

ABORTO E DIREITO PENAL

Algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez

Pelo Dr. António Manuel de Almeida Costa

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

Introdução

Como resulta da vasta literatura sobre o tema, o aborto apresenta-se susceptível de ser abordado partindo das mais diversas perspectivas. Ao menos em parte, por esse mesmo motivo, o debate que em torno dele se desenvolveu nos últimos anos nem sempre primou pela clareza e linearidade das argumentações envolvidas. A multiplicidade dos níveis de análise que um assunto com tantas implicações comporta, impõe que se comece pela definição precisa dos objectivos e limites do presente estudo.

Ao longo das páginas que seguem, focar-se-á o aborto enquanto específico problema de direito penal. Ainda aqui, não esgotaremos, porém, a totalidade das questões que a seu propósito se suscitam naquele ramo jurídico. Atenta a circunstância de que, no nosso País, a matéria foi recentemente alvo de uma

profunda reforma legislativa (1), colocar-nos-emos num plano *de iure constituendo*. Neste contexto, omitiremos os aspectos de índole técnica ou dogmática, em exclusivo relacionados com a construção sistemático-conceitual (2). Ao invés, centramos a atenção sobre a legitimidade da criminalização da interrupção voluntária da gravidez. O que equivale a dizer, para utilizarmos uma expressão consagrada, que, embora restringindo-nos ao aborto, como pano de fundo do presente trabalho permanecem as tradicionais perguntas acerca do *se*, do *quando* e do *como* da punição jurídico-criminal (3).

Colocados neste plano, logo nos confrontamos com alguns dos problemas últimos do direito penal. A saber, o da determinação do âmbito dos chamados *bens jurídico-criminais* e, de outra parte, os do fundamento e da finalidade atribuídos às respectivas sanções. Dados os objectivos que nos

(1) Cfr. a Lei n.º 6/84, de 11 de Maio, que veio alterar os arts. 139.º a 141.º do Código Penal de 1982, descriminalizando certos casos de interrupção voluntária da gravidez. Sobre o conteúdo do aludido diploma, *infra*, II, 3.1.

(2) Nesse contexto se inscrevia, por exemplo, ainda na órbita do velho Código Penal de 1886, a discussão sobre se determinadas hipóteses de aborto (*maxime*, por motivos terapêuticos) deviam ser tratadas nos quadros do «estado de necessidade» ou do «conflito de deveres». No primeiro sentido, cfr. J. Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, Coimbra, 1969, pp. 431-433. Idem, *Lei Criminal e Controlo da Criminalidade*, in «Revista da Ordem dos Advogados», 1976, p. 89, nota (39), e, embora de forma não expressa, M. Costa Andrade, *O Aborto como Problema de Política Criminal*, in «Revista da Ordem dos Advogados», 1979, p. 24; contra, seguindo a via oposta, Boaventura Sousa Santos, *L'Interruption de la Grossesse sur Indication Médicale dans le Droit Pénal Portugais*, in «Boletim da Faculdade de Direito», 1967, pp. 167 e ss., esp. pp. 179 e ss.. Para uma análise global dos aspectos dogmáticos do aborto em direito penal, por todos, Albin Eser, in A. Schönke/H. Schröder, «Strafgesetzbuch — Kommentar», 20. Aufl., München, 1980, pp. 1381 e ss.

(3) A tal propósito, cfr. J. Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro*, in «Revista da Ordem dos Advogados», 1983, pp. 4 e ss., e Idem, *Les Nouvelles Tendances de la Politique Criminelle du Portugal*, in «Archives de Politique Criminelle», 1983, pp. 194 e ss.

propomos, as referências que, em tese geral, lhes dispensarmos serão forçosamente breves. Ainda aí, ater-nos-emos aos pontos de vista que, para além de lograrem correspondência na letra da lei, coincidem com a orientação adoptada pelos autores que, entre nós, se debruçaram sobre o aborto. Só desse modo encontraremos a plataforma «comum» de debate, sem a qual o «contraponto» com aqueles a que nos opomos se transformaria num diálogo de surdos. Sintetizando, a argumentação subsequente situar-se-á dentro dos quadros da *política criminal* (4).

Numa definição que guarda plena actualidade, desde os tempos de F. von Liszt que se remete à política criminal, enquanto alínea da política social, o estudo científico dos meios de luta e controlo da delinquência, assente nos dados fornecidos pela criminologia e pela penologia (5). Sem que daí

(4) Nesta sede se desenrola a discussão que, nos últimos tempos, versou o aborto, bem como a generalidade das obras que o tomaram por objecto. A título de exemplo, cfr. J. Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos da Política Criminal...* (n. 3), pp. 20-22, Idem, *Lei Criminal e Controlo da Criminalidade* (n. 2), pp. 89-90, Idem, *Les Nouvelles Tendences...* (n. 3), pp. 197-198, e, de forma paradigmática, M. Costa Andrade (n. 2), *passim*, esp. pp. 2-19, e A. Carvalho Martins, *O Aborto e a Questão Criminal* (diss. polic.), Coimbra, 1983, *passim*. Como pertencentes à órbita da política criminal, refiram-se, ainda, as considerações inscritas, quer no preâmbulo do *Projecto de Lei sobre Interrupção Voluntária da Gravidez*, apresentado pelo Partido Comunista Português à Assembleia da República, in «Maternidade, Planeamento Familiar e Aborto», 2.ª edição, Lisboa, 1982, pp. 65 e ss., quer na *Informação-Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 31/82*, de 13 de Abril de 1982 (in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 320, pp. 224-271). No âmbito da doutrina germânica, seguindo a mesma orientação, ver, por todos, na colectânea J. Baumann (Hrsg.), *Das Abtreibungsverbot des § 218*, Darmstadt/Neuwied, 1972, os seguintes estudos: J. Baumann, *Schutz des werdenden Lebens — notwendig, aber wie?*, pp. 15 e ss., C. Roxin, *Der Minderbeitsvorschlag des Alternativ-Entwurfs*, pp. 175 e ss., e G. Grünwald, *Der Mehrbeitsvorschlag des Alternativ-Entwurfs*, pp. 194 e ss.

(5) Cfr. F. von Liszt, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1. Bd., 26. Aufl. (neubearb. von Eb. Schmidt), Berlin/Leipzig, 1932, pp. 2-3 e 16 e ss.. Em sentido concordante, vejã-se, ainda, H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, allg. T., 3. Aufl., Berlin, 1978, pp. 17 e ss., H. Zipf,

resulte *necessariamente* um desrespeito da dignidade e autonomia éticas da pessoa humana, ou qualquer desfavor para a segurança dos particulares — já que subordinada aos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpa (6) —, na órbita da política criminal predominam, assim, critérios de índole *pragmática*, tendentes a buscar a solução que, em concreto, traga mais vantagens do que prejuízos (7).

Na esfera de uma tal ponderação de «custos sociais» se desenrola, também, o debate político-criminal acerca da legalização da interrupção voluntária da gravidez (8). Em conformidade, a primeira parte do nosso estudo revestirá uma natureza descritiva, dirigindo-se à caracterização factual do fenómeno do aborto. Com base no parecer de especialistas e nos dados constantes das estatísticas disponíveis, procederemos à análise das suas causas e consequências.

Só num segundo momento, e em função dos resultados aí obtidos, passaremos à discussão jurídica, propriamente dita, do problema (9). Nessa órbita se aludirá à Lei n.º 6/84, de 11 de Maio, onde se despenaliza o aborto, bem como ao correspondente Acórdão n.º 25/84, do Tribunal Constitucional.

Kriminalpolitik. Eine Einführung in die Grundlagen, Karlsruhe, 1973, pp. 1-3, e, entre nós, J. Bezeza dos Santos, *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal*, Coimbra, 1968, pp. 38 e ss., e Eduardo Correia, *Direito Criminal I*, Coimbra, 1968, p. 8.

(6) Este o sentido implícito na já célebre afirmação de F. von Liszt (*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge II*, Berlin, 1905, p. 80), segundo a qual «o direito penal constitui a barreira intransponível da política criminal». Corroborando o exposto, cfr., por todos, H.-H. Jescheck (n. 5), pp. 17 e ss., e, entre nós, J. Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos...* (n. 3), pp. 7 e ss., e Idem, *Les Nouvelles Tendances...* (n. 3), pp. 199 e ss..

(7) A tal propósito, e precisamente no âmbito de um trabalho sobre a questão do aborto, M. Costa Andrade (n. 2), p. 5, refere que «(...) a política criminal determina-se por critérios de eficácia e de rentabilidade (...)» devendo «(...) concretizar-se em soluções dirigidas à maximização do conformismo e dos ganhos sociais e à minimização dos seus custos».

(8) Afirmando-o expressamente, M. Costa Andrade (n. 2), csp. pp. 6-7.

(9) *Infra*, II.

I

O ABORTO NAS SUAS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

1. O espectro do aborto clandestino em Portugal antes da legalização. As taxas de mortalidade maternal

A exemplo de outros países, um dos elementos que, de forma eficaz, influiu na instauração de uma atitude social, ao menos em parte, favorável à legalização da interrupção voluntária da gravidez em Portugal, consistiu no exagero sistemático do número total de abortos clandestinos existentes (10). Essa uma das constantes da literatura que, partindo das mais diversas perspectivas, versou o assunto, onde amiúde se apontam cifras *anuais* que oscilam entre cem mil (100 000) e trezentos mil (300 000) (11). Aliado a outros motivos — e, sobretudo, à enunciação das sequelas daí resultantes para a grávida —, o argumento fez com que se generalizasse a ideia, mesmo no âmbito de sectores por princípio contrários ao aborto, de que, em obediência a critérios humanitários, a sua legalização se impunha como um «mal-menor».

A falta de exactidão dos dados divulgados impõe que, no contexto do presente capítulo, se comece pela reposição da verdade dos factos. Fá-lo-emos, ainda que de modo aproximativo, com base em elementos fornecidos por estudos de estatística demográfica com créditos pacificamente reconhecidos no plano nacional ou internacional. De outra parte, não se ignora que, atenta a natureza dos valores em conflito,

(10) Fornecendo uma descrição minuciosa sobre o exagero dos números totais do aborto clandestino verificado em outras nações europeias cfr., por todos, A. Piñero, *O Aborto na Geografia Mundial*, in «O Aborto à Luz do Dia. O Risco de Ser», Coimbra, 1984, pp. 38 e ss..

(11) Cfr., por exemplo, o preâmbulo do *Projecto de Lei sobre a Interrupção Voluntária da Gravidez*, apresentado pelo Partido Comunista Português (n. 4), p. 67, M. Costa Andrade (n. 2), p. 17, e A. Carvalho Martins (n. 4), pp. 61, nota (1), e 91 e ss., esp. p. 93, nota (2), *in fine*.

os resultados assim obtidos não serão, por si sós, determinantes de uma tomada de posição definitiva. Com eles pretende-se, apenas, lançar a primeira pedra para uma correcta demarcação do fenómeno do aborto clandestino no nosso País — pressuposto indispensável à adequada solução jurídico-criminal do problema.

Não obstante serem poucos os trabalhos de quantificação estatística realizados nesta área, os resultados obtidos permitem afastar, *com toda a segurança*, as já assinaladas cifras de 100 000, 200 000 ou, até, 300 000 abortos anuais, normalmente apontadas pelos autores favoráveis à legalização. Ao invés, segundo os dados de que dispomos, o número real deve situar-se muito abaixo daqueles limites.

