

decorrentes, quer de um efeito sobre o sistema nervoso central, quer da entrada de solução salina⁽¹²⁷⁾ na circulação sanguínea; a embolia gasosa cardíaca, pulmonar, cerebral ou em outros órgãos; acidentes anestésicos que conduzem a uma paragem cardíaca ou a uma aspiração pneumónica; e perturbações no índice de coagulação sanguínea da mulher⁽¹²⁸⁾.

Poucos são os estudos onde se procede à quantificação do grau de incidência das afecções descritas. Tal cálculo varia, aliás, de país para país, em função da qualidade e eficiência dos respectivos serviços médicos. Afirma-se, contudo, que o aborto apresenta muito maior perigo para a saúde da mãe do que a condução da gravidez ao seu termo⁽¹²⁹⁾. Num estudo realizado, entre Janeiro de 1972 e Junho de 1979, sobre 802 mulheres que haviam praticado abortos *legais*, o médico norte-americano Matthew J. Bulfin detectou *graves* perturbações físicas ou psíquicas em 159 das pacientes (= 19,9 %), demonstrando os relatórios médicos de 643 (= 80,1 %) que a

(127) Isto, quando a técnica utilizada consiste na infusão de solução salina no líquido amniótico; cfr. R. A. Watson (n. 32), pp. 136-137, *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 40, e Th. W. Hilgers (n. 56), p. 71.

(128) Sobre todas as complicações por último enunciadas, ver *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), pp. 39-40, e Th. W. Hilgers (n. 56), p. 71.

(129) Th. W. Hilgers (n. 56), pp. 67 e ss., R. A. Watson (n. 32), p. 141, e, na sequência da prática de 1.182 abortos legais, J. A. Stallworthy/A. S. Moolgaoker/J. J. Walsh, *Legal Abortion: A Critical Assessment of its Risks*, in «Lancet», 1971, pp. 1245-1249.

intervenção tinha constituído uma experiência dolorosa e traumatizante (130).

Quanto às chamadas complicações «mediatas» ou «lon-

(130) Cfr. Matthew J. Bulfin (n. 113), pp. 146 e ss.. Relativamente à amostra que serviu de base ao estudo, e em função dos resultados obtidos, o Autor apresenta nos o seguinte quadro de complicações pós-aborto:

CLASSIFICATION OF TYPES OF COMPLICATIONS
IN 159 PATIENTS FOLLOWING LEGAL ABORTIONS

	N.º	%
Sepsis, peritonitis, endometritis, salpingitis, abscess	41	25.79
Mental and psychologic sequelae	23	14.47
Hemorrhages: recurrent and disabling	20	12.58
Infertility: repeated miscarriages	14	8.81
Re-operations: laparotomy, hysterectomy and D&Cs	13	8.18
Uterine and cervical trauma: perforations, lacerations	12	7.55
Second trimester syndrome (fetus expelled: patient unattended)	8	5.02
Menstrual dysfunction: oligomenorrhea and amenorrhea	8	5.02
Pelvic pain syndrome	8	5.02
Abortion done: patient not pregnant	4	2.52
Hysteria following expulsion of recognizable fetal parts	3	1.89
Marital breakup	2	1.26
Severe kidney damage	2	1.26
Resection of ileum: colostomy	1	.63
TOTAL	159	100.00 %

Por sua vez, na sequência de um *follow up* de dez/quinze anos sobre cinquenta e duas (52) mulheres que haviam sido hospitalizadas para a prática de um aborto na primeira gravidez, Stanislaw Z. Lembrych, *Fertility Problems Following an Aborted First Pregnancy*, in Th. W. Hilgers/D. J. Horan/David Mall (edts.), «New Perspectives on Human Abortions»,

gínquas», refere-se que a prática de um aborto aumenta a probabilidade (131)

- de esterilidade, em 10-20 %;
- de frigidez, em 14-33 %;
- de partos prematuros nas gravidezes seguintes, em 40 %;
- de ocorrência de gravidezes ectópicas ou extra-uterinas, em 100-150 %;
- de patologia pélvica, em 400 %;
- e de morte infantil peri-natal, em 50 %.

Acresce que os resultados de estudos de carácter empírico apontam no sentido de que a prática do aborto pode afectar a saúde dos futuros filhos. Assim acontece, desde logo, de

Frederick/Maryland (U.S.A.), 1981, p. 131, apresenta-nos o seguinte quadro:

TABLE 2

	N.º	%
Failure to Conceive	6	11.5
Threatened Abortion	7	13.5
Spontaneous Abortion	14	26.9
Extrauterine Pregnancy	1	1.9
Insufficiency of Cervix	3	5.8
Immature or Premature Delivery	9	17.3
Postpartum Hemorrhage	4	7.7
Total Number with Complications	25	48.1

* Some patients exhibited more than one of the above complications.

(131) A propósito das cifras apontadas de seguida cfr., por todos, Th. W. Hilgers (n. 56), pp. 72-75, Leslie Iffy/Garry Frisoli/Antal Jakobovits (n. 20), pp. 93 e ss., Matthew J. Bulfin (n. 113), *passim*, Stanislaw Z. Lembrych (n. 130), pp. 128 e ss., *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), pp. 42-43, *L'avortement provoqué* (n. 54), pp. 25-26, Pedro P. Adragão (n. 36), pp. 25-26, B. Forcano (n. 32), pp. 45-46, e Y. Haya-saka/H. Toda/T. Ueno/M. Ishizaki/A. Zimmerman (n. 26), pp. 17-18, bem como o respectivo *anexo IV*, p. 39, onde se transcrevem os resultados de um inquérito ordenado pelo Primeiro Ministro japonês em 1969.

uma forma indirecta, ao aumentar a probabilidade dos partos prematuros que, segundo a experiência, constituem a principal causa de anomalias (físicas ou psíquicas) congénitas (132). No cômputo geral, o cientista alemão Dinnage calculou que o aborto implica o aumento daquelas malformações de 1% para 64% (133).

Um último aspecto respeitará à comparação das *taxas de mortalidade* verificadas no aborto *legal* com as que se observam na gravidez não interrompida (134). As estatísticas relativas à generalidade dos países ocidentais indicam que as primeiras correspondem, aproximadamente, ao dobro das segundas. De acordo com fontes dignas de crédito apresenta-se, neste contexto, o seguinte quadro:

	Ano	Número de abortos legais	Mortalidade por 100 000 abortos legais	Mortalidade por 100 000 nascimentos
Dinamarca (135)	1960-66	27 435	30	10-20
Suécia (136)	1960-66	30 600	39	14,0
Canadá (137)	—	—	36	20
Oregon (U.S.A.) (138) .	1970	7 196	13,9	8,4
Maryland (U.S.A.) (139)	1968-70	7 664	40,5	23,1

(132) Por todos, Th. W. Hilgers (n. 56), p. 72 — que remete para A. J. Schaeffer, *Diseases of the Newborn*, 2.^a ed., Philadelphia (U.S.A.), 1966. Analogamente, é opinião unânime entre a generalidade dos especialistas húngaros *favoráveis* ao aborto, que a liberalização total deste último constituiria uma «catástrofe nacional», cujas consequências ultrapassariam, de longe, os efeitos da talomida; cfr. Leslie Iffy/Garry Frisloi/Antal Jakobovits (n. 20), pp. 106 e 121, bem como a bibliografia aí citada.

(133) *Apud*, Pedro P. Adragão (n. 36), p. 26.

(134) Reportar-nos-emos aqui, obviamente, apenas à mortalidade observada no aborto *legal*. A respeito do aborto *ilegal* ou *clandestino*, ver, *supra*, nota (26).

(135) Th. W. Hilgers (n. 56), p. 62, e B. Forcano (n. 32), p. 46.

(136) Th. W. Hilgers (n. 56), p. 62, B. Forcano (n. 32), p. 46, e Pedro P. Adragão (n. 36), p. 26.

(137) B. Forcano (n. 32), p. 46.

(138) Th. W. Hilgers (n. 56), p. 62.

(139) *Ibidem*.

O mesmo se diga no tocante aos abortos praticados durante os três primeiros meses de gravidez, período em que, de harmonia com opinião muito divulgada, os riscos para a vida da mãe são sensivelmente menores. Se não vejamos⁽¹⁴⁰⁾:

	Ano	Número de abortos legais durante o 1.º trimestre	Mortalidade por 100 000 abortos	Mortalidade por 100 000 nascimentos
Dinamarca	1961-66	8 684	23,0	10-20
Oregon (U.S.A.)	1970	5 351	18,6	8,4

Os resultados expostos⁽¹⁴¹⁾ encontram-se confirmados por um estudo realizado nos E.U.A.⁽¹⁴²⁾, onde se analisam as taxas de mortalidade depois da legalização da interrupção voluntária da gravidez. Com efeito, aí se demonstra que tal reforma legislativa em nada influiu na diminuição gradual das taxas gerais de mortalidade maternal, facto que se vinha observando muito antes daquela legalização⁽¹⁴³⁾. Por outro

(140) Os dados constantes do quadro seguinte encontram-se referidos em Th. W. Hilgers (n. 56), p. 64.

(141) As estatísticas dos países socialistas apontam no sentido diametralmente oposto, atribuindo ao parto uma taxa de mortalidade bastante mais elevada do que a do aborto. De acordo com os especialistas — *até incluídos os dos próprios países do leste europeu* — tais números são, contudo, *inexactos*. Cfr. Th. W. Hilgers (n. 56), pp. 64-65, e Th. W. Hilgers/D. O'Hare (n. 32), pp. 84 e ss..

(142) Th. W. Hilgers/D. O'Hare (n. 32), pp. 71 e 74 e ss..

(143) *Ibidem*, pp. 70 e ss., esp., p. 84, onde se refere que, nos E.U.A., não se detectou qualquer alteração nas taxas de mortalidade verificadas no aborto provocado durante os últimos *trinta* (30) anos. A partir daí concluem os Autores que «(...) While maternal deaths due to criminal abortion appear to be decreasing, they have been replaced, almost one for one, by maternal deaths due to legal abortions». Analogamente, Y. Hayasaka/H. Toda/T. Ueno/M. Ishizaki/A. Zimmerman (n. 26), pp. 15-20, declararam que *o aborto legal não se demonstrou, no Japão, sensivelmente mais seguro do que o clandestino*.

lado — e considerando os dados relativos aos anos de 1972 a 1977 —, aí se concluiu, também, que os índices de mortalidade do aborto se revelavam significativamente superiores aos da gravidez não interrompida (nestes últimos se incluindo todos os casos de morte decorrente de abortos espontâneos) (144).

5. Efeitos da legalização da interrupção voluntária da gravidez sobre o aborto clandestino

Conforme se assinalou, um dos argumentos a favor da legalização da interrupção voluntária da gravidez consiste na asserção de que através dela se eliminará o «flagelo social» do aborto clandestino (145). As investigações de carácter empírico, levadas a cabo em países onde se operou aquela reforma, afastam a verosimilhança de uma tal expectativa.

