homicídio a pedido ou incitamento ou ajuda ao suicídio?

<sup>49</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Homicídio a pedido da vítima. In: Aa. Vv. **Comentário Conimbricense do Código Penal**. cit. e Incitamento ou ajuda ao suicídio, In: Aa. Vv. **Comentário Conimbricense do Código Penal**. cit. p. 63

<sup>50</sup> Sobre o ponto, novamente, ANDRADE, Manuel da Costa. Homicídio a pedido da vítima. In: Aa. Vv. **Comentário**



normativa, não o domínio da assunção pura e simples do facto”<sup>51</sup>. Em segundo lugar, se a intencionalidade própria do direito penal e a sua natureza de última *ratio* podem justificar a ausência de punição nos casos considerados, tal não impede que os comportamentos sejam considerados como ilícitos à luz de outros ramos do direito.

### 3.3 A AUTODETERMINAÇÃO SOBRE A MORTE

Se o bem jurídico protegido é a vida, a possibilidade de dela se dispor encontra na autonomia humana um fundamento maior. Seria em nome dessa autodeterminação que se justificaria, aos olhos dos defensores da eutanásia livre, a descriminalização do homicídio a pedido e do suicídio assistido.

Ora, é exatamente esse direito a morrer, alicerçado na (in)compreensão da autonomia da pessoa, que urge contestar.

A leitura dos acórdãos supracitados revela uma diferença fundamental entre ambos. Enfatizando, embora, a liberdade individual como fundamento de um pretense direito a pôr termo à vida, o tribunal constitucional alemão alarga a legitimidade para o exercício da posição subjetiva a qualquer sujeito que seja capaz de uma decisão livre e consciente. Ao invés, o acórdão italiano restringe a faculdade a quem se encontre em determinadas circunstâncias. A partir deste simples dado podemos retirar uma conclusão preliminar: se ao nível do ordenamento jurídico alemão o que se invoca é, efetivamente, a autonomia do sujeito, alicerçada numa errada compreensão do seu núcleo fundamentante; ao nível do ordenamento jurídico italiano, apesar de formalmente se chamar à colação a liberdade de a pessoa se autodeterminar também no final da existência, escolhendo o como e o quando da morte, porque a faculdade não é reconhecida irrestritamente, antes surgindo associada a determinadas condições de fragilidade da saúde ou de degradação da integridade física, deixa de se poder considerar a referida autonomia como pilar decisório. Na verdade, se o direito a determinar a morte apenas é reconhecido a determinadas pessoas, do que se trata é de estabelecer dois grupos de sujeitos: os que, sendo absolutamente dignos, devem ser tutelados contra si mesmos, e os que, não tendo uma vida digna, podem pôr-lhe termo desde que voluntariamente<sup>52</sup>. O alicerce que, em terras transalpinas, se invoca para a decisão mais radical da existência – a decisão de morrer – claudica. Não é a autonomia ou a autodeterminação que joga, mas uma gradação entre seres humanos que contraria a intencionalidade predicativa da juridicidade. O entendimento italiano mostra-se, nestes termos, inaceitável. Por seu turno, o posicionamento alemão labora num erro: o erro acerca do modo como devemos compreender a autonomia.

Herdeiros que somos do pensamento moderno, a liberdade surge muitas vezes pensada num sentido empobrecedor, como uma mera ausência de constrição heterónoma<sup>53</sup>. O homem, tido por autossuficiente, é compreendido, nesse quadro, como um ente que se situa antes de qualquer contacto social, um indivíduo, em confronto com os demais – tidos como obstáculos à realização das suas aspirações – e com o Estado. A grande preocupação que avulta é, portanto, a da limitação do poder daquele – forjado

<sup>51</sup> NEVES, A. Castanheira. Arguição nas provas de agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa – comentário crítico à lição O fim da vida e o direito penal. In: Castanheira Neves. *Digesta*, vol. 3º. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 621.