Essa a conclusão que, logo numa primeira abordagem, é indiciada pelo simples confronto das taxas de fertilidade respeitantes a Portugal. Com efeito, para o ano de 1982 — último relativamente ao qual existem elementos disponíveis —, aponta-se como *ratio* total de fertilidade a cifra de 2,4⁽¹²⁾. Nela se compreende a globalidade das gravidezes verificadas — quer as que chegaram ao seu termo, quer as que entretanto foram interrompidas espontaneamente ou mediante aborto provocado. Por sua vez, a taxa de nascimentos na população portuguesa, em 1982, deveria rondar os 2,0⁽¹³⁾. De acordo com o Instituto

(12) De acordo com o *International Statistical Institute* (Relatório de Novembro de 1983 — polic.).

(13) Segundo dados publicados em *Population (Revue bimestrielle de L'INED)*, 1983 (n.º 4-5), p. 833, são as seguintes as taxas referentes ao número médio de nados-vivos nos últimos anos em Portugal:

1965 — 3,07	1978 — 2,28
1970 — 2,62	1979 — 2,17
1975 — 2,59	1980 — 2,09
1977 — 2,48	

Tais resultados (à excepção do respeitante ao ano de 1980, relativamente ao qual não aponta qualquer cifra) coincidem com os indicados em G. Calot, *International comparative study of fertility short term variations* (policop.). Neste contexto, cfr., ainda, J. Manuel Nazareth, *Explosão Demográfica e Planeamento Familiar. Subsídios para uma política de defesa da vida em Portugal*, Lisboa, 1982, pp. 185 e ss., A. Monnier, *La conjuncture demo-*

Nacional de Estatística, aquele índice corresponde a um número de 160 000-170 000 — quantitativos entre os quais se situa a média de nascimentos dos últimos anos no nosso País⁽¹⁴⁾. Assim sendo, bem se compreenderá que o coeficiente de 0,4, respeitante às gravidezes interrompidas, terá de corresponder, a título aproximado, a um número efectivo de 32 000-34 000. Se a isto se juntar que, segundo opinião unânime — confirmada pela própria Organização Mundial de Saúde (O.M.S.)⁽¹⁵⁾ —, entre 15 % e 20 % da globalidade das interrupções da gra-

graphique, in «Population» (Revue bimestrielle de L'INED), 1980 (n.º 4-5), pp. 913-915 — onde se contém as taxas de fertilidade portuguesas relativas ao período de 1950 a 1970 —, e Teresa Costa Macedo, *Família, três anos de combate*, Lisboa, 1983, p. 75.

Sendo certo que a taxa de renovação ou substituição demográfica — i. é, o chamado «crescimento zero» — corresponde a 2,18 (ver, por todos, *L'Avenir ce sont nos Enfants — Groupe de Travail des Mouvemens pour la Vie Européens*, polic., 1983, pp. 2-6, e J. Manuel Nazareth, *ob. cit.*, p. 153-158), o ano de 1979 marcou, assim, o momento em que a população portuguesa pela primeira vez se situou abaixo daquele limite. A última cifra de que dispomos respeita a 1980, coincidindo com 2,09. J. Manuel Nazareth, *ob. cit.*, p. 193, nota (1), com base em J. Bourgeois Pichat, *Demographic chance in Western Europe, in «Population and Development»*, 1981, aponta o *ratio* de 2,02 para 1979.

Pensa-se que, na actualidade, os índices se aproximam dos 2,0; J. Manuel Nazareth calcula, com base em projecções optimistas, que eles se situam entre 1,8/1,9. Na falta de elementos mais precisos, tudo parece indicar, como se afirma no texto, que em 1982 o *ratio* dos nascimentos deveria rondar os 2,0.

(14) Não se encontram, ainda, publicados os números relativos a 1982. Segundo dados oficiais, foram os seguintes os nascimentos observados nos últimos anos: 212 152 (1963), 217 136 (1964), 210 299 (1965), 206 940 (1966), 202 061 (1967), 194 962 (1968), 189 739 (1969), 173 144 (1970), 189 042 (1971), 174 685 (1972), 172 324 (1973), 171 979 (1974), 179 648 (1975), 186 712 (1976), 181 064 (1977), 167 467 (1978) e 160 311 (1979). Cf. *Estatísticas Demográficas*, Instituto Nacional de Estatística (Serviços Centrais). Veja-se, ainda, J. Manuel Nazareth (n. 13), pp. 192 e s..

(15) Cfr. *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (Rapport d'un Groupe scientifique de L'OMS), Série de Rapports Techniques n.º 461, Genève, 1970, p. 21, e J. Paiva Boléo-Tomé, *O Aborto em Portugal, in «Aborto é Crime?»*, Porto, 1976, p. 146.

videz são espontâneas, teremos de concluir, pese embora a larga margem de erro envolvida numa análise deste tipo, que o número de abortos clandestinos praticados anualmente em Portugal se colocava abaixo dos 30 000.

Tal estimativa encontra-se, de outra parte, confirmada por dois inquéritos realizados, entre nós, sobre o problema (16). Reportando-se aos anos de 1970 e de 1975, os referidos estudos apontam que se realizaram 42 606 e 48 000 interrupções da gravidez, respectivamente (17). Como o salientam os seus Autores, tais resultados assentam, todavia, em dois erros de análise «voluntários»:

- Por um lado, nos aludidos inquéritos contaram-se como abortos provocados todos os abortos declarados e, portanto, também as chamadas interrupções espontâneas (18). Desta feita, haveria que subtrair às estimativas as percentagens de 15 ou 20 % que, como se assinalou, correspondem àquelas últimas (19). Só depois de realizada esta operação se depararia com o número efectivo de abortos *provocados*.
- Por outro lado, os números globais indicados decorrem de projecções realizadas para a totalidade da população portuguesa, com base em resultados obtidos, tão-só,

(16) J. Paiva Boléo-Tomé/Maria de Jesus Feijóo/Maria Ofélia L. Guerreiro, *O aborto em Portugal: alguns números parciais*, in «Acção Médica», 1971 (n.º 1), pp. 73 e ss., J. Paiva Boléo-Tomé, *Experiência Portuguesa*, in «Acção Médica», 1973 (n. 1), pp. 41 e ss., Idem, *Notas sobre o aborto em Portugal*, in «Acção Médica», 1974 (n.º 1), pp. 44 e ss., e Idem (n. 15), pp. 144 e ss..

(17) Sobre os números relativos a 1970, cfr. J. Paiva Boléo-Tomé, *Notas sobre o aborto em Portugal* (n. 16), pp. 48-49 e Idem (n. 15), p. 152. A cifra respeitante a 1975 resulta de uma investigação realizada pela mesma equipa, não havendo sido, ainda, objecto de publicação. Agradecemos ao Senhor Dr. Boléo-Tomé a gentileza de ter-nos fornecido pessoalmente tais elementos.

(18) J. Paiva Boléo-Tomé/Maria de Jesus Feijóo/Maria Ofélia L. Guerreiro (n. 16), p. 73, J. Paiva Boléo-Tomé, *Notas sobre o aborto em Portugal* (n. 16), pp. 48-49, e J. Paiva Boléo-Tomé (n. 15), p. 146.

(19) *Supra*, nota (15).

em Lisboa. Ora, afirmam os estudiosos que a taxa de abortos nos grandes centros urbanos é *manifestamente superior* à verificada nas restantes zonas; no tocante a Portugal, e assentando em amostragens efectivadas em diversas regiões, os Autores da presente investigação inclinam-se, embora sem o carácter de segurança absoluta, no sentido de que, por unidade populacional, a relação entre o número de abortos provocados em Lisboa e Porto, por referência ao resto do País, é de *quatro para um* (20).

Posto isto, e com o grau de incerteza inevitável em estudos deste teor, tudo aponta para que o cômputo geral do aborto clandestino no nosso País, antes da legalização, se situava em limites *inferiores ao número de 30 000*. Infundadas se revelam, portanto, as estimativas alarmistas que o elevavam à(s) centena(s) de milhar.

Relacionado com o aspecto precedente, costuma-se, ainda, afirmar que o aborto clandestino causa anualmente a morte de «milhares» de grávidas (21), como resultado das precárias condições sanitárias ou de higiene em que, via de regra, tem lugar, as mais das vezes realizado pela própria, ou por pessoas sem conhecimentos médicos especializados. Na medida em que tais consequências se evitariam através da realização

(20) Cfr. J. Paiva Boléo-Tomé (n. 15), p. 151; quanto à assinalada relação de *quatro para um*, ela consta da investigação (não publicada) a que nos reportámos, *supra*, nota (17). No mesmo sentido apontam os números respeitantes ao aborto clandestino na Hungria, antes da legalização, tal como decorre dos estudos de O. Pohánka/B. Balogh/M. Rutkovszky, *Az abortusok hártása az újszülötek testsúlyának alakulására*, e O. Pohánka/I. Török, *A gestatiós események alakulása és a koraszüléskérdés összefüggése hazánkban*, transcritos em Leslie Iffy/Garry Frisoli/Antal Jakobovits, *Perinatal Statistics: The Effect Internationally of Liberalized Abortion*, in Th. W. Hilgers/D. J. Horan/D. Mall (eds.), «New Perspectives on Human Abortion», Frederick/Maryland, 1981, pp. 97 e ss..

(21) Neste sentido, por todos, cfr. o preâmbulo do *Projecto de Lei sobre Interrupção Voluntária da Gravidez*, apresentado pelo Partido Comunista Português (n. 4), pp. 67-68, M. Costa Andrade (n. 2), pp. 17-18, e A. Carvalho Martins (n. 4), pp. 65 e 82-83.

das interrupções voluntárias da gravidez em hospitais ou clínicas providas de meios humanos e técnicos adequados, seria este mais um poderoso argumento a favor da legalização. Não obstante a aparente linearidade, as considerações expostas carecem de algumas correcções.

Assim, desde logo, o número global de mortes provocadas pelo aborto clandestino não pode coincidir com o montante acima indicado. Na verdade, de acordo com os relatórios do *International Statistical Institute* e da O.N.U., a média dos falecimentos verificados no nosso País em mulheres com idade de procriar (i.é, entre os catorze e os quarenta e quatro anos), durante 1980, 1981 e 1982, correspondeu a *mil e novecentos (1 900) óbitos por ano* (22). Nesta cifra se inclui a totalidade das mortes observadas naquele período, independentemente da razão que lhes esteve na base. Afigura-se, por isso, descabido falar, no tocante a Portugal, de duas mil (2 000) mortes anuais provocadas só pelo aborto (23).

Quanto à determinação precisa do respectivo montante, ela torna-se muito difícil, atenta a circunstância de que o aborto constituiu, até ao presente ano, uma conduta criminosa, na maioria dos casos não aparecendo referenciado como causa de morte nos documentos oficiais. Não obstante, relativamente a 1973, ano em que os óbitos de mulheres com idade fértil se cifraram em 2 148, a socióloga inglesa C. B. Goodhart (Cambridge) calculou que o número de falecimentos derivados de práticas abortivas ilícitas devia ter-se situado *muito abaixo dos*

(22) Cfr. o relatório do *International Statistical Institute*, de Novembro de 1983 (n. 12) e o Relatório da O.N.U., de 1983, respeitante à mortalidade verificada nos diversos países. Das estatísticas oficiais portuguesas apenas constam dados até a 1979. De acordo com esta última fonte, foi o seguinte o número de falecimentos observados em mulheres com idade fértil (i. é, entre os catorze e os quarenta e quatro anos): 2 133 (1970), 2 020 (1972), 2 148 (1973), 2 094 (1974), 2 128 (1975), 2 250 (1976), 2 085 (1977), 1 982 (1978), 1 949 (1979). Cfr. *Estatísticas Demográficas*, Instituto Nacional de Estatística (Secção Central).