Assim, e em primeiro lugar, afirma a generalidade dos autores que a aludida legalização, para além de não eliminar o aborto clandestino, implica um aumento no cômputo *global* do aborto (legal + clandestino) (146). Num estudo realizado em Estocolmo (Suécia), no ano de 1951, por Ingleman-Sundberg — continuado em 1968, por Huldt —, concluiu-se que a *legalização da interrupção voluntária da gravidez, aí verificada, não*

(144) Th. W. Hilgers/D. O'Hare (n. 32), pp. 84 e ss., esp. pp. 87-89, onde se encontram tabelas comparativas das taxas de mortalidade no aborto e no parto.

(145) Neste sentido, por todos, G. Grünwald (n. 4), p. 203, J. Pinatel (n. 30), *passim*, M. Costa Qndrade (n. 2), *passim*, esp. pp. 16-21, e A. Carvalho Martins (n. 4), pp. 63-66.

(146) Por todos, *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), pp. 45-46, *L'avortement provoqué* (n. 54), p. 49, B. Forcano (n. 32), pp. 42-43, Pedro P. Adragão (n. 36), pp. 13-17, F. E. Mecklenburg (n. 32), pp. 50-51, E.-W. Hanack (n. 30), pp. 212-213 e 216, Y. Hayasaka/H. Toda/I.T. Ueno/M. Ishizaki/A. Zimmerman, (n. 26), p. 10, e René Bel, *O Aborto em Inglaterra, in «Acção Médica», 1974 (n.º 1 — Março), pp. 37-38.*

bavia importado qualquer redução no número de abortos clandestinos (147). No mesmo sentido apontam as investigações respeitantes à situação verificada nos restantes países em que o aborto constitui uma prática lícita (148).

À luz do exposto, afigura-se, pois, de concluir que a legalidade da interrupção voluntária da gravidez não evita o aborto clandestino, nem as nefastas consequências dele resultantes. O que equivale a dizer que, também no plano da pragmática política criminal, âmbito em que, via de regra, se tem pretendido encontrar o respectivo fundamento, aquela legalização se apresenta como inútil e, portanto, de todo injustificada.

II

O ABORTO NA PERSPECTIVA DA POLÍTICA CRIMINAL

1. Considerações preliminares

Analisada a questão do aborto no plano fáctico das suas causas e consequências, é chegada a altura de a perspectivarmos do ponto de vista jurídico. Como referimos (149), a exposição subsequente situar-se-á, sobretudo, na órbita da política criminal.

(147) A. Ingleman-Sundberg, *Svenska Läk-Tidn*, 48 (1951), p. 1017, e L. Hultdt, *Outcome of Pregnancy When Legal Abortion is Readily Available*, in «Lancet», 1968, pp. 467-468, *apud*, F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 51. Analogamente, E.-W. Hanack (n. 30), pp. 220-221.

(148) Por todos, ver Pedro P. Adragão (n. 36), pp. 13 e ss., E.-W. Hanack (n. 30), pp. 211 e ss., A. Piñero (n. 10), p. 30, F. E. Mecklenburg (n. 32), pp. 50-51. Relativamente à Grã-Bretanha, a própria «Comissão Lane» concluiu que o número dos abortos clandestinos deve ser idêntico ao dos legais; cfr. René Bel (n. 146), pp. 37-38 e, também, Hanack (n. 30), p. 215.

(149) Cfr., *supra*, a «Introdução».

Já constitui hoje quase um lugar comum afirmar-se que ao direito penal cumpre, tão-só, a tutela das condições necessárias ou indispensáveis à subsistência da colectividade e à livre realização da pessoa (150). Conforme ao pluralismo implícito à ideia de um Estado de Direito Material, de cariz democrático, daquele ramo jurídico se excluem, assim, quaisquer dogmatismos ideológico-políticos, moralistas ou religiosos, dependendo a concreta definição dos seus contornos de um estrito critério de *necessidade social*. Esta uma máxima que, de acordo com opinião muito difundida, obteve, aliás, consagração ao nível da própria Constituição da República Portuguesa de 1976 (revista em 1982). Aí se estabelece que «a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» (art. 18.º, n.º 2) (151).

Como decorre do preceito transcrito, note-se, porém, que a intervenção do critério da *necessidade social* não se esgota na simples dimensão «axiológica» do afastamento das aludidas conotações ideológico-políticas, morais e religiosas do âmbito da incriminação. Ademais, ele integra, ainda, um conteúdo de índole «utilitária», atinente à operacionalidade prática da punição. Atento o carácter gravoso das reacções cri-

(150) Por todos, Eduardo Correia, *Introdução ao Direito Penal Económico*, in «Revista de Direito e Economia», 1977, pp. 10 e ss. e 14 e ss., Idem, *As Grandes Linhas da Reforma Penal*, in «Jornadas de Direito Criminal (o Novo Código Penal e Legislação Complementar)» fase I, publ. do C.E.J., Lisboa, 1983, pp. 22-23, J. Figueiredo Dias, *Les Nouvelles Tendances...* (n. 3), pp. 194 e ss., Idem, *Os Novos Rumos...* (n. 3), pp. 11 e ss., e Idem, *Direito Penal e Estado de Direito Material. Sobre o Método, a Construção e o Sentido da Doutrina Geral do Crime*, in «Rev. de Direito Penal», Rio-de-Janeiro (Brasil), n.º 31 (1981), pp. 40 e ss..

(151) O sublinhado da transcrição é nosso. No sentido de retirar do citado preceito constitucional aquela orientação político-criminal, Eduardo Correia, *As Grandes Linhas...* (n. 150), p. 22.

minais, que, em qualquer das modalidades, importam uma forte restrição dos chamados «direitos, liberdades e garantias», a sua cominação só se encontrará justificada desde que constitua meio *necessário* ou *imprescindível* para a tutela dos interesses em causa. Numa palavra, mesmo que, de acordo com o quadro de valores vigente na comunidade, o bem jurídico possua uma certa ressonância ética, o legislador deverá abster-se de decretar medidas criminais para as condutas que o violarem, desde que sanções de natureza diversa (*v.g.*, civil, administrativa ou de mera-ordenação-social) se revelarem suficientes para satisfazerem as exigências da prevenção. Nisto se traduz o tantas vezes proclamado carácter *subsidiário* ou *fragmentário* do direito penal, enquanto *ultima ratio* da política social⁽¹⁵²⁾.

Sintetizando, dentro da perspectiva político-criminal — em que, de resto, se situam os autores favoráveis à legalização do aborto —, a questão de saber se determinado bem jurídico tem (ou não) «dignidade penal» passa pelo preenchimento cumulativo de dois requisitos. Por um lado, aquele bem jurídico terá de ser considerado — sem a interferência de postulados ideológico-políticos, morais ou religiosos — de precípua importância para a convivência comunitária e para a livre realização da pessoa (*dimensão axiológica*); por outro lado, os mecanismos sancionatórios do direito penal deverão assumir o carácter de meio necessário ou imprescindível para a respectiva preservação, em termos de, mediante o seu emprego, se obtiverem mais vantagens do que prejuízos (*dimensão pragmática ou utilitarista*)⁽¹⁵³⁾.

Não discutiremos aqui, em tese geral, a validade desta concepção. Ao coincidir com o ponto de vista adoptado pelos

(152) Cfr. *obs. cit.*, *supra*, nota (150).

(153) Estas as duas coordenadas que, embora utilizando uma diferente terminologia, M. Costa Andrade (n. 2), pp. 3 e ss., tem também presentes, ao referir que a análise político-criminal se desdobra por duas questões fundamentais: a da *legitimidade* e a da *eficácia* da punição.

defensores da legalização do aborto, ela constituirá a plataforma comum de debate que nos propusemos manter, logo no início do presente estudo⁽¹⁵⁴⁾. De seguida, ao discutirmos o bem fundado da licitude da interrupção voluntária da gravidez, contemplaremos, por isso, os dois assinalados vectores por que se desdobra a análise político-criminal do problema. Para maior simplificação expositiva, começaremos pelo aspecto referido em último lugar, ou seja, pela pragmática ponderação das vantagens e desvantagens resultantes da intervenção do direito penal no domínio em apreço⁽¹⁵⁵⁾. Só num segundo momento nos interrogaremos acerca da específica natureza da vida intra-uterina enquanto «bem jurídico»⁽¹⁵⁶⁾

2. As consequências práticas da criminalização e da descriminalização do aborto

Ao longo das páginas precedentes, já nos reportámos às consequências que provêm, tanto da legalização da interrupção voluntária da gravidez, como do aborto clandestino. Em ordem a encontrar o adequado enquadramento conceitual da respectiva fenomenologia, a mais moderna literatura jurídica tem analisado a questão na órbita dos chamados «crimes sem vítima» (*crimes without victims* ou *victimless crimes*)⁽¹⁵⁷⁾.

Naquela categoria — cuja designação se ficou a dever, em 1965, a Edwin Schur⁽¹⁵⁸⁾ — se incluem condutas como, por

(154) Ver, *supra*, a «Introdução».

(155) *Infra*, n.º 2.

(156) *Infra*, n.º 3.

(157) Sobre a problemática dos *crimes without victims*, em geral, ver, por todos, E. Schur/H. A. Bedau, *Victimless Crimes. Two Sides of a Controversy*, New Jersey, 1974, *passim*, M. Costa Andrade, *A Vítima e o Problema Criminal*, (n. 96), esp. pp. 99 e ss., e *Idem* (n.º 2), pp. 10 e ss..

(158) E. Schur, *Crimes Without Victims*, New Jersey, 1965.

exemplo, o aborto, o homossexualismo, a prostituição, a pornografia, a corrupção, o contrabando e todas as formas de mercado negro. De um modo geral, os crimes sem vítima recobririam situações da vida em que se verifica a «permuta voluntária de bens ou serviços muito desejados, proibida e sancionada por leis que normalmente não se aplicam e têm, além disso, um papel promotor de patologias secundárias ou derivadas» (159). Como decorre do exposto, a tais delitos estaria, assim, subjacente uma relação de solidariedade e «consenso» entre o agente e a vítima, diametralmente distinta da oposição que existe na generalidade dos crimes. De acordo com os partidários da construção, «nesses casos, a 'ofensa' consiste, pois, numa transacção consensual — em que uma pessoa dá ou vende a outra qualquer coisa que ela deseja» (160). Nenhum dos intervenientes na aludida transacção de bens ou serviços se assume, a si próprio, como vítima de uma infracção, pelo que, segundo Quinney, em semelhantes hipóteses só poderá falar de crime um terceiro que nele não participou (161).

A esta figura do «crime sem vítima» em *sentido estrito* — a que corresponde, do lado passivo, a chamada *willing victim* (162) — juntaram os estudiosos outros sectores da delinquência, que se apresentavam idênticos sob o ponto de vista estrutural e funcional, dando origem ao conceito de «crimes sem vítima» em *sentido amplo*. Aí se passaram a abranger, também, ao lado da *willing victim*, os casos de «vítima inconsciente» e de «vítima abstracta», categorias que abarcam, por exemplo, grande parte das infracções contra o consumidor, a fraude

(159) E. Schur, (n. 158), *apud* M. Costa Andrade (n. 2), p. 11.