<sup>52</sup> A questão é ainda mais grave, porque, ainda que o pedido para morrer seja formulado pelo próprio sujeito, o critério de diferenciação entre categorias de cidadãos é estabelecido por um terceiro e controlado por outros terceiros.

<sup>53</sup> CAMPOS, Diogo Leite. *As relações de associação, – o direito sem direitos*. Coimbra: Almedina. 2011. p. 104 s.

com base no mecanismo do contrato, através do qual o indivíduo lhe transfere parte dos seus direitos, de modo a garantir a ordem e sair do estado de natureza – e qualquer imposição ou proibição surge como anómala, como uma limitação da vontade do indivíduo<sup>54</sup>. A liberdade seria, então, a mera liberdade negativa, como ausência de constrição. A ela associar-se-ia uma ideia de liberdade positiva, entendida como autonomia ou poder de autodeterminação. Sem que, contudo, essa liberdade positiva seja, também ela, sempre adequadamente compreendida.

A morte a pedido representaria isso mesmo, uma forma de exercício da autonomia, ainda que de um modo radical e inultrapassável. A questão que se coloca é se ela poderá ser encarada como uma forma de exercício da liberdade, entendida em termos de autonomia, ou se representará antes, pela negação de valores essenciais, a destruição da própria liberdade. Os arautos da liberalização da eutanásia respondem afirmativamente à questão: para eles, a morte é digna porque expressão da vontade do sujeito. Não cremos, contudo, que tal corresponda à verdade. De facto, não há de ser qualquer critério optativo que pode ascender ao estatuto de móbil orientador de condutas a ser chancelado pelo direito. Ao admitir-se tal impositação do mundo, facilmente resvalaríamos na afirmação do direito como uma pura forma, desnudada que qualquer intenção material subjacente, e bem assim na afirmação do seu modo-de-ser totalmente dependente da prescrição legislativa. Ou seja, a afirmação de uma liberdade positiva desarraigada de um sentido ético subjacente que a vivifique só poderia ser logicamente aceite se, *a priori*, vissemos o direito como um arquétipo jurídico meramente formal, dado que a tutela da liberdade como mera possibilidade de escolha pessoal – independentemente da materialidade que subjaza ao critério mobilizado pelo agente – só é configurável se e na medida em que o direito se contentasse com a mera ordenação de condutas que aparentemente cairiam sob a chancela da liberdade.

A defesa da liberdade para morrer (quer essa morte seja consentidamente dada por outrem, quer seja perpetrada pelo próprio) alicerçada na ideia de autonomia do sujeito que pede para morrer não corresponde a uma forma legítima de exercício da liberdade e só pode ser assumida no quadro de um ordenamento jurídico que rejeite, para a fundamentação da juridicidade, qualquer pressuposto axiológico. Simplesmente, nesse contexto é a própria ideia de direito que se perde, ao perder-se a dimensão ética que o informa.

A ação livre não pode, pois, continuar a ser vista na solidão atomizante do homem-vazio que atende à sua vontade no sentido instintivo do seu ser. O posso, quero e mando em que ela se vem a traduzir desvirtua a dimensão em que se polariza e converte um valor num não-valor. A escolha livre deve, então, ser vista como a decisão que, na autodeterminação pessoal, não olvida a essência predicativa do ser pessoa<sup>55</sup>. Ou dito de outro modo, a liberdade só o é verdadeiramente, enquanto dimensão ontológica da pessoa, se ela não se descaracterizar, isto é, se for e enquanto for a manifestação da pessoalidade de quem a reivindica<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Cf. nota anterior.