(23) Referindo expressamente este número, M. Costa Andrade (n. 2), p. 18, e A. Carvalho Martins (n. 4), p. 83.

seiscentos (24). Atento o facto de que as condicionantes que presidiram à elaboração daquela estimativa permaneceram aproximadamente idênticas nos anos seguintes, todos os elementos parecem apontar que aquele cálculo se mantém actual (25).

Ao longo da exposição precedente intentou-se determinar, no plano quantitativo, o movimento do aborto clandestino no nosso País. Os resultados obtidos, apesar de inferiores aos que é uso ver publicados, não deixam de se revelarem assustadores — mormente os que respeitam à mortalidade materna (26). Daí não se podem, todavia, extrair conclusões defi-

(24) C. B. Goodhart, *Abortion mortality in Portugal*, transcrito em René Bel, *Lecture: Synopsis of a Slide-Show*, pp. 12 bis e 13 (texto polycopiado que serviu de base a várias conferências realizadas, durante 1983, em Roma, Paris, Munique e Lisboa).

(25) Segundo C. B. Goodhart (n. 24) — que se baseia em dados fornecidos pelo I.N.E. português — a taxa de mortalidade observada em mulheres com idade de procriar, no ano de 1973, foi de 1,14/1000 (cifra que correspondia ao número total de 2 148). No Reino Unido, aquele *ratio* mostrava-se sensivelmente mais baixo, coincidindo com 0,81/1000. Posto isto, C. B. Goodhart afirma que, *ainda que se considerasse que a diferença entre as duas taxas (i. é, 0,33/1000) era integralmente preenchida por casos de morte proveniente de abortos clandestinos, o total de tais falecimentos situar-se-ia abaixo dos seiscentos*. Atento, porém, o facto de que, na Grã-Bretanha, os «standarts» de saúde são, de um modo geral, superiores aos verificados em Portugal, a Autora conclui que a aludida diferença de cifras não pode atribuir-se, apenas, a casos de morte provocada pelo aborto clandestino — pelo que o número efectivo daqueles óbitos se deve colocar bastante abaixo dos seiscentos.

(26) No relatório da OMS, *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), pp. 41-42, refere-se que a taxa de mortalidade no aborto clandestino pode atingir o coeficiente de 1/100, mas que na generalidade dos países, considerados globalmente, aquele *ratio* baixa para números entre 50 e 100 mortes por 100 000 abortos clandestinos. Por outro lado, afirma-se, também, que, no princípio da década de sessenta, as taxas de mortalidade referentes ao aborto clandestino iam de 1,0 por 100 000 mulheres (na maior parte dos países desenvolvidos) a 10 por 100 000 num Estado da América Latina (R. R. Puffer/G. W. Griffith, *Patterns of urban mortality: Report of the Inter-American Investigation of Mortality*, Organização Pan-Americana de Saúde, Washington D. C., 1967, pp. 294-317, *apud* relatório acima citado). Por sua vez, no tocante ao Japão, assinalando que o aborto legal não se apresenta sensivelmente mais seguro do que o

nitivas a favor da legalização. Para tanto, haveria antes, não só que determinar as reais consequências de tal reforma legislativa no número dos abortos *clandestinos* existentes (27), mas também que ponderar os efeitos do próprio aborto legalmente consentido (28). Destes e de outros aspectos curaremos de seguida.

2. Análise das «indicações» que podem fundamentar o aborto

Sob a roupagem dogmática do «estado de necessidade» ou do «conflito de deveres», no plano jurídico-criminal, o problema do aborto surge em último termo reconduzido a uma esfera de ponderação de valores ou interesses (29). Do debate teórico resultou, ao estilo de geração espontânea, a constituição de uma tipologia mais ou menos estável de situações, em torno das quais se passou a circunscrever a discussão acerca da legitimidade da interrupção voluntária da gravidez. Referem-se, no presente contexto, as indicações *terapêutica, eugénica, ética* ou *criminológica e económico-social* (30). À respectiva apreciação crítica procederemos de imediato.

clandestino, Y. Hayasaka/H. Toda/Y. Ueno/M. Ishizaki /A. Zimmerman, *Os 22 anos de experiência do Japão com uma lei liberal do aborto*, in «Acção Médica», 1971 (n.º 1 — Janeiro/Março), pp. 15-20.

(27) Ver, *infra*, I, 5.

(28) *Infra*, I, 4.

(29) Cfr., *supra*, «Introdução» e bibliografia aí citada.

(30) Não abordaremos, agora, a tradicional discussão, verificada no seio da doutrina favorável à legalização do aborto, entre os partidários dos chamados modelos dos *prazos* e das *indicações*. De seguida, ater-nos-emos, apenas, à caracterização destas últimas. A isso aconselha a circunstância de a citada Lei n.º 6/84, recentemente aprovada, apesar de combinar os dois sistemas, dar prevalência ao segundo. Com efeito, mesmo nos casos em que estabelece certos limites quanto ao tempo de gravidez, como pressuposto da legitimidade do aborto, o requisito decisivo continua a consistir na ocorrência cumulativa de determinadas indicações (*maxime*, terapêuticas, eugénicas e éticas ou criminológicas). Daí que se imponha começar pela análise crítica destas últimas. Para

a) A indicação terapêutica — Nesta categoria se inscrevem os casos em que a continuação da gravidez pode, hipoteticamente, acarretar um perigo *grave* para a vida ou para a saúde física ou psíquica da mãe⁽³¹⁾. Ao invés do que se tem pretendido, só na aparência um tal conflito de valores — i.é, entre a vida do nascituro e a integridade física ou psíquica da grávida — se verifica, de modo a justificar a realização de um aborto. Se não vejamos:

aa) Em primeiro lugar, no tocante à *saúde física*, aponta-se, via de regra, como fundamento válido para a interrupção voluntária da gravidez, o facto de a mulher padecer de certas doenças do foro cardíaco, pulmonar ou nefrológico. Pese embora assim possa ter sucedido no passado, tais motivos não procedem hoje em dia. Com efeito, é voz unânime dos especialistas que, atento o estado actual da medicina, nenhuma daquelas afecções põe em risco a vida ou a integridade física da mãe⁽³²⁾. Não falta mesmo quem afirme que, no caso de

uma caracterização dos dois sistemas acima referidos, em teoria e no direito comparado, cfr., por todos, J. Pinatel, *Aperçu des Aspects Criminologiques de l'Avortement*, in «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé (Nouvelle Série)», 1973, p. 743, Albin Eser (n. 2), pp. 1381 e ss., J. Baumann (n. 4), pp. 21 e ss., C. Roxin (n. 4), pp. 179 e ss., G. Grünwald (n. 4), pp. 196 e ss., e, especialmente, E.-W. Hanack, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zu Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs in der westlichen Welt*, in Jürgen Baumann (Hrsg.), «Das Abtreibungsverbot des § 218» (n. 4), pp. 209 e ss., e J. Lampe, *The World in Perspective*, in Th. W. Hilgers/D. J. Horan (eds), «Abortion and Social Justice», Thaxton (VA. — U.S.A.), 1980, pp. 89 e ss.. Entre nós, ver, por todos, A. Carvalho Martins (n. 4), pp. 86 e ss. e 19 e ss.

(31) À semelhança do que sucede em todos os estudos e legislações, tomamos aqui a «indicação terapêutica» numa acepção restrita — que se reporta, apenas, à saúde física e psíquica da mãe. Pomos, por isso, de parte a definição «alargada» da O.M.S., segundo a qual a saúde consiste num «état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité» (cfr. *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 31). Os aspectos «sociais» da saúde, referidos por último, serão, no tocante ao aborto, incluídos na chamada «indicação económico-social» (*infra*, I, 2. d).

(32) Sobre estes pontos, cfr., por todos, F. E. Mecklenburg, *The Indications for Induced Abortion: A Physician Perspective*, in Th. W. Hil-

de se verificarem algumas das assinaladas doenças, os perigos de graves complicações se apresentam maiores na hipótese de se levar a cabo um aborto do que na do parto⁽³³⁾. Esta uma conclusão que se afigura tanto mais verdadeira quando se sabe — como adiante se verá em pormenor — que as taxas de mortalidade e morbidade maternas no aborto legal, *realizado em institutos apropriados*, equivalem, pelo menos, ao *dobro* das verificadas no parto. Assim acontece, mesmo a respeito das interrupções provocadas durante o primeiro trimestre de gravidez, período em que as complicações são, de longe, menos frequentes⁽³⁴⁾.

Em face do exposto, teríamos, pois, que, contraditoriamente, aconselhar o aborto nas aludidas hipóteses, equivaleria a aconselhá-lo nos casos em que a sua prática se revela mais adequada a produzir o resultado que, com ele, se pretendia evitar⁽³⁵⁾.

gers/D. J. Horan (eds.), «Abortion and Social Justice» (n. 30), pp. 38-39, B. Forcano, *O Aborto (está em jogo a vida humana)*, in «O Aborto é Crime?» (n. 15), p. 45, *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 31, e, na colectânea Th. W. Hilgers/D. J. Horan/D. Mall (eds.), «New Perspectives on Human Abortion» (n. 20): Th. W. Hilgers/D. O'Hare, *Abortion Related Maternal Mortality: An In-Depth Analysis, passim*, L. Iffy/G. Frisoli/A. Jakobovits, *Perinatal Statistics: The Effect Internationally of Liberalized Abortion*, pp. 92 e ss., e R. A. Watson, *Urulogic Complications of Legal Abortion*, pp. 135 e ss.. Entre nós, ver Ibérico Nogueira, *Aborto Terapêutico*, in «O Médico», vol. III (nova série — 1955), pp. 1167 e ss., Ramos Lopes, *Problemas médico-morais ligados ao aborto*, sep. de «Semana Médica», n.º 22 (Setembro de 1959), *passim*, e Francisco Abel, *Biologia, Medicina e Aborto*, e Agostinho Almeida Santos, *Aborto — atentado à vida*, ambos in «O Aborto à Luz do Dia. O Risco de Ser», Coimbra, 1984, pp. 42 e ss. e 70 e ss., respectivamente. No mesmo sentido, Albin Eser (n. 2), p. 1402.

(33) Cfr. as obras citadas na nota anterior.

(34) Sobre estes pontos, *infra*, I, 4.

(35) Assim acontece por via de regra. O que não exclui que, excepcionalmente, se possam verificar situações em que a preservação da vida da mãe exija o sacrifício do feto. O assinalado carácter *excepcional* de tais hipóteses não fundamenta, contudo, a legalização do aborto terapêutico, parecendo mais adequado fazer aí intervir uma causa de justificação. Neste contexto cfr., *infra*, notas (36) e (37) e, esp., n.º II, 3.2., *in fine*.

‘Afastada a legitimidade do aborto provocado com base em razões de índole cardíaca, pulmonar ou nefrológica, restam apenas *dois* casos em que, no plano médico, a interrupção voluntária da gravidez se encontra justificada. A saber: o da gravidez *ectópica* ou *extra-uterina* e o do *cancro do útero*. Note-se, porém, que, nestas hipóteses, o problema não se põe nos termos de um conflito de «vida contra vida», mas nos da alternativa entre perder inevitavelmente ambas as vidas ou, pelo contrário, salvar uma delas — que só pode ser a da mãe. Dado o seu carácter excepcional⁽³⁶⁾, tais situações não se revelam, contudo, bastantes para fundamentar a legalização do aborto terapêutico, parecendo, até por esse mesmo motivo, mais adequado fazer intervir aqui as regras gerais do «estado de necessidade» ou do «conflito de deveres» *justificantes* ⁽³⁷⁾. Mediante

(36) Este um facto pacificamente reconhecido pelos especialistas; por todos, cfr. F. E. Mecklenburg (n. 32), pp. 38-39, R. A. Watson (n. 32), *passim*, Pedro P. Adragão, *O Aborto do ponto de vista da ciência médica*, in «O Aborto e o Direito à Vida — Uma questão de Actualidade», Lisboa, 1983, p. 20, e o relatório da O.M.S., *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 31.