(160) E. Schur/H. A. Bedau (n. 157), p. 6.

(161) *Ibidem*, pp. 6-7.

(162) Com a expressão *willing victim* — cuja formulação se deve a Lafave e que, numa tradução literal, abrange precisamente a vítima que «desejou sê-lo», que se «colocou de modo voluntário nessa mesma posição de vítima» — põe-se, de novo, a claro o assinalado elemento «consensual» que medeia entre o agente e o ofendido nos «crimes sem

fiscal, a concorrência desleal, as práticas restritivas da concorrência e, em termos aproximados, todos os delitos anti-económicos ⁽¹⁶³⁾.

Ao partirmos da inclusão do aborto no assinalado conceito de «crime sem vítima», *em sentido estrito*, não vamos agora discutir a concepção de índole privatística que, de certo modo, aquela construção encerra acerca da noção de bem jurídico-criminal ⁽¹⁶⁴⁾. Além desse ponto de vista contrariar a perspectiva adoptada, de forma pacífica, na doutrina e no direito positivo português, a sua análise exorbitaria os objectivos do presente número. Por sua vez, também deixaremos de lado a questão, relacionada com o aspecto precedente — e, em nosso entender, altamente duvidosa —, de saber se se pode dizer que

vítima» *em sentido estrito*. Sobre este ponto, em pormenor, M. Costa Andrade, *A Vítima...* (n. 96), pp. 104 e ss.

⁽¹⁶³⁾ Sob a designação de *vítima inconsciente* reúnem-se todos os casos em que a vítima não representa (i. é, não tem consciência de) que está sendo alvo de um crime. Assim acontece, por exemplo, na generalidade das infracções contra o consumidor (v.g., venda de produtos adulterados na sua qualidade ou quantidade, prestação de serviços de cariz altamente tecnificado, que escapam ao controlo do homem comum) e, de um modo geral, com toda a criminalidade peculiar das sociedades modernas, cuja execução reveste uma natureza sofisticada e, por isso mesmo, assume um carácter de *invisibilidade* (v.g., no âmbito do *white-collar crime* e do direito penal económico).

Ao invés, os crimes de *vítima abstracta* não se dirigem, de forma imediata, contra uma pessoa singular «determinada». Afectando directamente entidades supra-individuais (v. g., o Estado, a ordem jurídica, a ordem económica), os prejuízos deles resultantes «pulverizam-se» por uma infinidade de vítimas — ou sejam, tantas quantas as que integram a sociedade em causa. Assim acontece, por exemplo, com a fraude fiscal, as práticas restritivas da concorrência, a concorrência desleal e os crimes contra o meio ambiente. Em todos estes casos se depara com uma grande «distância» entre o delinquent e os ofendidos, circunstância que, ao alterar o «ritual da vitimização normal», levou os criminólogos a associar tais hipóteses à categoria do *victimless crime* em «sentido amplo». No presente contexto ver, detalhadamente, M. Costa Andrade, *A Vítima...* (n. 96), pp. 99 e ss.

⁽¹⁶⁴⁾ A tal propósito, particularmente elucidativo, cfr. E. Schur/H. A. Bedau (n. 157), pp. 6-7.

a mulher ocupa o lugar da «vítima» no aborto clandestino, embora, como se afirma, sem que disso tenha consciência, nem «assuma o respectivo papel» (165). Ao invés, ocupar-nos-emos, apenas, das consequências práticas da relação de solidariedade que medeia entre o delinquente e a «dita» vítima nos *crimes without victims*, bem como da «descriminalização» que, a partir daí, muitos autores aconselham para esse domínio — e, portanto, também para a interrupção voluntária da gravidez. Vários argumentos se apontam neste sentido:

Assim, sendo certo que cerca de 90 % dos casos tratados pelas instâncias formais de controlo (*v.g.*, polícias e tribunais) resultam de uma prévia participação da vítima (166), a solidariedade existente entre esta e o criminoso nos delitos em apreço, ao afastar a possibilidade de uma tal participação, implica a ocorrência de amplas *cifras negras*. A criminalização do aborto apresentar-se-ia, então, ineficaz sob o ponto de vista dos resultados práticos (167).

Para além de não impedir a sua realização, a circunstância de se considerar a interrupção da gravidez como um facto criminoso traduzir-se-ia, ademais, numa espécie de protecção dos operadores ilícitos, que ficariam colocados numa situação de «monopólio», sem a concorrência de quaisquer outras entidades. Consequência tanto mais grave quando se reconheceria ser esse, em função dos avultados lucros que propicia, um

(165) Evidenciando a posição que agora se critica no texto, por todos, E. Schur/H. A. Bedau (n. 157), p. 7, M. Costa Andrade (n. 2), pp. 11-12 e 16, e J. Pinatel (n. 30), p. 745.

(166) Neste sentido, M. Costa Andrade, *A Vítima...* (n. 96), p. 88, e, baseando-se numa investigação levada a cabo em Stuttgart (Alemanha Federal), Egon Stephan, *Die Stuttgarter Offenbefragung. Eine kriminologisch-viktimologische Analyse zur Erforschung des Dunkelfeldes unter besonderer Berücksichtigung der Einstellung der Bevölkerung zur Kriminalität*, in «Empirische Kriminologie. Ein Jahrzehnt kriminologischer Forschung am Max-Planck-Institut Freiburg i. Br.», Freiburg, 1980, p. 43.

(167) Cfr., por todos, J. Pinatel (n. 30), esp. p. 48, e M. Costa Andrade (n. 2), pp. 16-17.

importante factor para o surgimento de «sindicatos do crime» e do «crime organizado» (168).

Acresce que a manutenção da «clandestinidade» do aborto importaria *custos sociais* elevadíssimos, consubstanciados nas altas taxas de mortalidade e morbidade maternas que nele se observam, devido às precárias condições em que, via de regra, tem lugar. Dado que os perigos para a vida e a saúde da mãe desapareceriam no caso de o aborto se praticar em clínicas ou hospitais especializados, seria este mais um argumento, dentro dos quadros pragmáticos da política criminal, a favor da legalização da interrupção voluntária da gravidez (169).

Por fim, a criminalização do aborto privilegiaria as camadas economicamente mais favorecidas, transformando-se, assim, num poderoso *mecanismo de selecção* quanto ao recrutamento dos delinquentes. Com efeito, as pessoas pertencentes aos extractos superiores sempre poderiam recorrer ao chamado «turismo abortivo» ou, pelo menos, praticá-lo-iam em condições menos degradantes, tendo ao seu alcance «(...) mais sólidas e insuperáveis resistências à devassa das autoridades» (170).

Pese embora a importância dos aspectos enunciados, não se afigura que, *mesmo do ponto de vista utilitário da política criminal*, a que agora nos circunscrevemos, se encontre justificada a legalização da interrupção voluntária da gravidez. E isto, porque a uma tal reforma legislativa se ligam custos sociais bem mais pesados do que aqueles que decorrem do próprio aborto clandestino.

Começando pelo argumento referido em último lugar, importa desde já esclarecer que a legalização do aborto — ao menos nos moldes por que se verificou na generalidade dos países, e também no nosso — não se apresenta como meio

(168) M. Costa Andrade (n. 2), pp. 14-15.

(169) Por todos, J. Pinatel (n. 30), p. 746, e M. Costa Andrade (n. 2), pp. 18-19.

(170) M. Costa Andrade (n. 2), p. 15.

adequado para pôr termo ao aludido carácter «selectivo» da justiça penal nesse domínio. Com efeito, atenta a circunstância de que os casos de indicação terapêutica sempre estariam a coberto de uma causa de justificação e, por outro lado, as hipóteses eugénica e ética ou criminológica são raríssimas (171), a legalização do aborto viria, sobretudo, contemplar a chamada indicação económico-social (172). Ora, conforme se assinalou, a larga maioria das interrupções voluntárias da gravidez integráveis naquela categoria ocorre em pessoas de elevado e médio estatuto sócio-económico, só uma percentagem *mínima* se ficando a dever à insustentável sobrecarga financeira que resultaria para o agregado familiar do nascimento de mais um filho (173). Numa palavra, a legalização do aborto, por referência ao *status quo* anterior a tal reforma legislativa, «beneficia» sobretudo os extractos mais favorecidos da população, parecendo, a partir daqui, descabido invocar a seu favor razões de índole *predominantemente* democrática ou no sentido de uma maior igualdade da justiça penal. Com o exposto, não se exclui que a assinalada legalização venha, também, a abranger os menos favorecidos sob o ponto de vista económico e social. Não é esse, porém, o seu principal impacto ao nível das consequências que efectivamente se lhe seguem e, doravante, ficam recobertas pelo manto da licitude (174).

Acresce que, após a legalização, a prática de um aborto se encontra, ainda, condicionada pela verificação de certos requisitos pré-estabelecidos. Assim acontece em todas as ordens jurídicas, mesmo nas que adoptam uma posição mais liberal na matéria. Daí que, a aceitar-se o aludido efeito de «selecção», ele continue a manifestar-se no presente contexto. Nomeadamente, sempre que, de acordo com a lei do país, não se encontrem preenchidos todos os requisitos para a prática de um aborto legal. Também nessas hipóteses as classes favoreci-

(171) Cfr., *supra*, I, 2. a), b) e c).

(172) Cfr., *supra*, notas (109) a (111) e texto correspondente.

(173) *Supra*, I, 2. d).

(174) *Ibidem*.

das têm ao seu dispor o «turismo abortivo» para Estados com legislações mais permissivas, ou, pelo menos, usufruem de «(...) mais sólidas e insuperáveis resistências à devassa das autoridades», colocando-se numa posição de privilégio por referência aos demais (175). O que equivale a dizer que os termos por que tem sido proclamada a desigualdade de tratamento das pessoas no âmbito do aborto, consoante a respectiva capacidade económica, em nada se alteram com a legalização da interrupção voluntária da gravidez, não podendo, por isso, constituir argumento válido a seu favor.

Contra a criminalização do aborto apontam-se, ainda, duas razões que, de resto, acabam por se encontrar numa relação de recíproca complementaridade. A saber: *de uma parte*, as largas «cifras negras», que se observam na esfera da repressão do aborto clandestino, demonstrariam a inutilidade da correspondente incriminação que, além de não importar qualquer redução no espectro daquele fenómeno social, redundaria, por isso mesmo, em desprestígio para a própria lei; *de outra parte*, à ineficácia da referida incriminação na prevenção do aborto ilícito acresceriam os elevados custos da «clandestinidade», traduzidos nas altas taxas de mortalidade e morbidade maternas que aí se observam.