Para o pensamento moderno, arauto do liberalismo, a liberdade – estribada no indivíduo – era vista de um prisma meramente negativo (cf., a este propósito, JAUME, Lucien. *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*. Paris: Fayard. 1997 e *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*. Paris: Fayard. 2000). Mas a visão libertária da liberdade não se confina ao passado, apresentando, atualmente, um peso específico grande. Pense-se em Rawls, Nozick e Hayek. Veja-se, ainda, MILL, Stuart. *Sobre a liberdade*. Lisboa: Edições 70. 2006. p. 106, onde transparece a ideia da liberdade apenas limitada pelo confronto com a esfera de liberdade alheia (“A liberdade do indivíduo tem de ter essa limitação; não pode prejudicar as outras pessoas”); SANDEL, Michael J. *O liberalismo e os limites da justiça*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005. p. 34.

<sup>55</sup> Cf. MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito do Direito e do Estado*, I. Coimbra: Coimbra Editora. 1995. p. 38-39.

<sup>56</sup> No fundo, o que se pretende salientar é que a liberdade não se reduz a um decidir no vago entre duas possibilidades de ação, porque isso não distinguiria, verdadeiramente, o homem de qualquer outro animal. A decisão livre implica – não sendo

Pelo que é, afinal, na caracterização da pessoa que vamos encontrar a matriz enformadora daquela, a partir da qual devemos pautar a nossa análise judicativa. Ora, o homem já não é identificado com o dessolidário eu, mas passa a ser compreendido na pressuposição de um tu. Como nos diz Cabral de Moncada, “a ideia de personalidade reclama a de outras personalidades (...). O *Eu* pressupõe e reclama o *Outro*; o *ego*, o *alter*. Ninguém pode sentir-se plenamente eu, pessoa, senão em frente de outros *eus*, outras pessoas ou personalidades”<sup>57</sup>. Porque o homem encerrado na sua identidade não é capaz de desenvolver a sua personalidade, ele só é pensável no encontro com o seu semelhante, através do qual se reconhece. Simplesmente, o outro a quem me dirijo não pode ser visto numa perspetiva instrumental. Como diria Castanheira Neves, o outro de que aqui se cura não é mera “condição de existência (pense-se na *Lebenswelt* e na linguagem)”, “condição empírica (pense-se na situação de carência e a necessidade da sua superação pela complementaridade e a participação dos outros)” ou “condição ontológica (pense-se no nível cultural e da existência, no nível de possibilidade do ser, que a herança e a integração histórico-comunitárias oferecem)”<sup>58</sup>. Pois se todas estas dimensões são relevantes na vivência da individualidade, elas por si só não arredam da conformação da ipseidade a recusa ética, pelo que só o respeito e o reconhecimento do outro como um fim em si mesmo podem permitir a plena assunção da dignidade de cada um. Com o que se encontra a dignidade do ser humano, não por derivação de uma qualquer característica ontológica, mas porque as exigências de sentido que lhe são comunicadas inculcam a necessidade do salto para o patamar da axiologia<sup>59</sup>. Se partimos exclusivamente do dado onto-antropológico não conseguimos,

possível nunca a redução da complexidade da eleição pelo absoluto conhecimento das conseqüências da ação – um salto qualitativo que, na sua radicalidade, e com toda a angústia mínima ou máxima que carrega, não pode ser dado no vazio, antes implicando uma referência de sentido: a pressuposição de algo, numa perspetiva empírica do tipo analógico, que, transcendendo a própria vontade arbitrária (ou a dimensão instintiva do desejo), o sustente. É por isso que uma decisão – qualquer que ela seja – pode ser explicada e fundamentada, havendo infundáveis – e quantas vezes insindicáveis – motivos para cumprir tal desiderato. Só que, do ponto de vista ético e jurídico – já que este faz apelo ao primeiro –, torna-se impropriedade o acolhimento da panóplia global de motivações individuais, na medida em que tal implicaria desconsiderar o cerne da pessoalidade em que ambas as ordens normativas se colimam. Donde resultam duas conseqüências. Do ponto de vista da liberdade, se esta é um atributo essencial da pessoa, o seu uso em contradição com a eticidade que a enforma e informa implica uma degradação da própria liberdade.