(37) Neste sentido aponta a relação de *regra/exceptção* que, no plano *dogmático*, se verifica entre *tipos incriminadores* e *tipos justificadores* — cfr. J. Figueiredo Dias, *Direito Penal — Aditamentos* (policop.), Coimbra, 1977, p. 10. Numa palavra, enquanto os primeiros comportam as situações que, atentas as máximas da experiência, constituem a *regra*, os últimos cobrem casos *excepcionais* de condutas que, de acordo com as circunstâncias em que ocorreram, apesar de violarem bens jurídico-criminais, à luz dos padrões ético-sociais vigentes não consubstanciam um «desvalor de acção ou de resultado». Como se disse, as hipóteses em que a gravidez põe em risco a vida ou a saúde física da mãe são, hoje em dia, extremamente *raras* — o que equivale a dizer que, na larga maioria das vezes, o aborto se traduz numa violação *censurável* de um bem jurídico-criminal (i. é, a vida intra-uterina). Posto isto, e no estrito rigor dos princípios, a única solução correcta só poderá consistir em fazer funcionar a indicação terapêutica nos quadros das causas de exclusão da ilicitude. Sobre o problema da sua subsunção ao «estado de necessidade» ou ao «conflito de deveres», cfr. as obras citadas, *supra*, nota (2). Quanto à consideração da vida intra-uterina como bem jurídico-criminal — mesmo por parte dos autores favoráveis à legalização do aborto —, ver, *infra*, nota (105) e n.º II, 3.2.

qualquer dos dois mecanismos — cujos pressupostos se encontrariam inteiramente preenchidos —, a conduta de salvar a mãe teria de considerar-se *sempre* lícita.

bb) Ainda no domínio da «indicação terapêutica», a favor da legalização do aborto apontam-se, por outro lado, as graves perturbações de *ordem psíquica* que, para a mulher, decorrem de uma gravidez não desejada. No presente contexto, refere-se, aliás, que a recusa do aborto e o conseqüente estado de depressão psicológica constituem uma das principais causas de suicídio entre pessoas do sexo feminino. Os termos alarmistas em que estas afirmações são feitas impõem algumas correcções.

No que toca ao suicídio, as estatísticas apontam que o risco da sua verificação é *mínimo*. Assim, num inquérito oficial realizado em Birmingham (Grã-Bretanha), durante um período de *seis* anos, em que se deparou com um total de 119 suicídios de mulheres com idade até aos cinquenta anos — das quais 22 eram solteiras —, não se detectou nenhum caso de gravidez. De acordo com as mesmas fontes, nos seis anos anteriores só uma grávida se suicidara: tratava-se de uma mulher casada, com dois filhos, que se encontrava recebendo tratamento psiquiátrico numa clínica devido a um estado depressivo que, segundo o relatório médico, *não* se relacionava com a gravidez⁽³⁸⁾. Por outro lado, Sainsbury, na sequência de uma investigação efectuada no norte de Londres sobre 390 suicídios, concluiu que apenas *duas* mulheres se encontravam grávidas⁽³⁹⁾.

Mais significativos se revelam, ainda, os dados fornecidos pelo «Minnesota Maternal Mortality Comitee» (Minnesota-U.S.A.), de harmonia com os quais, entre 1950 e 1966, ao mesmo tempo que se verificava o nascimento de um milhão e quinhentas mil crianças, apenas se observaram *catorze suicídios*

(38) Myre Sim, *Abortion and Psychiatry*, in Th. W. Hilgers/D. J. Horan/D. Mall, «New Perspectives on Human Abortion» (n. 20), pp. 156-157.

(39) P. Sainsbury, *Suicide in London: An Ecological Study*, London, 1955.

relacionados com a gravidez — neste número se incluindo, tanto as mortes ocorridas antes do parto, como dentro dos noventa dias posteriores. Todas as catorze mulheres estavam casadas, sendo os maridos os pais das crianças. Nas noventa e nove gravidezes «fora do casamento» não se verificou qualquer suicídio (40).

Tais elementos adquirem particular relevo quando comparados com as taxas gerais do suicídio registadas no Estado do Minnesota para o mesmo período. A saber (41):

- suicídio masculino: 16/100 000;
- suicídio entre mulheres não grávidas: 3,5/100 000;
- suicídio entre mulheres grávidas: 0,6/100 000.

As cifras expostas só confirmam o cálculo comumente acceto, segundo o qual o número de suicídios em mulheres grávidas corresponde a 1/6 dos verificados em mulheres não-grávidas da mesma idade (42). De acordo com os especialistas, este fenómeno encontraria a sua explicação na circunstância de a gravidez despoletar na mulher certos factores de índole psicológica ou instintiva, no sentido de uma maior auto-protecção (43). De outra parte, afigura-se duvidoso que todos os suicídios praticados durante a gravidez encontrem nela sua única causa. Ao invés, e como decorre da vasta literatura sobre o assunto, o fenómeno parece ligar-se a certas perturbações mentais, independentes da gravidez, susceptíveis de serem debeladas mediante tratamento adequado (44).

Corroborando o exposto, e ao estilo de conclusão, assina-

(40) A. Barno, *The Minnesota Mortality Study*, in «American Journal of Obstet. and Gynec.», Jan. de 1968, p. 15, *apud* F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 40. No mesmo sentido, Pedro P. Adragão (n. 36) pp. 24-25.

(41) Os números indicados constam das obras citadas na nota anterior.

(42) F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 40.

(43) *Ibidem*.

(44) Cfr., F. E. Mecklenburg (n. 32), pp. 39 ss. (e bibliografia aí citada), Myre Sim (n. 38), pp. 156-157, e Pedro P. Adragão (n. 36), pp. 24-25.

le-se, por fim, o estudo que Lindberg (45) realizou na Suécia sobre 304 pacientes que viram recusados os seus pedidos de aborto terapêutico, com base em indicação psicológica ou psiquiátrica. Pese embora sessenta e duas afirmassem que se suicidariam no caso de o respectivo requerimento ser indeferido, nenhuma delas sequer *tentou pôr termo à sua vida* (46).

Para além da possibilidade de suicídio, referem muitos autores que uma gravidez não desejada pode afectar, de forma grave, o estado mental da mãe, nomeadamente, ocasionando fenómenos de esquizofrenia, tendências maníaco-depressivas e, de um modo geral, toda a espécie de psico-neuroses. A partir daí, o interesse de preservar a saúde psíquica da mulher aconselharia a liberalização da interrupção voluntária da gravidez em tais hipóteses. Pondo de parte o problema da ponderação dos bens jurídicos em conflito — ou sejam, a vida do nascituro e a saúde mental da grávida —, questão a que tornaremos adiante, duas breves palavras se impõem quanto a este ponto.

Constituí hoje um dado pacífico que a gravidez pode provocar na mãe, ao longo dos primeiros meses, certas reacções nevróticas e depressivas, de que muitas vezes resulta um sentimento de aversão para com o próprio filho. Este um fenómeno frequente, *tanto na gravidez desejada, como na indesejada*, que, segundo opinião médica, encontra a sua razão, quer no cansaço ligado ao enorme esforço biológico desenvolvido,

(45) B. Lindberg, *Svenska Läk-Tidn*, vol. 45 (1948), p. 1381, *apud* F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 40.

(46) Tais resultados só confirmam, aliás, a asserção de S. S. Asch (*Mental and Emotional Problems*, in A. F. Guttmacher/J. J. Rovinsky (eds.), «Medical, Surgical and Gynecological Complications of Pregnancy», Baltimore (U.S.A.), 1960, p. 375), segundo a qual é *impossível* determinar *a priori* se uma mulher naquelas condições vai ou não cometer um suicídio — pelo que se torna falacioso considerar a legalização do aborto como meio preventivo. Em sentido análogo apontam as investigações relativas a mulheres que viram os seus pedidos de aborto recusados, conduzidas por H. C. McLaren, Forsmann/Thuwe e C. McCance/P. C. Olley/V. Edward, todos referidos em Myre Sim (n. 38), pp. 158-160.

quet no natural receio do parto (47). Dentro de um tal contexto de «crise» psicológica — mormente, quando não se verifica o apoio e a compreensão por parte do ambiente circundante —, a mulher perspectiva o aborto como a única saída possível para uma situação por ela insustentável (48). Conforme ao exposto, essa decisão surge, assim, no âmbito de um estado de afecto, a que muitos atribuem uma componente de histerismo, não só «co-natural» ao processo biológico da gestação — uma vez que ocorre mesmo na gravidez desejada —, mas também de carácter *transitório*. De acordo com a experiência, aquela instabilidade emocional desaparece, de modo automático, não deixando quaisquer sequelas, ao fim dos primeiros seis meses de gravidez, *cedendo o lugar à atitude diametralmente oposta* (49). Se a tudo isto acrescentarmos que, por si só — como adiante veremos em pormenor —, a interrupção voluntária da gravidez acarreta para a mulher perturbações de ordem psíquica bem mais graves (por vezes insuperáveis!), afigura-se de todo infundado aconselhá-la nas hipóteses em apreço. Numa palavra, se o que se pretende salvaguardar é a saúde mental da grávida, teremos então de concluir que, nestes casos, para utilizarmos uma linguagem cara aos penalistas (50), aquela interrupção improcede por «inidoneidade do meio».

Como fundamento para a interrupção voluntária da gravidez apontam-se, por outro lado, as chamadas psicoses *post-*

(47) Sobre estes pontos, por todos, Wanda Poltawska, *Effetti psichici sulla donna a causa dell' aborto procurato*, in «Il medico a servizio della vita — XV Congresso Mondiale della Federazione Internazionale delle Associazioni dei Medici Catolici», Roma, 1982, pp. 167-169, Myre Sim (n. 38), p. 158, e F. E. Mecklenburg (n. 32), pp. 39-40.

(48) Wanda Poltawska (n. 47), p. 167.

(49) Wanda Poltawska (n. 47), p. 168, F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 39, Myre Sim (n. 38), p. 159, o relatório da O.M.S., *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 30, e P. Guillo Fernandez, *Repercussões psicológicas do aborto provocado*, in «O Aborto à Luz do Dia. O Risco de Ser», Coimbra, 1984, pp. 55 e ss..

(50) *V.g.*, a propósito da chamada «tentativa impossível», cfr., Eduardo Correia, *Direito Criminal II*, Coimbra, 1968, pp. 233-235.

-*partum*. De harmonia com o parecer dos especialistas, ainda aqui *não se encontra* justificação válida para a legalização.

Assim, converge a generalidade dos estudos em que as psicoses *post-partum*, além de muito raras (51), se apresentam *imprognosticáveis* (52) — facto que, por si só, afasta a possibilidade da prática do aborto como meio preventivo. Acresce que tais psicoses, na larga maioria dos casos, não deixam quaisquer sequelas para o futuro, nem o estado mental da mulher se encontra mais afectado do que antes da gravidez — circunstância que corrobora a asserção de que a sua causa não reside nesta última, mas em (ou numa tendência para) certas perturbações de ordem psicológica que lhe pré-existem (53). Por seu turno, a experiência demonstra que estas em nada são agravadas pela gravidez ou pelo nascimento da criança (54).

Provado que as psicoses *post-partum* se verificam, sobretudo, em mulheres com personalidade potencialmente psicótica (55), não se afigura que esteja no aborto a sua solução. E isto, porque à interrupção voluntária se segue — como o

(51) Myre Sim (n. 38), p. 157-158, refere que a probabilidade da sua verificação é de 1/1000. No mesmo sentido, F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 39.