Quanto ao primeiro aspecto — i. é, à existência de amplas «cifras negras» — não se afigura que, por si só, constitua motivo bastante para a descriminalização. Como se assinalou, em cerca de 90 % dos casos, a actuação das polícias assenta numa prévia participação ou denúncia dos particulares (176). Ora, «inquéritos de vitimização» realizados nos últimos anos vieram demonstrar que se verifica uma significativa diferença entre o número dos delitos que efectivamente ocorrem (= criminalidade real) e o número dos delitos de que a polícia, enquanto primeira linha das instâncias formais de controlo,

(175) *Supra*, nota (170).

(176) *Supra*, nota (166).

chega a tomar conhecimento (177). Tal discrepância de cifras encontraria a sua principal razão de ser na ausência de participação pelas pessoas que presenciaram a prática do crime ou que nele figuraram como vítimas — facto que, por sua vez, radicaria em factores como «a não confiança na operacionalidade dos órgãos de investigação criminal», «o entender-se que o assunto é de natureza privada», «o desejo de evitar incómodos», «a diminuta gravidade dos prejuízos» ou «o medo de posteriores represálias por parte dos delinquentes» (178). Este um fenómeno detectável na generalidade das infracções pertencentes à área do chamado direito penal «clássico» (179) e

(177) Sobre este ponto, em geral, Egon Stephan (n. 166), pp. 42 e ss., Bernhard Willmow, *Dunkelfeld und registrierte Kriminalität*, in «Empirische Kriminologie. Ein Jahrzehnt kriminologischer Forschung am Max-Planck-Institut Freiburg i. Br.», Freiburg, 1980, pp. 59 e ss., e, entre nós, M. Costa Andrade, *A Vítima...* (n. 96), pp. 86 e ss.. A tal propósito, vejam-se, ainda, *infra*, notas (178) a (182).

(178) Egon Stephan (n. 166), pp. 49-50, e M. Costa Andrade, *A Vítima...* (n. 96), p. 95, nota (96), *in fine*, e pp. 96 e ss.. Na já assinalada investigação realizada em Stuttgart (Alemanha Federal) concluiu-se que, em média, apenas 46 % do total dos delitos eram participados pelos particulares às autoridades. No caso de infracções praticadas contra terceiros, tal cifra descia para os 36 %. Por sua vez, as taxas variavam consoante o tipo legal de crime em causa: enquanto no furto, dentro e fora da habitação, atingia os 84 %, na tentativa de roubo o índice de participações quedava-se pelos 11 % (Egon Stephan, *ob. e loc. cit.*). Por outro lado, M. Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 96, refere que se apresentam «(...) relativamente homogéneas as relações de frequência na denúncia dos diversos tipos de vitimização ou de crime: maior nos crimes pessoais do que nos crimes patrimoniais; e maior nos crimes ordinários do que nos *respectable crimes* (fraudes, falsificações, fugas fiscais, delitos das sociedades, *white-collar crime*), etc.».

(179) A título de exemplo, refira-se que, no inquérito de Stuttgart, a relação entre o número de delitos conhecidos pela polícia e o número de delitos efectivamente ocorridos configurou-se nos seguintes termos: crimes contra o património, 1/13 — embora nos que se dirigiam contra pessoas singulares fosse de 1/2; tentativa de roubo, 1/117; crimes de violência, 1/4. Cfr., Egon Stephan (n. 166), pp. 50-51.

Por sua vez, em M. Costa Andrade, *A Vítima...* (n. 96), pp. 94-95, nota (96), transcrevem-se os resultados de um «inquérito de vitimização» realizado pelo NORC, nos E.U.A., em 1966, confrontando-os com os

que, de acordo com a doutrina, ganharia maior dimensão nos quadros do *crime without victim* em «sentido amplo» — aí incluídas as referidas hipóteses de *vítima inconsciente*, *vítima abstracta* e «*willing victim*» (180). Consoante os casos, a «invisibilidade» e a «distância» do crime por referência ao ofendido, ou a relação de solidariedade que se verifica entre o agente e a vítima (*willing victim* — *victimless crime* em sentido estrito) conduziriam a uma menor cooperação dos particulares com as entidades oficiais e, portanto, a mais amplas «cifras negras» do que as que ocorrem na criminalidade tradicional. Assim aconteceria, por exemplo, não apenas com o aborto, a prostituição e o homossexualismo, mas também, de idêntico modo, com o mercado negro, a corrupção, o contrabando e grande parte dos delitos anti-económicos, mormente, com os denominados *white-collar crimes* (181).

Na órbita da repressão de *todos* estes delitos se depara, pois, com um larguíssimo «campo escuro», que escapa ao conhecimento ou detecção das polícias. Contudo, só a respeito de alguns deles se advoga a correspondente descriminalização. Na verdade, se é essa a solução propugnada no tocante à prostituição e à homossexualidade entre adultos, já o mesmo

dados constantes dos *Uniform Crime Reports* (UCR) — correspondentes aos crimes conhecidos pelas polícias. O quadro comparativo de crimes/vitimizações por cada 100 000 habitantes, aí exposto, é o seguinte:

CRIME	NORC	UCR
Homicídio	3,0	5,1
Violação	42,5	11,6
Roubo	94,0	61,4
«Agrav. Assault»	218,3	106,6
Arrombamento com roubo	949,1	605,3
Furto	606,5	393,3
Furto de automóveis	206,2	251,0

(180) Sobre estes conceitos, cfr., *supra*, notas (162) e (163).

(181) Neste sentido, por todos, M. Costa Andrade (n. 2), pp. 12-14, e *Idem*, *A Vítima...* (n. 96), pp. 96 e ss., esp. 99 e ss..

não sucede, por exemplo, a propósito da corrupção, da fraude fiscal, do contrabando e da generalidade das infracções anti-económicas. Isto, porque os avultados «custos sociais» provenientes daquelas infracções aconselham, à luz de uma pragmática ponderação de vantagens e desvantagens, o correspondente sancionamento jurídico-penal⁽¹⁸²⁾. E todavia, se o critério da verificação de amplas «cifras negras» constituísse, por si só, fundamento bastante, também para esses domínios se deveria defender a descriminalização.

Numa palavra, a constatação de «cifras negras» em certos sectores da delinquência pode não significar, necessariamente, a inutilidade ou ineficácia do respectivo sancionamento penal. *Dentro dos pressupostos da política criminal, aqui adoptados, tal afirmação só se apresentaria como verdadeira desde que, pelo menos, a descriminalização das condutas em causa não viesse importar maiores «custos sociais» do que os que decorreriam da sua manutenção na órbita do ilícito penal.*

As considerações expostas aplicam-se, por inteiro, ao caso da interrupção voluntária da gravidez. O que equivale a dizer que, para que a respectiva legalização se encontre justificada, não basta afirmar que é esse um dos sectores onde o «campo escuro» assume maiores proporções⁽¹⁸³⁾. Ademais,

(182) Afirma-se, no presente contexto, que os prejuízos resultantes dos chamados delitos anti-económicos — mormente, dos *white-collar crimes* — ultrapassaram, de longe, os que provêm da criminalidade clássica. A propósito da Alemanha Federal, referiu-se, por exemplo, que os danos decorrentes da criminalidade económica se situavam entre os dez (10) e os cinquenta (50) bilhões de marcos, o que, à época em que tal estimativa foi realizada, equivalia a mais de metade do orçamento geral do Estado. Por outro lado, e ainda no tocante à Alemanha Federal, diz-se, também, que, se não se verificassem fraudes fiscais, os impostos poderiam descer em 1/3; a propósito dos E.U.A., calcula-se que aquela descida se situaria na ordem dos 40%. Sobre este ponto, M. Costa Andrade, *A Vítima...* (n. 96), p. 102, nota (104), e J. Figueiredo Dias/M. Costa Andrade, *Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional*, separata do «Bol. do Min. da Justiça», n.º 262, Lisboa, 1977, pp. 5-6, nota (1).

(183) Não se pode contestar que o «campo escuro» do aborto — pese embora se situe bem longe dos termos alarmistas por que tem sido propagandeado (cfr., *supra*, I, 1.) — assume grandes proporções em

importa, sobretudo, ponderar as consequências de tal reforma legislativa e compará-las com as que decorrem da proibição total da prática do aborto. Esta uma tarefa a que, de modo particularmente sintético, procederemos de seguida, encetando o debate acerca do terceiro argumento apontado a favor da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez.

Como se referiu, um dos motivos avançados no sentido da legalização do aborto consistiu na afirmação de que, através dela, se evitariam os consideráveis «custos sociais da clandestinidade», traduzidos nas elevadas taxas de mortalidade e morbidade maternas. A análise das consequências verificadas nos países onde ocorreu aquela legalização contradiz, porém, uma tal expectativa.

Em primeiro lugar, converge a generalidade dos estudos empíricos no sentido de que *a legalização da interrupção voluntária da gravidez não importa qualquer redução significativa no número dos abortos clandestinos existentes* (184). Nestes termos, nenhuma melhoria sensível se detecta, no plano dos resultados práticos, por referência à situação anterior, mantendo-se a bem dizer inalterada a *expressão quantitativa global* dos índices de morbidade e mortalidade maternas do aborto ilícito.

Em segundo lugar, de acordo com as mesmas investigações, a referida legalização, para além de não reduzir o espectro do aborto *clandestino*, importa um aumento no cômputo

Portugal. Pelo menos a respeito do nosso País, afigura-se, todavia, muito duvidosa a afirmação de J. Pinatel (n. 30), p. 744, segundo a qual o aborto ocuparia o primeiro lugar na lista das «cifras negras» referentes aos vários tipos legais de crime. Apesar de não existirem investigações de carácter empírico que nos permitam opinar de modo seguro sobre a matéria, atento o panorama actual da sociedade portuguesa, não parece, contudo, demasiado arriscado avançar que, por exemplo, as cifras negras da «corrupção» e do «contrabando» devem ser, hoje em dia, bem mais amplas do que as do aborto. Na medida em que ninguém defende a descriminalização daquelas duas infracções, será este um argumento a acrescentar no sentido (exposto no texto) de que, por si só, isoladamente considerada, a *verificação de um largo campo escuro não constitui fundamento suficiente para a descriminalização de uma conduta.*

(184) Cfr., *supra*, I, 5.

total das interrupções voluntárias da gravidez (*lícitas + ilícitas*) (185). Com o que, aos nefastos efeitos do aborto clandestino — que permanecem aproximadamente idênticos aos que se verificavam antes da legalização — passam a crescer os que decorrem do próprio aborto *legal* (186).

Sintetizando, sob o ponto de vista da pragmática ponderação dos respectivos «custos sociais», a que agora nos atemos, *não se pode, assim, afirmar que a liberalização da interrupção voluntária da gravidez constitui uma solução que traz consigo mais vantagens do que prejuízos*. O que equivale a dizer que, a legitimar-se, tal reforma legislativa só encontrará fundamento no outro vector por que se desdobra a análise político-criminal do problema. Ou seja, através de uma resposta *negativa* à questão de saber se a tutela jurídico-penal da vida intra-uterina se justifica, do prisma da aludida *dimensão axiológica* do critério da necessidade social (187). Esse o aspecto de que trataremos no número seguinte.