Por outro turno, do prisma da fundamentação do jurídico e da judicativa realização em que ele se cumpre, o desvalioso – porque contrário à dignidade da pessoa humana – não pode ser chancelado, num autismo obnubilador da axiologia fundamentante, como valioso por mero apelo a uma carapaça formal.

Cf. NEVES, Castanheira. **Questão de facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)**. A Crise. Coimbra: Almedina, 1967, pp. 472 a 474. Afirma o autor que, “no comportamento ético, o ego é pessoa, realidade axiológica, que se constitui pela referência e na vivência de uma ordem de valores, que não são objeto a apreender teoricamente, pois são a constitutiva dimensão axiológica da pessoa a revelar-se no seu próprio comportamento”. E mais à frente sustenta, impressivamente, que “o sujeito pode ter de abster-se de concluir cognitivamente, mas já não pode haver abstenção ética. A abstenção, a suspensão da ação e do juízo, é sempre no domínio ético ou farisaísmo [sendo o fariseu aquele que “se fecha à compreensão, que corta a comunicação da coresponsabilidade, isolando-se do outro, através de um véu de suposta pureza] ou imoral abdicação [própria do desinteresse ou da indiferença ética, que rompe a comunicação e se recusa à humana solidariedade]”. Castanheira Neves sublinha, portanto, a natureza do ser humano como um “ser com os outros numa coresponsabilidade moral”.

<sup>57</sup> MONCADA, Cabral de. **Filosofia do Direito**, vol. I. cit. p. 39. Cf., para mais desenvolvimentos sobre o ponto, NEVES, Castanheira. **Questão de facto**. cit. p. 725 e GONÇALVES, D. Costa. Pessoa e ontologia. uma questão prévia da ordem jurídica. In: **Estudos de Direito da Bioética**, vol. 2. Coimbra: Almedina. 2008. p. 155 s.

<sup>58</sup> Cf. NEVES, Castanheira. Pessoa, Direito e Responsabilidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, nº6. 1996. p. 9 a 4334.

<sup>59</sup> Cf. NEVES, Castanheira. Pessoa, Direito e Responsabilidade. cit. p. 34; BRONZE, Pinto. **A metodonomologia entre a semelhança e a diferença – reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora. 1994. p. 325-326; GONÇALVES, D. Costa. Pessoa e ontologia. uma questão prévia da ordem jurídica. cit. p. 154 e a interessante perspetiva comunicada por Bento XVI ao Parlamento Federal da Alemanha na sua viagem apostólica, a 22 de Setembro de 2011, referindo-se à dicotomia entre o ser e o dever ser e evidenciando que a fundamentação

concludentemente, aceder ao agir ético, porque ele, colocando-se no plano do dever ser, não pode ser colhido dedutivamente – à semelhança do que pretendia uma visão dedutiva jusnaturalista – do ser. O que este nos transmite é a impertinência racionalizante dos extremos: a solidão atomizante do individualismo e a sufocante hipertrofia socializante. Mas, se o plano do ser nos permite, logo, afastar determinadas mundividências jus-culturais, ela não logra, só por si, fundar a normatividade. A necessidade do outro não é impreterivelmente, como nos mostrou Castanheira Neves, a necessidade do agir ético, podendo cumprir-se na indiferença da sobreposição adjacente de existências que não se abrem ao outro nem atuam no âmago da sua dignidade humana.

Do plano filosófico e metodológico, a conclusão não será diversa. A fundamentação do jurídico no ontológico, do dever ser no ser não pode ser aceite na medida em que o direito não pode cumprir a sua função de validade “com o seu simples ser na realidade e com a realidade, mas mediante o transcender a realidade pressuposta numa intenção de validade que visa justamente realizar”<sup>60</sup>.