(52) Myre Sim (n. 38), pp. 157-158, F. E. Mecklenburg (n. 32), pp. 39-40, e Bruce Sedon (no «New England Journal of Medicine»), *apud* Pedro P. Adragão (n. 36), p. 24.

(53) Sobre estes pontos, por todos, F. E. Mecklenburg (n. 32), pp. 39-40, Wanda Poltawska (n. 47), p. 168., Myre Sim (n. 38), p. 152, e B. Forcano (n. 32), p. 45.

(54) A tal propósito A. Noyes/L. Kolbe (*Modern Clinical Psychiatry*, 7.ª ed., Philadelphia (U.S.A.), 1968 — manual adoptado na maioria das universidades americanas) afirmam: «experience does not show that pregnancy and the birth of the child influence adversely the course of schizophrenia, manic depressive illness or the majority of psychoneuroses». No mesmo sentido, cfr. o relatório da O.M.S., *L'avortement provoqué* (Rapport d'un Groupe scientifique de L'O.M.S.), Série de Rapports Techniques n.º 623, Genève, 1978, p. 25.

(55) Além de referenciado nas obras citadas, *supra*, notas (52) e (53), é este um aspecto dado como pacífico pela própria O.M.S., no seu relatório técnico *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), pp. 43-44.

demonstram inúmeros estudos de *follow-up* — um estado de depressão psicológica bem mais profundo do que aquele que pode decorrer do parto (56). As investigações de carácter empírico apontam no sentido de que as psicoses *post-abortum* têm um grau de incidência semelhante às da gravidez (57), mas, ao invés, nem sempre são detectáveis imediatamente — só se revelando passados alguns meses —, *apresentando uma prognose*

(56) Cfr. Wanda Poltawska (n. 47), pp. 168-171, Myre Sim (n. 38), pp. 158 e s., F. E. Mecklenburg (n. 32), pp. 39-40, B. Forcano (n. 32), p. 45, e Th. W. Hilgers, *The Medical Hazards of Legally Induced Abortion*, in Th. W. Hilgers/D. Horan (eds.), «Abortion and Social Justice», Thaxton (VA.-U.S.A.), 1980, pp. 75-77. No presente domínio, como conseqüências psíquicas do aborto, enunciam-se o estado de profunda depressão resultante de um forte complexo de culpa (muitas vezes transferido sobre outra pessoa — via de regra o marido), a friidez ou aversão por relações sexuais e uma agressividade para com o médico, o ambiente ou, até, por referência às crianças em geral.

(57) No sentido de que o grau de incidência das psicoses *post-partum* se apresenta análogo, correspondendo, aproximadamente, a uma cifra de 1/1000, apontam os resultados das investigações empíricas de M. McCance/P. C. Olley/V. Edward, *Overall clinical psychiatric assessment*, in «Experience with Abortion», London, 1973, *apud* Myre Sim (n. 38), pp. 159-160. Analogamente, Myre Sim (n. 38), p. 161.

Ao invés, o relatório da O.M.S. *L'avortement provoqué* (n. 54), p. 24, baseando-se num estudo realizado em Inglaterra (West Midlands) por C. Brewer (*Incidence of post-abortion psychosis: a prospective study*, in «British Medical Journal», 1977, pp. 476-477), assinala que o grau de ocorrência das psicoses *post-partum*, aí verificado, era de 1,7/1000 nascimentos; ao invés, o das psicoses *post-abortum*, observadas durante os quinze (15) meses posteriores, correspondia a 0,3/1000 abortos legais. Tais resultados decorrem de um inquérito dirigido a psiquiatras da aludida região dos West Midlands. De acordo com C. McCance (*loc. cit.*), aquelas conclusões enfermam, contudo, de alguns vícios de análise: em primeiro lugar, o inquérito apenas abrangeu 25% dos psiquiatras existentes; de outra parte, o critério de morbidade adoptado (*maxime*, o internamento hospitalar) já não é aceite pela moderna prática psiquiátrica — uma vez que a maioria das doenças deste foro constituem hoje objecto de tratamento ambulatorio; finalmente, atento o facto de que as psicoses *post-abortum* nem sempre se declaram de imediato (cfr. *infra*, nota 58), o prazo de quinze (15) meses, durante o qual decorreu o *follow-up*, não se apresenta suficiente para fundamentar uma conclusão válida.

de cura, de longe, menos favorável⁽⁵⁸⁾. Se ao exposto se juntar que a sua ocorrência se verifica, sobretudo, em mulheres com problemas do foro psicológico ou psiquiátrico, teremos que, também no presente domínio⁽⁵⁹⁾, a prática do aborto baseada na existência de perturbações mentais na grávida conduz a resultados bem mais desvantajosos do que aqueles que pretendia evitar⁽⁶⁰⁾.

Uma última palavra respeitará ao carácter vago e inseguro do conceito de «grave lesão da saúde psíquica da mãe», como fundamento do aborto terapêutico. O perigo de utilização fraudulenta que, *a priori*, pareceria de esperar da consagração legislativa daquela «cláusula geral», encontra-se inteiramente confirmado pela experiência estrangeira.

Tomando como ponto de partida, a título exemplificativo, as estatísticas norte-americanas, por referência ao número total de abortos provocados, a indicação respeitante à saúde mental da mãe surge representada da seguinte forma⁽⁶¹⁾:

— Colorado — 71,5 %	} Percentagem dos abortos realizados com fundamento em perturbações psicológicas da mãe, por referência ao número total de abortos provocados ⁽⁶²⁾ .
— Oregon — 97 %	
— Califórnia — 90 %	
— Nova Iorque — 2 %	

(58) Wanda Poltawska (n. 47), pp. 168 e ss., Myre Sim (n. 38), p. 158, e Th. W. Hilgers (n. 56), pp. 75 e ss..

(59) No mesmo sentido, para a indicação terapêutica relacionada com a saúde física, *supra*, I, 2. a), aa), na parte final.

(60) Sobre este ponto, por todos, F. E. Mecklenburg (n. 32), pp. 39-40, Th. W. Hilgers (n. 56), pp. 75-76, e *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 44.

(61) Os dados a seguir enunciados no texto constam de F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 41, e Pedro P. Adragão (n. 36), p. 24, que se baseiam, no tocante ao Colorado, em W. Droegmueller, *The First Year of Experience in Colorado with the New Abortion Law*, in «Am. Journal of Obstetrics and Gynecology», 1969, pp. 694-698, para o Oregon, em *Therapeutic Abortion in Oregon*, January-December, 1970 (relatório do Oregon State Board of Health), e, quanto à Califórnia, em E. W. Overstreet, *Therapeutic Abortion: Current Problems and Trends*, in «Audio Digest: Obstet.-Gyn.», vol. 16 (n.º 23), 1969.

(62) No tocante ao Estado da Califórnia (U.S.A.), Pedro P. Adragão (n. 36), p. 24, aponta a cifra de 98,2 %. Este Autor refere, ainda,

'Em face dos números expostos, uma única conclusão se pode retirar: *a de que, na larga maioria dos casos, a indicação psicológica funciona como mero subterfúgio ou «alibi» para dar cobertura a interrupções voluntárias da gravidez sem qualquer fundamento legal.*

Com efeito, a ser exacto que as cifras relativas aos três primeiros Estados correspondem efectivamente a situações de doença psíquica *grave* (63), teria de aceitar-se que, não só tais afecções se apresentam entre quinze e vinte vezes mais frequentes na gravidez do que a doença física, mas também que de 25 % a 50 % das mulheres grávidas sofrem de *graves* perturbações mentais (64). O absurdo destas afirmações, confirmado pelo facto de, em Nova-Iorque — a respeito de um abstracto populacional idêntico, sujeito às mesmas tensões de uma sociedade moderna altamente tecnicizada —, os abortos realizados por razões atinentes à saúde psíquica da mãe representarem, apenas, 2 % da totalidade, impõe que as refutemos *in limine*.

As assinaladas diferenças percentuais parecem, ao invés, justificarem-se através da diversa configuração dos respectivos regimes jurídicos. Numa palavra, enquanto em Nova-Iorque se admite o aborto a «simples pedido» (65), nos outros Estados tal resultado é obtido à custa do alargamento abusivo da indicação psicológica — nomeadamente, pela assimilação

que em Inglaterra e no País de Gales os abortos provocados com fundamento na saúde mental da grávida representam 96 % da totalidade das interrupções voluntárias da gravidez (p. 26).

(63) Note-se que a doença psíquica que serve de base ao aborto, segundo a generalidade das legislações (e, assim, também a nossa — cfr. Lei n.º 6/84), tem de ser *grave*; por todos, Albin Eser (n. 2), pp. 1402-1403. As percentagens indicadas de seguida não se referem, por isso, a qualquer doença psíquica, mas, tão-só, às que, de acordo com o estado actual de medicina, revestem uma particular gravidade.

(64) F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 41, que, neste ponto, cita D. Cavanagh, *Legalized Abortion: The Conscience Clause and Coercion*, in «Hospital Progress», 1971.

(65) Sobre o teor da legislação nos vários Estados federados dos E.U.A. — e, em particular, no de Nova-Iorque — cfr. E.-W. Hanack (n. 30), p. 216, e J. A. Lampe (n. 30), p. 96.

a esta categoria, sem mais, do simples «contratempo» de uma gravidez não desejada (66). O que equivale a dizer, ao estilo de síntese, que a consagração legal da indicação psicológica acaba por significar, na prática, a legalização do chamado «aborto a pedido» (*abortion on demand*).

b) **A indicação eugénica** — Aqui se incluem todos os casos em que o feto apresenta, a um diagnóstico pré-natal, malformações congénitas. Postos de parte os objectivos de pureza rácica, impensáveis na actualidade, a interrupção voluntária da gravidez surge agora proposta com o intuito de preservar, quer a estabilidade psíquica da mulher (67) e o bem estar da família — susceptíveis de se verem afectados pela presença traumatizante de um novo ente anormal —, quer a felicidade do próprio filho que, devido às insuficiências de que enferma, nunca poderia gozar de uma existência humana digna desse nome.

Quanto às causas de tais anomalias no feto, referem-se, tanto fenómenos de hereditariedade, como certas doenças da mãe durante a gravidez. A experiência demonstra que as doenças a que se liga um factor hereditário são extremamente raras (68). Ademais, a transmissão hereditária da anomalia nunca ultrapassa os 50 % de hipóteses (69). Por fim, salienta-se

(66) F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 41, e Pedro P. Adragão (n. 36), p. 24.

(67) Muito particularmente, colocando a tónica na saúde psíquica da grávida, por todos, G. Grünwald (n. 4), p. 197, e Albin Eser (n. 2), pp. 1404-1405.

(68) Em geral, por todos, F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 42, e, especificamente para o mongolismo, Marjorie Ann Buresh, *Mongolism, in Th. W. Hilgers/D. J. Horan/David Mall (eds.), «New Perspectives on Human Abortion», Frederick/Maryland (U.S.A.), 1981, pp. 60 e ss.*

(69) Com efeito, o risco de hereditariedade nunca ultrapassa os 50 % de hipóteses. Assim, no tocante ao síndrome de Down (mongolismo), a experiência demonstra que o nascimento de um filho com aquela doença implica 1-2 % de probabilidades de, no futuro, vir a ter um irmão sofrendo da mesma afecção; de outra parte, quando em relação a um dos pais se observa uma *translocation carrier*, as possibilidades de conceberem um

que a maioria dos casos é hoje curável depois do nascimento da criança⁽⁷⁰⁾. As afecções não decorrentes do factor hereditário (*maxime*, da rubéola) reportar-nos-emos adiante.