3. A vida intra-uterina como bem jurídico-criminal. O direito positivo português

Como decorre das páginas precedentes, a análise das consequências práticas da interrupção voluntária da gravidez aconselha a respectiva descriminalização. Na verdade, para além de não eliminar o carácter «selectivo» da justiça penal nesse domínio, dela resultam «custos sociais» tão ou mais pesados do que os que se ligam à manutenção da incriminação do aborto.

Posto isto, a solução do problema passa a depender, em exclusivo, da discussão acerca da «natureza» da vida intra-

(185) *Ibidem*.

(186) Sobre os riscos provenientes da prática do aborto *legal* para a vida e a saúde da mulher ou dos filhos que venha a conceber no futuro, ver, pormenorizadamente, *supra*, I, 4.

(187) *Supra*, nota (153) e texto correspondente.

-uterina, enquanto bem jurídico. Dito de modo mais explícito: a improcedência (ou procedência) da legalização do aborto deriva, apenas, da circunstância de se considerar (ou não) a vida intra-uterina como um *bem jurídico-criminal*. Este o tema basilar do presente número. Antes de sobre ele nos debruçarmos, analisaremos, porém, ao estilo de questão prévia, os traços fundamentais do regime a que a matéria se encontra subordinada no nosso País. Fá-lo-emos de forma particularmente breve.

3.1. **O direito positivo português.** Ainda que em termos parciais, a interrupção voluntária da gravidez foi, entre nós, objecto de descriminalização, através da Lei n.º 6/84, de 11 de Maio, onde (no art. 1.º) se alterou a redacção dos arts. 139.º a 141.º do Código Penal de 1982. Aí se estabelece (no art. 139.º), *como regra geral*, a punibilidade do aborto provocado⁽¹⁸⁸⁾. Verificado o pressuposto do *consentimento*, nos

(188) É a seguinte a redacção do art. 139.º do Código Penal:

«1 — Quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar será punido com prisão de 2 a 8 anos.

2 — Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar, fora dos casos previstos no artigo seguinte, será punido com prisão até 3 anos.

3 — Na mesma pena incorre a mulher grávida que, fora dos casos previstos no artigo seguinte, der consentimento ao aborto causado por terceiro, ou que, por facto próprio ou de outrem, se fizer abortar.

4 — Se o aborto previsto nos n.ºs 2 e 3 for praticado para evitar a reprovação social da mulher, ou por motivo que diminua sensivelmente a culpa do agente, a pena aplicável não será superior a 1 ano.

5 — Quando do aborto efectuado nos termos dos números anteriores ou dos meios empregados resultar a morte ou uma grave lesão do corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, que aquele que a fez abortar poderia ter previsto como consequência necessária da sua conduta, o máximo da pena aplicável a este será aumentado de um terço.

6 — A agravação prevista no número anterior é aplicável ao agente que se dedicar habitualmente à prática ilícita do aborto ou que realizar aborto ilícito com intenção lucrativa».

moldes previstos no art. 141.^o (189), logo o art. 140.^o consagra, sob a epígrafe «exclusão da ilicitude do aborto», algumas excepções àquele princípio. Reconduzem-se elas, fundamentalmente, a três grupos de situações — a seu turno resultantes da conjugação do sistema das *indicações* com o dos *prazos*.

Assim, no âmbito da *indicação terapêutica*, exclui-se a ilicitude da interrupção voluntária da gravidez, *com independência do momento da sua prática*, desde que «(...) constitua 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 (...)» (190) — art. 140.^o, n.^o 1, *a*). Pelo contrário, se representar, apenas, um dos meios «indicados» ou «adequados» para obstar ao falecimento ou ao perigo de grave lesão, não já irreversível, mas de carácter «duradouro», para o corpo ou a saúde física ou psíquica da grávida, aquela intervenção

(189) Passou a dispôr o art. 141.^o do Código Penal:

«1 — O consentimento da mulher grávida para a prática do aborto deve ser prestado, de modo inequívoco, em documento por ela assinado ou assinado a seu rogo, nos termos da lei, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção.

2 — Quando a efectivação do aborto se revista de urgência, designadamente nos casos previstos nas alíneas *a*) e *b*) do n.^o 1 do artigo anterior, é dispensada a observância do prazo previsto no número anterior, podendo igualmente dispensar-se o consentimento da mulher grávida se ela não estiver em condições de o prestar e for razoavelmente de presumir que em condições normais o prestaria, devendo, em qualquer dos casos, a menção de tais circunstâncias constar de atestado médico.

3 — No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos, ou inimputável, o consentimento, conforme os casos, deve ser prestado respectiva e sucessivamente pelo marido capaz não separado, pelo representante legal, por ascendente ou descendente capaz e, na sua falta, por quaisquer parentes na linha colateral.

4 — Na falta das pessoas referidas no número anterior e quando a efectivação do aborto se revista de urgência, deve o médico decidir em consciência em face da situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos, devendo, em qualquer dos casos, a menção de tais circunstâncias constar de atestado médico».

(190) Os sublinhados são nossos.

só se encontrará legitimada quando ocorrer durante as primeiras *doze* (12) *semanas* de gestação — art. 140.º, n.º 1, *b*).

Por outro lado, estabelece-se a possibilidade de realização do *aborto eugénico*, desde que tenha lugar nas primeiras *dezas seis* (16) *semanas* de gravidez e «haja seguros motivos para prever que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação (...)» — art. 140.º, n.º 1, *c*).

Por fim, na alínea *d*), do n.º 1, do mesmo art. 140.º, consagra-se o chamado *aborto ético* ou *criminológico*. Se existirem «sérios indícios» de que a concepção resultou de *violação* (e só neste caso) (191), a sua prática considerar-se-á lícita se ocorrer nas primeiras *doze* (12) *semanas* de gravidez.

Em qualquer das hipóteses enunciadas, o aborto terá de ser realizado «(...) por médico ou sob a sua direcção, num estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido (...)» (art. 140.º, n.º 1). Por sua vez, «a verificação das circunstâncias que excluem a ilicitude do aborto deve ser certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção o aborto é realizado» (art. 140.º, n.º 2). Para a indicação ética ou criminológica exige-se, ainda, a existência de prévia participação criminal da violação (art. 140.º, n.º 3). Ao médico que não se munir dos documentos comprovativos das circunstâncias que, a ocorrerem, excluem a ilicitude da interrupção voluntária da gravidez corresponderá uma pena até *um* ano de prisão (art. 2.º

(191) A nossa lei não consagra, de forma expressa, a possibilidade da prática do aborto, quando a gravidez decorra de crime diverso do de violação (*v. g.*, estupro, cópula mediante fraude e cópula com pessoas detidas ou equiparadas). Atento, porém, o espírito que preside ao articulado, não se estranhará que, no futuro, tais hipóteses venham a ser assimiladas à solução consagrada, *expressis verbis*, para a violação: quer fazendo intervir nesses casos a indicação terapêutica (com base no argumento de que a saúde *psíquica* da mulher ficaria gravemente afectada com o nascimento da criança), quer recorrendo ao mecanismo da interpretação extensiva ou, mesmo, da integração analógica, já que, de acordo com o art. 1.º, n.º 3, do Código Penal, só se interdita a utilização desta última no tocante à «fundamentação» ou à «agravação» do sancionamento e nunca em matéria de «exclusão da ilicitude».

da Lei n.º 6/84). Assim acontecerá na hipótese de se encontrarem preenchidos os referidos requisitos, apenas faltando a apresentação dos documentos comprovativos dos mesmos. Caso contrário — isto é, quando, para além dos documentos, estiver ausente um dos pressupostos da licitude, enunciados nos arts. 140.º e 141.º do Código Penal — aplicar-se-á, *exclusivamente*, a disciplina do art. 139.º, respeitante ao aborto ilícito. Por outras palavras, perante uma tal situação de facto, o art. 139.º do Código Penal e o art. 2.º da Lei n.º 6/84 encontram-se numa relação de *consumção* (pura), em que a aplicação da primeira daquelas disposições «esgota» a tutela conferida pelo ordenamento jurídico-criminal à vida intra-uterina (192).

À luz do exposto, duas breves considerações se oferecem a propósito do regime jurídico-positivo português do aborto (193). Já se referiu que a Lei n.º 6/84 estabeleceu, como

(192) Nessa hipótese, a não apresentação dos documentos exigidos pelo art. 2.º da Lei n.º 6/84 integraria o chamado «facto posterior não punível» (*straflos Nachtat*). Pelo contrário, só estaríamos perante um «concurso real de infracções» se, para além de não se encontrarem preenchidos os requisitos da licitude do aborto, fosse apresentado um documento comprovativo dos mesmos — na medida em que, ao aborto punível, poderia acrescer, então, o crime de falsificação de documentos. Sobre a *consumção*, no âmbito do denominado «concurso aparente de infracções», ver, por todos, Eduardo Correia (n. 50), pp. 205 e 207-208.

(193) Na exposição subsequente não aludiremos aos arts. 3.º a 5.º da Lei n.º 6/84. É o seguinte o seu teor:

Art. 3.º: «1 — Quando se verifique circunstância que exclua a ilicitude do aborto, pode a mulher grávida solicitar a interrupção da gravidez em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido, entregando logo o seu consentimento escrito e, até ao momento da intervenção, os documentos ou atestados médicos legalmente exigidos.

2 — Os estabelecimentos de saúde oficiais ou oficialmente reconhecidos onde seja praticada licitamente a interrupção voluntária da gravidez organizar-se-ão de forma adequada para o efeito.

3 — Os estabelecimentos referidos no número anterior adoptarão as providências necessárias para que a interrupção voluntária e

princípio geral, a punição da interrupção voluntária da gravidez, revestindo a exclusão da correspondente ilicitude um carácter *excepcional*. Aquele diploma manteve, assim, o esquema basilar que presidia à legislação anterior, em que o problema se resolvia nos quadros das «causas de justificação» (194). Alargou-se, todavia, o âmbito da exclusão da ilicitude através da enunciação expressa das hipóteses constantes do actual art. 140.º do Código Penal.

Várias críticas se podem dirigir a este último preceito: de uma parte, o carácter vago ou impreciso da tipificação — *maxime*, no que tange à utilização de cláusulas gerais (como as de «grave e duradoura» ou «grave e irreversível» lesão da saúde da mãe) e à eleição da «saúde psíquica» da mulher como fundamento de exclusão da ilicitude (cfr. art. 140.º, n.º 1, als. *a*) e *b*)); e, de outra parte, a circunstância de, em relação às diversas «indicações» previstas, os resultados das investigações empíricas, à luz de uma fria ponderação de «custos sociais», não apontarem no sentido favorável à legalização do aborto. Tudo o que a tal propósito se assinalou atrás, em tese geral, se ajusta plenamente ao disposto no direito positivo portu-

lícita da gravidez se verifique nas condições e nos prazos legalmente determinados».