Ora, a verdade é que o direito é uma ordem normativa. Tem como finalidade ordenar condutas, para o que assume uma determinada intencionalidade, a traduzir uma validade. E, para que essa validade não resvale num sem sentido ordenador do encontro no mundo, ela não pode deixar de convocar – para ser verdadeiramente válida – uma axiologia fundamentante. Que vem a encontrar-se, afinal, naquele sentido de *dignitas* que a ética descobre no encontro – entendido no sentido do reconhecimento e do respeito – do *eu* com o *tu*<sup>61</sup>. Pelo que o reconhecimento da liberdade do homem e, concomitantemente, da sua

---

do jurídico no plano ontológico e da natureza só não é possível quando se olhe para esta de uma perspectiva que abandone a pressuposição de uma Razão Criadora que comunique à própria natureza determinadas regras. No fundo, a dimensão axiológica de que falamos continua presente na lição do Santo Padre, não se gerando, para o crente, qualquer contradição entre as duas leituras da juridicidade. Na verdade, o necessário salto axiológico a que nos referimos não implica a negação de uma Entidade Suprema, que dê ao ser os Seus princípios, antes evidenciando que não é possível colher o sentido do direito na realidade de que nos falam os autores que ainda comungam, consciente ou inconscientemente, de uma visão positivista da natureza.

<sup>60</sup> Cf. NEVES, Castanheira. **Questão de facto**. cit. p. 668.

Aliás, se não resistíssemos à tentação de deduzir a validade a partir da realidade do ser, poderíamos ser condenados a um modelo de juridicidade aparentado com o dedutivismo criticado em outros tempos e ficar enredados num conceptualismo que olvida o caso concreto.

Note-se, porém, que ao lançarmos mão do contributo fenomenológico, acabamos por negar, de todo o modo, uma mera referência cognitiva ao real e o formalismo – cf. NEVES, Castanheira. **Questão de facto**. cit. p. 696.

Cf. GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 5 s., para a caracterização da tradição jusnaturalista, quer de base onto-teológica, quer de base obsessivamente individualista, mostrando-se, assim, a distância que dessa impostação do jurídico nos separa.

<sup>61</sup> Cf. “Uma certa valoração remete necessariamente para um objeto com uma determinada e correlativa estrutura do ser. E essa estrutura ou modo de ser implica necessariamente um certo tipo de valoração (...)” Uma certa valoração “vai implicada se entre o objeto e a valoração se antecipasse uma unidade constitutiva intencional de que eles fossem faces correlativas. Ou então, se a estrutura objeto a ter em conta fosse mero correlato objetivo da valoração” – cf. NEVES, Castanheira. **Questão de facto**. cit. p. 725 s. Ou seja, e continuando a acompanhar o pensamento do autor que aqui acolhemos: “a valoração pressupõe o objeto que valoriza. E fá-lo para o julgar ou valorar. (...) Mas não se pode concluir que a valoração lhe vai referida em termos de nele próprio irem traçadas as linhas da sua integração axiológica”. Dito de uma forma mais direta, se o fundamento último da valoração for o próprio objeto valorado, o juízo a que acedemos não ultrapassa a mera explicitação do sentido daquele. Donde se conclui que o fundamento da juridicidade – não podendo ignorar a estrutura ontológica do ser humano – há-de fazer apelo a uma dimensão axiológica sem a qual a judicativa tarefa em que ela se realiza não se logrará cumprir.

No fundo, o que pretendemos mostrar em texto foi a necessidade de considerar, contra todo o racionalismo, o dado concreto do modo de ser do sujeito, para depois, transcendendo-o, o assumir como um ser de valor, isto é, que incorpora um determinado sentido de valor.

A liberdade a que aludimos colima-se, portanto, não no ser humano em si, mas no ser humano como pessoa, portador de uma ineliminável dignidade ética.

Voltando a Castanheira Neves, dir-se-á que “só deste modo o normativo e a sua valoração se fundam no ser e encontram limites imanentes no ser (...) A unidade entre o ser e valor tem de apelar a uma conceção metafísica do ser” (NEVES, Castanheira. **Questão de facto**. cit. p. 731), pelo que ultrapassa a mera descrição do fenómeno.

responsabilidade terá de surgir como um mínimo de sentido com base no qual o jurídico se edifica e cumpre o seu papel no todo social.