As estatísticas apontam que, de entre a globalidade das situações de gravidez, só em 1,4-1,6 % se detectam anomalias no fectó⁽⁷¹⁾. Nesta cifra se insere a totalidade das afecções: graves e não graves (*v.g.*, uma ligeira deficiência auditiva), físicas e psíquicas, bem como as que são curáveis depois do nascimento (*v.g.*, deficiências cardíacas ou visuais, operáveis com a maior probabilidade de êxito e sem riscos).

Por sua vez, daqueles 1,4-1,6 % só uma parte apresenta afecções mentais. Na falta de elementos mais completos, refira-se que a frequência do síndrome de Down, também

filho anormal correspondem a 20 %. Para além da *translocation* (combinação de um cromossoma 21 *extra* com o cromossoma 15), que é muito rara, as duas outras modalidades de mongolismo — i. é, a *trisomy* 21, que se apresenta como a mais comum, e o *mosaísmo* — não são hereditárias. Pais mongoloides podem ter filhos igualmente mongoloides ou normais. Quanto aos casos de «anancefalia» e de «espinha-bífida», refere-se que o nascimento de uma criança com tais afecções importa 5 % de possibilidades de que venham a ocorrer num segundo filho; se nasceram já duas crianças com aquela deformação o risco aumenta para 12-15 %. Por sua vez, a respeito da «hemofilia» e da «distrofia muscular», na hipótese de a mãe ter já vários casos na sua família, o feto masculino tem 50 % de probabilidades de sofrer dessas doenças. A respeito dos chamados erros de metabolismo (*inborn errors of metabolism*), assinala-se que se apresentam muitos raros, ocorrendo, apenas, em 0,8 % do total dos nados-vivos; quando a respeito de ambos os pais se observar a hereditariedade o risco é de 25 % por cada gravidez. Sobre estes pontos, mais minuciosamente, Marjorie Ann Buresh (n. 68), pp. 61 e ss., e Patricia L. Monteleone/A. S. Moraczewski, *Medical and Ethical Aspects of the Prenatal Diagnosis of Genetic Disease*, in Th. W. Hilgers/D. J. Horan/David Mall (eds.), «New Perspectives on Human Abortion», Frederick/Maryland (U.S.A.), 1981, pp. 50 e ss..

(70) F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 42, que, neste particular, remete par H. Gordon, *Genetical, Social and Medical Aspects of Abortion*, in «S. A. Medical Journal», 1968, p. 721.

(71) Patricia L. Monteleone/A. S. Moraczewski (n. 69), p. 45, *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 26, e Pedro P. Adragão (n. 36), p. 19.

designado de mongolismo, é de 1/600-700 estados de gravidez (72).

No presente contexto, um dos problemas que mais vezes se tem posto em evidência é o da mulher vir a sofrer de *rubéola durante os três primeiros meses de gravidez*. De acordo com significativos estudos de *follow-up*, em aproximadamente 16,9% desses casos a criança nasce com anomalias físicas e/ou psíquicas (73).

Numa investigação levada a cabo por Rendle/Short (74) tais afecções distribuíam-se do seguinte modo: 50% das crianças tinham uma deficiência total ou parcial de audição, embora a maioria fosse susceptível de recuperação; 50% demonstravam malformações cardíacas — sendo a *ductus arteriosis* (P.D.A.) a mais comum —, todas potencialmente curáveis mediante intervenção cirúrgica; 30% apresentavam cataratas (as mais das vezes unilaterais), problema facilmente resolúvel, atento o estado actual da medicina; 1,5% dos citados 16,9% apresentavam perturbações ou atrasos mentais.

Se a tudo isto acrescentarmos que a larga maioria das mulheres — nos E.U.A. fala-se de uma percentagem entre 80 e 90% (75) — se encontra imunizada quanto à rubéola, seremos forçados a concluir que os efeitos nefastos daquelas doença se situam bem longe dos termos alarmistas que, via de regra, têm sido propagandeados. Acresce que, de acordo com uma experiência realizada em França, através de tratamento ade-

(72) F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 42, Marjorie Ann Buresh (n. 68), p. 60, Patricia L. Monteleone/V. S. Moraczewski (n. 69), p. 46. Nestas obras, para além de se afirmar que é mais comum nas mulheres com idade superior a trinta e cinco anos, estabelece-se, também, a correlação entre a frequência do síndrome de Down e a idade da mãe (1/290 nas mulheres entre os 35 e os 39 anos; 1/100 dos 40 aos 45 anos; 1/40 nas idades superiores a 45 anos).

(73) Pedro P. Adragão (n. 36), p. 19, e F. E. Mecklenburg (n. 32), pp. 46-47; neste último estudo remete-se para o *follow-up* de Warkany/Kalter, onde se assinala a referida cifra de 16,9%. Aí se alude, também, às investigações de David Pitts, John L. Sever, A. Bradford Hill, Rendle/Short e Gregg.

(74) *Loc. cit.* na nota anterior.

(75) F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 47.

quando, a assinalada cifra de 16,9% de anomalias provenientes da rubéola desceu para 1,4% (76) — número que corresponde à taxa normal de malformações no parto (77). Refira-se, por fim, que mesmo esta última cifra pode, hoje em dia, ser eliminada de um modo cabal. A saber, mediante prévia vacinação que, a dar crédito aos especialistas, se tem demonstrado cem por cento eficaz (78).

Dentro do quadro exposto, aconselhar-se o aborto sempre que a rubéola houvesse ocorrido durante os primeiros três meses de gravidez, equivaleria a inviabilizar, em 83,1-98,6% dos casos, o nascimento de crianças sãs (79). Contra, poder-se-ia argumentar que tal resultado é hoje evitável, através da utilização das modernas técnicas de diagnóstico pré-natal (*v.g.*, fetoscopia, ultrassons, raio-X, amniocentese). Para além das *grandes margens de erro* que consentem, esses métodos causam, não poucas vezes, gravíssimas perturbações à saúde do feto e/ou da mãe (80).

De resto, ainda que assim não acontecesse — e, portanto, aquele diagnóstico se revelasse, não apenas inócuo, mas também absolutamente seguro —, a prática do aborto, em vez de colmatar o problema do nascimento de crianças anormais, só viria a agravá-lo. Na verdade, as estatísticas norte-americanas apontam o chamado «parto prematuro» como a principal causa de atraso mental e motor (81). Sendo certo que a

(76) Pedro P. Adragão (n. 36), p. 19.

(77) *Supra*, nota (71).

(78) F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 45, e, especialmente, Th. W. Hilgers/Marjory Mecklenburg/G. Riordan, *Is Abortion the Best We Have to Offer? — A Challenge to the Aborting Society*, in Th. W. Hilgers/D. J. Horan (eds.), «Abortion and Social Justice», Thaxton (VA. — U.S.A.), 1980, pp. 190-191.

(79) Considerações análogas se poderiam fazer para os casos de «hereditariedade» referidos, *supra*, nota (69).

(80) Sobre este ponto, analisando detalhadamente as várias técnicas de diagnóstico pré-natal, ver, por todos, F. E. Mecklenburg (n. 32), pp. 42-44, e Patricia L. Montleone/A. S. Moraczewski (n. 69), pp. 45 e ss., bem como os autores e trabalhos aí citados ou parcialmente transcritos.

(81) Por todos, Th. W. Wilgers (n. 56), pp. 72-73, onde se enunciam dados relativos à Hungria, Checoslováquia, Japão e E.U.A.

prática de uma interrupção voluntária da gravidez aumenta, em cerca de 40 %, a possibilidade de prematuridade em futuros partos, através dela está-se, ainda que indirectamente, a multiplicar o número potencial de fetos malformados (82). A este efeito indirecto acrescentam as estatísticas que, por si só, a realização de um aborto aumenta consideravelmente (as taxas avançadas oscilam entre 30 % e 64 %) a probabilidade de os filhos seguintes nascerem com afecções físicas ou psíquicas (83). Confirma-o a circunstância de, *nos países em que ocorreu, a legalização do aborto não ter implicado qualquer redução nas taxas de nascimento de crianças anormais* (84).

Demonstrado que a legalização do aborto sob indicação eugénica não elimina — antes agrava — o problema do nascimento de crianças física ou psiquicamente anormais, caem pela base os argumentos que, como se assinalou, via de regra são apresentados a seu favor. A saber: a estabilidade emocional familiar ou da mãe e a própria felicidade do filho.

Não obstante, acrescentaremos duas breves palavras quanto a este último ponto. A afirmação de que as crianças que padecem de certas deficiências congénitas são infelizes concita as maiores dúvidas. Baseados em investigações de carácter empírico, os especialistas referem que, sendo aceites na família e na comunidade, as crianças com atrasos mentais podem receber instrução escolar e profissional adequada aos seus nível e interesses, tornando-se, a partir daí, produtivos para a colectividade e gozando da felicidade resultante da plena integração nos esquemas sociais vigentes; assinala-se, neste contexto, que 85 % são capazes de levar uma vida completamente autónoma e 11 % semi-independente (85).

Semelhantes foram os resultados de um *follow-up* de vinte e cinco anos, realizado nos E.U.A. em 1967, sob a orientação

(82) Cfr. *infra*, I, 4.

(83) *Ibidem*.

(84) F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 41.

(85) Th. W. Hilgers/Marjory Mecklenburg/G. Riordan (n. 78), p. 186.

de Gregg (86). Tendo recaído sobre *cinquenta* crianças nascidas com afecções provenientes da rubéola durante os três primeiros meses de gravidez, foram os seguintes os resultados: de entre a totalidade dos indivíduos que compunham a amostra, *quarenta e seis* encontravam-se empregados, apenas *um* se apresentando como incapaz de desempenhar qualquer actividade profissional; vários haviam recebido instrução de nível superior; finalmente, *onze* já estavam casados, tendo-se *sete* tornado pais (87).

Perante o exposto, não se encontra fundamento para a asserção de que as pessoas nascidas com malformações congénitas são menos felizes do que as restantes. Nesse sentido, o facto de as taxas de suicídios respeitantes a indivíduos fisicamente diminuídos se mostrarem inferiores às observadas nos ditos «normais» afigura-se, a todos os títulos, concludente (88).

Restando, assim, como única justificação para o aborto eugénico a estabilidade psíquica e o bem-estar dos pais, duas notas importa pôr em relevo. Ambas apontam no sentido do afastamento da interrupção voluntária da gravidez:

— Em primeiro lugar, só na aparência o aborto contribui para o bem estar dos pais e da família; perspectivadas as coisas no médio e longo prazo, e atentas as consequências, não apenas de índole psicológica (89), mas também físicas — que chegam, inclusivamente, a afectar os futuros filhos (90) —, logo aquele quadro desaparece.

(86) Ver F. E. Mecklenburg (n. 32), pp. 47-48.

(87) Tais resultados são tanto mais surpreendentes quando se declara que, de entre a totalidade dos indivíduos que compunham a amostra, 48 eram surdos, 26 apresentavam deficiências visuais, 11 sofriam de anomalias cardíacas congénitas e 5 eram mentalmente anormais. No mesmo sentido do texto, referindo que os mongoloides podem ser socialmente produtivos, desempenhando certas tarefas profissionais de forma semelhante aos indivíduos «normais», cfr. Marjorie Ann Buresh (n. 68), pp. 61 e ss.. Aí se descrevem, também, os métodos de tratamento e instrução escolar ou profissional a adoptar nestas hipóteses.

(88) F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 48.

(89) *Supra*, I, 2. a), *bb*) e notas (56) a (60).

(90) *Infra*, I, 4.