Art. 4.º: «1 — É assegurado aos médicos e demais profissionais de saúde relativamente a quaisquer actos respeitantes à interrupção da gravidez voluntária e lícita, o direito à objecção de consciência.

2 — A objecção de consciência é manifestada em documento assinado pelo objector e a sua decisão deve ser imediatamente comunicada à mulher grávida ou a quem no seu lugar pode prestar o consentimento, nos termos do artigo 141.º do Código Penal».

Art. 5.º: «Os médicos, os demais profissionais de saúde e o restante pessoal dos estabelecimentos em que se pratique licitamente a interrupção voluntária da gravidez ficam vinculados ao dever de segredo profissional relativamente a todos os actos, factos ou informações de que tenham conhecimento no exercício das suas funções, ou por causa delas, relacionados com aquela prática, nos termos e para os efeitos do artigo 184.º do Código Penal, sem prejuízo das consequências estatutárias e disciplinares da infracção».

(194) Cfr., *supra*, nota (2).

guês (195), pelo que se omite, agora, qualquer referência particular.

Ao invés, circunscrever-nos-emos, aqui, ao enunciado de uma contradição implícita à nova legislação portuguesa sobre a interrupção voluntária da gravidez. Resulta ela do estabelecimento de diferentes prazos para a realização *lícita* do aborto, consoante a «indicação» em causa. À excepção da hipótese prevista no art. 140.º, n.º 1, *a*), do Código Penal (196), o aborto provocado por razões terapêuticas ou criminológicas só pode ocorrer durante as primeiras *doze* (12) *semanas* de gestação, ao passo que, no respeitante à indicação eugénica, aquele prazo foi alargado até às primeiras *dezas seis* (16) *semanas* de gravidez. Com o exposto, não se ignoram os motivos via de regra apontados para esta diversidade de regimes, nem, tão-pouco, se desconhece ter sido esse um caminho já trilhado noutras ordens jurídicas (197). De momento, pretende-se, apenas, pôr em relevo a contradição crassa que uma tal disciplina envolve por referência ao espírito que preside, quer à regulamentação global da matéria no direito português, quer ao próprio sistema dos «prazos» que, embora combinado com o das «indicações», ao menos parcialmente lhe subjaz.

De harmonia com a doutrina existente sobre o assunto, a fixação de limites temporais para a prática do aborto encontra a sua explicação em duas ordens de considerações. Por um lado,

(195) Cfr., *supra*, os números I, 2. 4. e 5., relacionando-os com o número II, 2.

(196) Respeita esta disposição às situações de indicação terapêutica, em que o aborto configura o *único* meio de remover um perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para a saúde física ou psíquica da mãe. De acordo com o citado art. 140.º, n.º 1, *a*), do Código Penal, a prática da interrupção voluntária da gravidez não se encontra, nestes casos, sujeita a qualquer limitação temporal.

(197) Para uma informação pormenorizada sobre o direito comparado, ver E.-W. Hanack (n. 30), *passim*, e J. A. Lampe (n. 30), *passim*. Acerca dos argumentos aduzidos a favor, quer do estabelecimento de uma limitação temporal para a prática do aborto, quer de uma diversidade de prazos consoante a «indicação» em causa, cfr., de seguida, o texto e correspondente bibliografia.

nesse sentido aconselharia, desde logo, a ideia da preservação da vida e da saúde da mulher, já que as estatísticas demonstram uma diminuição sensível nas taxas de mortalidade e morbidade maternas do aborto, quando efectuado durante os primeiros três meses de gravidez (198).

Por outro lado, a favor da mesma solução, refere-se, também, que, antes de perfeito o primeiro trimestre de gestação, o feto carece de qualquer «autonomia» em relação à grávida, constituindo parte integrante do corpo desta última e encontrando-se — à semelhança de qualquer *outro* órgão — na esfera da sua inteira disponibilidade. Até se completar aquele período, o feto não atingiria, pois, o grau de desenvolvimento suficiente para que se pudesse considerar um verdadeiro «ente humano», não integrando, por isso, o objecto *autónomo* da tutela jurídico-criminal. A punição do aborto praticado durante os primeiros três meses de gestação (*v. g.*, quando faltasse o consentimento da grávida) corresponderia ao intuito, não de preservar a vida do nascituro — porque indiferente para o direito penal —, mas ainda, e tão-só, de salvaguardar o interesse da mulher numa «parte» do seu corpo. Por outras palavras, a vida intra-uterina até aos três meses de idade *não* constituiria um bem jurídico-criminal, pelo que o correspondente aborto integraria, apenas, um crime contra a integridade física da grávida (i. é, um «crime de ofensas corporais»), como tal não punível desde que se verificasse a causa justificativa do «consentimento da ofendida» (199).

Nenhum dos dois argumentos aduzidos a favor da liberalização do aborto nos primeiros meses de gravidez parece fun-

(198) Por todos, cfr., J. Baumann (n. 4), pp. 16 e ss. (*passim*), C. Roxin (n. 4), pp. 179-181 e 184 e ss., G. Grünwald (n. 4), pp. 195 e ss., e M. Costa Andrade (n. 2), pp. 19 e ss. (*passim*). No sentido de que a interrupção da gravidez realizada durante os primeiros três meses de gestação envolve menores riscos para a vida e a saúde da grávida, vejam-se os quadros transcritos, *supra*, I, 4., bem como a bibliografia para que remetem.

(199) Sobre esta perspectiva, em geral, cfr. J. Baumann (n. 4), C. Roxin (n. 4), G. Grünwald (n. 4) e M. Costa Andrade (n. 2), nos locais citados na nota anterior.

damentar a discriminação de prazos que a nossa lei estabelece, consoante estejam em causa as indicações terapêutica e criminológica ou, pelo contrário, a indicação eugénica. Com efeito, se, através de uma tal disciplina, se pretende diminuir o risco proveniente do aborto para a vida e a saúde da mãe, não se vislumbram motivos para a consagração de um período mais longo (= *dezas seis semanas*) no tocante às hipóteses de eugenismo, por contraposição às restantes (= *doze semanas*). Sendo, em qualquer dos casos, idênticos os perigos que uma interrupção voluntária da gravidez comporta, deveriam, também, coincidir os prazos previstos para as diversas indicações.

A mesma conclusão se impõe, se se pretender fundamentar a legalização do aborto nas primeiras semanas de gravidez a partir da ideia — *inaceitável do nosso ponto de vista!* — de que, durante esse período, o feto carece de qualquer autonomia em relação à mãe e, portanto, *não* constitui, por si só, um bem jurídico-criminal. Na verdade, se, de acordo com esta perspectiva, a atribuição ao nascituro de dignidade «humana» e, por conseguinte, de tutela penal depende da circunstância de ele ter já atingido um determinado estágio de desenvolvimento — a seu turno traduzido no decurso de certo lapso de tempo de gravidez —, não se encontram motivos para se privilegiarem os fetos ditos «normais», por referência àqueles onde se observam os pressupostos da chamada indicação eugénica. Isto, a menos que se faça uma distinção entre vida humana «de primeira» e «de segunda», o que, a todos os títulos, se afigura, não só inadmissível, atentos os valores e princípios que devem nortear qualquer comunidade e, fora de dúvida, presidem à Constituição da República Portuguesa (200), mas igualmente em contradição com os fundamentos de uma política — entre nós tão propagandeada! — dirigida ao apoio e integração social dos deficientes (201).

(200) Cfr., neste sentido, o art. 71.º, relacionando-o com os arts. 24.º e 25.º, da Constituição da República Portuguesa de 1976 (revista em 1982).

(201) Tal política corresponde, de resto, ao *imperativo constitucional* consagrado no art. 71.º, n.º 2, da nossa Lei Fundamental.

De harmonia com o exposto, os pressupostos de que partem os autores favoráveis à legalização apontam no sentido da completa uniformização dos prazos previstos para a prática do aborto, independentemente da indicação em causa (202). Ao adoptar a solução inversa, a lei portuguesa enferma, assim, de uma contradição interna, insusceptível de ser superada através do argumento de que, em função do estado actual da medicina, a detecção de anomalias congénitas no feto não se apresenta possível nos primeiros tempos de gravidez (203). Este um aspecto estranho ao núcleo da discussão acerca do bem fundado da legalização da interrupção voluntária da gravidez e que, por isso mesmo, não pode influenciar, de forma determinante, a concreta configuração do regime jurídico da matéria.

3.2. A vida intra-uterina como bem jurídico-criminal. Como demonstrámos ao longo do capítulo anterior (204), a descriminalização do aborto — ainda que em termos parciais — não pode fundamentar-se do ponto de vista «utilitário». Com efeito, para além de a verificação de amplas «cifras negras» não constituir, por si só, motivo bastante para a respectiva liberalização, tal reforma legislativa não elimina o carácter «selectivo» que a justiça penal, porventura, assume neste domínio, nem diminui (antes agrava) as perniciosas consequências sociais do aborto clandestino. Posto isto, a discussão acerca da legitimidade da descriminalização da interrupção

(202) Ao longo da exposição mantivemo-nos, propositadamente, dentro da lógica da nova legislação portuguesa do aborto. Nesse quadro se deverá entender a argumentação desenvolvida, no sentido da inadmissibilidade da fixação de diferentes prazos, consoante se esteja perante situações de indicação terapêutica e criminológica ou, pelo contrário, de indicação eugénica. O que *não* equivale a dizer que concordamos com o teor daquela legislação, *nem*, tão-pouco, que aceitamos, *de iure constituendo*, a legalização do aborto. Ao invés, e como decorre já das páginas precedentes, propendemos para a solução oposta.

(203) Este o argumento *via de regra* apontado para fundamentar a fixação de um prazo mais longo no tocante à indicação eugénica; cfr., por todos, C. Roxin (n. 4), pp. 179-180, e G. Grünwald (n. 4), pp. 197-198.

(204) *Supra*, II, 2.

voluntária da gravidez passa a circunscrever-se à questão de saber se a vida intra-uterina constitui (ou não) um bem jurídico-criminal (205).

De acordo com a perspectiva adoptada, o âmbito do ilícito penal deve restringir-se à tutela dos valores *necessários* ou *imprescindíveis* para a subsistência da colectividade e para a livre realização da pessoa (206). O carácter vago desta fórmula logo nos coloca o problema da escolha de um critério *material* que, caso a caso, permita eleger os bens jurídicos efectivamente necessários ou indispensáveis à convivência colectiva e que, por conseguinte, devem integrar o objecto de protecção do direito penal.

No presente contexto, um primeiro caminho consistiria no apelo directo ao «consenso comunitário» ou à «consciência ético-social» reinante. A imprecisão destas cláusulas gerais — acompanhada da ideia de que se esvaziariam, por completo, nas múltiplas áreas de «conflito» que povoam as sociedades modernas — levou, porém, a que se procurasse uma ainda mais precisa determinação dos contornos daquele ramo jurídico. Esse um objectivo que, segundo opinião muito difundida, só se atingiria através de uma referência directa ao quadro axiológico que subjaz à Lei Fundamental. Numa palavra, bens jurídico-criminais seriam, apenas, aqueles que se encontrassem numa relação de correspondência — em termos de «analogia substancial» — com o quadro de valores consagrado na Constituição (207).