Esta liberdade, porque a ela recorremos na pressuposição da leitura ético-axiológica do dado ontológico, não é mera definição de uma esfera de não interferência do outro, sequer uma estrita possibilidade de escolha entre possibilidades de ação que olvide o outro – o *tu* – que, com a sua pretensão de respeito, e o convite à abertura de pontes de solidariedade comunicantes entre humanos, permite o reconhecimento da ineliminável dignidade ética do *eu*. É antes uma liberdade eticamente informada e enformada. Dessa liberdade – ainda pensável do ponto de vista atomizante da individualidade – decorre a ilegitimidade de qualquer imposição heterónoma que não tenha por objetivo a garantia da compossibilidade prática de existências paralelas, bem como o desvalor de qualquer comportamento que contenda com a esfera de domínio do sujeito. O acesso ao dado ontológico viabiliza a percepção da insustentabilidade de tal imposição, quando pensada na sua autossuficiência. Ela revela-se, na verdade, ficcional, intelectualizante e contraditória com o dado do ser real. O homem é incapaz de viver no isolamento da sua subjetividade, só se realizando plenamente, no plano material e espiritual, no encontro com o outro. A liberdade deixa de ser pensada de um prisma negativo para reclamar uma compreensão positiva, a traduzir-se na possibilidade de autodeterminação. Uma autodeterminação que coenvolve, na sua projeção efetiva, a possibilidade de escolha entre diversas possibilidades de ação. Nessa atuação optativa, nessa seleção de oportunidades, nesse dar a si mesmo a sua própria norma de conduta, prosseguindo os seus interesses, o ser humano leva a cabo uma tarefa judicativa, porque, no inapagável salto que qualquer decisão implica, ela reclama – na sua radicalidade – um mínimo de fundamentação, isto é, a mobilização de razões que justifiquem a eleição operada. Quantas vezes insindicáveis, elas podem estribar-se em diversas racionalidades. Sem que possam, indistintamente, ser consideradas valiosas do ponto de vista jurídico. Dá-se o salto do plano ontológico para o plano axiológico para, fundadamente, sustentar que uma validade que o queira ser não pode extrair do puro encontro de subjetividades o critério da sua fundamentação, pois que nada garante que o outro seja visto na sua total dignidade<sup>62</sup>. De outro modo, dir-se-á, acompanhando o ensinamento dos mestres em que nos estribamos e que oportunamente citámos, que, ao situarmo-nos nessa dimensão do ser, não conseguiremos nunca determinar qual das posições subjetivas – eventualmente em conflito – deve prevalecer, posto que só na pressuposição de uma intencionalidade, colhida numa ordem valorativa também pressuposta, é possível salvaguardar uma em detrimento da outra, sem resvalar no puro arbítrio. O fundamento da normatividade não pode deixar de ser colhido na ética, exceto se – posição que liminarmente rejeitamos – entendermos ver na juridicidade uma mera forma ordenadora de condutas. Não é o encontro do *Eu* com o *Tu* que permite fundar o dever ser. Mas já o será o encontro do *Eu* que olha para o *Tu* no sentido do respeito, o encontro do *Eu* que, reconhecendo-se como pessoa, dotada de uma ineliminável dignidade ética, vê no *Tu* um semelhante igual a si<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Por isso, considera-se também inconcludente a perspetiva filosófica de responsabilidade proposta por Habermas, decorrente da edificação das condições transcendentais da comunicação. Cf. HABERMAS. **Faktizität und Geltung. Beitrag zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Reichtstaats**. 4ª edição. Frankfurt: Ed. Suhrkamp. 1994).

Não é a definição das regras que viabilizem a situação discursiva ideal que logram a obtenção do reconhecimento ético entre iguais, no qual se pudesse fundar a responsabilidade.