Numa palavra, mesmo não entrando na discussão sobre a natureza humana do nascituro, são considerações, em exclusivo, atinentes à felicidade dos progenitores que desaconselham a a efectivação do aborto eugénico.

— Em segundo lugar, de acordo com a experiência estrangeira, outras saídas possíveis se oferecem. Fala-se, no presente âmbito, da criação de instituições (públicas e privadas) destinadas a receber as crianças ou a apoiar os pais na sua educação. Por estranho que pareça, tal solução sairia mais barata ao Estado do que a legalização do aborto — atento o montante global das comparticipações dos serviços oficiais de saúde ou de previdência social, por cada interrupção voluntária da gravidez efectuada. De outra parte, nos E.U.A., o «Adoption Resource Exchange», através da sua publicação «Children's Home Finder», indicou que, nas listas de espera para a adopção, existem múltiplos exemplos de casais que só desejam receber crianças anormais⁽⁹¹⁾. Daí que, também no domínio em apreço, a constituição de um «Serviço Nacional de Adopções» pudesse, ao menos em parte, contribuir para a solução do problema no nosso País⁽⁹²⁾.

c) **A indicação ética ou criminológica** — Nesta alínea se compreendem as gravidezes resultantes de *violação, incesto* e, de um modo geral, de toda e qualquer conduta criminosa⁽⁹³⁾. Por força da insuficiência dos dados relativos aos outros casos, de seguida reportar-nos-emos, sobretudo, à primeira das hipóteses.

De acordo com opinião muito divulgada, estaríamos aqui

(91) Th. W. Hilgers/Marjory Mecklenburg/G. Riordan (n. 78), p. 185.

(92) Sobre este ponto ver, *infra*, nota (118).

(93) Para além das hipóteses expressamente referidas, assim aconteceria, também, nos casos de «cópula mediante fraude» (art. 203.º, Cód. Pen.), «estupro» (art. 204.º, Cód. Pen.), «cópula com pessoas detidas ou equiparadas» (art. 209.º, Cód. Pen.), «inseminação artificial não consentida» (art. 214.º, Cód. Pen.), etc.

perante mais um grupo de situações em que a legalização da interrupção voluntária da gravidez se justificaria por inteiro. Ao traumatismo decorrente para a vítima do próprio crime sexual, acresceriam os ligados à subseqüente concepção. Em certo sentido, a gravidez e o posterior nascimento do filho preservariam na mulher, não apenas a simples lembrança do acto, mas também o constante «re-viver» de um acontecimento dramático que ela desejaria esquecer para sempre. Tal estado de coisas só se agravaria com a atitude social que, muitas vezes, se segue à violação: como resultado de preconceitos, em larga medida de índole machista, à gravidez corresponde, não um sentimento de compreensão e apoio, mas de censura e desprezo, em virtude de uma «co-responsabilização» da mulher no sucedido (94). Neste quadro, um forte complexo de culpa, aliado a pressões familiares ou do círculo mais próximo de amizades, faria com que ela visse no aborto, e conseqüente destruição do feto, a única maneira de expiar uma mácula que, de outra forma, se perpetuaria aos olhos de todos (95).

Posto isto, em última análise, encontramos, ainda, na órbita do aborto terapêutico relacionado com a preservação da saúde psíquica da grávida. Atendendo à especificidade das questões aqui envolvidas, inserimo-las, contudo — à semelhança do que sucede na doutrina e na generalidade das legislações —, dentro de uma alínea autónoma.

Ninguém poderá contestar a delicadeza das hipóteses em apreço. Afigura-se, porém, duvidoso que resida no aborto o remédio adequado para elas.

Qualquer solução a adoptar no presente domínio passa pela averiguação prévia da «fenomenologia» das gravidezes resul-

(94) Assim, por todos, Sandra K. Mahkorn/W. V. Dolan, *Sexual Assault and Pregnancy*, in Th. W. Hilgers/D. J. Horan/David Mall (eds.), «New Perspectives on Human Abortion», Frederick/Maryland (U.S.A.), 1981, pp. 184-185 e 193.

(95) *Ibidem*, pp. 184 (*in fine*) e 190 e ss. Al se refere o importante inquérito realizado por Sandra K. Mahkorn, sobre trinta e sete (37) casos de gravidez provenientes de violação, onde se confirmam, na íntegra, as afirmações do texto.

tantes da violação. As investigações de carácter empírico revelam-se aqui particularmente problemáticas. Assim acontece devido, não só às grandes *cifras negras* que se observam, mas também à circunstância de, por vezes, ser difícil determinar se se está, de facto, perante um crime daquela espécie — já que, em muitos casos, se verifica uma efectiva cooperação da vítima na sua consumação (96). Por força dos motivos expostos, as obras que se debruçam sobre o assunto, via de regra, baseiam-se, apenas, nas situações que foram objecto de tratamento hospitalar e, por conseguinte, constam «oficialmente» dos respectivos registos. De outra parte, não existindo quaisquer estimativas realizadas no nosso País, teremos de nos bastar com os dados obtidos no estrangeiro.

De um modo geral, as cifras apontadas para a gravidez resultante de uma violação anterior oscilam entre 0% e 2,2% (97). Neste sentido, Charles Hayman e Charlene Lanza (98), na sequência de uma investigação sobre 2 190 mulheres, concluíram que a probabilidade de concepção (bem como de sífilis ou gonorreia) variava entre 1/50 e 1/200 violações. Por sua vez, um relatório oficial respeitante a Washington-D.C., refere que a proporção aí verificada é de *uma* concepção para *mais de trezentas* violações (99).

Ainda na órbita dos E.U.A., afirma-se que, de entre todas as violações confirmadas, *não resultou uma única gravidez*,

— em Buffalo (Nova Iorque), durante *mais de trinta anos*,

(96) Sandra K. Mahkorn/W. V. Dolan (n. 94), pp. 184-185 e, entre nós, M. Costa Andrade (n. 2), pp. 10 e ss., e Idem, *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, pp. 143 e ss., esp. 147 e ss.

(97) Sandra K. Mahkorn/W. V. Dolan (n. 94), pp. 187-188, bem como a ampla bibliografia de carácter empírico aí citada.

(98) C. Hayman/Charlene Lanza, *Sexual assault on women and girls*, in «American Journal of Obstetrics and Gynecology», 109 (1971), pp. 480-486.

(99) C. Hayman/W. F. Stewart/F. R. Lewis/M. Grant, *Sexual Assault on Women and Children in the District of Columbia*, in «Public Health Reports» (Dez. 1968), pp. 1021-1028, *apud* F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 48.

- em Chicago, durante *mais de nove anos e,*
- em St. Paul, durante *mais de dez anos* (100).

A probabilidade da gravidez apresenta-se, portanto, sensivelmente mais baixa na violação do que numa relação sexual normal (101). Quatro razões militam nesse sentido (102): em primeiro lugar, o próprio ciclo de fertilidade da mulher faz com que a concepção só se possa verificar durante um período de um ou dois dias e, mesmo aí, apenas com 10 % de possibilidades; depois, na larga maioria das violações não se verifica um coito completo (um estudo realizado em Washington-D.C. aponta que assim acontece só em 89 % dos casos); em terceiro lugar, investigações médicas desmonstraram que um forte choque emocional, como o que resulta da violação, altera o ciclo menstrual da mulher, impedindo ou interrompendo a ovulação — pelo que, mesmo que ocorra no período de fertilidade, a cópula tem poucas probabilidades de conduzir a uma gravidez; finalmente, factores ligados ao próprio violador (103) diminuem, ainda mais, a possibilidade de aquela se vir efectivamente a verificar.

Como decorre do exposto, os casos de gravidez proveniente de violação são muito *raros*. No plano jurídico, e dentro da boa

(100) Sobre estes dados, F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 48, que se baseia em relatórios oficiais; cfr., também, Pedro P. Adragão (n. 36), p. 22.

(101) A probabilidade de um acto sexual normal conduzir a uma concepção, de acordo com os cálculos de C. Tietze (*Probability of Pregnancy Resulting from a Single Unprotected Coitus, in «Fertility and Sterility»*, 11 (1960), pp. 485-488), corresponde a 2-4 %. No mesmo sentido, Sandra K. Mahkorn/W. V. Dolan (n. 94), p. 188, referem que a taxa de concepções resultantes de uma relação sexual normal oscila entre 1/25 e 1/50.

(102) Sobre as razões expostas de seguida, ver, por todos, F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 49, e Sandra K. Mahkorn/W. V. Dolan (n. 94), pp. 188-189.

(103) Neste contexto, afirma-se que a experiência demonstra que, muitas vezes, o violador é, ele próprio, estéril devido a outros comportamentos sexualmente aberrantes — cfr. F. E. Mecklenburg (n. 32), p. 49.

técnica legislativa, tal circunstância afasta, desde logo, a indicação ética ou criminológica como fundamento para a legalização do aborto. Atento o seu carácter excepcional e, por outro lado, a relação de regra/excepção que, no plano dogmático, medeia entre os chamados «tipos incriminadores» e as «causas de exclusão da ilicitude ou da culpa» (104), parece que, no estrito rigor dos princípios, a solução do problema do aborto com base nos motivos em apreço deveria ser remetida para o âmbito daquelas últimas. Isto, é claro, desde que se reconheça — como acontece no ordenamento português — que a vida humana intra-uterina constitui um bem jurídico-criminal (105).

Acresce que estudos realizados nos E.U.A. apontam no sentido de que os problemas psicológicos se encontram predominantemente associados com a própria violação e não com a gravidez subsequente. Assim é que, numa investigação levada a cabo por Mahkorn, as respostas de 50 % das mulheres que engravidaram na sequência de uma violação demonstravam problemas psíquicos idênticos aos verificados nas que não haviam engravidado; só 30 % das respostas tinham qualquer relação com a gravidez ou a criança, *sendo muito raros os casos em que se observava um sentimento de hostilidade ou aversão pelo filho* (106). Comprova-o a circunstância de, entre a totalidade das violadas que engravidaram (i. é, 37), apenas uma pequena percentagem ter optado pelo aborto (ou sejam, 5) (107).

Nestes termos, afigura-se que a interrupção voluntária da gravidez não constitui solução para o problema. Para além de

(104) Ver, *supra*, nota (37).

(105) Por todos, Boaventura Sousa Santos (n. 2), pp. 167 e ss., M. Costa Andrade (n. 2), p. 8, e, por último, a *Informação-Parecer da Procuradoria Geral da República* (n. 4), *passim*, bem como o próprio *Acórdão n.º 25/84, do Tribunal Constitucional* (cfr. o n.º VI), onde se analisou a constitucionalidade da Lei n.º 6/84, de 11 de Maio. Analogamente, no âmbito da doutrina estrangeira, J. Baumann (n. 4), pp. 28-29, C. Roxin (n. 4), p. 177, G. Grünwald (n. 4), pp. 195-196, e Albin Eser (n. 2), pp. 1382-1383 e 1392.

(106) Cfr. Sandra K. Mahkorn/W. V. Dolan (n. 94), pp. 190-191.

(107) *Ibidem*, p. 189.

deixar intocada a questão fundamental — que se associa mais com a própria violação do que com a gravidez —, a médio e longo prazo, o aborto, dadas as perniciosas consequências físicas e psíquicas que se lhe seguem ⁽¹⁰⁸⁾, só virá a agravar a situação da mulher.

a) **A indicação económico-social** — Segundo a vasta literatura sobre o assunto, é esta a causa em que assenta a maior parte dos abortos provocados. Dentro do cômputo geral, as indicações terapêutica, eugénica e ética ou criminológica, consideradas em globo, representam uma minoria ⁽¹⁰⁹⁾. Daí que estejamos agora a abranger a quase totalidade do problema. Por isso mesmo, e de acordo com a Organização Mundial de Saúde ⁽¹¹⁰⁾, aqui se fazem sentir os principais efeitos da legalização da interrupção voluntária da gravidez ⁽¹¹¹⁾.