Esta a concepção de fundo que presidiu, entre nós, à discussão sobre a legitimidade da legalização da interrupção voluntária da gravidez (208) e, de harmonia com os seus defen-

(205) *Supra*, II, 1., *in fine*.

(206) *Supra*, II, 1., e II, 3. (na parte inicial).

(207) Por todos, J. Figueiredo Dias, *Les Nouvelles Tendances...* (n. 3), p. 194, e *Idem*, *Os Novos Rumos...* (n. 3), p. 14. No mesmo sentido cfr. o *Acórdão* n.º 25/84, do Tribunal Constitucional, no seu n.º V.

(208) Assim, o próprio Tribunal Constitucional, no seu *Acórdão* n.º 25/84 (n.ºs V e VI), onde se analisou o problema da conformidade da Lei n.º 6/84 com a nossa Lei Fundamental de 1976 (revista em 1982).

sores, se impõe na ordem jurídica portuguesa, por força do já citado art. 18.º, n.º 2, da Constituição da República (209). O mesmo é dizer que, na lógica da presente perspectiva, o cerne do nosso problema reside na resposta que se der à questão de saber se a vida intra-uterina integra o elenco dos valores enunciados naquele último diploma. Mais propriamente, se ela se encontra (ou não) englobada no âmbito do princípio consagrado no art. 24.º, n.º 1, da Lei Fundamental de 1976 (revista em 1982) (210), onde se declara que «a vida humana é inviolável».

Todos os elementos parecem apontar no sentido de que o aludido preceito constitucional abrange, também, a vida intra-uterina. Esta uma conclusão que, muito naturalmente, resulta da conjugação do teor literal do art. 24.º, n.º 1, da CRP, com os princípios que norteiam a interpretação da Lei Constitucional.

Com efeito, a norma em apreço limita-se a enunciar, *sem quaisquer restrições*, a máxima geral de que a «vida humana» é inviolável. Ora, naquele conceito cabem, tanto a vida humana intra-uterina, como a extra-uterina (211), pelo que, circunscre-

(209) *Supra*, II, 1., e bibliografia correspondente.

(210) No presente contexto, tem-se, também, chamado à colação o art. 25.º, n.ºs 1 e 2, da CRP. Dado que a sua interpretação se encontra dependente do sentido que se atribuir ao art. 24.º, n.º 1, do mesmo diploma, ao longo do texto circunscrever-nos-emos à análise deste último. Af reside a «pedra angular» do debate acerca da procedência da legalização da interrupção voluntária da gravidez.

(211) Nenhum dos critérios apontados pelos autores favoráveis à legalização do aborto logra negar, de forma cabal e inequívoca, a natureza humana do nascituro. Aliás, no sentido oposto — i. é, afirmando que o feto constitui já um «ente humano» — se inclina grande parte da moderna doutrina científica. No presente contexto, ver, por todos, no plano médico-genético e psicológico, inseridos na colectânea Th. W. Hilgers/D. J. Horan/David Mall (edts.), «New Perspectives on Human Abortion», Frederick/Maryland (U.S.A.), 1981; Mark I. Muilenburg/Allen D. Dvorak, *Human Characteristics of the Early Fetus: a Sonographic Demonstration*, pp. 1 e ss., E. Blechschmidt, *Human Being from the Very First*, pp. 6 e ss., A. William Liley (Sir), *A Day Life of the Fetus*, pp. 29 e ss., e Wanda Franz, *Fetal Development: A Novel Application of Piaget's Theory of Cognitive Development*, pp. 36 e ss. Por outro lado, não se afigura convincente o

ver o alcance da norma a esta última se traduz numa verdadeira *interpretação restritiva*. Aqui se levantam, porém, as maiores dificuldades do prisma da teoria da interpretação constitucional. É que, desta forma, se viola o princípio do *in dubio pro libertate*, segundo o qual, em caso de dúvida, na matéria de direitos fundamentais de deve optar sempre pela interpretação que atribua ao direito em causa a maior latitude⁽²¹²⁾.

argumento, de cariz filosófico-existencial, de que o conceito de «vida humana» estaria ligado a uma certa «abertura ao mundo e aos valores», elemento não detectável no feto, pelo que este não participaria da real característica do «humano» — aproximadamente, neste sentido, ver, por todos, Boaventura Sousa Santos (n. 2), pp. 170 e ss.. Tal argumento não procede, na medida em que o mesmo se pode dizer a respeito da criança com um ou poucos dias de idade, sem que daí se retire a conclusão de que a conduta dirigida à sua morte não constitui um crime. Numa palavra, a questão da precisa delimitação do que seja efectivamente a «vida humana» não se apresenta susceptível de uma solução definitiva e clara (convindo nesta afirmação, cfr. a própria *Informação-Parecer da Procuradoria Geral da República* n.º 31/82 (n. 4), p. 258, apesar de erradamente concluir no sentido de que a vida humana intra-uterina não constitui um bem jurídico-criminal). Daí que, no mínimo, estejamos reconduzidos à aporia de uma dúvida inultrapassável acerca da natureza da vida fetal ou embrionária. Neste ponto se fundamenta o apelo para o princípio do *in dubio pro libertate*, feito de seguida no texto, a propósito da interpretação do art. 24.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa.

(212) Sobre a interpretação da Lei Constitucional, por todos, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3.ª ed., Coimbra, 1983, pp. 223 e ss., e J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, pp. 115 e ss.. Quanto ao princípio do *in dubio pro libertate*, assinalado no texto, importa referir que apenas se fazem reservas à sua aplicação no âmbito dos chamados «direitos económico-sociais», não se lhe levantando qualquer dificuldade na órbita dos preceitos relativos aos «direitos fundamentais clássicos» e, portanto, no que toca ao art. 24.º, n.º 1, da CRP. (cfr. J. J. Gomes Canotilho, *ob. cit.*, pp. 240-241). No presente contexto, J. C. Vieira de Andrade (*ob. cit.*, pp. 131-132) refere que «(...) o princípio *in dubio pro libertate* deve considerar-se um princípio geral no domínio dos direitos fundamentais (...)», no sentido de que «(...) as restrições aos direitos devem ser expressa ou claramente inferidas dos instrumentos normativos aplicáveis». Do texto do art. 24.º, n.º 1, da CRP, não resulta, nem expressa, nem implicitamente, qualquer elemento que nos permita excluir do seu âmbito a vida humana intra-uterina.

Numa palavra, mesmo que se ponha em dúvida que o citado art. 24.º, n.º 1, se reporta, também, à vida intra-uterina, de acordo com o referido princípio, está, *in limine*, afastada a possibilidade de qualquer interpretação restritiva do seu texto. Ainda aí, a defesa intransigente do direito à vida, em última análise como corolário do objectivo mais vasto da preservação da dignidade humana, impõe que ao art. 24.º, n.º 1, da CRP, se atribua o mais amplo sentido que o respectivo elemento gramatical comporta.

Concluindo, afigura-se, pois, que, à luz de uma correcta interpretação da Lei Fundamental, a vida humana intra-uterina se apresenta como um valor constitucionalmente protegido, merecendo, por conseguinte, o qualificativo de *bem jurídico-criminal*. Neste sentido se pronunciaram, também, o Tribunal Constitucional, no seu *Acórdão n.º 25/84* (213), e a generalidade da doutrina nacional e estrangeira *favorável* à legalização da interrupção voluntária da gravidez (214). Análogo foi o entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), ainda que perante um texto legislativo cuja formulação se apresentava muito menos inequívoca do que a do art. 24.º, n.º 1, da CRP (215).

Contra a posição exposta, não se diga, por último, na esteira da *Informação-Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 31/82* (216), que o aludido preceito constitucional *não* contempla a vida fetal ou intra-uterina, *na medida em que o legis-*

(213) Cfr. o respectivo n.º VII.

(214) Neste sentido, por todos, J. Baumann (n. 4), pp. 28-49, C. Roxin (n. 4), p. 177, G. Grünwald (n. 4), pp. 195-196, e, entre nós, Boaventura Sousa Santos (n. 2), pp. 167 e ss., e M. Costa Andrade (n. 2), p. 8.

(215) Para uma consulta da decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 25 de Fevereiro de 1975, ver *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 39. Band, Tübingen, 1975. O texto do art. 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental Alemã, que serviu de base à citada sentença, suscita muito maiores dúvidas do que o nosso art. 24.º, n.º 1, na medida em que se limita a declarar que «todos têm o direito à vida e à integridade física».

(216) *Supra*, nota 4.

lador apenas teve em mente a vida extra-uterina. Nesse sentido apontariam os trabalhos preparatórios, nomeadamente as declarações de voto, onde o problema da preservação da vida humana surge, apenas, relacionado com a questão da abolição da pena de morte (217). Tal posição afigura-se insustentável por três ordens de razões:

— Em primeiro lugar, *não* parece que a simples circunstância de, nas declarações de voto relativas ao artigo em apreço, os deputados apenas se reportarem à abolição da pena de morte constitua fundamento bastante para a ilação de que o legislador só pretendeu dispensar protecção à vida humana posterior ao nascimento. Pelo contrário, parece que a explicação mais plausível para a ausência de qualquer alusão ao problema do aborto residiu no facto de, tratando-se de uma questão muito controvertida, sobre ela não se querer tomar uma posição imediata, deixando-se a respectiva discussão em aberto, para data ulterior. A não ser assim, ter-se-ia excluído, *de modo inequívoco*, a vida intra-uterina do âmbito da disposição ou, pelo menos, utilizado uma expressão menos abrangente do que a de «vida humana», onde, fora de dúvida, cabem, tanto a vida fetal, como a extra-uterina. O emprego de uma fórmula tão lata, acompanhado da omissão de qualquer referência ao aborto nos debates (218), só pode significar que o Parlamento — na sua veste de legislador constituinte *histórico* — apenas se preocupou em facultar ao valor supremo da vida humana uma tutela o mais ampla possível, desinteressando-se do problema da específica delimitação do âmbito daquele conceito e, portanto, de saber se nele se achava incluída a vida fetal ou embrionária.

— Em segundo lugar, e ainda que se não aceite o exposto, a citada *Informação-Parecer da Procuradoria Geral da*

(217) *Informação-Parecer*, cit. (n. 4), *passim*, nomeadamente, pp. 231, 240 e ss., 243, 245 e 261.

(218) *Ibidem*, p. 260, onde se refere que o artigo em apreço foi votado por unanimidade, *sem discussão prévia*.