<sup>63</sup> Nesse reconhecimento do *tu* interpõe-se a comunidade ética onde ambos se inserem e por meio da qual se responsabilizam eticamente com os outros. Cf., sobre o ponto, NEVES, Castanheira. O direito interrogado pelo tempo presente na perspetiva do futuro. **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXIII, 2007. p. 52 s. É que o reconhecimento da personalidade do outro implica um referente de sentido – e, portanto, o salto do plano ontológico para o plano axiológico – através do qual a presença dele como um igual se torna visível. A experiência solipsista – a mera consciência do *eu* – não logra garantir tal

Ora, com o exercício de uma pretensa autonomia que pretende fundamentar o fim da própria vida, o homem nega o seu estatuto de pessoa, porque corta radicalmente a ligação com o outro, que o permite ser na sua integral dignidade. Amputa os outros do *eu*, pelo que aquela suposta autonomia não poderá configurar o exercício de uma liberdade, pois não podemos ser *nós* sem esses *outros*.

## CONCLUSÃO

Um ordenamento jurídico que queira assumir-se verdadeiramente como um ordenamento de direito e do direito não pode reconhecer como legítimo um suposto direito ao aborto e à eutanásia. Nessa medida, as normas que os consagram não podem ser senão encaradas, do ponto de vista metodológico, como normas injustas, com todas as consequências que daí resultam.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. Homicídio a pedido da vítima. In: AA. VV. **Comentário Conimbricense do Código Penal**, Parte Especial, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 47 s.

ANDRADE, Manuel da Costa. Incitamento ou ajuda ao suicídio. In: AA. VV. **Comentário Conimbricense do Código Penal**, Parte Especial, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 75 s.

ANDRADE, Manuel da Costa. O aborto como problema de política criminal. **Revista da Ordem dos Advogados**, 1979, II, p. 293 s.

BARBOSA, Mafalda Miranda. A (im)pertinência da autonomização dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos. **Cadernos de Direito Privado**, n. 45, jan./mar. 2014. p. 3 s.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade civil**. Coimbra: Gestlegal, 2025.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual**. Cascais: Príncipia, 2013.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Responsabilidade civil: novas perspetivas em matéria de nexos de causalidade**. Cascais: Príncipia, 2014.

BARBOSA, Mafalda Miranda; ÁLVAREZ, Tomás Prieto. **O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sentido e limites**. Coimbra: Gestlegal, 2020.

---

desiderato, pelas idiossincrácias e por vezes perturbantes perceções individuais. Daí a referência ao terceiro de que nos fala Castanheira Neves.

---

BIANCA, M. L'aiuto al suicídio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicídio medicalizzato. **Il Corriere Giuridico**, 2020-2. p. 145.

BRONZE, Pinto. **A metodonomologia entre a semelhança e a diferença – reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAMPOS, Diogo Leite. A criança-sujeito: a vida intra-uterina. In: CAMPOS, Diogo Leite. **Nós – Estudo sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 57 s.

CAMPOS, Diogo Leite. O estatuto jurídico do nascituro. **Nós – Estudo sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 75 s.

CAMPOS, Diogo Leite. O início da pessoa humana e a pessoa jurídica. **Revista da Ordem dos Advogados**, 2001. p. 1257-1268.

CAMPOS, Diogo Leite. **As relações de associação, – o direito sem direitos**. Coimbra: Almedina, 2011.

COESTER-WALTIEN, Dagmar. Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des künftigen Vaters. **Neue Juristische Wochenschrift**, 1985. p. 2175 s.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português, I/III**. Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA, António Manuel Almeida. Aborto e direito penal. **Revista da Ordem dos Advogados**, 1984, III, p. 76 s.

DIAS, Jorge Figueiredo. Artigo 142º. In: AA. VV. **Comentário Conimbricense do Código Penal**, tomo I, 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FINNIS, John. The rights and wrongs of abortion: a reply to Judith Thomson. **Philosophy & Public Affairs**, vol. 2, n. 2, 1973. p. 117-145.