(108) *Infra*, I, 4.

(109) Por todos, *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), pp. 30 e 45, e A. Piñero (n. 10). Este um aspecto que se encontra, também, sublinhado no aludido *Acórdão n.º 25/84, do Tribunal Constitucional* (n. 105), n.º VI.

(110) *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 45.

(111) A. Piñero (n. 10), baseando-se em estatísticas oficiais, fornece-nos os seguintes quadros, relativamente a Alemanha Federal e à Finlândia:

ALEMANHA FEDERAL

Indicações	1976	1977	1978	1979
Saúde da Mãe	48,6 %	36,7 %	27,9 %	24,2 %
Eugénica	5,2 %	4,3 %	3,7 %	3,8 %
Actos anti-jurídicos	0,2 %	0,1 %	0,1 %	0,1 %
Sócio-económica	44,9 %	57,7 %	67,0 %	70,6 %
Desconhecida	1,1 %	1,2 %	1,3 %	1,3 %

Sob a epígrafe de «indicação económico-social» englobam-se todos os casos em que «o objectivo do aborto não é salvar o bem-estar físico ou mental da mulher e da sua família, mas antes o seu bem-estar social» (112). Ao invés do sucedido nas alíneas anteriores, circunscrever-nos-emos, no presente domínio, a duas breves notas, uma complementar da outra.

Em primeiro lugar, a generalidade dos estudos assinala que, por referência aos motivos enquadráveis na categoria em apreço, poucas são as interrupções da gravidez que derivam dos especiais encargos económicos decorrentes para o agregado familiar do nascimento de mais um filho. Ao invés, a maior parte dos abortos assentes em razões desta índole ocorre em pessoas de médio e elevado estatuto sócio-económico. Como principais fundamentos apontam-se, por exemplo, a desarmonia do casal, pressões familiares, egoísmo expressamente revelado, férias (1) e, por fim, a convicção de que o aborto representa, apenas, mais uma modalidade de planeamento familiar, ao lado dos vulgares contraceptivos (113). Em face do exposto, não

FINLÂNDIA

Indicações	1977	1978	1979	1980
Saúde da Mãe	5,4 %	4,3 %	3,9 %	3,5 %
Sócio-económica	76,4 %	77,5 %	77,4 %	77,6 %
Outros e desconhecida	18,2 %	18,2 %	18,7 %	18,9 %

No tocante à Alemanha, verifica-se um nítido aumento da indicação económico-social à custa, sobretudo, da indicação terapêutica. Tal facto resulta da circunstância de, ao início, as autoridades não se mostrarem muito receptivas à primeira, torneando os médicos essa dificuldade através da inclusão de grande parte dos casos de indicação económico-social naquela última categoria — nomeadamente, invocando motivos de ordem psicológica ou psiquiátrica.

(112) *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 32.

(113) *Ibidem*, pp. 30 e 32-33. No sentido de que o aborto se transformou, nos países onde foi legalizado, no principal método anti-concepcional ou de planeamento familiar, Matthew J. Bulfin, *Complications of Legal Abortion: A Perspective from Private Practice*, in Th. W. Hilgers/

deverá, por isso, constituir motivo de admiração que —na falta de outros argumentos—, para fundamentar tais hipóteses, os autores favoráveis à legalização do aborto não tenham encontrado melhor do que o já cansado e «sofístico» chavão do «direito da mulher ao seu corpo».

Mas se assim é — e entramos, agora, na segunda ordem de considerações —, logo nos deparamos com o problema da ponderação dos bens jurídicos em conflito: de uma parte, a vida do nascituro e, de outra parte, os aludidos egoísmo confessado, férias, etc.. Afigura-se-nos particularmente duvidosa a justeza da solução consistente em dar prevalência aos últimos e, portanto, à legalização do aborto neles baseada. Este um aspecto a que adiante tornaremos, contudo, mais em detalhe.

3. Consequências de uma gravidez não desejada sobre a felicidade dos filhos

É muito comum ver-se afirmado que os filhos nascidos de gravidezes não desejadas se transformarão em crianças com graves carências afectivas ou mesmo socialmente abandonadas. Neste contexto, a legalização do aborto provocado pareceria justificar-se, tanto pelo intuito de evitar a infelicidade de futuros seres humanos, como de preservar a sociedade de certos fenómenos que daí resultariam de modo inevitável (*v.g.*, marginalidade ou delinquência juvenil).

A propósito das crianças nascidas com determinadas deficiências congénitas de natureza física e/ou psíquica, já atrás se referiu que a experiência não permite concluir no sentido de que são menos felizes do que os ditos «normais» (114). As investigações de carácter empírico realizadas só vieram confirmar tal asserção no tocante ao domínio agora em análise — a

/D. J. Horan/David Mall (edts.), «New Perspectives ou Human Abortion», Frederick/Maryland (U.S.A.), 1981, p. 145, e Y. Hayasaka/H. Toda/T. Ueno/M. Ishizaki/A. Zimmerman (n. 26), p. 10.

(114) *Supra*, I, 2. b).

saber: que não se verifica qualquer diferença significativa no tratamento dos filhos desejados e indesejados.

Assim, num estudo efectuado sobre *seiscentas* crianças maltratadas, Eduard Lenoski concluiu que 91 % de entre elas tinham sido queridas pelos pais (115). O motivo de um resultado tão surpreendente decorre das próprias razões que conduzem aos maus tratos. Com efeito, na larga maioria dos casos, segundo J. Walsh (116), a sua causa parece residir, menos numa gravidez não desejada, do que na circunstância de os pais terem, eles próprios, crescido num ambiente em que foram violentados, pelo que, quando os filhos não satisfazem as suas expectativas, tendem a reagir de modo idêntico àquele com que os tratavam.

Por outro lado, mesmo que não se aceite o exposto, haverá que convir que a legalização da interrupção voluntária da gravidez não se revela meio adequado para pôr termo, ou sequer reduzir o quantitativo das crianças que são objecto de maus tratos pela família. Na verdade, em Aberdeen (Escócia), região em que a prática do aborto se encontrava legalizada catorze anos antes do resto da Grã-Bretanha, a taxa de crianças maltratadas ou violentadas coincidia com a cifra de 10,2/1000. Ao invés, o índice médio para a totalidade do País — *onde o aborto não era ainda permitido* — correspondia a 6,6/1000 (117). Os números falam por si!

À luz dos resultados transcritos, únicos de que temos notícia, afigura-se de concluir que, fora de qualquer dúvida, o aborto não constitui resposta válida para o problema em apreço. À semelhança do que sucede noutros países, parece que, também entre nós, a solução se deve buscar no incremento e divulgação de uma adequada política de adopções, cuja orientação ficaria adstrita a um serviço público à escala nacional. Pese

(115) *Apud*, Pedro P. Adragão (n. 36), p. 21.

(116) J. Walsh, *in* «Newsweek» (4. II. 1972).

(117) Números fornecidos pelo *Animal Report, Chief Health Officer*, *apud* Pedro P. Adragão (n. 36), p. 22.

embora muita coisa haja, ainda, por fazer, alguns e importantes passos foram já dados nesse sentido (118).

4. Consequências da prática do aborto na saúde da mãe e dos futuros filhos

Como se assinalou, o problema do aborto surge, na actualidade, referido a um número determinado de situações. Enunciaram-se, a tal propósito, as indicações terapêutica, eugénica, ética ou criminológica e económico-social. De acordo com os autores favoráveis à legalização, a interrupção voluntária da gravidez figuraria, em relação a todas elas, como meio adequado para salvaguardar importantes interesses (*maxime*, a vida e a saúde física ou psíquica da mãe, o bem-estar da família ou a felicidade do próprio nascituro). Em contrapartida, e segundo as mesmas fontes, por força das modernas técnicas utilizadas — quer sob o ponto de vista da frequência, quer no tocante à gravidade —, seriam diminutos os riscos provenientes para a mulher da realização de um aborto. No presente contexto, já se tem afirmado que este último constitui uma das mais inócuas e, por certo, a mais segura forma de planeamento familiar! (119).

(118) Num sentido aproximado ao do texto, C. Roxin (n. 4), pp. 178-179. A questão das adopções encontra-se adstrita, em Lisboa, à Santa Casa da Misericórdia, nos Açores, à Direcção Regional de Segurança Social e, nos restantes distritos, aos respectivos Centros Regionais de Segurança Social. Sobre os problemas sociais, psicológicos e jurídicos da adopção, com referências ao Dec.-Lei n.º 274/80, de 13 de Agosto, ver, por todos, J. Seabra Diniz, *Aspectos Sociais e Psicológicos da Adopção*, e Maria Leonor Beleza, *Aspectos Legais da Adopção*, ambos in «A adopção», (Comissão da Condição Feminina), Col. Informar Mulheres n.º 5, Lisboa, 1981, pp. 1 e ss. e 22 e ss., respectivamente.

(119) Assim o «Abortion Surveillance Branch» do «Center of Disease Control» (Atlanta — U.S.A.) declara que o aborto é o método mais inócuo e seguro de planeamento familiar — cfr. Matthew J. Bulfin, (n. 113), p. 145; no mesmo sentido cfr., R. A. Watson (n. 32), p. 135, J. Pinatel (n. 30), p. 746, e, entre nós, A. Carvalho Martins (n. 4), p. 65.

Na esfera jurídico-criminal, a questão do aborto equaciona-se nos termos de uma «ponderação de valores ou interesses» (120). Daí a importância que reveste a correcta determinação dos efeitos da sua prática — e, entenda-se, da sua prática em institutos médicos providos de todos os meios humanos e técnicos adequados — sobre a saúde da mãe ou dos filhos que venha a conceber no futuro. Uma vez que já nos referimos às afecções de ordem *psíquica* decorrentes da interrupção voluntária da gravidez (121), restringir-nos-emos, agora, aos aspectos relacionados com a vida e a saúde ou integridade físicas.

No presente contexto, estabelece a doutrina uma distinção entre complicações «precoces» ou «próximas» (*early physical complications*) e complicações «mediatas» ou «longínquas» (*late physical complications*) (122).

De entre as primeiras, referenciam-se como as mais comuns, o aparecimento de graves *infecções* (que podem centrar-se numa região localizada — *v.g.*, endometrite, salpingite e parametrite, bem como as peritonite, celulite e tromboflebite pélvicas —, ou revestirem um carácter mais generalizado — *v.g.*, desde a pneumonia, a endocardite ou a embolia pulmonar e cerebral, à septicémia) (123), o perigo de *hemorragias* (124), a *perfuração do útero* (125) e as *doenças renais* (126). Embora menos frequentes, apontam-se, ainda, o coma e/ou as convulsões

(120) Assim acontece, mesmo no plano da política criminal; cfr. *supra*, «Introdução».

(121) *Supra*, I, 2. a), *bb*).

(122) Por todos, Th. W. Hilgers (n. 56), p. 68, e *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), pp. 39 e ss. e 42 e ss.

(123) Th. W. Hilgers (n. 56), p. 70, e *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 39.

(124) Th. G. Hilgers (n. 56), p. 70, e *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 39.

(125) Th. W. Hilgers (n. 56), pp. 70-71, e *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 39-40.

(126) *L'Avortement Spontané ou Provoqué* (n. 15), p. 39, e, para uma informação detalhada das consequências do aborto — discriminando-as consoante a técnica utilizada (*v.g.*, curetagem, aspiração pelo vácuo, infusão de solução salina no líquido amniótico) —, R. A. Watson (n. 32), pp. 135-143.