República elege como critério determinante a «vontade» do legislador constituinte *histórico*, enveredando, assim, pela *teoria subjectiva* em matéria de interpretação da Lei Constitucional. Esta uma perspectiva de raiz positivista, posta de parte pela generalidade da mais moderna doutrina, que segue a chamada *teoria objectiva*. De acordo com tal orientação, na órbita da interpretação constitucional, decisivo há-de ser, não o concreto pensamento do legislador histórico, mas o autónomo conteúdo de sentido que o texto da lei, na sua objectividade, encerra (219). Ora, colocadas as coisas a esse nível, já atrás se concluiu que a vida intra-uterina se situa no âmbito de previsão do art. 24.º, n.º 1, da CRP. Quanto mais não seja, a impossibilidade de todos aqueles que coloquem em dúvida a natureza «humana» do nascituro obterem, independentemente do critério adoptado (*v.g.*, biológico-genético, psicológico ou filosófico), uma certeza absoluta no tocante a essa afirmação, impõe que, pelo menos em obediência ao assinalado princípio do *in dubio pro libertate*, se tenha de aceitar aquela interpretação.

— Em terceiro e último lugar, no sentido de que a vida humana intra-uterina constitui um valor constitucionalmente protegido apontam os próprios termos da Lei n.º 6/84, que, entre nós, descriminalizou a interrupção voluntária da gravidez. Como se referiu, aí se manteve o princípio geral da punição do aborto (art. 139.º do Cód. Penal), assumindo a exclusão da correspondente ilicitude um carácter excepcional (220). Este um regime que só se compreende, porém, desde que se parta do pressuposto de que a vida do feto se encontra consagrada na nossa Lei Fundamental. Com efeito, se o critério de determinação dos bens jurídico-criminais reside no quadro de valores que subjaz à Constituição, a cominação de sanções penais

(219) A tal propósito, cfr. J. J. Gomes Canotilho (n. 212), pp. 224 e 234 e ss., e J. C. Vieira de Andrade (n. 212), pp. 116 e ss.

(220) *Supra*, II, 3.1.

para o aborto, praticado fora dos casos previstos no art. 140.º do Código Penal, só se entende desde que se considere a vida intra-uterina como um valor constitucionalmente estabelecido.

Posto que, no art. 24.º, n.º 1, da CRP, se contempla a vida humana intra-uterina, logo se nos coloca um segundo problema. A saber, o que respeita ao sentido a atribuir à expressão «inviolável», empregada naquele normativo. Na resposta a tal pergunta depararemos com o enquadramento geral a que, no estrito rigor dos princípios e da boa técnica legislativa, a regulamentação do aborto se deveria subordinar.

Quando se afirma que a vida humana é «inviolável», não se pretende dizer que, em caso algum, pode ser ofendida, no sentido de que tem de punir-se *sempre* toda a conduta que contra ela atentar. Se assim acontecesse, estar-se-ia inviabilizando, em muitos casos, o recurso à «legítima defesa» e ao «estado de necessidade», consequência que, manifestamente, não decorre do espírito da Constituição Portuguesa (221). Ao invés, a utilização do qualificativo de *inviolável* assume, apenas, um significado «tendencial» e «sensibilizador». Ou seja, o da consagração de um imperativo que obriga o legislador ordinário a dispensar à vida humana (intra ou extra-uterina) uma protecção *intensificada*, em virtude de ela ocupar o primeiro posto entre todos os direitos da Pessoa. Num outro sentido — que, de resto, é o que mais releva para o nosso tema —, do assinalado art. 24.º, n.º 1, decorre, assim, que, no caso de conflito de bens ou interesses, a *regra* terá de consistir sempre em dar prevalência ao valor «vida humana», só a título *excepcional*, quando as especiais características da situação o requererem, se justificando a solução inversa. Daqui resultam duas consequências para a concreta disciplina jurídica da interrupção voluntária da gravidez: uma, de índole *formal*, e outra, de natureza *material*.

(221) De resto, no próprio art. 21.º da CRP se pode antever a consagração geral da figura da legítima defesa.

Por um lado, atento o exposto, no âmbito da legislação ordinária, a «regra» terá de ser a da *punição* do aborto provocado, devendo as hipóteses de impunidade, atento o seu carácter de «excepção», encontrar o respectivo enquadramento sistemático no âmbito das causas justificativas. Esta uma solução que já antes havíamos avançado, embora com base num argumento diverso, de cariz funcional. A saber, confrontando a relação que medeia entre «tipos incriminadores» e «tipos justificadores» (i.é., de regra/excepção), com o facto de, em globo, os casos que integram às várias «indicações» para a prática do aborto (*v.g.*, terapêutica, eugénica, criminológica e económico-social) serem muito raros, representando, assim, uma «excepção», por referência ao número total das mulheres grávidas (222). Tal arrumação de matérias na órbita do sistema penal adquire, agora, uma outra dimensão, dado que passa a corresponder, de forma cabal, ao modelo estabelecido na Constituição para a tutela da vida humana intra-uterina.

Do presente ponto de vista, nenhum reparo há que fazer à nova legislação portuguesa sobre a interrupção voluntária da gravidez. Como se disse, também aí, as situações em que se permite a prática do aborto, enunciadas no art. 140.º do Código Penal, surgem como um desvio ao princípio geral do art. 139.º do mesmo diploma (223). Pelo que, neste plano, não se lhe pode levantar qualquer dificuldade do prisma constitucional.

A segunda consequência que resulta da tutela conferida pelo art. 24.º, n.º 1, da nossa Lei Fundamental à vida intra-uterina prende-se com o *princípio da ponderação de interesses*. O art. 140.º do Código Penal, ao legitimar a prática do aborto em certos casos, consagra a possibilidade do sacrifício daquele valor (i.é., a destruição do nascituro) com vista a salvaguardar outros interesses — *maxime*, terapêuticos, eugénicos e éticos ou sentimentais. Não nos preocuparemos, agora, com a questão de saber se o aborto representa o meio adequado para conseguir tais objectivos. Esse um aspecto a que já nos reportámos atrás,

(222) Sobre este ponto, cfr., *supra*, nota (37).

(223) *Supra*, II, 3.1.

concluindo, de acordo com as investigações de carácter empírico realizadas, pela negativa (224). De momento, ater-nos-emos à específica ponderação dos interesses que se contrapõem na esfera do nosso tema.

Conforme se referiu, através de uma interrupção voluntária da gravidez sacrifica-se o bem jurídico «vida intra-uterina», com o fito de salvaguardar outros valores, como, por exemplo, a vida e a saúde (física ou psíquica) da mãe, ou a prosperidade e a estabilidade familiares. Pondo de parte a hipótese do aborto terapêutico relacionado com a preservação da vida da grávida, assunto a que tornaremos adiante, *tal solução apresenta-se, a todos os títulos, inadmissível*, tendo em atenção as especiais dignidade e protecção jurídica que a nossa Constituição atribui à vida intra-uterina no seu art. 24.º, n.º 1. Com isto, não se ignora o chamado *princípio da concordância prática* ou *da harmonização* (225), que, enquanto máxima basilar da interpretação constitucional, aponta no sentido de que, perante um conflito de direitos fundamentais, se deve optar, não pela *abstracta* ponderação dos termos contrapostos e subsequente exclusão do menos valioso, mas, dentro do possível, pela tentativa da sua compatibilização no caso *concreto*, de modo a obter a máxima «efectividade» de todos eles. Só que, «compatibilizar» ou «harmonizar» é coisa bem diversa do que sucede com a legalização da interrupção voluntária da gravidez, através da qual se consagra o sacrifício unilateral e completo da vida do nascituro, em benefício de outros interesses.

Afigura-se evidente que, na órbita do aborto, não há lugar para o assinalado princípio da «concordância prática» ou da «harmonização». As soluções possíveis aparecem aí, *sempre*, numa relação de alternatividade, excluindo-se reciprocamente: ou se conserva o feto, ou se prossegue o interesse que se opõe à continuação da gravidez — *tertius genus non datur!* Posto isto, o único caminho de que podemos lançar mão reconduz-se

(224) Cfr., *supra*, I, 2., 3. e 4., *passim*.

(225) Por todos, J. J. Gomes Canotilho (n. 212), pp. 236 e ss., e J. C. Vieira de Andrade (n. 212), pp. 220 e ss.

à simples ponderação dos bens jurídicos em causa, devendo dar-se prevalência àquele que se mostrar mais valioso. Tendo em conta os termos do art. 24.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, ninguém duvidará que a vida intra-uterina ocupa, na hierarquia da Lei Fundamental, um posto superior⁽²²⁶⁾, quer ao da saúde física ou psíquica da grávida⁽²²⁷⁾, quer aos dos interesses que presidem às indicações eugénica e ética ou criminológica⁽²²⁸⁾. O que equivale a dizer que, de acordo com o quadro de valores que preside à Constituição, a exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez é de todo ilegítima nesses casos. Pelo que o problema da correspondente punição penal se deve colocar, única e exclusivamente, em sede de culpa.

Uma última palavra a respeito da prática do aborto relacionada com a preservação da vida da grávida. Já se referiu que, de acordo com o estado actual da medicina, o problema só se põe nas hipóteses de cancro do útero e de gravidez ectópica ou extra-uterina⁽²²⁹⁾. Dado, porém, que, nesses casos, a questão que se coloca consiste na alternativa, não entre salvar a mãe ou o filho, mas entre perder inevitavelmente ambas as vidas ou preservar uma delas (*que só pode ser a da mãe*), parece que daí

(226) Continuamos a excluir das considerações expostas no texto o caso do aborto praticado com vista a preservar a vida da mãe. A especificidade de tal situação requer que a abordemos, de seguida, autonomamente.

(227) Como o demonstram os resultados da estatística (cfr., *supra*, I, 2., a), aa), e I, 4.), os riscos para a saúde física e psíquica da mulher são, de resto, maiores no aborto do que no parto. As situações em que o risco para a saúde física colocar em perigo a própria vida da grávida devem reconduzir-se à solução apontada de seguida no texto para este último caso.

(228) Conforme se assinalou (cfr., *supra*, I, 2., b), c) e d)), os interesses subjacentes às indicações eugénica, ético-criminológica e económico-social reconduzem-se a dois polos fundamentais: a salvaguarda da estabilidade emocional da mulher ou do casal e, por outro lado, a prosperidade económica da família. Nenhum destes valores é, sequer, comparável ao da vida humana intra-uterina, nos termos em que está consagrado no art. 24.º, n.º 1, da CRP.

(229) *Ibidem*, I, 2., a), aa).

não se extrai qualquer argumento favorável à legalização da interrupção voluntária da gravidez (230). O funcionamento das regras gerais do estado de necessidade *objectivo* ou *justificante* parece, por si só, suficiente para acautelar os interesses em jogo, excluindo a ilicitude do aborto. Melhor dizendo, em semelhantes situações não se configuraria, sequer, um aborto. E isto porque, na verdade, não se estaria eliminando o feto — que, por força das circunstâncias, se encontraria já condenado — mas, tão-só, a salvar a única vida humana viável para o futuro, ou seja, a vida da mãe.

(230) *Ibidem.*