FRADA, Manuel Carneiro da. A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião. In: FRADA, Manuel Carneiro da. **Forjar o Direito**. Coimbra: Almedina, 2015.

FRADA, Manuel Carneiro da. Aborto e Direito: reflexões a propósito de um referendo. **Vida e Direito**, 1998. p. 102 s.

GARRY, Ann. Abortion: models of responsibility. **Law and Philosophy**, 2, 1983. p. 371-296.

GONÇALVES, D. Costa. Pessoa e ontologia. uma questão prévia da ordem jurídica. In: **Estudos de Direito da Bioética**, vol. 2. Coimbra: Almedina, 2008. p. 155 s.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung. Beitrag zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats**. 4ª edição. Frankfurt: Ed. Suhrkamp, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana a caminho de uma eugenia liberal?** Coimbra: Almedina, 2006.

- HRUSCHKA, Joachim. Zum Lebenrecht des Foetus in rechtsethischer Sicht. *Juristenzeitung*, 10, 1991. p. 507 s.
- JAUME, Lucien. *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*. Paris: Fayard, 1997.
- JAUME, Lucien. *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*. Paris: Fayard, 2000.
- MILL, Stuart. *Sobre a liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2006.
- MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito do Direito e do Estado*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- MORRONE, A. Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato/DJ Fabo. *Famiglia e diritto*, 3, 2020. p. 244.
- NEVES, A. Castanheira. Arguição nas provas de agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa – comentário crítico à lição O fim da vida e o direito penal. In: CASTANHEIRA NEVES. *Digesta*, vol. 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NEVES, Castanheira. O direito interrogado pelo tempo presente na perspetiva do futuro. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIII, 2007. p. 52 s.
- NEVES, Castanheira. Pessoa, Direito e Responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 6, 1996. p. 9 a 43.
- NEVES, Castanheira. *Questão de facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. A Crise. Coimbra: Almedina, 1967.
- OTERO, Paulo. *Direito da Vida/Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino*. Coimbra: Almedina, 2004.
- PINTO, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- REGAN, Donald H. Rewriting Roe v. Wade. *Michigan Law Review*, 77, 1979. p. 1569-1646.
- ROTH, Paul A. Personhood, property rights and the permissibility of abortion. *Law and Philosophy*, 2, 1983. p. 163-191.
- SANDEL, Michael J. *O liberalismo e os limites da justiça*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Teoria Geral do Direito Civil*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- STATHAM Jr., E. Robert. *The Constitution of Public Philosophy. Towards a Synthesis of Freedom and Responsibility in Postmodern America*. Lanham, New York, Oxford: University Press of America, 1998.
- THOMSON, Judith Jarvis. A defense of abortion. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, n. 1, 1971. p. 47-66.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez. In: CAMPOS, Diogo Leite; CHINELLATO, Silmara. *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

---

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

WELLMAN, Carl. The concept of fetal rights. **Law and Philosophy**, 21, 2002. p. 66 s.

## JURISPRUDÊNCIA

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15 -, Rn. (1-343).

ESTADOS UNIDOS. *Bonbrest v. Kotz*.

ESTADOS UNIDOS. *Dietrich v. Inhabitants of Northampton*.

ESTADOS UNIDOS. *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*

ESTADOS UNIDOS. *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey*.

ESTADOS UNIDOS. *Roe v. Wade*.

ESTADOS UNIDOS. *Zepeda v. Zepeda*.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 617/2006.

REINO UNIDO. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Pretty v. Reino Unido*, 2002.

## LEGISLAÇÃO

ALEMANHA. Lei Fundamental (Grundgesetz).

ALEMANHA. Código Penal (Strafgesetzbuch - StGB).

ITÁLIA. Constituição da República Italiana.

ITÁLIA. Código Penal.

PORTUGAL. Código Civil.

PORTUGAL. Código Penal.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa.