

## SOBRE O ABORTO: ALGUMAS QUESTÕES EM TEMPOS DE REFERENDO

*João Carlos Loureiro\**

À memória de António José Urbano,  
que “combateu o bom combate”

Nos últimos anos, a discussão sobre o aborto tem, entre nós, marcado presença regular. Erigido em bandeira política, expressão serôdia de metanarrativas<sup>1</sup> emancipatórias, ou, então, a partir de um discurso de defesa da autonomia que degenerou patologicamente num “autonomismo”, sinal de tempos de debilidade que não se confinam ao pensamento, o campo defensor do “aborto a pedido” (“modelo dos prazos com base na autodeterminação”<sup>2</sup>) não descansa

---

\* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>1</sup> Cf. Jean-François LYOTARD, *La condition postmoderne*, Paris, 1979 (trad.: *A condição pós-moderna*, Lisboa, 1985).

<sup>2</sup> Albin ESER, “Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht: eine rechtspolitische Überlegungsskizze“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 24 (1991), p. 291-298 (também em Albin ESER/Hans-Georg KOCH, *Schwangerschaftsabbruch: auf dem Weg zu einer Neuregelung (Gesammelte Studien und Vorschläge)*, Baden-Baden, 1992, p. 85-107, p. 92, edição que utilizamos neste trabalho). Repare-se, no entanto, que num uso mais lato, o “aborto a pedido” compreende também as hipóteses que Albin Eser denomina de “modelo de necessidade com base na autoavaliação” (*Notlagenmodell auf Selbsteinschätzungsbasis*), p. 94, onde se situariam a legislação francesa e italiana. Segundo Eser, embora a responsabilidade última pertença à mulher, teria de se verificar aqui uma “situação de necessidade” e um aconselhamento obrigatório que permitiria falar de um “modelo do discurso” (p. 94-95). Sabe-se, no entanto, que nos referidos países o aconselhamento é meramente informativo ou, se quisermos, “aberto em termos de fim”, o que não acontece no caso alemão. Neste, como veremos, o aconselhamento é, no seu desenho normativo, expressamente orientado para a tutela do embrião. Assim, com ou sem “aconselhamento” informativo, estamos no domínio do “aborto a pedido”. Já o caso alemão, se tomado a sério – e não debilitado por uma prática inadequada como, aliás, muitos, *ab initio*, temiam –, configura um outro modelo, como foi também sublinhado na jurisprudência portuguesa: cf. a declaração de voto de José Manuel Cardoso da Costa (Ac. TC n.º 288/98) e agora especialmente

enquanto não consagrar mais esta “conquista”. Numa mescla discursiva, onde confluem lemas, corroídos pela traça do tempo, como “na minha barriga, mando eu”<sup>3</sup>, expressão de um certo<sup>4</sup> feminismo, e o discurso dos riscos para a saúde

---

o voto de vencido do conselheiro Mário Torres (Ac. TC n.º 617/2006), p. 7970-(27), n.º 3.2., que afirma admitir “considerar não inconstitucional uma solução legislativa que, no período inicial da gestação, acabasse por conceder prevalência à opção da mulher grávida, desde que fosse associada à imposição de um sistema de aconselhamento, designadamente se este aconselhamento não fosse um aconselhamento meramente informativo, mas antes um aconselhamento orientado para a salvaguarda da vida”.

Ainda em relação aos modelos e à defesa que Albin Eser faz de um “modelo discursivo orientado pela necessidade” (*notlagenorientierte Diskursmodell*), o próprio é claro ao afirmar que para o sistema ser “tomado a sério” não se pode limitar à comunicação de informações, devendo também ser considerados, nesse processo dialógico, os “interesses próprios da criança afectada” pela decisão da grávida (op. cit., p. 104). Para um aprofundamento do modelo proposto por Eser, com o apoio de Koch, cf. Albin ESER/ Hans-Georg KOCH, “Plädoyer für ein «notlageorientiertes Diskursmodell»”, in: Albin ESER/Hans-Georg KOCH, *Schwangerschaftsabbruch: auf dem Weg zu einer Neuregelung*, cit., p. 163-226.

<sup>3</sup> Numa versão elaborada, o argumento ilustra-se no célebre artigo de Judith Jarvis THOMSON (“A defense of abortion”, *Philosophy and Public Affairs* (1971), p. 47-66; há agora tradução portuguesa: cf. “Uma defesa do aborto”, in: Pedro GALVÃO (Org.), *A ética do aborto: perspectivas e argumentos*, Lisboa, 2005, p. 25-49). Trata-se da história do violonista famoso ligado ao corpo de outrem para permanecer vivo; na mesma colectânea, criticamente, rejeitando o paralelismo entre o hipotético caso do violinista e o da relação entre a mãe e o nascituro, cf. Stephen D. SCHWARZ, “O direito da mulher a controlar o seu corpo?”, p. 51-68. Com efeito, *inter alia*, o bebé não pode ser compreendido como um “intruso”. Apesar disso, a inadequada conceitualização da relação entre mãe e feto continua. Por exemplo, Eileen McDONAGH (“Models of motherhood in the abortion debate: self-sacrifice versus self-defense”, in: Donna L. Dickenson (ed.), *Ethical issues in maternal-fetal medicine*, Cambridge, 2002, p. 213-231, esp. p. 222 ss.) parte das alterações provocadas pela gravidez (aumento até 400 vezes do nível de algumas hormonas; crescimento da placenta; aumento do plasma sanguíneo e do volume do coração em 40%; crescimento, em 15%, do ritmo de batimento cardíaco) para afirmar que se deve passar da escolha para o consentimento. Ou seja, aceitando que o nascituro é uma vida com autonomia, afirma que é importante centrar-se “not merely on what the fetus “is”, but on what the fetus “does”(p. 222). E explicita que este provoca um dano grave (*serious harm*), a não ser que a mulher consinta na gravidez (p. 223). E estabelece um paralelo com a situação de alguém que, por exemplo, injecta o mesmo nível de hormonas noutra pessoa já nascida. Assim, considera que a figura a aplicar para enquadrar o aborto nos casos em que a mulher não queira prosseguir a gravidez será a da legítima defesa e reconhece que este argumento já constava do artigo de Judith Jarvis Thomson (p. 225). Este “direito constitucional ao aborto fundado na legítima defesa” (p. 226) permitiria, em sua opinião, defender um direito ao aborto em termos prestacionais, ou seja, no caso, em matéria de financiamento (p. 226).

<sup>4</sup> Com efeito, é redutor falar monoliticamente de feminismo, dizendo-se este no plural. A título ilustrativo desta diversidade, veja-se Karen H. ROTHENBERG (“Feminism, law and bioethics”, *Kennedy Institute of Ethics Journal* 6 (1996/1), p. 69-84), que distingue entre feminismo liberal, centrado na igualdade; um feminismo cultural, que valoriza a diferença, tendo como referência essencial os trabalhos de Carol Gilligan; um feminismo radical, representado na obra de Catherine MacKinnon, que sustenta uma teoria da dominação traduzida num processo em que as mulheres são as vítimas; finalmente, um feminismo pós-moderno, recusa a existência de uma “essência de mulher”, rejeitando modelos universalistas e optando pela contextualização (raça,

pública resultantes do aborto clandestino, passando pela prisão das mulheres e a desigualdade de condições entre ricos e pobres, sustenta-se que o programa emancipatório, colectivo e individual, deve ter vencimento também no campo da procriação. Num processo voraz, que começou pelas situações dramáticas e de fronteira para abanar o edifício normativo e que se saldou pela consagração, em 1984<sup>5</sup>, de um modelo de indicações globalmente não subvertido pela prática, ao contrário do que se passou em Espanha. No vizinho peninsular, a intervenção de privados<sup>6</sup> contribuiu decisivamente para fazer ruir, através de inter-

---

idade, classe social, etc). Também tomando em conta a diferença de perspectivas, cf. Silke MERZHÄUSER, “Jenseits des Rechts auf Selbstbestimmung? Zur feministischen Theoriediskussion um weibliche reproduktive Freiheit im Kontext der Pränatalen Diagnostik“, in: Kathrin BRAUN (Hrsg.), “*Life“ is a battlefield: Aspekte der Biomacht*, Hannover, 1999, p. 161-192. Numa abordagem histórica e sublinhando grandes tendências, cf. María ELÓSEGUI, *Diez temas de género*, cit., p. 19-4, distinguindo entre um primeiro, um segundo e um terceiro feminismo. Um corresponde às primeiras etapas do feminismo, marcado nomeadamente pelos movimentos sufragistas, mas em que é possível distinguir entre modelos feministas de matriz anglo-saxónica, que glorificam a autonomia, e um feminismo europeu, mais relacional, com destaque para uma matriz socialista (p. 20-21), sem prejuízo de feminismos com raízes religiosas, católicas ou protestantes (p. 23-24). O segundo marca os anos sessenta e tem como obras paradigmáticas *Le deuxième sexe* (1949), de Simone de Beauvoir, e *The feminine mystique* (1963), de Betty Friedan, e um conjunto de reivindicações como um direito ao aborto e ao controlo do corpo, no quadro da chamada revolução sexual (p. 29-37). Na sequência destes movimentos, verificou-se uma diversificação, já referida, dos feminismos, assistindo-se a uma crítica do feminismo da igualdade, que se centrava numa aniquilação das diferenças, inclusivamente biológicas, entre masculino e feminino, e sublinhando-se feminismos da diferença. María Elósegui considera ainda um terceiro feminismo, que revaloriza o papel da maternidade como elemento distintivo do feminino, recuperando aspectos relacionais do primeiro feminismo europeu. Esta linha é claramente testemunhada, por exemplo, nos trabalhos de Janne Haaland MATLARY, *Il tempo della fioritura: per un nuovo femminismo*, 1999 (trad.: *Para um novo feminismo*, Cascais, 2002); idem, “O homem e a mulher na família, na sociedade e na política”, *Estudos* (2005/5), p. 129-138. Como refere neste último escrito, uma série de políticas acabaram por ser pensadas, no fundo, a partir de uma “concepção errónea da igualdade entre homem e mulher”. Assim, continua, “(...) neste paradigma, o homem permanece como o modelo, tanto no campo profissional como no sector político, e a sua família e as suas responsabilidades paternas nunca são tidas em consideração. O facto de que a mulher fica grávida, dá à luz e amamenta os seus filhos, e que por sua própria natureza cuida dos recém-nascidos – tudo isto passa a constituir um obstáculo para a sua plena «igualdade» que, na medida do possível, se deve remediar” (p. 135). Entre nós, cf., para uma crítica do “feminismo do género”, Rita Lobo XAVIER, “Ser mulher, direito e cristianismo”, *Estudos* (2005/5), p. 159-164. Recentemente, tocando na questão da maternidade para analisar o *topos* da participação política, dando voz a feministas críticas da maternidade (Simone de Beauvoir, mas também algumas autoras anglo-saxónicas), cf. Vera Lúcia Carapeto RAPOSO, *O poder de Eva: o princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos; problemas suscitados pela discriminação positiva*, Coimbra, 2004, p. 117-118.

<sup>5</sup> Lei n.º 6/84, de 11 de Maio.

<sup>6</sup> Vide as estatísticas mais recentes que confirmam a predominância do sector privado neste domínio. Assim, de acordo com os dados oficiais relativos ao ano de 2005 (<http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/home.htm#datos>), temos que mais de 95% dos abortos foram realizados pelo sector privado. Esta é uma das linhas de força comprovada no caso espanhol, como se pode ver pelo quadro que reproduzimos (tabela 4 do documento dispo-

ESTUDOS

pretações latíssimas, o modelo de indicações<sup>7</sup>, nomeadamente invocando o manto da saúde materna<sup>8</sup>, conduzindo a uma mudança, de facto, do sistema em que a malha estreita da causa e da certificação médica se viu transformada em mera formalidade.

nível em [http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas\\_figuras.htm#Tabla%204](http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm#Tabla%204)) e que consta da referida estatística, centrando-se no tipo de centro em que é feito o aborto.

Ano	Centros públicos			Centros privados		
	total (%)	hospital (%)	extrahosp. (%)	total (%)	hospital (%)	extrahosp. (%)
2004	3,57	3,56	0,00	96,44	9,72	86,73
2003	2,86	2,41	0,44	97,15	10,13	87,02
2002	2,47	2,09	0,38	97,53	8,87	88,66
2001	2,43	2,16	0,28	97,57	8,85	88,72
2000	2,37	2,11	0,26	97,63	8,34	89,29
1999	2,53	2,24	0,29	97,46	7,78	89,68
1998	2,64	2,33	0,31	97,37	7,65	89,72
1997	2,68	2,39	0,29	97,32	8,58	88,74
1996	2,77	2,47	0,30	97,24	7,98	89,26
1995	2,67	2,39	0,28	97,33	7,13	90,20

<sup>7</sup> Cf. a *Ley Orgánica 9 de 5 de julio 1985* (B.O.E., núm. 166, de 12 de Julho) que deu uma nova redacção ao 417 bis do Código penal: “1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. 2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas ser centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. 2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos”. Em 1995 (23 de Novembro), foi publicado um novo Código penal, que entrou em vigor a 24 de Maio de 1996, mas que manteve o texto acabado de apresentar. Com efeito, excepcionou-se da revogação do Código penal anterior o artigo 417 bis (cf. a “disposición derogatoria única, 1/a). Sobre as alterações, cf. a síntese constante de Albin ESER/Hans-Georg Koch, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, Baden-Baden, 3, p. 791-801).

<sup>8</sup> Reproduzimos a tabela 6 da referida estatística oficial:

Na nossa análise, não vamos elaborar, a partir do universo da juridicidade, uma *teoria geral da vida humana* e muito menos faremos um tratamento dos territórios da vida não-humana (animal e vegetal)<sup>9</sup>. Centraremos os nossos esforços na vida humana como *organismo*<sup>10</sup> que não deve ser confundida com outros níveis como a célula, a população e a espécie<sup>11</sup>. Assim, o argumento corrente de que “a vida não *começa* com a concepção, porque há vida *antes* da concepção”<sup>12</sup> traduz falta de clareza e de rigor.

Consideraremos a vida humana *in vivo* e não *in vitro*<sup>13</sup>, quer se trate, neste último caso, do clássico embrião resultante da diversificante fertilização, quer

Ano	Saúde materna (%)	Risco fetal (%)	Violação (%)	Motivos vários (%)	Não consta (%)
2004	96,70	3,06	0,02	0,22	0,00
2003	96,89	2,83	0,02	0,26	0,00
2002	96,81	3,03	0,03	0,13	0,00
2001	97,16	2,53	0,09	0,22	0,00
2000	97,16	2,57	0,05	0,14	0,06
1999	97,22	2,47	0,04	0,19	0,09
1998	97,32	2,27	0,03	0,28	0,10
1997	97,79	2,08	0,03	0,03	0,07
1996	97,83	2,05	0,02	0,03	0,06
1995	97,91	1,64	0,01	0,10	0,33

<sup>9</sup> Sobre esta questão e os seus contornos, cf. Agora Malte-Christian GRUBER, *Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben: der moralische Status des Lebendigen und seine Implementierung in Tierschutz-, Naturschutz- und Umweltrecht*, Baden-Baden, 2006. Recusamos, contudo, o reconhecimento de personalidade jurídica aos animais, referindo-se Gruber a uma “personalidade jurídica parcial” (p. 174). *Vide* também o que escrevemos em *Constituição e biomedicina*, vol. I, cit., Parte III. Para uma afirmação de uma distinção qualitativa e não meramente quantitativa entre vida humana e animal, cf., com mais desenvolvimentos, e outras indicações pertinentes, João LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, vol. I, cit., I.1.; uma síntese, a partir da metafísica pós-nietzschiana de Zubiri, pode ver-se também em João LOUREIRO, “Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida”, *Boletim da Faculdade de Direito* 80 (2004), p. 137-183, p. 141-142.

<sup>10</sup> Sobre a importância da compreensão do novo ser humano como organismo na discussão sobre o aborto, procedendo a uma distinção em relação ao nível celular, cf., por exemplo, Robert P. GEORGE, *In defense of natural law*, Oxford, 1999, p. 211.

<sup>11</sup> Angelo SERRA/ Roberto COLOMBO, “Identità e statuto dell’embrione umano: il contributo della biologia”, in: *Identità e statuto dell’embrione umano*, Città del Vaticano, 1998, p. 106-158, p. 111-112.

<sup>12</sup> *Vide*, por exemplo, Don MARQUIS, “Abortion and the beginning of human life”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 34 (2006), p. 16-25, p. 19.

<sup>13</sup> Para a questão do estatuto do embrião *in vitro*, permitimo-nos remeter para “Estatuto do embrião”, in: Luís ARCHER/ Jorge BISCAIA/ Walter OSSWALD/ Michel RENAUD (Coord.), *Novos desafios à bioética*, Porto, 2001, p. 110-121; idem, “Dignidade e direitos do embrião”, *Cadernos de bioética: Revista portuguesa de bioética* 16 (2005/39), p. 369-404. *Vide* também a recente síntese de Carlos Maria ROMEO CASABONA, “Embrión”, in: Francisco Javier BLÁSQUEZ-RUIZ (dir.), *10 palabras clave en nueva genética*, Estella, 2006, p. 111-155.

estejamos perante o controvertido, ainda que, para nós, indubitavelmente, embrião humano<sup>14</sup>, fruto de uma transferência nuclear somática<sup>15</sup>.

Restringindo mais o campo, privilegiaremos a vida intra-uterina. Tal não significa desconhecer os problemas pós-fertilização anteriores à nidação, um dos territórios de intervenção na procriação humana<sup>16</sup>.

Noutros lugares, especialmente num artigo escrito em 1998<sup>17</sup>, aquando do primeiro referendo<sup>18</sup>, tivemos oportunidade de, longamente, explicar que, ao contrário do que, às vezes, se diz, os sistemas não são todos iguais: assim, a Alemanha continua a consagrar uma solução de aconselhamento centrada na defesa da vida do nascituro<sup>19</sup>, ainda que o tempo tenha revelado a sua fragilidade<sup>20</sup>; em contrapartida, noutros países, como em França, em que a lei Veil

<sup>14</sup> Contra, entre nós, cf. Daniel SERRÃO (“Que estatuto para um “clone” humano?”), *Boletim da Ordem dos Advogados* (2003/24/25), disponível em <http://www.oa.pt/boletim/detalhe.asp?idc=2916&scid=11015&idr=2931&ida=11039>) que designa essa entidade como “artefacto técnico”, “quase-embrião” ou mesmo “não-embrião”. Veja-se também o *Livro Branco sobre o uso de embriões em investigação científica*, elaborado por Daniel Serrão a solicitação do Ministério da Ciência e do Ensino Superior, Lisboa, 2003 (disponível no endereço [http://www.mctes.pt/docs/ficheiros/Livro\\_Branco\\_sobre\\_o\\_uso\\_de\\_embrioes\\_em\\_IC.pdf](http://www.mctes.pt/docs/ficheiros/Livro_Branco_sobre_o_uso_de_embrioes_em_IC.pdf)). Aí se pode ler que: “Pela sua natureza originária – uma célula diferenciada dum organismo adulto, com 46 cromossomas – e pelas características adquiridas por manipulação laboratorial – divisão celular sem diferenciação até à constituição de uma placa de células pluripotentes – este procedimento técnico nada tem a ver com reprodução nem com conjugação de gâmetas haplóides para a constituição de um embrião por fertilização. Chamar-lhe, também, embrião, é usar a “política da linguagem” (p. 20).

<sup>15</sup> Deixamos de lado as questões suscitadas pela transferência nuclear alterada: sobre esta, vide William B. HURLBUT, “Altered nuclear transfer as a morally acceptable means for the procurement of human embryonic stem cells”, *Perspectives in Biology and Medicine* 48 (2005), p. 211-228. Para os interessados em aprofundar esta temática, permitimo-nos remeter também para os diversos artigos que têm vindo a ser publicados na edição norte-americana da *Communio* (<http://www.communio-icr.com>). Cf. também a informação disponível na página <http://www.alterednucleartransfer.com>. V. ainda, em geral, para a discussão das alternativas em termos de células estaminais pluripotentes, o Livro Branco do *President’s Council on Bioethics*, precisamente intitulado *Alternative Sources of Human Pluripotent Stem Cells*, Washington, D.C., 2005.

<sup>16</sup> Para um levantamento de problemas neste domínio, v. Christiane C. WENDEHORST, “Rechtliche Anforderungen an ein künftiges Fortpflanzungsmedizingesetz”, in: Fuat S. ODUNCU/ Katrin PLATZER/ Wolfram HENN (Hg.), *Der Zugriff auf den Embryo: ethische, rechtliche und kulturvergleichende Aspekte der Reproduktionsmedizin*, Göttingen, 2005, p. 35-51, p. 43-44. Christiane C. Wendehorst questiona a (in)coerência da não proibição do DIU, que é apto a impedir a nidação (*op. cit.*, p. 50).

<sup>17</sup> “Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais (A propósito de uma reforma legislativa)”, *Boletim da Faculdade de Direito* 74 (1998), p. 327-403.

<sup>18</sup> Para uma análise do voto e da abstenção nesse referendo, cf. André FREIRE/ Michael BAUM, “Partidos políticos, movimentos de cidadãos e referendos: os casos do aborto e da regionalização”, *Análise Social* 26 (2001/158-159), p. 9-41.

<sup>19</sup> Sobre este ponto, cf. o § 219/1 e o que escrevemos em *Aborto*, cit.

<sup>20</sup> Em relação à (in)constitucionalidade deste modelo, cf. o que escrevemos em *Aborto*, cit., p. 372-374; quanto à sua (in)efectividade, em termos de defesa da vida, registre-se que mais de



voltou a ser alterada, de modo a alargar-se o prazo (de 10 para as 12 semanas), o aconselhamento é meramente informativo. Acresce que haveria ainda que distinguir entre o quadro normativo estabelecido e o seu funcionamento na prática. Com efeito, para além do caso espanhol, em que um modelo de indicações foi, como referimos, completamente subvertido, veja-se, por exemplo, a realidade britânica. Do outro lado do canal, a lei de 1967 continua a consagrar um modelo de indicações, criticado até por algumas vozes feministas que o consideram inaceitavelmente medicalizado<sup>21</sup>, nomeadamente por via da “psicologização”<sup>22</sup>. O funcionamento do sistema revela uma inacreditável permissibilidade e um preocupante número de abortos de residentes<sup>23</sup> na velha Albion.

95% dos abortos realizados na RFA se enquadram no modelo de aconselhamento (cf. Hans-Georg Koch, “O princípio e o termo da vida como problemas do direito (penal) da medicina”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 14 (2004), p. 151-169, p. 161). A consulta dos últimos dados oficiais disponíveis (Serviço Federal de Estatística: *Statistische Bundesamt*, Wiesbaden, <http://www.destatis.de/basis/d/gesu/gesutab16.php>) confirma este quadro (tradução nossa):

	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Total	134 609	134 964	130 387	128 030	129 650	124 023
<i>Fundamento jurídico</i>						
Indicação médica	3 630	3 575	3 271	3 421	3 308	3 177
Indicação criminológica	34	49	37	26	29	21
Regime de aconselhamento	130 945	131 340	127 079	124 583	126 313	120 825

Em relação ao número de abortos, verificou-se alguma diminuição em termos absolutos nos cinco anos objecto de análise – de 134 609 para 124 023; no entanto, se considerarmos o número de abortos por 1000 nascimentos, desenha-se a seguinte evolução: 174,3 (2000), 182, 4 (2001), 180,0 (2002), 179,7 (2003), 182, 3 (2004) e 174, 4 (2005) (cf. <http://www.destatis.de/basis/d/gesu/gesutab18.php>). Se a análise for feita tendo como referência a taxa de abortos por 1000 mulheres entre os 15 e os 44 anos, regista-se um recuo: passou-se de 8 (2000) para 7,4 (2005).

<sup>21</sup> Ellie LEE, “Psychologizing abortion: women’s “mental health” and the regulation of abortion in Britain”, in: Anne MORRIS/ Susan NOTT (ed.), *Well women: the gendered nature of health care provision*, Aldershot/ Burlington, 2002, p. 61-78, p. 63-67.

<sup>22</sup> Neste sentido, com outras indicações, cf. Ellie LEE, *Psychologizing abortion*, cit., que escreve: “ (...) that abortion is about alleviating the suffering of the individual woman – a form of therapy – marginalizes other arguments about abortion and why women need it. (...) Women may be better served by a different kind of abortion law which posits abortion as a back-up to failed contraception, necessary if women are to exercise control over their lives and live them in the way they see fit” (p. 76).

<sup>23</sup> Cf. Department of Health, *Statistical Bulletin (Abortion Statistics, England and Wales: 2005)*. Aí pode ler-se, quanto ao aborto de residentes, o seguinte: “There were 186,416 abortions to residents of England and Wales in 2005. This represents a rate 17.8 per 1,000 resident women aged 15-44 (agestandardised rate, see Abortion Statistics, Series AB no. 27 page vi). The agestandardised abortion rate peaked at 15.5 in 1990 but remained below 15 until 1995; it then rose to 17.2 in 1998. From 1999 to 2002 the rate remained level at just over 17, the rate then rose again in 2003 and 2004 and in 2005 has remained at 17.8 the same as in 2004”.

Mesmo em relação aos prazos, o debitar, para a opinião pública, de uma lista de países em que estão em causa 10 ou 12 semanas, revela-se, ao menos em vários casos, enganador<sup>24</sup>. Com efeito, a consagração de 10 ou 12 semanas<sup>25</sup> afigura-se equívoca se não se tiver em atenção o início da contagem dos prazos. Um observador distraído será tentado a contrapor as 10 semanas da pergunta portuguesa às 12 consagradas, em 2001, na legislação suíça, o que, como veremos, não é assim.

Na impossibilidade de um tratamento sistemático, desde logo pelos apertados limites temporais, limitar-nos-emos a algumas<sup>26</sup> questões em discussão,

<sup>24</sup> *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*. Em termos de jurisprudência constitucional, cf. as decisões n.º 2001-446 DC, de 27 de Junho de 2001, e n.º 2001-449 DC, de 4 de Julho de 2001.

<sup>25</sup> Em Portugal, alguns projectos de lei prevêm as 12 semanas e não as 10. Contudo, caso o referendo viesse a ter efeitos vinculativos (cf. art. 115.º/11 CRP) e vencesse o Sim, o Parlamento teria como limite as 10 semanas constantes da pergunta.

<sup>26</sup> Não discutiremos, por exemplo, a(s) questão(ões) religiosa(s), que tem, aliás, diferentes níveis. Desde logo, a tentativa de rotular como meramente religiosa e, desta forma, considerar ilegítima a proibição do aborto, não se afigura ser uma solução defensável, como tivemos oportunidade de, noutra sede, tratar (cf. João LOUREIRO, *Aborto*, cit., esp. p. 340-341). O facto de o cristianismo ter desempenhado um papel essencial na afirmação do valor da vida humana, tal como aconteceu com muitos outros conceitos que integram hoje a consciência jurídica, não significa que se trate de um problema religioso. Isto não veda, no entanto, às Igrejas a possibilidade de aduzir outros argumentos a partir da sua herança, por exemplo, a compreensão da vida como dom ou dádiva. O problema de saber quem deve, ou não, ser protegido, não deixa de ser uma questão pública. Este rótulo de religioso que se cola às posições do aborto para as deslegitimar anda, não raro, associada à ideia de que se trataria de um domínio alheio à racionalidade, mais próprio do sentimento do que da razão. Pode falar-se do aborto *também* como uma questão religiosa para referir que, no interior do próprio discurso teológico, há afrontamentos. Assim, uma minoria de católicos e mesmo de não crentes mobiliza argumentos religiosos para tentar mostrar que a condenação do aborto, mesmo nas primeiras semanas, não é a melhor leitura da herança cristã. Entre nós, este elemento teve, inclusivamente, assento ao nível da jurisprudência constitucional. Sem entrar agora na análise, repare-se que a relatora do último acórdão do Tribunal Constitucional sobre o aborto, Maria Fernanda Palma, sustenta que “o tratamento de questões muito polémicas, como a eutanásia e o aborto, não pode prescindir de um confronto da perspectiva intelectualista sobre valores com uma visão baseada numa relação directa desses valores com condicionamentos psicológicos e culturais do projecto e do sentido da vida” (*Direito constitucional penal*, Coimbra, 2006, p. 84). E acrescenta que, “no caso do aborto, por exemplo, é essencial a análise crítica do pensamento católico, nas suas raízes e no seu modo contemporâneo de afirmação, em contraposição com uma análise crítica das perspectivas liberais, tanto de raiz política como com fundamentações teóricas mais consistentes” (p. 86).

O Bloco de Esquerda, por exemplo, deu voz, no preâmbulo do seu projecto, também a argumentos desta índole. Para além da referência a S. Tomás de Aquino – que pode ser integrada no campo mais lato da filosofia política –, refere-se que “está na hora (...) de deixar de recorrer à invocação de um princípio religioso, a que Frei Bento Domingues chamou o “tapa buracos da ignorância humana”. Aliás, um *topos* recorrente na discussão passa por tentar deslegitimar a posição da Igreja Católica na matéria, através de uma análise da história. A título de mera



a saber: a questão do horizonte (1); a questão da linguagem (2); a questão jurídico-constitucional (3); a questão política: a agenda referendária e a agenda legislativa (4); a questão dos efeitos de uma eventual mudança legislativa ou

---

curiosidade – o argumento é irrelevante no quadro da discussão – verifica-se que alguma crítica labora em erro. Por exemplo, Manuela TAVARES (“Aborto na esteira da longa luta pelo direito ao corpo”, *Manifesto* (2004/5), p. 80-89, p. 85), baseando-se em Jane Hurst (“A história das ideias sobre o aborto na Igreja Católica”, in: Jane HURST/ Rose Marie MURARO, *Uma história não contada*, Montevideo, Católicas pelo direito a decidir, 1992, p. 7-40) refere que “as posições iniciais da Igreja situavam-se na condenação do aborto, porque este estaria ligado ao adultério, na tentativa de ocultar uma gravidez e o pecado da fornicação”. No entanto, se analisarmos as fontes, não é legítima essa conclusão, que desconhece o sentido não só da condenação do aborto, mas também do infanticídio, além do combate ao abandono dos recém-nascidos, campo fértil para as redes de tráfico e de prostituição (cf. Philippe CASPAR, *L’embryon au II siècle*, Paris, 2002, p. 27). Este último ponto é objecto de uma violenta crítica de Justino que avança duas razões para a não exposição: a primeira, porque “c’est les vouer presque tous à la prostitution, non seulement les jeunes filles, mais les jeunes garçons” (*Primeira Apologia apud Philippe CASPAR, L’embryon au II siècle*, p. 41; a segunda, porque “nous craignons que, faute de quelqu’un qui les recueille, ils ne viennent à mourir, et que nous ne soyons coupables d’homicide” (*Primeira Apologia apud Philippe CASPAR, L’embryon au II siècle*, cit., p. 42). Naturalmente, a Igreja também condenava a infidelidade e alertava para as suas consequências. Mas fazer uma leitura em termos de tutela meramente reflexa da vida é verdadeiramente mutilante do ensino eclesial. A novidade da leitura cristã é claramente sublinhada por Javier GAFO, *El aborto y el comienzo de la vida humana*, Santander, 1979, p. 69: “[s]e llega (...) a una situación nueva, absolutamente original, en la que se condena el aborto en razón del feto y su derecho a la vida, y no únicamente por la violación del derecho de sus progenitores”.

Também Atenágoras (*Supplique au sujet des chrétiens*, XXXV, 6 apud Philippe CASPAR, *L’embryon au II siècle*, cit., p. 64, escreve: “nous affirmons que celles qui recourent à des moyens abortifs commettent un meurtre et qu’elles rendront compte de leurs avortements devant Dieu”. Repare-se que esta condenação do aborto aparecia já no judaísmo helenizante (Filão de Alexandria, Flávio Josefo). Note-se que Tertuliano (160-220) vai responder, em *De anima*, à questão da animação, defendendo que também a alma era transmitida pelos pais (traducionismo), posição que foi seguida, no século IV, por S. Jerónimo (347-420) e S. Gregório de Nissa (335-394): cf. Sabine DEMEL, *Abtreibung zwischen Straffreiheit und Exkommunikation: weltliches und kirchliches Strafrecht auf dem Prüfstand*, Stuttgart/ Berlin/Köln, 1995, p. 22, obra onde colhemos muita da informação utilizada nesta nota. No entanto, Tertuliano ainda subscreve a tese de que até por volta dos 40 dias teríamos um ser vivo, mas não um ser humano, ou seja, estaríamos perante uma massa de carne informe (*caro informis*): Sabine DEMEL, *Abtreibung*, cit., p. 22. S. Gregório de Nissa sublinha o momento da concepção. Também Máximo Confessor se pronunciou a favor de uma animação imediata (cf. Emmanuelle DHONTE-ISNARD, *L’embryon humain in vitro et le droit*, Paris, 2004, p. 147). Esta teoria foi contestada pelo criacionismo que, recusando a preexistência da alma, considera que esta é criada por Deus *ex nihilo*. S. Tomás de Aquino (1225-1274), um dos mais brilhantes e influentes teólogos do catolicismo, acolhe a teoria gradualista aristotélica (para uma apresentação dos *lineamenta* da embriologia de Aristóteles, que teve profunda repercussão, v. *L’être en gestation: réflexions bioéthiques sur l’embryon humain*, Paris, 1999, p. 92-93; trad.: *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*, São Paulo, 2002) sobre a questão do momento da animação, cf. também Elio SGRECCIA, *Aborto: o ponto de vista da bioética*, cit., p. 28-30. Em geral, cf. também o

uma leitura consequencialista, nomeadamente em sede de julgamentos e tutela da saúde, e do impacto sobre o número de abortos(5).

## 1. A questão do horizonte

O horizonte do enfraquecimento do respeito pela vida nas sociedades ocidentais tem sido tecido por uma série de circunstâncias. Centrando-nos na história mais recente – e deixando de lado a experiência da barbárie totalitária que levou Hannah Arendt a falar da “banalidade do mal”<sup>27</sup> –, esboçemos as linhas de força que conduziram à “situação espiritual”<sup>28</sup> que permite este esboçar de uma cultura da vida<sup>29</sup>.

---

verbete “Aborto” publicado na *Christos: enciclopédia do cristianismo*, Lisboa/ S. Paulo, 2004, p. 44-47 (orig. editada em Novara, 1997).

Uma referência ainda à *Didaké (Instruções dos Apóstolos)*, Lisboa, 1960, p. 62), da primeira metade do século II, que expressa e inequivocamente condena o aborto, sem as diferenças que se encontram na tradução dos Setenta (v., com outras indicações, Sabine DEMEL, *Abtreibung*, cit., p. 75-76. Assim, a tese de Jane Hurst (*A história das ideias sobre o aborto na Igreja Católica*, cit.) não resiste ao confronto com as fontes. Mesmo em relação à disciplina resultante do Sínodo de Elvira (306), em que se configura a hipótese de aborto no quadro do adultério (Cânone 63), é claro que o *telos* principal do cânone é a protecção da vida do nascituro; aliás, a sanção da infidelidade matrimonial é prevista em cânones autónomos (48 e 78): cf., também aqui, Sabine DEMEL, *Abtreibung*, cit., p. 81, com as pertinentes indicações.

Quanto à distinção relativa à vida intra-uterina, apesar da versão dos Setenta do texto de Êxodo, a Patrística começou por defender a animação imediata. Explicitando a referência aos Setenta, tradução grega feita no século III A.C., introduz-se aí uma distinção, que não consta do original hebraico, entre feto “formado” (*exeikonismenos*) e “não formado”: para o alcance destas fórmulas e para a tentativa de compreender as razões desta divergência em termos de textos, cf. Javier GAFO, *El aborto y el comienzo de la vida humana*, Santander, 1979, p. 66-68. Aliás, a discussão sobre a animação do feto desenvolveu-se num quadro greco-romano e é anterior ao cristianismo: cf. Javier GAFO, *El aborto y el comienzo de la vida humana*, cit., p. 59, com uma síntese da embriologia greco-romana, que sustenta uma teoria gradualista do desenvolvimento embrionário (Gafo, *op. cit.*, p. 65, diz que esta posição é “património comum da embriologia da Antiguidade”).

<sup>27</sup> A referência é aqui a obra *Eichmann em Jerusalém: uma reportagem sobre a banalidade do mal*, Coimbra, 2004; sobre o conceito, vide o estudo introdutório de António de Araújo e Miguel Nogueira de Brito publicado na edição portuguesa da obra (“Arendt em Jerusalém”, p. 7-37, esp. p. 22 ss.).

<sup>28</sup> A fórmula corresponde ao título de uma obra de Karl Jaspers: *Die geistige Situation der Zeit*, Berlin, 1964 (trad.: *A situação espiritual do nosso tempo*, Lisboa/ S. Paulo, 1968).

<sup>29</sup> A contraposição cultura da vida e cultura da morte não tem sido, em muitos casos, correctamente entendida. A este propósito, John FINNIS (“Secularism, the root of the culture of death”, in: Luke GORMALLY (ed.), *Culture of life*, London, 2002, p. 13-26, p. 13) adverte que a expressão “cultura de morte” “need not, and I think, should not be taken to say that modern culture as such, or Western culture as such, or the secular world as a whole, is a culture of death. Rather, it says that there is a very powerfully present in our contemporary world as distinguishable

Em primeiro lugar, a marcha da “tecnociência”<sup>30</sup> lançou um conjunto de possibilidades de intervenção não apenas na natureza, mas no ser humano. No domínio da vida humana, o dado confronta-se agora com o fabricado, numa tensão entre “natural” e “artificial”<sup>31</sup>. Na reinvenção tardomoderna do panteão, Jano assume as faces da criação e destruição da vida, multiplicando-se os seus templos, visitados por peregrinos que, em muitos casos, aproveitam imperfeições e ausências normativas para dar corpo aos seus desejos. Nalgumas hipóteses, é a própria linha divisória entre vida humana e não-humana que é posta em causa numa reescrita, *ab initio*, da burlesca história em que Séneca imagina o imperador Cláudio transformado em abóbora. Isto para não falar dos projectos de pós-humanidade que abrem portas a uma “abolição do homem”<sup>32</sup>.

Até o domínio do aborto, uma questão clássica, não é insensível às mudanças da tecnociência: por um lado, a revolução ecográfica<sup>33</sup> alargou o diagnóstico pré-natal e não deixou de ter consequências nesta matéria<sup>34</sup>; por outro, a

---

set of interrelated practices, conventions, laws, institutions, ways of responding, thinking, and communicating, and learned and learnable patterns of ambition and desire, which as a set can well be called a «culture of death»”.

<sup>30</sup> Sobre o conceito, cf. Gilbert HOTTOIS, *Le paradigme bioéthique: une éthique pour la technoscience*, Bruxelles, 1990 (trad.: *O paradigma bioético: uma ética para a tecnociência*, Lisboa, 1992).

<sup>31</sup> Cf. Jürgen HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur: auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt a. Main, 2001 (trad.: *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?*, Coimbra, 2006, p. 88).

<sup>32</sup> C. S. LEWIS, *The abolition of man* (utilizamos a tradução em língua castelhana: *La abolición del hombre*, Madrid, 1990).

<sup>33</sup> Discutindo esta revolução, cf. Michèle FELLOUS, “Écographie, foetus, personne”, in: Simone NOVAES (dir.), *Biomédecine et devenir de la personne*, Paris, 1991, p. 189-220.

<sup>34</sup> Entre nós, Rui NUNES/Jorge BISCAIA, “Diagnóstico genético pré-natal”, in: Luís ARCHER/Jorge BISCAIA/ Walter OSSWALD/ Michel RENAUD (Coord.), *Novos desafios à bioética*, cit., p. 148-156, propõem que se analise o impacto do diagnóstico pré-natal em matéria de abortamento (p. 153) e consideram que “o número total de abortamentos pode ter diminuído com a introdução do diagnóstico pré-natal, dado que, anteriormente, muitos casais em risco genético recorriam sistematicamente a esta prática”. E explicitam que a afirmação é válida nalguns casos como o de doenças autossomáticas recessivas ou doenças ligadas ao cromossoma x (p. 154). Também sobre o diagnóstico pré-natal, cf., na doutrina portuguesa, Rui NUNES, “O diagnóstico pré-natal da doença genética”, in: Rui NUNES/ Helena MELO (Coord.), *Genética e reprodução humana*, Coimbra, 2000, p. 81-131. O aborto em virtude de deficiência do feto, na sequência de diagnóstico pré-natal, tem vindo a ser contestado, mesmo por defensores do aborto como escolha da mulher: estaríamos perante uma inaceitável discriminação, uma inadequada atitude dos pais face às crianças e uma verdadeira incompreensão e défice informativos do que é viver com deficiência (para mais desenvolvimentos, com indicação da bibliografia de suporte, vide João LOUREIRO, “Pessoa e doença mental”, *Boletim da Faculdade de Direito* 81 (2005), p. 145-187, p. 180-183). Além disso, tem-se desenvolvido um terreno de litígio anglo-saxonicamente enquadrado como *wrongful birth* e *wrongful life*: sobre a questão, permitimo-nos remeter para João LOUREIRO, “Genética, moínhos e gigantes: deveres fundamentais, «sociedade de risco» e biomedicina”, in: Agustín

visibilidade trazida ajudou a desfazer mitos (como a célebre e errónea teoria de Ernst Haeckel, segundo a qual a ontogénese recapitularia a filogénese) e tem contribuído para alicerçar o feto como outro<sup>35</sup>; além disso, o nascituro vai-se afirmando como paciente. Em termos de procedimentos, também se assistiu a um conjunto de mudanças, sendo que, mais recentemente, o último grito passa pela utilização, nas primeiras semanas da gravidez, do aborto farmacológico<sup>36</sup> (“médico”<sup>37</sup>) em lugar do clássico aborto cirúrgico. Esta mudança na compreensão do processo de gestação não é indiferente às mudanças em alguns ordenamentos no sentido de consagrar novos crimes contra a vida e a saúde da vida intra-uterina<sup>38</sup>.

---

JORGE BARREIRO (ed.), *Derecho y genética: un reto a la sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2006, p. 29-48, p. 43-45 (sobre o acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2002, cf. agora também Fernando Pinto MONTEIRO, “Direito à não existência, direito a não nascer”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. II, Coimbra, 2006, p. 131-138; vide António Pinto MONTEIRO, “Portuguese case note”, *European Review of Private Law* (2003/2), p. 220-224; idem, “Direito a não nascer?”, *Revista de Legislação e Jurisprudência* 134 (2002), p. 377-384; André PEREIRA, “Country Report Portugal”, in: Helmut KOZIOL/ Barbara STEININGER (ed.), *European Tort Law 2002*, Wien/New York, 2003; Vanessa Cardoso CORREIA, “Wrongful life action: comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001”, *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Medicina* 1 (2004/2), p. 125-131. A utilização do diagnóstico pré-natal, por motivo de idade da grávida (35 ou mais anos) está hoje quantificada. Assim, em 2002, foram realizados 7329 exames, prevendo o plano se “[d]ará prioridade ao programa de diagnóstico pré-natal (DPN), de forma a alcançar um número crescente de grávidas, prestando especial atenção ao controlo de qualidade dos exames ecográficos da gravidez (Plano Nacional de Saúde: 2004-2010). Números mais recentes revelam que, em 2003, “os diagnósticos por técnicas invasivas (amniocentese, cordocentese, biópsias) subiram 20% em relação a 2001 e mais do que duplicaram face a 1996. Aos quase 12 mil exames de 2003 corresponderam 465 interrupções de gravidez, mais 50% do que em 1999”. (*Jornal de Notícias*, [http://jn.sapo.pt/2005/08/09/sociedade/gravidas\\_procuram\\_cuidados\\_muito\\_tar.html](http://jn.sapo.pt/2005/08/09/sociedade/gravidas_procuram_cuidados_muito_tar.html)).

<sup>35</sup> Sobre o impacto trazido pela revolução ecográfica, cf. Bernard NATHANSON, *The hand of God* (trad.: *La mano de Dios: autobiografía y conversión del llamado “Rey del aborto”*, Madrid, 1997, p. 155-156).

<sup>36</sup> Referimo-nos à utilização do Mifepristone (primeiramente designado RU-486), que não está isento de riscos: cf. Christian STARCK, “Mifegyne und die Abtreibungsgesetzgebung”, *Neue Juristische Wochenschrift* 53 (2000), p. 2715-2716, que analisa as consequências em termos de aconselhamento, com uma drástica redução do prazo, que o converte numa mera formalidade (p. 2715). A concluir, lembra que o Tribunal Constitucional Federal obrigou o legislador a acompanhar e a analisar os efeitos desta mudança normativa, nomeadamente para comprovar a sua eficácia de protecção. Teria sido posto em causa a tutela desenhada no modelo de acolhimento orientado para a vida, o que seria insustentável, traduzindo-se na inconstitucionalidade do regime legalmente estabelecido para o aborto (*op. cit.*, p. 2716).

<sup>37</sup> Designação corrente na literatura anglo-saxónica, por contraposição ao aborto cirúrgico. Também entre nós a fórmula é utilizada: cf., por exemplo, Ana CAMPOS, “Novas abordagens em relação ao aborto: aborto médico”, *Sexualidade e planeamento familiar* (2000/27/28), p. 31-34.

<sup>38</sup> Cf. Carlos María ROMEO CASABONA, “El estatuto jurídico del embrión y del feto”, in: *Ética da vida: concepções e debates (Actas do III Seminário do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida)*, Lisboa, 1996, p. 131-145, esp. p. 133-135.

Em segundo lugar, a autonomia desembocou na sua patologizante radicalização – o “autonomismo” –, erigindo a vontade em pedra de toque, como o ilustra a “(bio)medicina do desejo”. A este sacrifica-se a vida, ao permitir-se a produção de embriões excedentários que, na maioria dos casos, terminam na destruição, antecedida ou não de experimentação. A consumidora imolação confirma-se também, numa convergência de interesses<sup>39</sup> entre cientistas, empresas e potenciais beneficiários, na destruição de embriões para a obtenção de células estaminais ou troncais<sup>40</sup> embrionárias. A mudança de atitude face ao aborto<sup>41</sup> é apresentada como uma expressão de uma “modernidade tardia”<sup>42</sup> ou “reflexiva”<sup>43</sup> (“segunda modernidade”), marcada pela individualização<sup>44</sup> e, ao lado, do clássico modelo de indicações, abrem-se as portas, legislativas ou interpretativas, a fazer da simples vontade decisória cobertura suficiente para a

<sup>39</sup> Em geral, sobre a “interessologia” no domínio da genética humana, cf. João LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, vol. II, Parte IV.

<sup>40</sup> Sobre as várias designações, permitimo-nos remeter para João LOUREIRO, “Células estaminais”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 2 (2005/4), p. 11-26. A designação células-tronco é a formulação com assento no Brasil, nomeadamente na Lei n.º 11 105/2005 (Lei da biossegurança), de 24 de Março de 2005, art. 5.º; Decreto n.º 5 591, de 22 de Novembro, arts. 63.º a 67.º. Foi proposta, pelo Procurador-Geral da República, uma acção directa de inconstitucionalidade (n.º 3 510) versando sobre o art. 5.º da referida lei.

<sup>41</sup> Lisbeth B. KNUDSEN, “Abort i 30 år – en dansk succeshistorie”, 2003, p. 94-98, p. 94 (o artigo está disponível na página <http://www.abortnet.dk/Default.aspx?ID=28>).

<sup>42</sup> Jesus BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, 1989.

<sup>43</sup> Modernidade reflexiva por contraposição com a primeira modernidade, marcada pela tradição e pelo natural: a primeira Modernidade corresponde à sociedade industrial, enquanto a segunda sublinha os aspectos negativos, nomeadamente em termos ambientais e genéticos, da passagem a uma sociedade de risco.

<sup>44</sup> Este quadro reflecte-se nas próprias relações familiares: “desordem amorosa” ou “transformação da intimidade” (Anthony Giddens, *The transformation of intimacy: sexuality, love and eroticism in modern societies*, Cambridge, 1992; trad.: *Transformações da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*, Lisboa, 1996; cf., em síntese, idem, *Runaway world*, 1999; trad.: *O mundo na era da globalização*, Lisboa, p. 57-68) são apenas alguns dos descritores para captar o novo panorama. Moralismos à parte, é indubitável que estamos perante decisões individuais, mas com custos sociais em vários domínios (cf., para uma indicação de literatura complementar, o nosso “Jovens e família”, *Estudos* (2004/3), p. 489-537). Em matéria de aborto, é indubitável que há reflexos do “amor líquido” (Bauman): cf., neste sentido, em sede de conclusões, Ana Nunes de ALMEIDA (Coord.), *Fecundidade e contracepção*, cit., p. 358, que reconhece que “o aborto encontra terrenos especialmente favoráveis em situações familiares (...) de turbulência ou transição”, por exemplo, “entre dois casamentos ou parceiros”. A literatura refere a importância da relação marital também no contexto de “aceitação e adaptação da mulher à gravidez, em segundo lugar, na aceitação e construção da identidade ao papel materno e, por último, determinante no desenvolvimento da ligação materna ao filho ainda por nascer” (Isabel Margarida MENDES, “Ligação materno-fetal: estudo de alguns factores associados ao seu desenvolvimento”, Salvador Massano CARDOSO (ed.), *Saúde pública – IV: resenha de dissertações de mestrado*, Coimbra, 2002, p. 189-209, p. 193; também p. 205).

sua realização. Mais: o “autonomismo” tem-se reflectido também na compreensão da vida intra-uterina: sendo desejada a gravidez, fala-se de bebé; caso contrário, recusa-se a expressão e, no limite e nos primeiros tempos, diz-se que não passa de um agregado de células. Como se a objectividade do estatuto, ainda que conflitual na esfera pública, pudesse depender da pura subjectividade. Estamos, pois, numa “sociedade de vivência(s)”<sup>45</sup>, em que o horizonte tradicional de procura de fundamentantes razões é abandonado, numa “idade de incerteza”<sup>46</sup>. Como assinala Francesco D’Agostino<sup>47</sup>, não raro assiste-se a uma “redução” de uma questão ética a psicológica, tratando o aborto em termos de uma “dinâmica auto-referencial” e não numa “dinâmica relacional”<sup>48</sup>. Esta última, verdadeiramente, capta o essencial do problema: a existência de um outro, ou seja, do filho, cuja vida se deve respeitar. O eixo é, pois, o da relacionabilidade<sup>49</sup> e o da alteridade, devendo recusar-se o poder fáustico e o império da vontade, advogados pelo “autonomismo”.

Em terceiro lugar, a “sociedade de risco”<sup>50</sup> revela-se também ameaçadora para a vida, humana e não-humana. No que ora nos importa, algumas das técnicas apresentam-se como demasiado arriscadas para serem prosseguidas. No entanto, há sempre candidatos a considerar que a ética, ainda que adjetivada (aplicada<sup>51</sup>), não tem de entrar nos laboratórios. A alvura das batas garantiria a pureza das almas. Em matéria de aborto, a discussão anda em torno da avaliação de riscos, sendo os eixos marcados pela contraposição aborto seguro

<sup>45</sup> Gerhard SCHULZE, *Die Erlebnisgesellschaft: Kultursociologie der Gegenwart*, Frankfurt/New York, 82000.

<sup>46</sup> Título de uma obra de Zygmunt BAUMAN (*La società dell'incertezza*, Bologna, 1999), que colhemos em Maria TERESA RUSSO, “Dal corpo próprio al corpo estraneo: cultura postmoderna e immagini del corpo”, in: Francesco D’Agostino (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato: nuove forme di rilevanza giuridica del corpo umano*, Milano, 2003, p. 101-120, p. 102.

<sup>47</sup> *Parole di bioetica*, Torino, 2004, p. 5, que seguimos de perto.

<sup>48</sup> Francesco D’AGOSTINO (*Parole di bioetica*, cit., p. 5) sublinha que, verdadeiramente, estamos perante uma “negação da relacionalidade”, que esconde, na verdade, a existência de dois seres humanos, mas em que um está numa posição fáctica de supremacia.

<sup>49</sup> Indo para lá da relacionalidade neste domínio, em que *um* dos caminhos – não nos esqueçamos da existência de outros modelos – de defesa do aborto passa por negar o outro, importa não esquecer que, de uma forma mais geral, a recusa de um paradigma relacional tem, aliás, importantes consequências nas práticas sociais e na construção das próprias disciplinas, desde o económico ao direito, passando, *inter alia*, pela sociologia, pela (bio)ética e pela psicologia.

<sup>50</sup> Uma síntese de várias tentativas de densificação do conceito, pode ver-se em João LOUREIRO, “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência: algumas questões juspublicísticas”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 797-891.

<sup>51</sup> Sobre a ética aplicada, cf., por todos, Nikolaus KNOEPFFLER, “Projekt: Angewandte Ethik”, in: Nikolaus KNOEPFFLER/ Peter KUNZMANN/ Ingo PIES/ Anne SIEGTSLEITNER (Hg.), *Einführung in die Angewandte Ethik*, Freiburg/München, 2005, p. 9-19.



(o que não é sinónimo de aborto sem riscos<sup>52</sup>, como se quer fazer crer) e inseguro<sup>53</sup>, e pelos riscos, nomeadamente psicológicos<sup>54</sup>, pós-aborto<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Veja-se a lamentável tradução de “safe abortion” por “abortos sin riesgos”, que se verificou no título de uma obra da Organização Mundial de Saúde. Como se, ao lado do sonho, o risco não fosse uma constante da vida. Simplesmente, continuando a parafrasear o poeta, se o risco tem permitido, muitas vezes, que “o mundo(...) avance”, neste caso, para além dos riscos para a mãe, não há criança que segure a bola.

<sup>53</sup> Sendo que aborto clandestino não é sinónimo de aborto inseguro. Por exemplo, no caso português, os relatos disponíveis nalguns estudos apontam, também aqui, para um crescimento da segurança do aborto clandestino. Por exemplo, no estudo coordenado por Ana Nunes de ALMEIDA (*Fecundidade e contraceção*, cit., p. 243) já não aparecem relatos de abortos – com uma única excepção, mas numa clínica – efectuados por “curiosas”, sendo que a maioria é feita por parteiras em casas particulares, sendo referenciados dois casos de aborto realizados em clínicas e um aborto referido como terapêutico (realizado em hospital). Logo o primeiro depoimento afirma. “(...) fiz numa parteira especializada (...) foi em casa dela. Mas tinha todas as condições para que se efectuasse (Deolinda, R5); o segundo depoimento refere que foi feito em casa, acrescentando que “tinha condições (...) era uma enfermeira chefe do serviço de ginecologia no hospital. E tinha duas enfermeiras (...)” (Sílvia, R5); o terceiro diz que fez o aborto “numa daquelas clínicas com boas condições” (Sara, R8); o quarto refere que “Foi uma parteira, foi uma parteira numa casa particular” (Maria José, R5). Imediatamente a seguir, escreve-se no estudo, que “os testemunhos recolhidos ilustram, por vezes de forma dramática, as condições do aborto clandestino em Portugal, nomeadamente a quase completa ausência de pessoal médico, as duvidosas condições de higiene e segurança”, exemplificando com um depoimento em que se diz que foi “a dona da clínica que me fez o aborto” e narra as complicações decorrentes, sendo que estava grávida de gémeos (op. cit., p. 244, com mais desenvolvimentos). No entanto, alguns dos abortos realizados por profissionais de saúde não preenchem o conceito de aborto seguro da Organização Mundial de Saúde. Com efeito, para esta organização internacional, entende-se por aborto inseguro (ou, numa formulação mais extensa, mas mais rigorosa, “aborto praticado em más condições de segurança”) aquele que tinha sido efectuado “soit par des personnes n’ayant pas les competences acquises, soit dans un cadre ne répondant pas aux normes médicales élémentaires, soit les deux” (*Prise en charge des complications de la grossesse et de l’accouchement: guide destiné à la sage-femme et au médecin*, Genève, Suisse, 2004, S-10). A realização por enfermeiras não é, por si só, sinónimo de menor qualidade e segurança. Tradicionalmente, tem sido entendido que o aborto é um acto praticado por médicos – o que não é sinónimo de acto médico – e é este, normalmente, o regime legal. Em dois países (África do Sul e Vietname) em que não há reserva de médico e que, a par deste, outros profissionais de saúde podem intervir (por exemplo, enfermeira) concluiu-se, tentando deste modo alargar o número de profissionais, que não haveria diferenças significativas em termos de complicações por aborto durante o primeiro trimestre, desde que tivessem tido preparação específica: cf. I.K. WARRINER, “Rates of complication in first-trimester manual vacuum aspiration abortion done by doctors and mid-level providers in South Africa and Vietnam: a randomised controlled equivalence trial”, *The Lancet* 368 (2006), p. 1965-1972 (cf., no entanto, a discussão em torno da possibilidade de generalização dos resultados: p. 1971).

Duarte VILAR (“Portugal”, in: Bill ROLSTON/ Anna EGGERT (ed.), *Abortion in the new Europe: a comparative handbook*, Westport (Connecticut)/London, 1994, p. 215-227, p. 217), referindo-se ao período anterior a 1974, que o aborto era, de facto tolerado, e, sobre quem o praticava, escreve: “These abortions were performed mainly by nurses and midwives, and in some

Em quarto lugar, a “sociedade pluriforme”<sup>56</sup> – tradicionalmente rotulada de multicultural – condenar-nos-ia a uma ética meramente procedimental, própria de tempos débeis e de “estranhos morais”<sup>57</sup>, num quadro de fragmentaridade. A própria capacidade de integração constitucional<sup>58</sup>, por via de valores fundamentais e não de uma “ordem de valores”<sup>59</sup>, fechada e hierarquizada, é questionada. Para dar conta da diversidade, alguns autores propõem uma discussão crítica com as várias mundividências, religiosas ou seculares, presentes numa sociedade. Este carácter pluriforme – que espelha o “facto do pluralismo”, como diria Rawls – tem reflexos ao nível dos argumentos aceitáveis na esfera pública. As entradas da discussão são, *inter alia*, secularidade, pós-secularidade e, mais recentemente, dessecularização; acepções da neutralidade e razão pública. Recorde-se, a este último propósito, a polémica suscitada<sup>60</sup> por uma célebre passagem de John Rawls sobre o aborto<sup>61</sup>.

---

cases physicians. In some central hospitals abortions were performed when there was a risk to the life of the mother, or for some evident eugenic reasons”.

<sup>54</sup> No estudo coordenado por Ana Nunes de ALMEIDA (*Fecundidade e contraceção*, cit., p. 245) lê-se que “[f]oram referidas complicações de saúde física, mas sobretudo perturbações psicológicas (estado depressivo, culpa, tristeza), na sequência do aborto”, referindo-se, no primeiro caso, a necessidade de recorrer a um psiquiatra (Sílvia, R5, *op. cit.*, p. 245); no último, que “isso deitou-me emocionalmente abaixo. Muito. Foi realmente, foi dramático esse tempo. De tal maneira dramático que a minha mãe teve que ir dormir para minha casa porque eu tinha medo de morrer durante a noite” (*op. cit.*, p. 246).

<sup>55</sup> Outro elemento em matéria de riscos prende-se com a obsessão pela criança perfeita, que tem levado a uma pressão no sentido da eliminação do ser humano no ventre materno, mesmo para lá dos casos tradicionais de malformações graves. Como escreve, a este propósito, Jean-François MATTEI (*Les droits de la vie*, Paris, 1996, p. 69) trata-se da “recusa do mínimo de risco”, assistindo-se, ao menos na prática, à difusão de um “eugenismo descentralizado” ou “liberal” (sobre este, cf. Jürgen HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur*, cit.).

<sup>56</sup> Colhemos a fórmula na literatura neerlandesa que pretende sublinhar que a multiplicidade das culturas é apenas um dos aspectos da diversidade societária: cf. *Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving*, 2004 (<http://www.minbzk.nl/contents/pages/8765/grondrechten.pdf>).

<sup>57</sup> Sobre a visão de Engelhardt, cf., desde logo, *The foundations of bioethics*, New York/Oxford, <sup>2</sup>1996 (trad.: *Fundamentos da bioética*, São Paulo, 1998); *inter alia*, Giuseppe SAVAGNONE, *Metamorfosi della persona: il soggetto umano e non umano in bioetica*, Torino, 2004, no âmbito mais vasto de uma análise do conceito de pessoa, considerando também as teorias de Singer, Tooley, Regan e Rachels.

<sup>58</sup> Para uma síntese do estado da discussão, cf. Hans VORLÄNDER (Hrsg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden, 2002.

<sup>59</sup> Para uma densificação das fórmulas, v. Hans VORLÄNDER, *Verfassung und Konsens: der Streit um die Verfassung in der Grundlagen- und Grundgesetz-Diskussion die Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1981.

<sup>60</sup> Aliás, a partir de diversas perspectivas. Por exemplo, Engelhardt [“Freedom and moral diversity: the moral failures of health care in the welfare state”, *Social Philosophy and Policy* (1997), p. 180-196, *apud* Elizabeth BRAKE, “Rawls and feminism: what should feminism make of liberal neutrality?”, in: Thom BROOKS/ Fabian FREYENHAGEN (ed.), *The legacy of John Rawls*,

Em relação à vida humana, sublinham-se os conflitos em torno do estatuto do embrião e do feto. Além disso, em domínios como o aborto, regista-se que, em algumas sociedades, como a suíça, as populações migrantes estão sobrerrepresentadas no grupo que realiza abortos<sup>62</sup>; da mesma forma, o diagnóstico pré-natal e, no quadro de processos de procriação medicamente assistida com fertilização *in vitro*, o diagnóstico pré-implantação, é usado tendo em vista eliminar nascituros do sexo feminino. No entanto, estudos<sup>63</sup> realizados nos

---

London/ New York, 2005, p. 67-84, p. 69] tentou mostrar que, no quadro de um sistema público de saúde, a neutralidade exigida ao Estado face às concepções concorrentes de bem, no quadro de um “liberalismo político” (Rawls) é impossível em matéria de aborto. Assim, se, por exemplo, o aborto for uma prestação incorporada no sistema, tal é incompatível com as convicções dos que acham que o aborto deve ser proibido. Veja-se também a crítica de Ronald DWORKIN (*Justice in robes*, Cambridge (Mass./ London, England, 2006, p. 253-254) a Rawls, exemplificando com o caso do aborto, e expressando as maiores dúvidas quanto ao papel da doutrina da razão pública de Rawls no universo do direito, bem como quanto ao papel das “convicções morais” dos juízes. De acordo com a sua tese, “on no conception of law (...) can judges in a pluralistic communities acquit their institutional responsibilities without relying on controversial moral convictions” (p. 254).

<sup>61</sup> Cf. Miguel Oliveira da SILVA, “Objecção de consciência, planeamento familiar e interrupção da gravidez”, in: João Ribeiro da SILVA da/ António BARBOSA/ Fernando Martins VALE (Coord.), *Contributos para a bioética em Portugal*, Lisboa, 2002, p. 395-406, p. 402-405. Sublinha-se que o equivalente, no quadro da discussão sobre o aborto e razão pública, entre nós, não será como sugere Miguel Oliveira da Silva (p. 403) o Supremo Tribunal de Justiça, mas o Tribunal Constitucional. Além disso, importa esclarecer que John Rawls veio esclarecer o sentido dessa nota (cf. *The idea of public reason revisited*, disponível em tradução portuguesa: “O regresso à ideia da razão pública”, in: John RAWLS, *A lei dos povos*, Coimbra, 2000, p. 143-195, p. 184, n. 80): “Houve quem tenha lido a nota de pé de página de Political Liberalism (...) como um argumento pró-aborto no primeiro trimestre. Não é minha intenção que assim seja. (Expressa a minha opinião, mas esta não é um argumento)”. E admite (sugerimos ao leitor que leia na íntegra esta segunda nota de rodapé) que se possa defender, cumprindo as exigências da razão pública, posição contrária à sua. *Vide* agora explorando, a partir de um quadro de direito natural, esta via, Martin RHONHEIMER, “The political ethos of constitutional democracy and the place of natural law in public reason: Rawls’s “Political liberalism” revisited”, *The American Journal of Jurisprudence* 50 (2005), p. 35-70, p. 69-70.

<sup>62</sup> Cf. também um artigo publicado no *El País*, de 27 de Dezembro de 2005 (disponível no endereço <http://www.acaive.com/noticia1.html>): “Especialmente relevante parece ser la contribución de las mujeres inmigrantes al incremento. Un reciente estudio de la Comunidad de Madrid puso de relieve que la tasa de abortos entre las inmigrantes era casi cinco veces superior a la de las españolas: 34 por mil entre las primeras; 6,8 por mil entre las segundas. A las dificultades materiales que deben afrontar se suma, en el caso de estas mujeres, la dificultad de acceso a los servicios de planificación familiar y la falta de adecuación cultural de los programas que en ellos se aplican”. No entanto, também se sublinha que o panorama desastroso tem causas mais profundas, assistindo-se a um conjunto de comportamentos de risco: fala-se de “una cierta banalización de la píldora poscoital y del aborto como solución, ignorando que supone una agresión al organismo que es mejor evitar”.

<sup>63</sup> *Kind van twee werelden: een kwalitatief onderzoek naar de achtergronden van zwangerschappen bij allochtone tieners*, Utrecht, 2006 (inclui um resumo em língua inglesa: *Child of two worlds: Summary of a qualitative study into the backgrounds of teenage pregnancies*

Países Baixos revelam que, entre alguns grupos minoritários, a maternidade na adolescência não é compreendida nos termos dramáticos dominantes. Esta diferente visão cultural tem, obviamente, consequências, quer em termos de planeamento familiar, quer de evitação do aborto.

Por último, a globalização permite não apenas a reprodução da diversidade num lugar<sup>64</sup>, mas a mobilidade em larga escala, reduzindo a efectividade das barreiras legislativas nacionais e tecendo redes normativas que vão sendo refeitas, sem que, neste último caso, impere a lógica de Penélope. A globalização torna mais patente o alcance da célebre proposição de Pascal sobre a verdade – “Vérité au deça des Pyrénées, erreur au-delà...”<sup>65</sup>, agora também no plano legislativo. As possibilidades crescentes de mobilidade transfronteiriça facilitam o acesso a prestações proibidas no país, estando, inclusivamente assegurado, no espaço comunitário, a liberdade de informação sobre os serviços<sup>66</sup>.

Estes são, pois, alguns dos aspectos do *horizonte das questões* também em torno do aborto, sendo certo que a “involuntiva evolução”<sup>67</sup> é uma possibilidade na história da humanidade.

## 2. A questão da linguagem

A primeira grande discussão neste processo de “choque ou enfrentamento de absolutos”, como lhe chamou Lawrence Tribe<sup>68</sup>, prende-se com a linguagem. Aqui importa ver que concorrem termos do domínio biológico e médico, jurídico, moral e até da linguagem quotidiana e que as fronteiras não são rígidas ou estanques<sup>69</sup>. Acresce que a pluralidade de designações refere-se quer à mulher grávida, ao embrião/feto e à designação do próprio procedimento (aborto,

---

*in ethnic and cultural groups*, <http://www.tienermoeders.nl/informatie/wetenschap.html>). Sobre este relatório, *vide* as referências *infra*.

<sup>64</sup> Ulrich BECK, “Vorwort”, in: Ulrich BECK (Hg.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt am Main, p. 7-10, p. 7.

<sup>65</sup> *Les Pensées*, V.

<sup>66</sup> Cf. Mário Paulo TENREIRO, “Crime de aborto e direito comunitário”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (1992), p. 353-396.

<sup>67</sup> Cf., a propósito do Estado de direito, as pertinentes reflexões de Fernando José BRONZE, “Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil*, cit., p. 77-87, p. 84.

<sup>68</sup> *The clash of absolutes*, cit.

<sup>69</sup> Tanto quanto sabemos, não existe, entre nós, um estudo sistemático sobre os usos dos termos nos vários contextos discursivos. Há, sim, uma análise dos tipos de argumentação mobilizados entre 1982 – ano em que o PCP apresentou um projecto de lei na matéria – e Fevereiro de 1984 (aprovação da Lei n.º 6/84): cf. Graça ABRANTES/ Virgínia FERREIRA, “O debate sobre o aborto e a ortopedia discursiva da sexualidade”, *Análise Social* 22 (1986/92-93), p. 477-492.

abortamento, interrupção voluntária da gravidez). Sem prejuízo de uma investigação e desenvolvimentos ulteriores, que o espartilho temporal não permite, verifica-se que:

a) no universo das ciências da vida, a começar pela biologia, fala-se normalmente de embrião e de feto, de acordo com uma distinção que reservava o primeiro termo para a vida humana até ao final das oito semanas (organogénese) e o segundo para a vida humana até ao nascimento<sup>70</sup>. Mais recentemente, face aos desafios trazidos pelos embriões *in vitro*, foi avançado o termo pré-embrião<sup>71</sup>, fonte de controvérsia, no quadro da chamada “política de conceitos”<sup>72</sup>, e que mereceu acolhimento na legislação espanhola<sup>73</sup>; por outro lado, parte da doutrina considerou que, numa óptica das ciências da vida, teria perdido sentido a distinção entre feto e embrião<sup>74</sup>. Acresce que a própria noção de embrião, enquanto resultado da fertilização, confronta-se agora, na era pós-Dolly, com a criação de vida humana sem que haja fecundação.

Quanto à vida humana, expressão abrangente, estamos perante a vida de um organismo e não da vida da espécie como um todo ou da vida celular.

Em relação aos procedimentos, a medicina fala normalmente de abortamento, reservando a expressão aborto para a vida humana destruída por essa

<sup>70</sup> T.W. SADLER, *Langman's medical embryology*, Philadelphia/Baltimore/New York/London/ Buenos Aires/ Hong Kong/ Sydney/ Tokyo, 8<sup>a</sup>2000, p. 83 (embryonic period or period of organogenesis).

<sup>71</sup> Sobre a história e análise deste conceito, cf. Philippe OLIVERO, “La notion de “pré-embryon” dans la littérature politico-scientifique”, *Archives de Philosophie du Droit* 36 (1991), p. 85-107; Emmanuelle DHONTE-ISNARD, *L'embryon humain in vitro et le droit*, Paris, 2004, p. 93-110. Entre nós, cf. agora Miguel Oliveira da SILVA, *Ciência, religião e bioética no início da vida*, Lisboa, 2006, p. 58-60. Ficámos com dúvidas, que a ausência da fonte não permite dissolver de imediato, que Karl Rahner tenha utilizado o termo pré-embrião. Uma coisa é a sua visão sobre o início da vida humana; outra refere-se à génese do termo que, segundo toda a literatura que conhecemos, terá sido cunhado depois da morte de Karl Rahner (1984). Criticamente, cf. Alejandro D. BOLZAN, *Hacia una ética de la vida por nacer* (trad.: *Para uma ética da vida por nascer: ética e manipulação da vida humana por nascer no começo do século XXI*, Lisboa, 2000, p. 41-45).

<sup>72</sup> Vide, exemplificando precisamente com o conceito de “pré-embrião”, Dieter BIRNBACHER, “Die Grenzen der Philosophie und die Grenzen des Lebens”, *Ethik in der Medizin* 18 (2006), p. 315-319, p. 317. No texto, usámos a fórmula no plural. Em termos mais gerais, recorde-se a análise de Carl Schmitt sobre a determinação política da linguagem: “Soberano é quem nomeia a realidade à custa dos outros, quem pode fazer vingar as suas regras de linguagem (...)” (*apud* João Baptista MACHADO, “Democratização e neutralidade do Estado na Constituição de 76”, in: idem, *Participação e descentralização. Democratização e neutralidade na Constituição de 76*, Coimbra, 1982, p. 109-147, p. 111).

<sup>73</sup> A solução mantém-se na nova lei espanhola: Lei 14/2006, de 26 de Maio, sobre técnicas de reprodução humana assistida.

<sup>74</sup> Walter OSSWALD, “Experimentação em embriões e fetos”, in: Luís ARCHER/ Jorge BISCAIA / Walter OSSWALD / Michel RENAUD (coord.), *Novos desafios à bioética*, Porto, 2001, p. 122-127, p. 123.

acção<sup>75</sup>. Na verdade, etimologicamente aborto (*avortement, abortion, abort*<sup>76</sup>, *abortus*<sup>77</sup>) remete-nos para *abortus*, que nos reenvia para *aboriri*, resultante do prefixo *ab* (negação) e de *oriri* (nascer)<sup>78</sup>.

No domínio do direito e da linguagem quotidiana, no quadro de um combate, pretendeu-se substituir o conceito de aborto por interrupção voluntária da gravidez. Na Alemanha<sup>79</sup>, as designações tradicionais *Abtreibung*<sup>80</sup> e *Abtötung* (esta, a fórmula tradicionalmente acolhida no Código penal<sup>81</sup>, sublinhava, na sua composição, a palavra *Tötung*, homicídio) e *Schwangerschaftsunterbrechung* (interrupção da gravidez) por *Schwangerschaftsabbruch*, afirmado como mais neutro no projecto governamental. Na Itália, a lei fala de *interruzione della gravidanza*<sup>82</sup>; em França, adoptou-se também a expressão *interruption de la grossesse*<sup>83</sup>; mas, nos países de língua inglesa, a par do clássico *abortion*, fala-se de *termination of pregnancy* (“pôr termo à gravidez”).

Em Portugal, verifica-se igualmente uma modificação semântica em relação ao aborto consentido. Assim, se a Lei n.º 6/84, de 11 de Maio, tinha como epígrafe “exclusão da ilicitude do aborto”, actualmente o art. 142.º tem como título “interrupção da gravidez não punível”, mantendo-se a epígrafe aborto nos artigos 140.º<sup>84</sup> e 141.º<sup>85</sup>. Ou seja, em termos de designação, o Código penal passou a acolher um modelo dual, como, aliás, acontece noutros países<sup>86</sup>.

<sup>75</sup> Entre nós, Levy Maria JORDÃO (*Commentario ao Código Penal Portuguez*, t. IV, Lisboa, 1854, p. 57-58), baseando-se numa nota de Lima Leitão na tradução que este realizou do manual de medicina legal de Sedillot, dá conta da distinção entre abortamento e aborto.

<sup>76</sup> Usado na língua alemã desde o século XVII: cf. *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, München, 1997, p. 6.

<sup>77</sup> Também em língua alemã, mas na linguagem especializada: cf. *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, cit., p. 6.

<sup>78</sup> Óscar BLOCH/ Walther von WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, 11996, p. 49.

<sup>79</sup> Nos países de língua alemã, regista-se, no entanto, que já no Código penal suíço, de 1937, se reservou a fórmula *Abtreibung* (aborto) para as hipóteses marcadas pela punibilidade, sendo que, no caso de verificação da indicação terapêutica, realizada por um médico, a fórmula adoptada foi a de *Unterbrechung der Schwangerschaft* (interrupção da gravidez).

<sup>80</sup> *Abtreiben* remete-nos para o latim *abigere* (expulsar; fazer abortar).

<sup>81</sup> Aliás, na Alemanha, o Código penal do Império (1871) referia-se ainda, em matéria de aborto, a *Tötung* (homicídio), tendo o legislador nacional-socialista passado a referir-se a *Abtötung*: cf. Sabine DEMEL, *Abtreibung*, cit., p. 146.

<sup>82</sup> Lei n.º 194/1978.

<sup>83</sup> A exclusão da palavra *avortement* do Código penal francês deu-se com o novo Código penal. Até aí, a expressão *interruption volontaire de la grossesse* estava limitada às hipóteses de aborto consentido legalmente previstas (como se pode comprovar lendo os antigos artigos 317.º e 318.º, tomando em consideração as alterações de redacção introduzidas pela Lei n.º 75-17, de 17 de Janeiro de 1975). O novo Código penal, que entrou em vigor a 1 de Março de 1994, passou a designar o aborto ilegal como “*interruption illégale de la grossesse*”.

<sup>84</sup> Aborto.

<sup>85</sup> Aborto agravado.

<sup>86</sup> Albin ESER/Hans-Georg KOCH, *Schwangerschaftsabbruch*, 3, cit., p. 187-188.



c) nas discussões éticas, utiliza-se tradicionalmente a fórmula aborto; em relação à vida humana, fala-se quer de embrião, quer de feto, como referente da discussão. Mas o ponto mais controverso é o de saber se, para a qualificação dessa vida, numa perspectiva ontológica e/ou axiológica, é adequado, ou não, o conceito de pessoa<sup>87</sup>. Este transporta uma carga valorativa, correspondendo a um campo semântico distinto do biológico, o que não significa que o plano das ciências da vida seja indiferente para a discussão<sup>88</sup>. Assim, saber se estamos perante uma vida humana pré-pessoal ou pessoal (“uma pessoa pré-natal”<sup>89</sup>) é

<sup>87</sup> Mesmo que a resposta em termos de se estar perante uma vida pré-pessoal não tenha de significar necessariamente uma total desprotecção e uma irrelevância desta vida intra-uterina. Uma ilustração pode ver-se na obra de Jürgen HABERMAS (cf. agora *Die Zukunft der menschlichen Natur*, cit., esp. p. 72-80, que já referira a questão em escritos anteriores: cf. Geórgia WARNKE, “Communicative rationality and cultural values”, in: Stephen K. WHITE (ed.), *The Cambridge companion to Habermas*, Cambridge, 1995, p. 130-133). Habermas não reconhece ao ser humano esse estatuto antes da “entrada nos contextos públicos de interacção” (p. 78). No entanto, não deixa de acentuar que, mesmo antes, a “vida humana, enquanto ponto de referência dos nossos deveres – e apesar de não ser, ela mesma, sujeito de deveres e titular de direitos humanos – goza de protecção humana. Não podemos, porém, extrair daí falsas consequências. Os pais, na verdade, não se limitam a falar sobre a criança que se vai desenvolvendo no útero materno; de uma certa forma, já comunicam também com ela. Não é apenas a visualização no ecrã das feições inequivocamente humanas do feto que converte a criança que se movimenta no ventre da mãe num destinatário, no sentido de uma socialização antecipatória (...). É claro que temos deveres morais e jurídicos para com ela, por ela em si” (p. 78-79). Contudo, o argumento de Habermas sobre a vida pessoal não deixa de pôr problemas em termos de consistência, na medida em que, como sublinha Kathrin BRAUN (“Die besten Gründe für eine kategorische Auffassung der Menschenwürde”, in: Matthias KETTNER (Hrsg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, cit., p. 81-99, p. 98), o recém-nascido não passa imediatamente a falar e a comunicação do feto, sabe-se hoje, começa ainda no ventre materno. Cf. também as referências quanto às competências do Tribunal Constitucional e o *modus operandi* relativo à legislação aprovada pelo *Bundestag* relativa ao aborto, em Jürgen HABERMAS, *A Berlin Republic: writings on Germany*, 1997, p. 155, sublinhando anteriormente (p. 84) a importância da contribuição dos filósofos na discussão de um conjunto de questões na esfera pública.

<sup>88</sup> Desde logo, a ideia, que fez escola, de reduzir a vida intra-uterina a *mulieris portio vel viscerum* não é hoje sustentável. Aliás, a descoberta do feto como entidade autónoma começou a ser sublinhada, em termos científicos, já nos séculos XVII e XVIII, embora ainda com muitas limitações em termos de conhecimento: sobre este ponto, cf. Giulia GALEOTTI, *Storia dell' aborto*, cit., p. 52 ss., sendo que as raízes da mudança testemunham-se já no século XVI (cf. o interesse pela anatomia). No entanto, ainda em 1999, Orlando de CARVALHO (“Para uma teoria da pessoa humana (Reflexões para uma desmitificação necessária)”, in: J.A. Pinto RIBEIRO (Coord.), *O Homem e o Tempo: Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, 1999, p. 527-545, p. 535) continuava a afirmar que, no caso da vida intra-uterina, estamos perante “um simples *viscus*, uma das *viscera matris*”. Para este último ponto, com indicações sobre a concepção romanística, permitimo-nos remeter para o nosso *Dignidade e direitos do embrião*, cit., p. 377, n. 27, chamando ainda a atenção para a crítica que Tertuliano já fazia à visão do feto como mero “apêndice” da mãe (cf. n. 28).

<sup>89</sup> Colhemos a designação no título da obra de Norman M. FORD, *The prenatal person: ethics from conception to birth*, Oxford, 2002.

espaço de controvérsia que a biologia não pode, por si só, resolver, embora, repetimos, não seja irrelevante para o debate.

d) no mundo do direito, a fórmula nascituro<sup>90</sup> corresponde a um uso técnico, que se distingue dos concepturos<sup>91</sup>. Basta ver que essa é, desde logo, a designação acolhida no Código civil<sup>92</sup>. No século XIX, Teixeira de Freitas<sup>93</sup>, um dos maiores juristas latino-americanos, verteu, no seu *Esboço de Código Civil*<sup>94</sup>, uma bela fórmula: “pessoas por nascer”<sup>95</sup>, ou seja, “as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno”<sup>96</sup>. Já em direito penal se falava de feto, passando o novo Código a utilizar a fórmula vida intra-uterina. Recentemente, a expressão embrião teve abrigo legal em matéria de procriação medicamente assistida<sup>97</sup>.

<sup>90</sup> Vide, criticando, por exemplo, a fórmula nascituro para designar unitariamente a vida pré-natal, Miguel Oliveira da SILVA, *Sete teses sobre o aborto*, cit., p. 29.

<sup>91</sup> Só num sentido amplo e, acrescentaríamos, inadequado, é que o termo nascituro compreende os concepturos, ou seja, o *nondum conceptus*.

<sup>92</sup> Art. 66.º/1. A expressão também é comum ao direito brasileiro: cf. o art. 4.º do Código civil de 1916 e o art. 2.º da actual codificação. O mesmo se pode dizer na língua alemã: cf., por exemplo, Heinz HAUSHEER/ Regina E. AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, 2005, p. 16, que, aliás, sublinha que se trata do conceito jurídico tradicional para designar “das ungeborene Kind” (a criança não nascida).

<sup>93</sup> Sobre a importância deste jurisconsulto, cf. Orlando de CARVALHO, “Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado”, *Boletim da Faculdade de Direito* 60 (1984), p. 1-86; António dos Santos JUSTO, “O Código de Napoleão e o direito ibero-americano”, *Boletim da Faculdade de Direito* 71 (1995), p. 27-96, p. 41-42, 51-54.

<sup>94</sup> Vide também a *Consolidação das leis civis*, 1858 (citamos a partir da quinta edição, 1915, p. 1) em que se estabelece, no art. 1.º, que “As pessoas consideram-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei conserva-lhes seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento”. A importância do contributo de Teixeira de Freitas neste ponto tem sido sublinhada por Mário Bigotte Chorão que, entre nós, a partir de uma matriz de direito natural, tem defendido uma revisão do estatuto do nascituro: cf. “O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português”, in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. I, Vária, p. 635-644, p. 641.

<sup>95</sup> Art. 53.º: “São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno”. A fórmula foi acolhida no Código civil argentino (art. 63.º): “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”. A codificação argentina é, aliás, particularmente rica neste ponto: cf., na doutrina, com outras indicações, Júlio CONTE-GRAND, “Un aporte desde la metodología jurídica de la defensa de la vida”, in: Ives Gandra da Silva MARTINS (Coord.), *Direito fundamental à vida*, São Paulo, 2005, p. 283-298. Recorde-se que a introdução no direito argentino resultou da influência das ideias de Teixeira de Freitas em Dalmacio Vélez Sarsfield, que teve depois tradução no Código Civil argentino.

<sup>96</sup> Art. 56.º.

<sup>97</sup> Cf. a Lei n.º 32/2006 (Lei de Procriação Medicamente Assistida: LPMA).

### 3. A questão jurídico-constitucional: as dificuldades de leitura

O conflito valorativo em torno da tutela da vida humana tem tradução também em sede constitucional. Correspondendo a uma desvalorização – Thomas Würtenberger<sup>98</sup> regista que “a protecção da criança não nascida pertence a um dos domínios na consciência jurídica colectiva, que foram expostos, nas últimas décadas, a uma considerável erosão”, – têm conhecido outro fôlego as estratégias de leitura que apontam no sentido de uma relativização da tutela da vida humana.

#### 3.1. Leituras constitucionais

A primeira advertência que se impõe para o leitor menos familiarizado com a constituição e o *modus operandi* da justiça constitucional passa por perceber que o “conflito de interpretações” é nota corrente, especialmente em matérias em que é maior o peso dos valores. A fragmentaridade e a pluralidade têm conduzido a uma acentuação do processo, sem que tal signifique que a constituição seja *tábua rasa*, em que arbitrariamente se inscreve o que se pretenda dizer, sob pena de esta se volver em destroço comunitário. Mas também não se converteu em *tábuas da lei*, agora resultado da obra de alguns “profetas sociais” e mais um ídolo, expressão de um projecto utópico de fazer uma constituição que durasse até à “consumação dos séculos”<sup>99</sup>. O texto constitucional é humano, às vezes demasiado humano...

No quadro do Estado Constitucional, que traz a marca adjectivante do direito e da democracia, a polémica veste o fato argumentativo de uma pluralidade de leituras. Com efeito, a partir do mesmo texto – no caso, a “vida humana é inviolável”<sup>100</sup> – constroem-se diferentes normas, ao menos no que diz respeito à vida humana pré-natal. Texto e contexto: o primeiro só se percebe a partir de uma cultura, que é também uma “cultura jurídica”<sup>101</sup>. A este propósito, Peter Häberle recorda-nos que “não por acaso o maior jurista da Antiguidade, Cícero, foi simultaneamente o criador do conceito cultura!”<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> “Rechtsbewußtsein und Verfassungsrechtlicher Handlungsspielraum des Gesetzgebers in Deutschland”, in: *Schutz des ungeborenen Kindes: Fachtagung der Konrad-Adenauer Stiftung am 25. und 26. April 1991 in St. Augustin*, St. Augustin, 1991, p. 42.

<sup>99</sup> A afirmação é de Manuel Borges Carneiro *apud* José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 108.

<sup>100</sup> Art. 24.º/1 CRP.

<sup>101</sup> Peter HÄBERLE, “A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexó interno”, in: Ingo Wolfgang SARLET (Org.), *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*, Porto Alegre, 2007 (mas publicado ainda em 2006), p. 11-28, p. 17.

<sup>102</sup> *A dignidade humana e a democracia pluralista*, cit., p. 17.

Cultura plural, que espelha divergências, mas que não pode deixar de tomar posição sobre a vida humana e que não deve degenerar na dissolução interpretativa, instaurando o reino do arbítrio em sede hermenêutico-constitucional. Nesta última hipótese, Hermes<sup>103</sup>, deus mensageiro, retornaria também nas suas vestes de patrono dos ladrões, para, a coberto do *anything goes!*, furtar o sentido.

Na interpretação, é preferível, ainda sob o signo de Hermes, a quem se credita a invenção da lira e da flauta, procurar uma interpretação que deve ser sinfónica<sup>104</sup>.

### 3.2. O art. 24.º da CRP

O art. 24.º da CRP, que surge como pórtico do catálogo de direitos, liberdades e garantias, dispõe, no seu n.º 1, que “A vida humana é inviolável”<sup>105</sup>.

Em relação à vida intra-uterina, percorramos rapidamente algumas perguntas, a saber:

1) a questão do *se* da protecção, ou seja, a vida intra-uterina cai no âmbito material de protecção do art. 24.º/1 da CRP?

2) em caso de resposta afirmativa, *quando* começa a protecção?

3) qual é o *quantum* da tutela, isto é, qual a intensidade de protecção?

4) finalmente, *como* opera a protecção em termos constitucionais (entradas: *natureza* da tutela e *meios* de protecção)?

#### 3.2.1. O *se* da tutela

Também neste domínio importa clarificar se a vida intra-uterina cai no âmbito de protecção do art. 24.º da CRP<sup>106</sup>. Com efeito, há uma resposta minoritária que a vê, numa perspectiva jurídico-constitucional, como “vida nua”<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> Sob a figura de Hermes, cf. Pierre GRIMAL, *Dictionnaire de la mythologie grecque et romaine*, Paris, 1951 (trad.: *Dicionário da mitologia grega e romana*, Algés, 2004, p. 223-224).

<sup>104</sup> Inspiramo-nos no título de uma obra de Hans Urs von Balthasar: *Die Wahrheit ist symphonisch: Aspekte des christlichen Pluralismus*, Einsiedlen, 1972 (trad.: *Truth is symphonic: aspects of Christian pluralism*, San Francisco, 1987).

<sup>105</sup> A inviolabilidade é compreendida no quadro de expectativas normativas e não fácticas (Niklas LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1972; trad.: *Sociologia do direito*, Rio de Janeiro, 1983).

<sup>106</sup> A discussão é paralela à travada noutras ordens jurídico-constitucionais: cf., para o caso brasileiro e por todos, a síntese doutrinária de Néri da SILVEIRA, “Parecer”, in: Ives Gandra da Silva MARTINS (Coord.), *Direito fundamental à vida*, cit., p. 57-92, esp. p. 70-72.

<sup>107</sup> Usamos aqui, com alguma liberdade, uma fórmula central na análise de Giorgio AGAMBEN (*Homo sacer*, Torino, 1995; trad.: *O poder soberano e a vida nua: homo sacer*, Lisboa, 1998).

A Informação-Parecer da PGR n.º 31/82<sup>108</sup> considerou que a mobilização dos “critérios interpretativos utilizáveis” não permitia afastar “a dúvida sobre se a garantia do direito à vida, consagrada no artigo 25 da mesma Constituição, abrange a vida humana em gestação”, admitindo, no entanto, que essa tutela “constitui um dos sentidos possíveis da expressão “vida humana”, empregada naquele preceito”. No entanto, a jurisprudência<sup>109</sup> e doutrina constitucionais<sup>110</sup> nacionais, de uma forma esmagadora, entendem ser a vida intra-uterina constitucionalmente tutelada, sem prejuízo de divergências relativamente ao *quando*, ao *quanto* e ao *como* da tutela.

Se o elemento genético<sup>111</sup> mobilizado pela Procuradoria-Geral da República não convence, há ainda autores cujo raciocínio assenta na tese de que estaremos perante uma zona marcada pela controvérsia e em que se assistiria a uma tentativa ilegítima de imposição, pelos caminhos do direito, de crenças religiosas. Assim, abortar, ou não, só poderia ser uma questão privada em que, no limite, a intervenção do Estado seria mínima, visando salvaguardar a liberdade e a realização do abortamento de acordo com *standards* que protegessem as “consumidoras” destas prestações.

Olhando para estes argumentos, e procedendo a uma clarificação, teremos de dizer que:

1) o problema de saber se alguém integra uma comunidade e é digno de protecção é uma *questão pública*. Curiosamente, num tempo em que vozes há que pretendem erigir animais em titulares de direitos fundamentais – que não são os porcos e outras bestas da *Animal farm*, de George Orwell –, é estranho que se negue o estatuto público do problema da inclusão, ou não, do nascituro. Só analisados os argumentos é que, num segundo momento, se poderia chegar à conclusão de que não se está perante alguém<sup>112</sup> e até, no limite – para nós insustentável – de que verdadeiramente não há qualquer tutela jurídico-constitucional da vida intra-uterina que tenha de ser tomada em consideração perante as pretensões da mãe em abortar;

<sup>108</sup> 13 de Abril de 1982 (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 320, p. 224-271). Para uma análise das razões de improcedência da tese da não protecção constitucional, cf., por todos, os argumentos de António Manuel de Almeida COSTA, *Aborto e direito penal: algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez*, Lisboa, 1984 [separata da *Revista da Ordem dos Advogados* 44 (1984), p. 78-81].

<sup>109</sup> Vide os acórdãos n.ºs 25/84, 85/85, 288/98, 578/05 e 617/06.

<sup>110</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, 31993, p. 175; Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, 2005, vol. I, anotação ao art. 24.º (da autoria de Rui Medeiros e de Jorge Pereira da Silva).

<sup>111</sup> No parecer, fala-se de elemento histórico (cit., p. 245). No entanto, na esteira de Friedrich Müller (cuja metódica tem, entre nós, inequívoca e assumida refracção na obra de Gomes Canotilho) autonomizamos elemento histórico e genético.

<sup>112</sup> Para a distinção entre “alguém” e “alguma coisa”, cf. a obra de Robert SPAEMANN, *Personen: Versuche über den Unterschied zwischen “etwas” und “jemand”*, Stuttgart, 1996.

2) a controvérsia em torno da questão<sup>113</sup>, não sendo irrelevante em termos de legislação criminal<sup>114</sup>, não afasta, por si só, a legitimidade de uma intervenção normativa. Na plástica formulação de Faria Costa<sup>115</sup>, “a ordem jurídica não é seguramente o reino de Babel (exasperação absoluta do dissenso), mas também não é, com igual segurança, um feudo de imposto esperanto universal (exasperação absoluta do dissenso)”.

De outra forma, a simples verificação do dissenso – fundamental no universo jurídico – conduziria a uma abstenção normativa. Por exemplo, a valer esta tese, a existência de vozes no sentido de que o recém-nascido não é pessoa<sup>116</sup> poderia levar a que lhe fosse recusada personalidade jurídica. O que importa avaliar é, verificada a relevância em termos de juridicidade, a força ou a fraqueza dos argumentos (incluindo nestas também as consequências sistémicas a que o direito não pode ser alheio);

3) precisamente quanto à questão dos argumentos, a falácia da sua redução ao universo religioso assenta numa estratégia de deslegitimação do adversário que, não raro, se vê rotulado de fundamentalista. Em termos necessariamente simples, registamos que este acantonamento na esfera da crença religiosa, frequentemente degradada para o plano do irracional e do sentimento, começa por se traduzir numa conversão forçada de vozes que, sobretudo a partir do campo

<sup>113</sup> Com efeito, é corrente afirmar-se que a ausência de consenso deslegitimaria uma intervenção legislativa, nomeadamente pela via forte do direito penal. Não podendo aqui aprofundar este tópico, sempre se dirá que uma discussão clarificadora exigiria que se distinguísse entre consenso fáctico e normativo. Mais: se nos colocássemos em chave luhmanniana haveria ainda que tomar a sério a questão da aceitabilidade das decisões assente numa “legitimação através do procedimento” (título que corresponde a uma conhecida obra de Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt/Neuwied, 1969; trad.: *Legitimação pelo procedimento*, Brasília, 1980). Entre nós, discutindo criticamente estes conceitos e as várias concepções que se confrontam a este propósito (com destaque para Niklas Luhmann, Jürgen Habermas e Rawls), é obrigatória a leitura da obra de Castanheira Neves: v.g., mais recentemente, “A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação”, in: *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mario Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, 2002, p. 147-280.

<sup>114</sup> Vide aqui José Francisco de Faria COSTA, *O perigo em direito penal*, Coimbra, 1992, p. 33. Refira-se que, em matéria de aborto, a posição que tem sustentado não é aquela que defendemos no texto, como se pode ler nas p. 252-253, n. 90, que conclui realçando a existência de “uma grande margem de apreciação por banda do legislador ordinário no que toca à protecção penal do bem jurídico da vida”; idem, *Direito penal especial: contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra, 2004, p. 101-102.

<sup>115</sup> Cf., também aqui, José Francisco de Faria COSTA, *O perigo em direito penal*, cit., p. 30 ss. Mais recentemente, retomando a questão do consenso e do dissenso e considerando também a feitura das leis (a “poiética legislativa”, p. 97), idem, “Consenso, verdade e direito”, in: José de Faria Costa, *Linhas de direito penal e filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra, 2005, p. 93-104.

<sup>116</sup> Veja-se, por exemplo, a referida tese de Peter Singer.



do agnosticismo, assumem a tutela jurídica da vida. No plano argumentativo, o que é incompatível com sociedades “pós-seculares”<sup>117</sup>, subsistemicamente diferenciadas, é transformar o político em muleta do religioso e os textos sagrados – por exemplo, a Bíblia ou o Corão – em parâmetros constitucionais<sup>118</sup>. O facto de, para determinadas teses, se mobilizarem também pontos de apoio a partir da fé não significa que, no espaço público, não seja possível apresentar outras razões em sua defesa. É o que acontece no caso da defesa da vida do nascituro, como tentamos mostrar ao longo do texto.

Por razões de economia do texto, compreenderá o leitor que não procedamos, aqui e agora, a um excursão em torno de conceitos como neutralidade e a uma discussão com John Rawls<sup>119</sup>.

### 3.2.2. *O quando da tutela: protecção diferida?*

Neste ponto, reedita-se a controvérsia em torno do “momento” relevante para a tutela da vida. Fertilização, nidação, início da actividade cerebral<sup>120</sup> e viabilidade<sup>121</sup> são algumas das soluções avançadas<sup>122</sup>. O universo da juridicidade confronta-se aqui com dados biológicos que têm de ser objecto de interpretação.

<sup>117</sup> Para a densificação deste conceito, a partir da teoria de Jürgen HABERMAS, cf. João LOUREIRO, “Nota de apresentação”, in: Jürgen HABERMAS, *O futuro da natureza humana*, cit., p. 13, e também “Desafios (de) cardeais: de novo a questão das origens”, *Estudos* (2005/4), p. 159-182, p. 166-169.

<sup>118</sup> Para outras indicações, cf. João LOUREIRO, “Silêncio no espaço público? Algumas notas sobre religião, esfera pública e constituição”, *Estudos* 5 (2005), p. 491-513.

<sup>119</sup> Tendo em atenção especialmente a obra *Political Liberalism*, New York, 1993, com uma célebre e controversa (primeira) nota sobre o aborto, que já discutimos acima. Quanto à relação entre razão pública e aborto, cf. a discussão na obra de Robert P. GEORGE/ Christopher WOLFE (ed.), *Natural law and public reason*, Washington, D.C., 2000. Um dos organizadores, Robert George, discípulo de John Finnis e John Raz, toma posição, a partir do quadro de leitura proposto pela chamada “teoria do novo direito natural”: cf. já antes “Public reason and political conflict: abortion and homosexuality”, in: Robert GEORGE, *In defense of natural law*, Oxford, 1999, p. 196-227 e em *The clash of orthodoxies: law, religion, and morality in crisis*, Wilmington, Delaware, 2001 (obra cuja tradução em língua portuguesa está em curso).

<sup>120</sup> No domínio do direito penal, cf. Joan J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español: parte especial*, Barcelona, 2002, p. 32.

<sup>121</sup> O critério da viabilidade como linha divisória foi adoptado pelo Supremo Tribunal norte-americano em 1973, no célebre aresto *Roe versus Wade* e posteriormente reafirmado. Assim, no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992): “(...)the concept of viability, as we noted in *Roe*, is the time at which there is a realistic possibility of maintaining and nourishing a life outside the womb, so that the independent existence of the second life can, in reason and all fairness, be the object of state protection that now overrides the rights of the woman. See *Roe v. Wade*, 410 U.S., at 163. Consistent with other constitutional norms, legislatures may draw lines which appear arbitrary without the necessity of offering a justification. But courts may not. We must justify the lines we draw. And there is no line other

Apesar de nos centrarmos na vida intra-uterina, torne-se claro que, na leitura que sustentamos, a vida humana como organismo começa com a fertilização e isto não pode deixar de ter relevância jurídica, nomeadamente em sede de protecção constitucional da vida pré-natal. Inclusivamente, como analisámos noutros estudos centrados na genética humana, há pré-efeitos que decorrem do art. 24.º, alargando a protecção a situações em que estamos ainda perante não existentes (concepturos) <sup>123</sup>.

Considerando o aborto tal como é recortado em termos de direito penal – como crime contra a vida intra-uterina –, não precisamos, *hic et nunc*, de curar directamente da protecção constitucional anterior à nidação, ao contrário do que acontece no caso dos embriões *in vitro* <sup>124</sup>. Foi essa, aliás, a posição do Tribunal Constitucional Federal alemão que afirmou, num *obiter dictum*, a desnecessidade de averiguar, em sede de aborto, se a vida humana começa ou não com a fertilização <sup>125</sup>. Aliás, numa linha de modelos de regulação, em *termos jurídico-criminais* <sup>126</sup>, relativos ao começo da protecção <sup>127</sup>, a solução da nidação é predominante, face a outras perspectivas que fazem da concepção o ponto arquimédico <sup>128</sup>.

---

than viability which is more workable. To be sure, as we have said, there may be some medical developments that affect the precise point of viability, see supra, at 17-18, but this is an imprecision within tolerable limits, given that the medical community and all those who must apply its discoveries will continue to explore the matter. The viability line also has, as a practical matter, an element of fairness. In some broad sense, it might be said that a woman who fails to act before viability has consented to the State's intervention on behalf of the developing child. [505 U.S. 833, 871]. The woman's right to terminate her pregnancy before viability is the most central principle of *Roe v. Wade*. It is a rule of law and a component of liberty we cannot renounce". Discutindo o critério da viabilidade a partir de um Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e da Saúde (França), cf. Vincent BOURGUET, *L' être en gestation*, cit., p. 109 ss.

<sup>122</sup> Sobre a questão, cf., entre nós, Rui NUNES, *Questões éticas do diagnóstico pré-natal da doença genética*, Porto, 1995, p. 120-143.

<sup>123</sup> Com efeito, para garantir a subjectividade e para evitar problemas quanto à sua humanidade, decorre do sistema constitucional a proibição de híbridos: sobre este ponto, permitimo-nos remeter para o nosso *O direito à identidade genética do ser humano*, Coimbra, 1999.

<sup>124</sup> Sobre o estatuto do embrião *in vitro*, vide o nosso "Dignidade e direitos do embrião", *Cadernos de Bioética – Revista Portuguesa de Bioética* 16 (2005/39), p. 369-404.

<sup>125</sup> *BVerfGE* 88, p. 251.

<sup>126</sup> Importa ter aqui presente que, a propósito da ausência de protecção penal antes da nidação, no Código penal alemão, se registam, desde logo, as dificuldades de prova: cf., por exemplo, o comentário de Christian STARCK ao art. 2.º/2 da Lei Fundamental alemã (Hermann v. MANGOLDT/Friedrich KLEIN/ Christian STARCK (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar*, München, 31999, p. 275-276).

<sup>127</sup> Há ainda outros critérios relativos ao corte final da protecção da gravidez enquanto tal e a mudança de qualificação para homicídio e também critérios intermédios em termos temporais da protecção entre o início e o fim da vida intra-uterina

<sup>128</sup> Sobre este ponto e por todos, cf. Albin ESER/Hans-Georg KOCH, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, cit., p. 145-146. Repare-se que a tutela a partir da concepção

Para os que consideram relevante outras etapas posteriores, até à sua verificação, na pureza dos princípios, um abortamento contra a vontade da mãe não poderia, em rigor, fundar-se na tutela autónoma de uma vida intra-uterina já existente e digna, enquanto tal, de protecção, mas apenas na salvaguarda da mãe ou, quando muito, por via da sua conceitualização como tutela avançada de uma

---

era, entre nós, defendida, por Luís Osório e Oliveira BATISTA, *Notas ao Código Penal Português*, vol. III, Coimbra, 1924, p. 93: “O feto começa com a fecundação do ovo e desde esse momento é possível o crime, ainda que não seja possível a prova dele”. Refere que apenas Silva Ferrão defendia posição contrária, considerando relevante os três meses, mas que “a opinião contrária é quase uniformemente seguida” (p. 93). Outros subsídios sobre a criminalização do aborto entre nós podem ver-se no Acórdão n.º 288/98, num processo que remonta às Ordenações (cf., para mais desenvolvimentos, Rui Carlos PEREIRA, *O crime de aborto e a reforma penal*, Lisboa, 1995, p. 20-21; registe-se, aliás, que Regina MARQUES, *Mulheres do século XVIII: o aborto*, Lisboa, 2006, p. 91, cita e bem Rui Pereira, quando afirma “No nosso direito das Ordenações não se previa expressamente o aborto” e continua depois a transcrição [“(…) A única referência explícita ao aborto consta do Título LXXIII do livro I das Ordenações Filipinas (…)”]; o passo intermédio não seleccionado pela autora lembra, no entanto, que “[e]ntendia-se, de todo o modo, que o crime era equiparado ao homicídio” (itálico nosso)]. Sublinhe-se que o Código penal de 1852 autonomizou o crime de aborto. Assim, não é correcta a afirmação de João ARAÚJO (*Aborto: sim ou não?*, Lisboa, 1998, p. 12) quando, depois de afirmar que o “parlamento inglês banii o aborto, em 1869”, escreve que “foi o primeiro país a fazê-lo”. Aliás, a legislação portuguesa baseia-se no Código penal francês e, pelas indicações de Levy Maria JORDÃO (*Commentario ao Código Penal Portuguez*, cit., p. 58), já outros países tinham consagrado o tipo. No entanto, ao contrário da norma galesa, distinguia-se a hipótese de consentimento da mulher.

Mesmo em relação ao direito inglês, as teorias segundo as quais “[d]uring the late seventeenth, the whole of the eighteenth, and early nineteenth centuries, English and American women were totally free from all restraints, ecclesiastical as well secular, in regard to the termination of unwanted pregnancies, at any time during gestation” (Cyril C. MEANS Jr, “The phoenix of abortifacient freedom: is a penumbral or ninth-amendment right about to arise from the nineteenth-century legislative ashes of a fourteenth-century-common-law liberty?”, 17 NYLF (1971) p. 373 apud John KEOWN, *Abortion, doctors and the law: some aspects of the legal regulation of abortion in England from 1803 to 1982*, Cambridge, 2002, p. 3) estão longe de ser pacíficas, discutindo-se se o *common law* não proibia já o aborto. Para já, questiona-se se as decisões dos dois casos mencionados pela autora para fundar a sua posição – *The Twinslayer e The Abortifacient* – que se traduziram na não condenação, não teriam resultado de “problems of procedure and proof” (cf. John KEOWN, *Abortion, doctors and the law*, cit., p. 4). Keown apresenta, aliás, uma série de argumentos em contrário, a começar pela posição de BRACON (*De legibus et consuetudinibus angliae*, de aproximadamente 1250) – considerando que “If one strikes a pregnant woman or gives her a poison in order to procure na abortion, if the foetus is already formed or quickened, especially if it is quickened, he commits homicide” (p. 172). Mais: mesmo a data indicada – 1869 – faz tábua rasa da intervenção legislativa de 1803 (*Lord Ellenborough Act*) e ainda de *Lord Lansdowne Act* (1828), *Offences Against Person Act*, de 1837 e de *Offences Against the Person Act*, de 1861 (para mais desenvolvimentos, cf. o segundo capítulo da referida obra de John Keown).

mera *spes vitae*<sup>129</sup>. No limite, a vida do nascituro não relevaria enquanto tal: teríamos uma tutela reflexa do embrião/feto que só poderia continuar a viver caso a mãe quisesse.

Poderemos dizer que, a este nível, se confrontam basicamente dois modelos: o da continuidade, *ab initio*, da vida humana como organismo, e o da diferenciação, que sustenta a existência de distinções *qualitativas* no processo, ou seja, a existência de um “momento” relevante, posterior à fertilização, que justificaria uma tutela constitucional diferida em relação à fecundação.

Em termos de tradução jurídica, o primeiro modelo – da continuidade – aponta para uma tutela desde o início e, em regra, para uma recusa da teoria gradualista da tutela. O segundo – diferimento, se tomarmos como referência a fertilização ou concepção – traduz-se, em regra, em reconhecer outro “momento” do começo da tutela.

O Acórdão n.º 288/98<sup>130</sup> recorreu, nesta matéria, a um artifício, ao considerar que a vida humana, mesmo antes das 10 semanas, já estaria protegida, mas, sendo ponderável e tomando como horizonte toda a gravidez, estaria garantida a concordância prática.

Recorre-se aqui a uma teoria gradualista da protecção da vida humana, que já nos remete para a intensidade da tutela.

Neste ponto, propomo-nos considerar, para além de uma breve referência à questão da contagem dos prazos, quatro vias mobilizadas para tentar sustentar as 10 semanas:

- 1) tese da mudança de natureza da vida intra-uterina;
- 2) riscos acrescidos para a saúde da mãe;
- 3) defesa de um prazo cautelar ou de segurança;
- 4) doutrina da gravidez sob reserva de aceitação.

<sup>129</sup> A referência a *spes vitae* colheu o favor de alguma doutrina: entre nós, no plano civilístico, cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, 1981, p. 171-172, 185; numa entrevista ao *Público* (22 de Março de 1998), que foi objecto de crítica por Roque CABRAL (“Não há nenhum direito a nascer”, in: Roque CABRAL, *Temas de ética*, Braga, 2000, p. 305-309) utilizou a expressão *spes personae*; no direito criminal, cf. Levy Maria JORDÃO (*Commentario ao Código Penal Portuguez*, cit., p. 63).

<sup>130</sup> Na formulação do Tribunal Constitucional: “(...) procura-se regular a interrupção voluntária da gravidez, ainda de acordo com uma certa ponderação de interesses que tem também como critério o tempo de gestação, pelo que a referida ponderação se há-de efectuar tendo em conta os direitos da mulher e a protecção do feto, em função de todo o tempo de gravidez, não sendo, portanto, exacto considerar *isoladamente* que, durante as primeiras 10 semanas, não existe qualquer valoração da vida intra-uterina; num contexto global, esta será quase sempre prevalecente nas últimas semanas, enquanto nas primeiras se dará maior relevo à autonomia da mulher (uma vez respeitadas certas tramitações legais, que, aliás, podem traduzir uma preocupação de defesa da vida intra-uterina)” [p. 1714-(21)].

3.2.2.1. *A arte de contar: 10 ou 12 semanas?*

Se a pergunta do referendo<sup>131</sup> se centra nas 10 semanas, são várias as vezes que se inclinam para as 12. Obviamente, estes prazos teriam de ser contados da mesma maneira. Mas, recordemos que, quem invoca os exemplos de direito comparado, terá de ter o cuidado, como referimos, de ver como se contabilizam as semanas. Desenvolvendo um pouco mais, refira-se que a primeira divisão é entre os sistemas que expressamente estabelecem como se contam os prazos (v.g., suíço<sup>132</sup> ou sul-africano<sup>133</sup>) e aqueles que, como o português, se limitam a falar de *x* semanas de gravidez.

Nesta última hipótese, são três as orientações que encontramos na doutrina<sup>134</sup>:

- a) uma primeira linha, usa o método tradicional de contar as semanas a partir do primeiro dia da última menstruação;

<sup>131</sup> Limitaremos as nossas considerações à análise da solução material e não curaremos de um conjunto de problemas específicos relativos ao procedimento referendário. Fazendo uma análise centrada nestes aspectos e concluindo pela inconstitucionalidade material da questão referendária, por, no seu entender, se verificar uma violação do art. 115.º/6, cf. Joaquim ROCHA, “Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98”, *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura* (1998/1), p. 245-247. Para um comentário ao referido acórdão, cf. Jorge MIRANDA, “O referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez: anotação ao Acórdão n.º 288/98 do Tribunal Constitucional”, inicialmente publicado na revista *O Direito* (cf. “O Tribunal Constitucional em 1998”, p. 343-378, p. 361-368) e agora em Jorge MIRANDA, *Escritos vários sobre direitos fundamentais*, 2006, p. 431-437.

<sup>132</sup> Art. 119.º/2: « L’interruption de grossesse n’est pas non plus punissable si, sur demande écrite de la femme qui invoque qu’elle se trouve en situation de détresse, elle est pratiquée au cours des douze semaines suivant le début des dernières règles par un médecin habilité à exercer sa profession. Le médecin doit au préalable s’entretenir lui-même de manière approfondie avec la femme et la conseiller» (<http://www.svss-uspda.ch/fr/suisse/loi.htm>).

<sup>133</sup> *Choice on Termination of Pregnancy Act* (1996). Nesta lei, começa-se por, no art. 1.º, se proceder a um conjunto de definições, entre as quais se conta a de período de gestação: “(ii) “gestation period” means the period of pregnancy of a woman calculated from the first day of the menstrual period which in relation to the pregnancy is the last”. Recentemente, a lei foi objecto de alterações, mas não neste ponto: cf. *Choice on Termination of Pregnancy Amendment Act* [No. 38 of 2004], disponível em <http://www.info.gov.za/gazette/acts/2004/a38-04.pdf>.

<sup>134</sup> A questão é discutida em vários países. Por exemplo, no direito inglês, encontramos argumentos a favor de diferentes contagens. Jonathan MONTGOMERY (*Health care law*, Oxford, 2003, p. 385-386), para além de proceder a uma síntese da discussão, pronuncia-se no sentido de as 24 semanas serem contadas tendo como referência o último período menstrual. A favor desta leitura, mobiliza o *Abortion Regulation* (1991). Na Itália, Mário ZANCHETTI (*La legge sull’interruzione della gravidanza: Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, Milano, 1992, p. 98-101) dá conta das divisões na doutrina e na jurisprudência, referindo dois critérios: a chamada idade de gestação ou gestacional, ou seja, o cálculo a partir do primeiro dia da última menstruação e a chamada idade concepcional, isto é, a partir da fertilização. Aponta, no entanto, para a idade a partir da concepção, referindo que “è altrettanto difficile definire la data dell’ ultimo mestruo, anzi, próprio, questa data resta affidata alle dichiarazioni della donna, mentre la data del concepimento è ricostruibile con parametri medici”.

- b) uma segunda aponta para a contagem a partir da fertilização;
- c) uma terceira entende que o momento relevante é o da nidadação<sup>135</sup>.

Entre nós, Figueiredo Dias<sup>136</sup> é inequívoco<sup>137</sup> no sentido de a contagem do prazo ter de se pautar pelos critérios da ciência médica actual. Assim, é a data de fertilização e não a do primeiro dia da última menstruação (a chamada idade gestacional<sup>138</sup> ou, como é vulgar na doutrina francesa, as semanas de amenor-reia) que deve ser tomada em consideração. Esta última poderá ser usada como referencial, mas somando-lhe 14 dias, de acordo com a chamada regra de Naegele, ainda que, na prática médica, seja a idade gestacional a utilizada.

Uma questão associada prende-se com o *procedimento de estabelecimento*<sup>139</sup> (e controlo) da datação. Apesar da lei portuguesa só se referir à comprovação ecográfica (embora admita “outro meio adequado de acordo com as *leges artis*”<sup>140</sup>) no caso da indicação embriopática ou fetopática, não se deve

<sup>135</sup> Essa é a interpretação indicada para o Luxemburgo, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich: Teil 1: Europa*, Baden-Baden, 1988, 953-989, p. 968. Também já foi defendida noutros países: cf., para o caso italiano, taxando-a de arbitrária, MARIO ZANCHETTI, Mário ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, cit., p. 100. Este autor sustenta que para poder ser admissível teria de haver previsão legal expressa. Não discutiremos aqui outras questões que o seu comentário levanta.

<sup>136</sup> Anotação ao art. 142.º do Código penal, in: Jorge de Figueiredo DIAS (Dir.), *Comentário conimbricense ao Código penal: parte especial*, Coimbra, 1999, p. 183-184.

<sup>137</sup> Na esteira, aliás, da doutrina alemã: cf., por todos, Hans-Georg KOCH, “Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich: Landesbericht Bundesrepublik Deutschland”, in: Albin ESER/Hans-Georg KOCH (Hrsg.), *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, 1, cit., p. 142, n. 349, que distingue a perspectiva jurídica e a médica (esta, remetendo para o primeiro dia da última menstruação). Verdadeiramente, em termos médicos, há uma perspectiva obstétrica (a idade gestacional), correntemente utilizada na prática médica, e outra embriológica, em que o início da contagem assenta na fertilização, falando alguma literatura de “semanas de desenvolvimento” (cf. Heinrich ZANKL, *Von der Keimzelle zum Individuum: Biologie der Schwangerschaft*, München, 2001).

<sup>138</sup> Este é o critério usado, entre nós, pelo Instituto Nacional de Estatística, sendo definida como a “duração da gestação, a qual é expressa em dias ou semanas completas e é calculada a partir do primeiro dia do último período menstrual normal” (cf. INE, *Estatísticas demográficas* 2004, Lisboa). Cf. o art. 1.º: “§único, do Decreto-Lei n.º 44 128, de 28 de Dezembro de 1961, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 27/80, de 29 de Janeiro.

<sup>139</sup> Sobre a determinação da idade gestacional, cf. John H. MATTOX, *Core textbooks of obstetrics and gynecology*, St. Louis/Baltimore/ Boston, 1998, p. 51, onde se sublinha que, “[d]uring the first trimester, fetal age can be estimated with reasonable accuracy ( $\pm 1$  week) by measuring the crown-to-rump length of the fetus”. Sublinha-se que à medida que quanto mais se desenvolve o feto, mais incorrecta é a datação (cerca de duas semanas no segundo trimestre e três no terceiro).

<sup>140</sup> Art. 142.º/1/c) do Código penal, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 90/97, de 30 de Julho. Foram criadas Comissões Técnicas de Certificação da Interrupção Voluntária da Gravidez (cf. Portaria n.º 189/98, de 21 de Março): sobre estas, cf. Margarida CORTEZ, “Comissões



concluir, *a contrario*, que tal procedimento é dispensável nas outras indicações. A diferença de redacção resulta, aliás, de uma alteração da norma, não constando da formulação originária. Deve entender-se que o artigo é uma explicitação de um requisito, que se impõe até para efeitos de controlo e que corresponde hoje a uma prática de rotina. Já não estamos na situação que levava, há cerca de 150 anos, Levy Maria Jordão<sup>141</sup> a escrever que eram inúteis regras que consagrassem prazos, “porque para se contarem os dias era necessário conhecer o tempo da concepção, o que nem a mesma mãe poderá saber muitas vezes”.

Repare-se, aliás, que a importância da datação não está limitada à certificação do prazo, antes surgindo como um requisito fundamental para a determinação de técnicas e de controlo, o que está longe de ser despreciando para a mulher<sup>142</sup>.

### 3.2.2.2. 10 semanas ou sob o signo do arbítrio: mudança de natureza da vida intra-uterina?

A defesa das 10 semanas<sup>143</sup> que foram e voltarão a ser objecto de procedimento referendário tem sido sustentada também com razões relativas à vida intra-uterina<sup>144</sup>. O mesmo já aconteceu, aliás, com as 12 semanas<sup>145</sup>.

---

Técnicas de Certificação da Interrupção Voluntária da Gravidez”, *Lex medicinae: Revista portuguesa de direito da saúde* 1 (2004/1), p. 27-31.

<sup>141</sup> *Commentario ao Código Penal Português*, cit., p. 68.

<sup>142</sup> Neste sentido, cf. Rebecca CHALKER/ Carol DOWNER, *A woman's book of choices: abortion, menstrual extraction, RU-486*, New York, 1992, p. 222.

<sup>143</sup> Registe-se, desde já, que a leitura dos projectos de lei apresentados confirma que as 10 semanas não são pacíficas. Assim, no Projecto de Lei n.º 308/X, do Partido Comunista Português, veja-se o art. 1.º que dispõe: “O artigo 142.º do Código Penal passa a ter a seguinte redacção: 1 – Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido, quando realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez a pedido da mulher para preservação do direito à maternidade consciente e responsável”. O Projecto de Lei n.º 317/X, do Bloco de Esquerda propõe-se, no seu art. 2.º, uma alteração do art. 142.º, nos seguintes termos: “1 – Não é punível o aborto efectuado por médico, ou sob a sua orientação, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido, nas seguintes situações: a) A pedido da mulher, nas primeiras 12 semanas de gravidez”. Também o Projecto de Lei n.º 309/X, do Partido Ecologista “Os Verdes” consagra, embora com outra redacção, as 12 semanas.

<sup>144</sup> Projecto de Lei n.º 19/X, do Partido Socialista: “Sobre a Exclusão da Ilicitude de casos de Interrupção Voluntária de Gravidez”: “Fixa-se em dez semanas o prazo dentro do qual tal pode ocorrer, solução mais restritiva do que a apresentada em 1997, mas constante de outros ordenamentos jurídicos, assentes numa valoração do estado dos conhecimentos médicos a que muitos sectores sociais são sensíveis”. Este projecto foi aprovado na generalidade: cf. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 10, de 21 de Abril de 2005.

<sup>145</sup> Vide, por exemplo, Carlos Santos JORGE, *Princípios éticos e biológicos para o enquadramento da interrupção não punível da gravidez*, Porto, 1997, p. 45-46.

As 10 semanas são avançadas sob o signo do *arbítrio*, pois não lhes corresponde nenhuma alteração significativa em termos de ontogénese. Mesmo a tradicional distinção, nos manuais médicos, entre embrião e feto, assenta no fim das oito semanas<sup>146</sup>. Não há, pois, fundamento material de diferenciação que justifique o tratamento distinto agora proposto em relação à vida intra-uterina e, conseqüentemente, em termos de criminalização das mulheres e de riscos, pelo simples facto de o fazerem depois das 10 semanas. Mesmo não perfilhando as teses de Peter Singer<sup>147</sup>, que parte de uma irrelevância do nascimento para a tutela<sup>148</sup> – o decisivo é gozar do estatuto de pessoa, compreendida esta expressão em termos autoconscienciais, na linha do *Ensaio sobre o entendimento humano* de John Locke<sup>149</sup> –, sempre teremos de ter presente que nada de decisivo acontece neste prazo. Logo, a ser assim, até ao nascimento ou, pelo menos, até à viabilidade, que permitiria fazer cessar a “unidade na dualidade”, não haveria razão para se admitir – na perspectiva de uma adequada tutela da vida humana – um “aborto a pedido”; inversamente, para quem, minoritariamente, sustente que o nascituro não é, por si, constitucionalmente protegido, sendo, no limite, uma mera *spes vitae*, também não se justificaria este prazo.

Verdadeiramente, as 10 ou 12 semanas de gravidez, previstas em vários ordenamentos jurídicos, corresponderiam basicamente à ideia, expressa no famoso caso norte-americano *Roe versus Wade*<sup>150</sup>, de que até ao final do primeiro

<sup>146</sup> T.W. SADLER, *Langman's Medical Embryology*, Philadelphia/Baltimore/New York/London/ Buenos Aires/ Hong Kong/ Sydney/ Tokyo, 8<sup>o</sup>2000, p. 83 (embryonic period or period of organogenesis) e p. 113: “The period from the beginning of the ninth week to the end of intrauterine life is known as the fetal period. It is characterized by maturation of tissues and organs and rapid growth of body”.

<sup>147</sup> Cf., por exemplo, Peter SINGER, *Practical ethics*, Cambridge, 1993 (trad: *Ética prática*, Lisboa, 2<sup>o</sup>2002).

<sup>148</sup> Criticamente, considerando a dificuldade de avaliação, e defendendo a relevância do nascimento, cf. Nuffield Council on Bioethics, “Critical care decisions in fetal and neonatal medicine”, London, 2006, p. 14, [http://www.nuffieldbioethics.org/fileLibrary/pdf/CCD\\_web\\_version\\_8\\_November.pdf](http://www.nuffieldbioethics.org/fileLibrary/pdf/CCD_web_version_8_November.pdf)

<sup>149</sup> *An essay concerning human understanding*, 1690, Livro II, Cap. XXVII (trad.: *Ensaio sobre o entendimento humano*, Lisboa, 1999). Para a contextualização e diferentes usos do termo pessoa nesta obra de Locke, cf. Stanley RUDMAN, *Concepts of person and Christian ethics*, Cambridge, 1997, p. 80-84.

<sup>150</sup> Para uma apresentação das linhas de força do caso e do raciocínio subjacente aos trimestres, cf. Laurence TRIBE, *Abortion: the clash of absolutes*, New York/London, 1992, p. 10-13; para decisões posteriores, cf. p. 13-26. Note-se, no entanto, que no caso *Roe versus Wade* o Supremo Tribunal não proibiu os abortos no segundo trimestre, apenas se limitando a decidir que: “[f]or the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health”. Em termos jurisprudenciais,

trimestre os riscos para a saúde da mulher seriam mais diminutos<sup>151</sup>. Aliás, uma das linhas de força de intervenção neste domínio é tentar fazer o aborto o mais cedo possível, para assegurar a minimização dos riscos.

Entre nós, há quase uma década, Carlos Santos Jorge<sup>152</sup> defendia as 12 semanas do seguinte modo: “A etapa biológica seguinte é definida, a partir do 56.º dia (8 semana), pelo início da actividade neurológica com a formação do tronco cerebral, iniciando-se depois a função cerebral com a formação das sinapses nervosas e completando-se todo o processo cerca do 84.º dia (12.ª semana). (...) De facto, em termos biológicos, a vida começa e acaba com o início e o fim da vida cerebral. É justamente nesta asserção biológica que se baseiam os pressupostos do ordenamento da não punibilidade da interrupção voluntária da gravidez efectuada até às 12 semanas nos casos de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, nas mulheres incapazes por grave deficiência psíquica, quando se defende e reconhece o direito à total autonomia da mulher e ainda quando se invocam razões económicas ou sociais atendíveis”.

Examinemos, pois, as teorias do chamado “nascimento cerebral”.

#### 3.2.2.2.1. Excurso em torno das teorias do chamado “nascimento cerebral”

A tentativa de proceder à equivalência entre o nascimento do cérebro (*brain birth*) e morte cerebral (*brain death*) assenta, como já escrevemos<sup>153</sup>, numa falácia. Sabe-se que o critério de morte cerebral se tornou necessário face aos desenvolvimentos tecnológicos, nomeadamente com a invenção de ventiladores e com a medicina de transplantações. Se o critério de morte se deslocou do coração e da respiração para a cessação das funções cerebrais, não será plenamente adequada uma teoria da simetria, de modo que se deve considerar o início da actividade cerebral como o começo da vida humana?

Importa advertir que a relevância destes momentos, como início e fim da vida, pressupõem concepções filosóficas, não sendo neutras as escolhas: assim, as teorias da morte cerebral têm subjacente a ideia de que, com a sua efectivação, o organismo deixa de funcionar como uma unidade ou, para quem sustente

---

posteriormente assistiu-se a uma mudança: cf. Ronald ROTUNDA/ John E. NOWAK, *Treatise on constitutional law*, St. Paul Minn., 31999, vol. 3, p. 589-592.

<sup>151</sup> Hans-Georg KOCH, “Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich: Landesbericht Bundesrepublik Deutschland”, in: Albin ESER/Hans-Georg KOCH (Hrsg.), *Schwangerschaftsabbruch*, 1, cit., p. 17-324, p. 143; para o caso francês, cf., no sentido de razões médicas, cf. Thomas WÜST-REICHENBACH, “Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich: Landesbericht Frankreich”, in: Albin ESER/Hans-Georg KOCH (Hrsg.), *Schwangerschaftsabbruch*, 1, cit., p. 475-572, p. 521.

<sup>152</sup> *Princípios éticos e biológicos*, cit., p. 45-46.

<sup>153</sup> João LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, cit., Parte III, que seguimos de perto neste ponto.

uma teoria da morte cerebral entendida como morte neocortical, deixaria de se verificar actividade da consciência; quanto ao início da vida, pretendem, de um modo ilegítimo, extrair consequências nos planos ontológico e axiológico.

A pretendida<sup>154</sup> simetria falha ao esquecer que o sistema de regulação que comanda o processo de desenvolvimento do embrião é anterior ao início da actividade cerebral, isto é, remonta ao momento da concepção, sendo a cessação da actividade cerebral sinónimo do fim do sistema central de regulação<sup>155</sup>. O começo do sistema nervoso inicia-se muito mais cedo, a partir da diferenciação da linha primitiva, seguido da emergência do tubo neural<sup>156</sup>.

Em rigor, sob a capa unitária de *brain birth* encontram-se duas noções distintas, que podemos designar, respectivamente, por “nascimento cerebral I” e “nascimento cerebral II”<sup>157</sup>.

No primeiro caso, o critério assenta no funcionamento do tronco cerebral, que seria localizável entre seis a oito semanas de gestação; no segundo, trata-se do começo da consciência, mais tardio<sup>158</sup>. Estes dados serviriam de base para uma avaliação ética, como ilustra a leitura de Hans-Martin Sass<sup>159</sup>, um autor frequentemente citado a propósito desta discussão<sup>160</sup>, que reconhece, aliás,

<sup>154</sup> Mas inadmissível, como, para além do que se diz no texto, se pode ver em Alexander LOHNER, *Personalität und Menschenwürde*, Regensburg, 2000, p. 374-376, criticando a leitura de Hans-Martin Sass.

<sup>155</sup> Sillke VOLLMER, *Genomanalyse und Genterapie: die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verwendung und Erforschung genterapeutischer Verfahren am noch nicht erzeugten und ungeborenen menschlichen Leben*, Konstanz, 1989, p. 73.

<sup>156</sup> Susan A. GREENFIELD (*The human brain*, 1997; trad.: *O cérebro humano*, Lisboa, 2002, p. 110-111) faz a síntese do processo, referindo que, por volta dos doze dias se verifica um movimento de células da camada superior que levam à constituição, no disco embrionário, de uma terceira camada de células. E nota que “é nesta fase que, pela primeira vez, podemos concentrar-nos no futuro cérebro. A camada central de células parece enviar sinais químicos para a camada superior de células, fazendo com que se diversifiquem novamente para tornar-se neurónios. Os embriólogos referem esta camada superior de neurónios precursores pelo nome de placa neural”.

<sup>157</sup> Cf. para uma excelente síntese das posições, Maria Luisa DI PIETRO/Roberta MINACORI, “La teoria della *brain birth* versus la teoria della *brain death*: una simmetria impossibile”, *Medicina e Morale* (1992/2), p. 321-336.

<sup>158</sup> Sobre esta distinção, cf. D. Gareth JONES, *Speaking for the dead: cadavers in biology and medicine*, Aldershot/ Vermont, 2000, p. 239. Referem-se 24 a 36 semanas de gestação, um arco alargado e que não está isento de controvérsia: cf. Norman M. FORD, *The prenatal person*, cit., p. 155-156.

<sup>159</sup> “Hirntod und Hirnleben”, in: Hans-Martin SASS (Hrsg.), *Medizin und Ethik*, Stuttgart, 1989 (reimpressão de 1994), p. 160-183, p. 170-171.

<sup>160</sup> Vide também, a partir de uma releitura de Zubiri, as posições de Diego Gracia e de Pedro Laín Entralgo. Entre nós, Anselmo Borges, precisamente a partir das posições de Pedro Laín Entralgo (cf. a sua “Nota de apresentação” à obra *Corpo e alma: estrutura dinâmica do corpo humano*, Coimbra, 2003, p. 13-14; idem, “O Homem: um corpo que espera”, in: Anselmo BORGES, *Corpo e transcendência*, Porto, 2003, p. 11-68, p. 27-28).

Para uma tentativa de leitura a partir do pensamento de Zubiri, em termos de se poder falar de uma substantividade desde a fecundação, cf. Pilar FERNÁNDEZ BEITES, “El estatuto ontológico

que o processo de desenvolvimento neurológico vai muito para lá do nascimento. Mais: trata-se de uma área em que se terão de seguir com atenção os estudos em curso. Recentemente, a *Nature Neuroscience*<sup>161</sup> noticiava que os primeiros neurónios que conduzem à formação do córtex cerebral já existem 31 dias depois da fertilização, ou seja, antes do que se julgava.

A teoria do nascimento cerebral-II esquece que há situações em que, ao menos de acordo com a visão dominante, se perdeu a consciência sem que haja morte cerebral<sup>162</sup>.

Em síntese: também as teorias do nascimento cerebral, sucedâneo cientista da velha questão da animação<sup>163</sup>, se revelam inadequadas para estabelecerem um corte que legitime uma protecção diferida em relação à fertilização.

### 3.2.2.2. *O argumento dos riscos*

De acordo com esta leitura, a limitação do prazo do aborto a 10 ou 12 semanas não assentaria em qualquer mudança qualitativa relativa ao nascituro, mas teria como objectivo a protecção da saúde da mulher<sup>164</sup>.

Para além da discussão dogmática – uma das entradas é aqui a “protecção dos direitos fundamentais contra si próprio(a)”<sup>165</sup> –, sempre se dirá que seria perfeitamente reversível o argumento sloganizado de que o crime estaria na lei. Como veremos, neste caso, o legislador estaria a remeter as mulheres, eventualmente as menos informadas e vulneráveis, para o circuito de abortos clandestinos. Ora, os riscos resultantes de um aborto provocado aumentam com o decurso da gravidez.

---

del embrión preimplantatorio”, *Communio* (2006/1), p. 121-141, esp. p. 128 seg.; cf. também Jesús BALLESTEROS, “El estatuto ontológico del embrión”, in: Jesús BALLESTEROS (Coord.), *La humanidad in vitro*, Granada, 2002, p. 225-241.

<sup>161</sup> Irina BYSTRON et al., “The first neurons of the human cerebral cortex”, *Nature Neuroscience* 9, 880 – 886 (01 Jul 2006) *apud* <http://www.sciencedaily.com/releases/2006/07/060721182137.htm>.

<sup>162</sup> *Vide*, neste sentido, Don MARQUIS, *Defining the beginning*, cit., p. 20.

<sup>163</sup> Tópico que continua a ser discutido por alguns teólogos: para uma síntese destas posições, com as indicações bibliográficas pertinentes, cf. Laura PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, 1996, obra com uma informação vastíssima para a discussão em torno do conceito de pessoa.

<sup>164</sup> No caso francês, Marcela IACUB (*Penser les droits de la naissance*, Paris, 2002, p. 44-45), considerando as mudanças em termos de sistematização do Código penal. Assim, se o antigo artigo 317.º do Código penal constava do capítulo referente aos “crimes et délits contre les personnes”, os novos preceitos – art. 223.º/10 a 223.º/12, passaram a integrar os “délits de mise en danger” (p. 43). Regista ainda que «*la femme elle-même n'est plus punie pour un avortement illégal*» (em itálico, no original).

<sup>165</sup> Entre nós, sobre a categoria, cf. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, cit., p. 319-320.

3.2.2.3. *A teoria do prazo cautelar*

A teoria do prazo cautelar assume que não há, às 10 semanas, nenhuma diferença intrínseca relevante em termos de desenvolvimento da vida intra-uterina que justifique uma mudança em sede de protecção jurídica. Como sintetiza Miguel Oliveira da Silva, trata-se de “pecar por defeito e não por excesso”<sup>166</sup>. E esclarece que “algures entre a implantação e o nascimento, certamente após a 10.<sup>a</sup> semana de gravidez, o produto de concepção viável adquire o estatuto de pessoa humana, com inerentes direitos e nível de protecção”<sup>167</sup>. Neste vasto arco temporal – entre a nidação e o nascimento – o critério decisivo seria o de, nesse prazo, não haver um “sistema nervoso central (SNC) (...) minimamente funcionante”<sup>168</sup>. Num texto anteriormente publicado, sustenta a inadequação das teorias do nascimento cerebral<sup>169</sup>. Considera que a questão não pode ser resolvida no plano biológico, sem prejuízo de articular este nível com o filosófico. Se o lemos correctamente, aponta para a inexistência do necessário substrato para se pode falar, a partir do “jogo complexo de ciência e de sabedoria”<sup>170</sup>, de uma pessoa. Neste ponto, reconhece que é tributário de uma “ontologia do desenvolvimento”<sup>171</sup> ou “progressiva”<sup>172</sup>, criticando, na esteira de Ricoeur<sup>173</sup>, uma “ontologia substancialista”.

Não sendo possível, *hic et nunc*, mergulhar no pensamento do filósofo francês, sempre recordamos as suas palavras: “É este ir e vir entre a descrição dos limiares e a apreciação dos direitos e deveres, na zona intermédia entre coisa e pessoa, que justifica que se classifique a *bio-ética* na zona do julgamento prudencial”<sup>174</sup>.

---

<sup>166</sup> *Sete teses sobre o aborto*, cit., p. 20. Acontece, no entanto, que os chamados prazos de segurança pressupõem “cortes” e que são distintos consoante a visão que se perfilhe. Assim, para Juan MASIÁ, na síntese de Anselmo BORGES (“Questões de bioética: dissentir na Igreja”, *Diário de Notícias*, Domingo, 5 de Fevereiro de 2006), respondendo à pergunta, “Quando se pode então falar de pessoa humana?”, responde: “Parece razoável uma “posição prudencial”, que traça duas linhas de segurança nem antes dos 14 dias nem depois da oitava semana, quando o embrião se constitui em feto”. O argumento do prazo de segurança é usado também por um Norbert Hoerster, um jurista que segue as posições de Peter Singer, mas que acaba por considerar o nascimento como a etapa decisiva em termos de tutela da vida humana.

<sup>167</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Sete teses sobre o aborto*, cit., p. 22.

<sup>168</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Sete teses sobre o aborto*, cit., p. 20.

<sup>169</sup> “O início da pessoa humana: não há fundamento ético através da ciência”, in: João Ribeiro da SILVA da/ António BARBOSA/ Fernando Martins VALE (Coord.), *Contributos para a bioética em Portugal*, cit., p. 407-414, esp. p. 411-413.

<sup>170</sup> *Soi-même comme un autre*, Paris, 1990, p. 317.

<sup>171</sup> *Ciência, religião e bioética no início da vida*, cit., p. 60.

<sup>172</sup> *Soi-même comme un autre*, cit., p. 316.

<sup>173</sup> *Soi-même comme un autre*, cit., p. 315.

<sup>174</sup> *Soi-même comme un autre*, cit., p. 316. Para os vários tipos de juízo (prudencial, deontológico e reflexivo), cf. “Les trois niveaux du jugement médical”, *Esprit* (1996), também



Antes de uma certa fase, ainda assim Miguel Oliveira da Silva reconhece que se trata de uma pessoa humana potencial. Com efeito, escreve<sup>175</sup>: “Parece, pois, mais correcto considerar que o embrião humano, sempre após a implantação e, para alguns, também até determinado limiar do seu desenvolvimento *in utero* (e aqui a concordância está longe de ser unânime: 8, 10, 12 semanas?), é pessoa humana potencial”, acrescentando, socorrendo-se de novo de Ricoeur<sup>176</sup>, que há diferentes “graus de potencialidade”.

Esta leitura assume acaba por tentar mobilizar, sem grande explicitação, uma etapa da vida biológica para a projectar em termos de uma tutela gradativa da vida humana, numa diferenciação da obrigação de respeito. No modelo que defendemos, pelo contrário, é arbitrária uma tutela diferenciada da vida humana intra-uterina. O paralelo – não a acrítica transposição – entre limiares biológicos e diferenciação de direitos não colhe. Mais: a grande discussão situa-se na questão da individualização, não depois<sup>177</sup>. Mas sempre se sublinha que Ricoeur, não sendo jurista, nem por isso deixa de falar de direitos<sup>178</sup>.

Verdadeiramente, se no plano ontológico se afirmar que o embrião é um como nós, importa esclarecer porque não valeria, em termos axiológicos, como um de nós<sup>179</sup>.

#### 3.2.2.4. *Gravidez sob reserva de aceitação*

De acordo com esta posição, já aludida e a que retornaremos, o que estaria em causa seria a voluntariedade, ou não, da maternidade. Dito de outra forma: se de uma relação sexual, ainda que consentida, resultar uma vida humana, não se poderia, sem mais, impor à mãe o dever de prosseguir a gravidez. Esta compreensão voluntarista<sup>180</sup> é expressão do referido “autonomismo”; as 10 semanas seriam um prazo para se decidir se se quereria ou não assumir a maternidade. É este, na verdade, o núcleo da questão no aborto com base na

---

em inglês: Peter KEMP/ Jacob RENDTORFF/ Niels Mattsson JOHANSEN (eds.), *Bioethics and biolaw*, vol. I, *Judgement of life*, Copenhagen, 2000, p. 15-26. Quanto à questão do aborto, Ricoeur abordou expressamente o tema em “L’ universel et l’historique”, *Magazine littéraire* (2000/390), p. 37-41, p. 40, sustentando que “nos lois sur l’avortement relèvent aussi de cette situation éthique où le choix est entre le mal et le pire”.

<sup>175</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Ciência, religião e bioética no início da vida*, cit., p. 78.

<sup>176</sup> *Soi-même comme un autre*, cit., p. 314-318.

<sup>177</sup> Mateus Cardoso PERES, “Estatuto do estado embrionário e fetal”, in: *Ética da vida: Concepções e debates*, Lisboa, 1996, p. 121-129.

<sup>178</sup> *Soi-même comme un autre*, cit., p. 316.

<sup>179</sup> Francesco D’AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1998.

<sup>180</sup> Entre nós, criticando esta posição, cf. Pedro Maria Godinho Vaz PATTO, “O sentido da criminalização do aborto: ajustar a lei sem sacrificar os princípios”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 15 (2005), p. 7-71, p. 9.

autodeterminação da mulher: o que se reivindica agora é que, para além da legítima esfera da intervenção antes da concepção, a mulher possa decidir a prossecução ou não da gravidez.

Outra linha de fundamentação passa por um modelo em que a defesa de um aborto a pedido da mulher, independentemente da verificação de qualquer indicação, se apoiaria na igualdade<sup>181</sup>, para não ser mais “onerada” do que as pessoas do sexo masculino. Aqui poderíamos encontrar duas vias: uma que entenderia ser suficiente e razoável um prazo de 10 ou 12 semanas; outra que não estabeleceria esta barreira temporal.

Como se reiterará ao longo da exposição, esta ideia de uma livre disposição da vida humana intra-uterina por parte da mãe não deve colher.

### 3.2.3. *O quantum da tutela: protecção enfraquecida?*

A questão da intensidade da tutela pode ser objecto de uma análise “estática” (a partir da forma como é considerada a vida intra-uterina) ou “dinâmica” (assente numa ponderação). No primeiro caso – estática – confrontam-se duas posições:

1) um modelo da *igualdade de intensidade de protecção*, de acordo com o qual a tutela constitucional é a mesma durante a gravidez e que, na leitura que sustentamos, se traduz numa salvaguarda que faz do nascimento apenas uma passagem<sup>182</sup>;

<sup>181</sup> Encontramos esta posição, por exemplo, na obra de Drucilla Cornell, um dos grandes nomes do feminismo: cf. Drucilla CORNELL, *Transformations: recollective imagination and sexual difference*, New York, 1993, p. 143-144. Entre nós, Maria Teresa Couceiro Pizarro BELEZA, *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra*, Lisboa, 1990, p. 493, escreve que “o discurso igualitário entendido a sério, com as suas implicações existenciais profundas, implicaria criar legalmente para a mulher a capacidade de controlo artificial (como suponho óbvio) sobre o seu corpo, equiparando-a, aqui sim, materialmente ao homem, neste aspecto. Ou seja: no limite do raciocínio, a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, acompanhada de todo o necessário investimento político e financeiro (...) é, afinal, uma “simples” questão de igualdade”. Registe-se que, nos EUA, a crítica de parte do feminismo ao caso *Roe versus Wade* resultou do facto de este fundar o aborto num *right to privacy* e não em termos de igualdade. Na síntese de Rachel ROTH (*Making the women pay*, cit., p. 19) o discurso em termos de igualdade não só permite captar melhor o núcleo do que está em jogo, como tem consequências em relação às dimensões prestacionais, isto é, ao pagamento do aborto. Com efeito, embora os Estados federados possam assegurar o pagamento, não é inconstitucional, conforme afirmou o Supremo Tribunal, não o prever (cf. caso *Harris v. McRae*).

<sup>182</sup> Considerado, criticamente esta posição, sobretudo a sua expressão no horizonte alemão, cf. Enrique PEÑARANDA RAMOS, “Bioética y derecho penal en el comienzo de la vida: algunas implicaciones jurídico-penales de las nuevas biotecnologías”, in: Agustín JORGE BARREIRO (ed.), *Derecho y genética*, cit., p. 75-106, esp. p. 88-91.

2) um *modelo gradativo e crescente de intensidade da protecção*, que tem vindo a ser crescentemente defendido na doutrina<sup>183</sup> e na jurisprudência.

A primeira corresponde, quando lida nos termos propostos, a uma solução de protecção adequada. Na síntese do então juiz conselheiro José Manuel Cardoso da Costa: o art. 24.º da CRP não se limita a tutelar a vida intra-uterina e a vida pós-natal<sup>184</sup>, mas fá-lo “*ao mesmo título, já que da mesma vida se trata: daquela que se abre a cada homem para a realização de um projecto e de um destino únicos e irrepetíveis*”<sup>185</sup>.

Mas, entre nós, teve vencimento a segunda posição que tem expressão em termos de “dinâmica”, ou seja, reflecte-se na própria ponderação.

Em relação à dinâmica, o que está em causa é a invocação de fundamentos que permitam levar, no caso, ao sacrifício, em concreto, do bem vida intra-uterina. Não curando agora da questão suscitada pela legislação de 1984 – a compatibilidade com a CRP do modelo de indicações, posição que teve vencimento em termos jurisprudenciais –, reafirmamos que, em cima da mesa, está a tentativa de mudar qualitativamente o sistema ao adicionar-lhe uma solução de “aborto a pedido” e, conseqüentemente, não sujeita a uma verificação por terceiro (médico). A ter vencimento, passaria a aceitar-se um princípio da equivalência ou indiferença dos motivos que contribuiria ainda mais para a erosão do valor da vida intra-uterina<sup>186</sup>.

### 3.4. O *como* da tutela

Quando abordamos o *como* da tutela, há dois *topoi* que importa distinguir: 1) natureza da protecção; 2) meios de protecção.

---

<sup>183</sup> E não só entre nós: cf., para uma referência ao caso alemão, Jochen TAUPITZ, “The right to life of the unborn”, *Lex medicinae: Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 3 (2006/5), p. 5-14, p. 12.

<sup>184</sup> A defesa da tese do princípio da igualdade quanto à intensidade constitucional de protecção não tem de conduzir a uma defesa da insustentabilidade da diferenciação em termos de moldura penal. Ou seja, não se trata de uma diferença de valor das vidas, mas de tomar em consideração na fixação da moldura penal a consciência comunitária. Para quem entenda que há um conflito jusfundamental, então justificar-se-ia esta graduação em termos de contexto da acção. Como escreve Keller, “só a situação de conflito e não o bem jurídico é susceptível de graduação” *apud* Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Bioética y derecho penal*, cit., p. 89.

<sup>185</sup> Voto de vencido proferido no Acórdão n.º 25/84.

<sup>186</sup> Martin KRIELE, “Die neuen Abtreibungsregelungen vor dem Grundgesetz”, *Deutsches Verwaltungsblatt* 107 (1992), p. 1457-1463.

### 3.4.1. *Natureza da protecção*

O primeiro debate prende-se com a natureza da protecção. Parte da doutrina tem sustentado que o nascituro é titular de direitos fundamentais (*tutela subjectiva*)<sup>187</sup>; outra, que tem colhido o favor da linha maioritária em sede jurisprudencial<sup>188</sup>, entende que se trata de uma tutela do bem vida humana, sem que se possa falar de um titular (*protecção objectiva*).

No segundo aresto relevante entre nós – o acórdão n.º 85/85, ainda a propósito da consagração de um modelo de indicações –, procurou, aliás, tirar-se consequências deste enquadramento. Assim, defendeu-se nessa decisão que a tutela só em termos de “bem constitucional objectivo” levaria a que “o regime constitucional de protecção especial do direito à vida” não valesse “directamente e de pleno para a vida intra-uterina e para os nascituros”<sup>189</sup>.

<sup>187</sup> Partimos de uma perspectiva jurídico-constitucional. No direito civil, a interpretação do art. 66.º/1 do respectivo Código tem gerado alguma discussão na doutrina, sendo significativa a corrente doutrinária que considera que a redacção deste preceito não impede que a personalidade jurídica seja reconhecida desde a concepção: cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, esp. p. 361-364 (a partir do reconhecimento de uma personalidade jurídica limitada ou parcial); António Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, Parte Geral, t. 3, Pessoas, Coimbra, 2000, que afirma, que o “art. 66.º padece de demasiadas anomalias para dele se retirar, em definitivo, um comando sobre o início da personalidade” (p. 299); Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, Coimbra, 2006, p. 104-118, que apresenta, nas p. 112-115, um elenco, embora não completo (v.g. Orlando de Carvalho e Rita Lobo Xavier), da doutrina civilística (se exceptuarmos Paulo Otero) na matéria. Mesmo recusando a personalidade jurídica antes do nascimento, parte da doutrina não afasta a protecção em termos de direito civil. Assim, João Antunes VARELA (“A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil”, in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. I, Vária, p. 619-634, p. 634), recusa que daí decorra o não reconhecimento do embrião “como pessoa em formação” (p. 634). Mais: como escreveu em “A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro”, *Revista de Legislação e Jurisprudência* 128, p. 69, é possível distinguir uma abordagem constitucional de uma perspectiva civilística. Quanto a Rita Lobo XAVIER (“O respeito pela vida humana não nascida e respectiva tradução no ordenamento jurídico português”, in: *Do início ao fim da vida: Actas do Colóquio de Bioética*, Braga, 2005, p. 139-162; mas já antes “O direito civil e a protecção dos nascituros: algumas considerações sobre o momento da aquisição da personalidade jurídica no direito português”, *Brotéria* 147 (1998), p. 76-84), reconhece personalidade jurídica só aos nascidos, considerando que este conceito “não pretende ser a tradução jurídica da condição ontológica da pessoa, é muito menos do que isso” (p. 152). Sem pôr que os nascituros são pessoas (em sentido ontológico ou ético), entende que a personalidade jurídica não é o “instrumento adequado e operacional para realizar a tutela do nascituro no plano jurídico-civil” (p. 152). Esta, limitada à vida e à integridade física, existe desde a concepção (p. 153-154).

<sup>188</sup> E não só entre nós: basta pensar no caso da vizinha Espanha em que o Tribunal Constitucional seguiu a mesma orientação. Assim, já no acórdão n.º 53/1985 negou que o nascituro fosse titular do direito à vida, acolhido no art. 15.º da Constituição espanhola, sem prejuízo de sustentar que a vida intra-uterina era um bem que goza de protecção constitucional, posição que foi reafirmada (cf. STC n.º 212/96).

<sup>189</sup> Ac. TC n.º 85/85, cit., p. 252.

Defendemos que o nascituro é titular de direitos e não apenas protegido em termos meramente objectivos. Contudo, relembramos que não aceitar esta tese não significa necessariamente nem a denegação de tutela jurídica do nascituro, o que foi, aliás, reconhecido pelo Tribunal Constitucional, nem, contrariamente ao que concluiu a maioria dos juízes, uma tutela enfraquecida.

### 3.4.2. *Meios de protecção*

Os meios de realização do dever de protecção da vida pré-natal – no caso, da vida intra-uterina – dizem-se no plural. Neste ponto, há acordo no sentido de a defesa da vida exigir políticas públicas de apoio à maternidade e à paternidade<sup>190</sup>. No entanto, o nó górdio prende-se com o recurso, ou não, ao arsenal do direito penal<sup>191</sup>. Se deixarmos de parte as correntes mais radicais – abolicionistas – que defendem a eliminação, em bloco, do direito penal, um mundo livre de direito criminal<sup>192</sup>, a discussão, em termos de aborto, passa pela exigência ou não do seu emprego.

Por questões de praticabilidade e de facilitar a compreensão aos não iniciados no universo jurídico, permitam-me começar por verificar, em relação à questão da criminalização ou não do “aborto a pedido” da mulher grávida, a adequação constitucional das seguintes leituras:

(1) Proibição da *conduta abortiva*, discutindo-se, em caso afirmativo, se, ao nível das sanções, há, ou não, uma obrigação de criminalização;

(2) Reconhecimento de que a *decisão é, no essencial, político-legislativa*, abrindo-se as portas para um juízo maioritário, próprio da democracia. Dito de outra forma: quer a proibição (criminalização), quer a permissão, são admissíveis, sem prejuízo da observância de alguns requisitos constitucionais;

(3) *garantia*, em termos jusfundamentais, *de um direito a abortar*, enquanto expressão da autodeterminação. Estaríamos perante uma posição jurídica integrante de um “direito fundamental global”<sup>193</sup>, não importando agora curar do seu enquadramento em termos de textos constitucionais (direito ao desenvol-

<sup>190</sup> Dando conta da existência de um quadro normativo de apoio à maternidade, cf. agora o Ac. TC n.º 617/2006 (7970-(12)).

<sup>191</sup> Cf., por exemplo, a jurisprudência alemã e, naturalmente, a portuguesa sobre o assunto, sendo que esta última se revela, também neste ponto, tributária, directa ou indirectamente, da discussão, dogmática e jurisprudencial, alemã.

<sup>192</sup> Aflorando a questão, cf., entre nós, Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal: Parte geral*, t. I, Coimbra, 2004, p. 261. Mais desenvolvidamente, a síntese de Karen SCHOBLOCH, *Abolitionistische Modelle im Rechtsstaat* (<http://sfm.jura.uni-sb.de/archives/000052.html>).

<sup>193</sup> Sobre esta categoria, cf. Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985 (trad.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993).

vimento da personalidade – na Alemanha, com a marca de livre<sup>194</sup> –, direito ao exercício de uma maternidade e uma paternidade conscientes<sup>195</sup>, ou um *right to privacy*). A ter vencimento esta leitura, seria inconstitucional o sistema actualmente existente, na medida em que se limita a acolher um conjunto de indicações.

Esta última posição – reconhecimento do direito ao aborto como posição jusfundamental – é expressamente recusada pelo Tribunal Constitucional: “(...) não se trata de admitir (...) uma “*privacy*”, como direito constitucional a abortar livremente”<sup>196</sup>.

Por razões de economia, centrar-nos-emos nas duas primeiras leituras do texto constitucional onde se situa o cerne do conflito em torno das imposições constitucionais de criminalização. Explicitemos a questão.

#### 3.4.2.1. *Criminalizar ou não criminalizar: entre a imposição e a opção*

Uma nota prévia para tornar claro que, se norma de conduta e norma de sanção se distinguem e é hoje aceite que a intervenção do direito penal está marcada pela ideia de *ultima ratio*, a admitir-se que a proibição do “aborto a pedido” é constitucionalmente exigida, não se podem abrir as portas à descriminalização, nomeadamente degradando esse ilícito em mera contra-ordenação. Questão diferente, mas de que também não iremos curar, é a discussão em torno de propostas que têm sido apresentadas à opinião pública como de “criminalização sem prisão” ou, se quisermos, na formulação de Pedro Vaz Patto, “ajustar a lei sem sacrificar os princípios”<sup>197</sup>.

Quanto às *imposições de criminalização implícitas*, a dogmática e a jurisprudência constitucionais revelam-se campo de dissenso, sendo dominante a

<sup>194</sup> Cf. o § 2/1 GG. Contudo, o direito ao desenvolvimento da personalidade, consagrado no art. 26.º/1 da CRP, e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto na Lei Fundamental alemã, têm um alcance distinto: cf., por todos, Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, 1999, p. 149-246.

<sup>195</sup> Art. 67.º/2/d) da CRP. Recusando que, no entanto, seja possível utilizar este preceito para fundar um direito a abortar, cf. Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, t. I, Coimbra, 2005, p. 701-702 (a referida anotação é de Rui Medeiros). José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 175) não são tão categóricos na sua anotação ao art. 24.º dizendo que “*parece*, todavia, não existir também o reconhecimento constitucional de um *direito ao aborto*” (p. 175, itálico nosso). Já a propósito do art. 67.º referem, a propósito da menção a “estruturas jurídicas e técnicas”, que esta fórmula “contempla também as que permitem a efectivação do aborto” (p. 352). Conjugando as duas anotações, esta última, até pela remissão expressa para a anotação ao art. 24.º, cobrirá as hipóteses em que o aborto seja admissível.

<sup>196</sup> Ac. TC n.º 617/2006, p. 7970-(12).

<sup>197</sup> Pedro Vaz PATTO, *O sentido da criminalização*, cit.



doutrina que defende a sua inexistência, posição que o Tribunal Constitucional tem, maioritariamente, sufragado<sup>198</sup>. Clarificando, estas traduzem-se em exigências constitucionais de que a tutela de certo bem se faça também pelo recurso ao direito penal. Noutra lugar<sup>199</sup>, chamámos à atenção para o facto de, de certo modo, a questão do aborto estar a condicionar a análise e a construção da figura.

Assim, de um ponto de vista dogmático, impõe-se responder às seguintes perguntas:

1) poderemos encontrar casos em que os deveres de protecção de bens constitucionais obriguem o legislador a criminalizar certas condutas aptas a causar lesões ou mesmo a pôr em risco os referidos bens? Ou, verificada a dignidade de protecção dos bens, a criminalização é apenas e sempre uma opção político-legislativa?

2) em caso de resposta afirmativa, como podemos fundar essas obrigações de criminalização? Com efeito, sem grandes mergulhos dogmáticos, recortamos, desde logo, vários caminhos, a saber: a) conteúdo essencial absoluto dos preceitos respeitantes aos direitos fundamentais, enquanto expressão do núcleo de dignidade da pessoa humana, e coerência valorativa do sistema jurídico; b) argumentação a partir do critério da necessidade de tutela penal, considerando que esse procedimento é controlável em sede de fiscalização da constitucionalidade; c) recurso ao *topos* proibição do défice de protecção, quer este seja compreendido como uma dimensão do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, quer como princípio próximo, mas associado;

3) a protecção constitucional da vida intra-uterina, nomeadamente nas primeiras semanas de gravidez, exigirá o suporte da criminalização?

#### 3.4.2.1.1. *A tese dominante: a recusa da obrigação de criminalização implícitas*

A doutrina penal maioritária tem recusado a existência de imposições constitucionais de criminalização implícitas. Já a previsão expressa de obrigações de criminalização é absolutamente excepcional: a CRP dispõe, no seu art. 117.º/3, que “a lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos”<sup>200</sup>. Estas, podendo ser discutidas de um ponto de vista de política do direito (constitucional e criminal), são, no entanto, pacíficas no que toca ao dever de o legislador intervir penalmente<sup>201</sup>. O verdadeiro problema das imposições de criminalização começa com a questão de saber se não decorrerá

<sup>198</sup> Linha expressa nos vários acórdãos do Tribunal Constitucional.

<sup>199</sup> *Constituição e biomedicina*, vol. II, Parte VI, cit.

<sup>200</sup> *Vide*, na versão originária, também o art. 88.º da CRP.

<sup>201</sup> Sem prejuízo de, mesmo nesse caso, existir um espaço de conformação legislativa: cf. Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal: Parte geral*, t. I, cit., p. 122-123.

da constituição que certas condutas que põem em causa bens fundamentais não poderão deixar de ser criminalizadas. É precisamente neste ponto que a doutrina portuguesa se inclina, maioritariamente, para a rejeição da categoria, embora a questão esteja longe de ser pacífica, como o comprova a análise da jurisprudência constitucional e da doutrina<sup>202</sup>, em especial penal. No plano jurisprudencial, tratou-se de um dos eixos dos acórdãos referentes ao aborto, na esteira, aliás, do que já acontecera noutros ordenamentos jurídicos, a começar pelo alemão-federal. Assim, uma das fronteiras entre vencedores e vencidos na jurisprudência constitucional passa pela negação pelos primeiros de que possa haver obrigações de criminalização implícitas e pela sua defesa pelos segundos.

Figueiredo Dias e Costa Andrade<sup>203</sup> recusam a figura, considerando que criminalizar ou não criminalizar é uma decisão política que só ao legislador cabe tomar, pressupondo, evidentemente, que há um bem jurídico digno de tutela penal<sup>204</sup>. Socorrendo-se do art. 18.º/2, retiram do preceito constitucional

<sup>202</sup> É já relevante, entre nós, a literatura sobre o tema: *inter alia*, Jorge de Figueiredo DIAS/Manuel da Costa ANDRADE, *Direito penal: questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra, 1996, p. 68-69; Manuel da Costa ANDRADE, “O aborto como problema de política criminal”, *Revista da Ordem dos Advogados* (1979), p. 293-323; Jorge de Figueiredo DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra, 2001, p. 59-61; José Francisco de Faria COSTA, *O perigo em direito penal*, Coimbra, 1992, p. 201 ss.; Anabela Miranda RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra, 1995, p. 290-294; Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, «Constituição e crime»: uma perspectiva de criminalização e descriminalização, Porto, 1995, Parte III; Maria Fernanda PALMA, “Constituição e direito penal: as questões inevitáveis”, in: Jorge MIRANDA (org.), *Perspectivas constitucionais. nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, 1997, p. 227-237, p. 234; Manuel da Costa ANDRADE, “Constituição e legitimação do direito penal”, in: António José Avelãs NUNES/ Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (Org.), *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*, Rio de Janeiro/São Paulo/ Recife, 2004, p. 51-62, esp. p. 57-59, obras onde se podem colher outras indicações bibliográficas. No direito constitucional, cf. José Joaquim Gomes COUTINHO, “Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, Coimbra, 1984, p. 827-858; Jorge Pereira da SILVA, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*, Lisboa, 2003, p. 46-51.

<sup>203</sup> *Direito penal*, cit., p. 68-69. A resposta maioritária da doutrina penal vai no sentido de não haver um dever constitucional de incriminação de certas condutas: cf. Maria Fernanda PALMA, *Constituição e direito penal: as questões inevitáveis*, cit., p. 234; quanto à posição minoritária, cf. Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, «Constituição e crime», cit. Américo Taipa de CARVALHO, *Direito penal: parte Geral. Questões fundamentais*, Porto, 2003, p. 70-72, recusando “teoreticamente e em abstracto (...) a existência das chamadas injunções-constitucionais implícitas de criminalização”, adverte que “isto não significa que não haja bens jurídicos consagrados na Constituição que não tenham, forçosamente, de ser tutelados penalmente. É evidente que os há: p. ex., a vida, a integridade física e a liberdade; e, em relação a estes bens, recai sobre o legislador ordinário o dever de criminalizar as condutas que os lesem”.

<sup>204</sup> Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal: parte geral*, t. I, Coimbra, 2004, esp. p. 114-115, que não contesta a existência, no caso do aborto, de um bem jurídico-penal, sem prejuízo de,

a tese, correcta, de que este “proíbe qualquer criminalização dispensável”<sup>205</sup> para afirmarem depois, em termos que merecem a nossa discordância, a anatemização da figura das imposições constitucionais de criminalização.

Dito de outra forma: *dignidade* de tutela penal não significa, por si só, *necessidade* ou *carência* de pena. Mais: em sede de fiscalização constitucional, o controlo em relação a este último critério só seria admissível a título excepcional (“casos gritantes”<sup>206</sup>).

Em matéria de criminalização do aborto consentido, a posição maioritariamente sufragada pelo Tribunal Constitucional foi a de que, sem prejuízo da vida intra-uterina ser constitucionalmente protegida<sup>207</sup>, ainda que de uma forma mais débil, se tratava de um domínio marcado pela escolha de meios, ou seja, um território político-legislativo, abrindo-se as portas quer à solução de proibição (criminalização), quer de permissão. Neste quadro, entram em jogo dimensões de avaliação empírico-social e consequencialista que toma a sério também as consequências da manutenção da proibição.

#### 3.4.2.1.2. *Criminalizar é preciso: em busca das obrigações constitucionais de criminalização*

Contrariamente à posição acabada de expor, defendemos:

- 1) a existência de obrigações constitucionais de criminalização;
- 2) no plano do chamado “aborto a pedido”, a verificação de uma imposição de criminalização.

Densifiquemos, pois, estas posições.

##### 3.4.2.1.2.1. O caminho clássico

Contra a tese dominante, a rota tradicional passa por defender, a partir do texto constitucional, a existência de obrigações de criminalização implícitas. Trata-se de uma área que não deve ser objecto de uma leitura maximalista, distinguindo-se a zona legítima de criminalização (o “quadro máximo”<sup>208</sup>) e a área, muito menor, em que a discussão já não gira em torno da possibilidade, mas sim da obrigação de criminalização (“requisitos mínimos”<sup>209</sup>).

---

como se sabe e como o autor faz questão de advertir, resulte daí “sem mais, concordância com a existência da incriminação respectiva” (p. 117).

<sup>205</sup> Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal português*, cit., p. 84.

<sup>206</sup> Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal*, cit., p. 123.

<sup>207</sup> Sem prejuízo de outros requisitos constitucionais em matéria de competência, forma e procedimento.

<sup>208</sup> Para esta fórmula, cf. Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, «*Constituição e crime*», cit., p. 297, n. 832.

<sup>209</sup> Cf., de novo, Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, «*Constituição e crime*», cit., p. 297, n. 832.

Entre nós, Maria da Conceição Ferreira da Cunha<sup>210</sup> sustentou que a obrigação de criminalização não se verifica em relação a todos os valores ou bens<sup>211</sup> constitucionais, antes se limitando “a condutas de *inequívoca e elevada* dignidade penal (onde se inclui uma elevada danosidade social) e carecidas de intervenção penal, *de tal modo* que se possa considerar controlável constitucionalmente uma não intervenção”<sup>212</sup>.

Se quisermos, são dois os caminhos que fundam as chamadas imposições constitucionais relativas como forma de protecção do bem:

1) um, que se centra no juízo pragmático, consequencialista ou utilitarista, sustenta que, do ponto de vista da tutela do bem vida intra-uterina, não é irrelevante criminalizar ou não as condutas abortivas, no que ora nos importa, o aborto por pura escolha da mulher, em que nem sequer são mobilizáveis razões, como acontece no modelo de indicações, que têm de ser certificadas;

2) um segundo que, sem prejuízo de consequências – não se podem descurar, aliás, os efeitos –, não se esgota nelas e que se prende com a exigência de uma coerência valorativa básica, uma “justiça do sistema” que, nos exemplos de escola seria violada se uma série de bens pessoais deixassem de merecer a tutela penal e este ficasse centrada nos crimes contra o património, numa clara negação da raiz fundacional do sistema constitucional, a dignidade humana.

A necessidade da manutenção da criminalização e a consequente recusa da descriminalização como forma de tutela da vida humana impõe-se também pela via das construções clássicas do problema, respondendo-se, nomeadamente, às críticas feitas a partir do princípio da proibição do excesso. Aplicando ao aborto, recortam-se, desde logo, os seguintes argumentos:

1) em termos de meios, não há sucedâneos igualmente eficazes no que toca à “função pedagógica” que, em matéria da tutela da vida intra-uterina, cabe ao direito em geral, e particularmente ao direito penal, desempenhar<sup>213</sup>. A simples criação de mecanismos de informação, incluindo o quadro de apoios à maternidade e à paternidade, revela-se insuficiente. Mesmo o sistema de aconselhamento considerado mais forte – ilustrado pelo ordenamento alemão –

<sup>210</sup> «*Constituição e crime*», cit.

<sup>211</sup> Tomamos aqui como equivalentes as expressões bens ou valores constitucionais. Já Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, «*Constituição e crime*», cit., p. 328, reserva, como explícita na n. 915, na esteira de Sax, a expressão valores para a ordem constitucional e bens para o domínio penal. Em relação à ordem constitucional, preferimos não falar de “ordem de valores” (*Wertordnung*) – que evoca uma leitura datada –, mas sim de valores fundamentais (*Grundwerte*).

<sup>212</sup> «*Constituição e crime*», cit., p. 307.

<sup>213</sup> Cf. o voto de vencido de José Manuel Cardoso da Costa (Ac. TC n.º 288/98, cit., que, aliás, expressamente recupera subsídios argumentativos já constantes do seu voto no Ac. TC n.º 25/84).

em que se estabeleceu um *aconselhamento centrado na vida do nascituro*<sup>214</sup>, na lógica de uma protecção jusfundamental pelo procedimento<sup>215</sup>, mantendo-se a ilicitude da conduta e retirando daí consequências, por exemplo, em matéria de proibição de financiamento do abortamento<sup>216</sup>, tem-se revelado incapaz de garantir uma tutela adequada<sup>217</sup>.

Assim, as *medidas de promoção da maternidade são complementares e não alternativas* em relação ao direito penal.

2) percorrendo sinteticamente<sup>218</sup> as etapas clássicas analisadas em sede de princípio da proibição do excesso – adequação ou conformidade, necessidade ou exigibilidade, e proporcionalidade em sentido estrito –, concluímos que:

a) quanto à adequação da medida (criminalização) para atingir o fim (protecção da vida intra-uterina), sustenta-se que: 1) a simples existência de “cifras negras”, situação que não é monopólio deste crime, não equivale à afirmação da total ineficácia da lei nem é, por si só, razão de descriminalização destas condutas; 2) ao nível da dissuasão, ainda se podem discutir os efeitos da descriminalização; 3) recorde-se também o que dissemos sobre os efeitos, na consciência jurídica geral, de uma eventual descriminalização, contribuindo ainda mais para a erosão do valor da vida pré-natal;

b) em sede de necessidade ou exigibilidade, considera-se em que medida o fim não poderá ser prosseguido por meios menos onerosos, tendo presente que a intervenção penal está marcada pelos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. Noutra lugar<sup>219</sup>, procedemos a uma análise dos pretensos

<sup>214</sup> Sobre este ponto, cf., para uma síntese, com indicações bibliográficas complementares, permitimo-nos remeter para o nosso *Aborto*, cit.

<sup>215</sup> Sobre este *topos*, cf., mais recentemente, Matthias MAYER, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie: die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*, Baden-Baden, 2005, p. 186-189 (sobre o sistema de aconselhamento em matéria de aborto, p. 188-189).

<sup>216</sup> V. o já citado acórdão de 28 de Maio de 1993. Com efeito, no sistema alemão, as despesas com os abortos referidos no texto não estão cobertas pelos seguros obrigatórios de doença (de saúde, na terminologia que se veio a impor entre nós), nem se pode, para isso, recorrer a seguros privados. Só na falta de recursos económicos da mulher os custos serão suportados pelo Estado: v., neste ponto, João LOUREIRO, *Aborto*, cit., p. 369-370. Em Portugal, com um sistema assente num Serviço Nacional de Saúde, caso se venha a acolher a figura do “aborto a pedido”, não há, salvaguardadas as exigências do princípio da igualdade, nenhuma obrigação constitucional de pagamento, por parte do Estado, dos abortamentos.

<sup>217</sup> *Vide* o que escrevemos aquando do primeiro referendo (*Aborto*, cit.) e também as dúvidas manifestadas no já citado voto de vencido do então Presidente do Tribunal Constitucional, José Manuel Cardoso da Costa (n.º 12).

<sup>218</sup> Mais desenvolvimentos podem ver-se em António Almeida COSTA, *Abortamento provocado*, cit., e João LOUREIRO, *Aborto*, cit., esp. p. 355 ss.; também Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, «*Constituição e crime*», cit.

<sup>219</sup> *Aborto*, cit.

meios alternativos, para tentar ver se essas medidas poderiam justificar o abandono das sanções penais. No entanto, concluímos pela inexistência de meios para a protecção a vida pré-natal com eficácia igual ou superior às sanções *sub iudice*. Pecorremos, aliás, os diversos modelos em causa no âmbito da solução de prazos – sem aconselhamento, com “aconselhamento” informativo e de aconselhamento orientado para a vida.

Retomaremos esta ideia da indispensabilidade da criminalização a seguir, ao considerarmos, a propósito da proibição do défice, a exigência constitucional de protecção.

c) finalmente, relativamente ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da justa medida, terão de ser colocados nos pratos da balança os custos e as vantagens jurídicas da solução, que não faz soçobrar a criminalização proposta<sup>220</sup>.

3) a descriminalização também não se revela conforme às particulares exigências constitucionais de tutela que decorrem do bem em causa<sup>221</sup> e que, no caso português, se expressam numa especial densidade da norma, que nem se depara com formulações linguísticas que suscitem problemas noutras ordens jurídicas, como o conceito de pessoa. Como tem sido enfatizado<sup>222</sup>, há uma protecção constitucional intensificada<sup>223</sup> que não pode deixar de ter consequências em termos de opções valorativas fundamentais, sem que, por esta via, se reedite uma, no limite asfixiante, “ordem de valores” (*Wertordnung*). No caso em discussão, em que se pretende acrescentar uma solução de prazos, recorrer à autodeterminação da mulher é, como sempre temos dito, inadequado<sup>224</sup>. Com efeito, em nossa opinião e sem prejuízo do respeito pelas vozes em contrário, a liberdade de autodeterminação, entre nós a exigir uma consideração do tecto constitucional positivo em sede de direito ao desenvolvimento da personalidade, ou o direito a uma maternidade consciente, não protege nenhuma decisão de prosseguir ou não a gravidez. Mas, ainda que se perfilhe a tese contrária e se recorte, desta forma, uma situação de conflito constitucionalmente relevante, a solução, como já referimos, não seria aquela que o Tribunal Constitucional adoptou<sup>225</sup>.

<sup>220</sup> Vide, de novo, o nosso *Aborto*, cit., p. 374 ss.

<sup>221</sup> Entre nós, criticando um modelo em que a determinação entre “matérias sensíveis” e “insensíveis” à escolha, nos termos de formulações de cunho dworkiniano, assente no objecto das normas controladas pela jurisdição constitucional e não na própria estrutura das normas, cf. José de Sousa e BRITO, “Jurisdição constitucional e princípio democrático”, in: *A legitimidade e a legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, 1995, p. 39-47, p. 43-44.

<sup>222</sup> Exemplarmente, António Almeida COSTA, *Aborto e direito penal*, cit.; idem, *Abortamento provocado*, cit., p. 213.

<sup>223</sup> António Almeida COSTA, *Abortamento provocado*, cit., p. 213.

<sup>224</sup> No mesmo sentido, cf., para além de outros autores já referidos, Henrique MOTA, “Interrupção voluntária da gravidez”, in: José de Oliveira ASCENSÃO (Coord.), *Estudos de direito da bioética*, Coimbra, 2005, p. 287-308, p. 308.

<sup>225</sup> Vide, também aqui, o voto de Cardoso da Costa (Ac. TC n.º 288/98).



4) Há, pois, neste domínio, duas vias que dogmaticamente têm sido trilhadas:

a) na primeira leitura, não há sequer lugar a uma verdadeira *ponderação* entre bens constitucionais em conflito, porque a colisão é aparente;

b) na segunda, sublinhando que não estamos aqui perante a zona de conflito discutida em 1984, no quadro de um modelo de indicações, opta-se por considerar que a vida intra-uterina tem de ser ponderada, surgindo, do lado da mulher, desde logo, o direito à autodeterminação. Há ainda quem introduza as consequências da violação da norma pelas mulheres, nomeadamente em matéria de saúde e, excepcionalmente, da própria vida. Quanto a este argumento, que será objecto de consideração autónoma, importa ver que não é a norma de proibição que causa, enquanto tal, essas consequências, mas a sua inobservância ou seja, a realização do aborto, quando a conduta adequada seria a prossecução da gravidez. E a diferença não é despicienda se a compararmos com a situação trágica, prevista no Código penal, do chamado aborto terapêutico *stricto sensu*, em que a conduta abortiva é o “único meio de remover perigo de morte”<sup>226</sup>. Se é verdade que o sistema normativo não pode ser cego ao momento da realidade, esta dimensão consequencialista não deixa, no entanto, de ser *mediata* e não *mediata*.

#### 3.4.2.1.2.2. A proibição do défice de protecção

A questão tem sido ultimamente tratada a partir do princípio do défice de protecção, na esteira da doutrina e jurisprudência alemãs<sup>227</sup>. Em relação a esta última, o Tribunal Constitucional Federal referiu este princípio no contexto da segunda decisão sobre o aborto para evitar que, sem mais, se renunciasse “ao emprego do direito penal e do efeito de protecção que dele se retira”<sup>228</sup>. Entre nós, no plano doutrinário<sup>229</sup>, a figura foi introduzida, em sede do princípio do Estado de direito, por Gomes Canotilho<sup>230</sup>, tendo sido também por nós mobi-

<sup>226</sup> Art. 142.º/1/a).

<sup>227</sup> Para outras indicações, permitimo-nos remeter para João LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, vol. 2, Parte VI.1.

<sup>228</sup> BVerfG (2.º acórdão sobre o aborto, 28 de Maio de 1993).

<sup>229</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit.; José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit. (mas já na 2.ª ed.); Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, Vol. I, cit., p. 232-233. Para a bibliografia brasileira, permitimo-nos remeter para os artigos de Lenio Luiz STRECK, “Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de protecção deficiente (*Untermaßverbot*) ou como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”, *Boletim da Faculdade de Direito* 80 (2004), p. 303-345, e Ingo Wolfgang SARLET, “Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência”, *Boletim da Faculdade de Direito* 81 (2005), p. 325-386.

<sup>230</sup> *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, 1998, p. 265 (posição que mantém nas edições seguintes das lições).

lizada no contexto da protecção do embrião<sup>231</sup>. Ao nível jurisprudencial, deve-se a Paulo Mota Pinto o seu acolhimento, precisamente no seu voto de vencido no Acórdão n.º 288/98, de 18 de Abril<sup>232</sup>. Não curando agora de tomar partido na discussão em torno da sua qualificação – como explicitação e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, ou como princípio autónomo, ainda que estritamente associado ao princípio da proibição do excesso<sup>233</sup> –, vejamos as suas possibilidades de operatividade dogmática. O princípio da proibição do défice de protecção funda a exigência de uma tutela *suficiente* e adequada, e não apenas *mínima*, do bem<sup>234</sup>, discutindo-se a extensão do controlo judicial nesta área<sup>235</sup>.

Assim, a questão da (des)protecção penal da vida intra-uterina passou a considerar não apenas o princípio da proibição do excesso, mas também o da proibição do défice de protecção. Compete, pois, ao Estado um dever de protecção da vida intra-uterina, o que é pacífico na jurisprudência constitucional portuguesa. A dúvida reside na exigência – não na permissibilidade – dos meios penais. No entanto, entre nós, como escreveu Paulo Mota Pinto, este dever de protecção da vida humana intra-uterina tem como conteúdo *mínimo* a protecção contra a liberdade de pôr termo a esta vida intra-uterina sem invocação de razões<sup>236</sup>.

#### 3.4.2.1.2.3. Conteúdo essencial absoluto, tutela da vida e criminalização

Em sede de dissertação de doutoramento, tivemos oportunidade de aflorar o problema para considerar, como motivo-director, que a existência de um conjunto de condutas que se traduzem numa violação do conteúdo essencial absoluto dos direitos, expressão da dignidade humana, compreendida de acordo com critérios estritos, e que está subtraído à ponderação, aponta para obrigações constitucionais de criminalização.

Pode discutir-se se essa tutela seria forte, no sentido da necessidade de criminalização, ou se, por razões de maior tutela do bem e por meio de mecanismos de “protecção dos direitos fundamentais pelo procedimento”, se admitiria, excepcionalmente, a não penalização; ou se estaremos apenas perante uma

<sup>231</sup> “Tomemos a sério os direitos do embrião e do feto”, *Cadernos de bioética* (1996/14), p. 7-63, p. 57.

<sup>232</sup> Cf. Declaração de voto, p. 1714 (27).

<sup>233</sup> A este propósito José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 257 e n. 27.

<sup>234</sup> Neste sentido, contra a posição de Karl-Eberhard HAIN (*Der Gesetzgeber in der Klemme*, cit.), cf. agora José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, 2004, cit., p. 257.

<sup>235</sup> Cf. para esta questão, com outras indicações legislativas, o comentário de Helmut SCHULZE-FIELITZ, in: HORST DREIER (Hrsg.), *Grundgesetz: Kommentar*, Bd. 1, Tübingen, 1996, p. 220.

<sup>236</sup> *Declaração de voto*, cit., p. 1714 (em itálico no original).

obrigação *prima facie* de criminalização, cujo afastamento implica um ónus especial de contra-argumentação, ou seja, a existência de razões ponderosas para a apartar.

A questão nuclear passaria por saber se o conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais integraria a vida pré-natal, nomeadamente em todas as suas fases.

O bem vida humana, que tem uma estrutura de tudo-ou-nada – não há meia-vida ou meia-morte, a não ser em sentido metafórico –, é protegido por via de um conjunto de posições constitucionalmente tuteladas, que vão desde o direito à abstenção a um direito a prestações em sentido estrito, passando por obrigações de protecção a cargo do Estado<sup>237</sup>. Os preceitos, formal ou, excepcionalmente, só materialmente constitucionais, têm um âmbito de protecção, cuja determinação depende das teorias, mais ou menos amplas, que se subcreva em matéria de *Tatbestand*<sup>238</sup>. Âmbito de protecção que se deve distinguir do domínio (efectivo) de garantia, que compreende não apenas uma zona ponderável e que passa pela actuação do princípio da proporcionalidade, e uma zona subtraída a ponderação, recortada em abstracto e *a priori*, que é conhecida como conteúdo essencial absoluto. Este, numa leitura objectivista, que nos remete para os valores comunitários, permite-nos afirmar a existência de um conjunto de posições jurídicas que têm de ser reconhecidas sob pena de se desfigurar e perder o sentido, ainda que, em concreto, pouco ou nada sobre da posição subjectiva (v.g., a condenação a uma longa pena de prisão de alguém na “quarta idade”).

<sup>237</sup> Não discutiremos aqui se a esses deveres de protecção a cargo do Estado correspondem, ou não, direitos à protecção: em geral, sobre a questão, com as pertinentes indicações bibliográficas, cf. João LOUREIRO, *O procedimento administrativo*, cit.; idem, *Constituição e biomedicina*, vol. I, cit., parte II. Outra questão discutida recentemente na jurisprudência consiste em saber se da Convenção Europeia dos Direitos do Homem resultam, ou não, obrigações de protecção, nomeadamente de criminalização: cf. o caso *Vo v. France*; na doutrina, v. Jakob PICHON, “Does the unborn child have a right to life? The insufficient answer of the European Court of Human Rights in the judgement *Vo v. France*”, [http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol07No04/PDF\\_Vol\\_07\\_No\\_04\\_433-444\\_Developments\\_Pichon.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol07No04/PDF_Vol_07_No_04_433-444_Developments_Pichon.pdf); v. também, criticamente, Carlos María ROMEO CASABONA, “El alcance del derecho a la vida en relación com el concebido según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* (2004/20), p. 163-173.

<sup>238</sup> Sobre as várias teorias, v., *inter alia*, Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985 (trad.: *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, p. 298-321); para uma tipologia mais complexa, desde as teorias ultra-restritivas do *Tatbestand*, um modelo da internalização dos conflitos, até teorias do *Tatbestand* ultra-alargado, que têm subjacente, consciente ou inconscientemente, um paradigma hobbesiano de liberdade natural, passando por um conjunto heterogéneo de posições intermédias, em que se situam as teorias do *Tatbestand* restrito (v.g., Vieira de Andrade), ou alargado (v.g., Gomes Canotilho), permitimo-nos remeter os interessados para João LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, vol. II, cit., Parte V.3.

O recorte do conteúdo essencial absoluto não se subtrai à marca da historicidade, podendo assistir-se quer à sua expansão, quer à sua retracção, sendo certo que a vida humana é um bem básico ou fundamental, mas não um bem absoluto. Se até um determinado momento o discurso da proibição do aborto estava centrado no subsistema penal, sendo mobilizados *topoi* como a moralidade sexual<sup>239</sup> e razões de política natalista<sup>240</sup>, a importância crescente do direito constitucional realçou a análise jusfundamental. Em termos comunitários, testemunhou-se, num certo momento e no que toca à vida, a um ciclo de alargamento, em que, ao lado da vida inocente, objecto da tutela tradicional, se acolheu também a ideia da proibição da pena de morte, por razões substanciais, enquanto exigência da dignidade humana. No caso do bem vida, dada a referida estrutura de tudo-ou-nada, o conteúdo essencial absoluto e o conteúdo garantido sobrepõem-se em larga medida. Mas as mutações culturais têm provocado uma perigosa erosão de defesa da vida, enfraquecendo a tutela do nascituro inde-sejado. Se exceptuarmos a questão dramática, ou melhor trágica, da indicação terapêutica *stricto sensu*, em que está em causa a preservação da vida da grávida, já assimilável por via da disciplina legal do estado de necessidade objectivo ou justificante<sup>241</sup>, o que presenciámos, ao longo das últimas décadas do século XX, foi a abertura de rombos significativos na tutela da vida, numa marcha que se traduziu quer num sistema de indicações quer, em vários países, numa prática laxista que transformou sistemas dessa matriz em verdadeiros

<sup>239</sup> Cf., analisando a questão do bem jurídico protegido, a documentação resultante do estudo do Max-Planck-Institut: Albin ESER/Hans-Georg KOCH, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, Baden-Baden, 3, 1999, p. 117-131. Neste trabalho, refere-se que legislações recentes reeditaram uma sistematização ultrapassada, dando como exemplo a Bélgica: se se percebia o contexto em que o Código Penal de 1867 enquadrava o crime de aborto como crime contra a “ordem familiar e a moral pública”, manifesta-se estranheza por a nova lei (*Loi du 3 avril 1990 relative à l’interruption de la grossesse*) não a ter alterado.

<sup>240</sup> Sobre a importância tradicional deste argumento e as mudanças nesta área, cf. Albin ESER/Hans-Georg KOCH, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, cit., p. 93, 128-130. Repare-se que o *topos* tem sido mobilizado quer para políticas natalistas, quer antinatalistas.

Sublinhe-se que a importância da população como factor político é um elemento acentuado nos últimos séculos, no quadro do nascimento da biopolítica (no sentido de Foucault). Numa abordagem diacrónica do aborto, Giulia GALEOTTI (*Storia dell’ aborto*, Bologna, 2003, p. 9) enfatiza precisamente esta dimensão que passa pela necessidade de soldados e trabalhadores. Embora a autora destaque a Revolução Francesa de 1789, a importância da demografia era já sublinhada no quadro das ciências camerais. Também não foi por acaso que, por exemplo, em França, na sequência do desastre demográfico em que se traduziu a I Guerra Mundial, foi aprovada, em 1920, uma lei que punia severamente o aborto e proibia a propaganda anticoncepcional (em relação a este último ponto, com a transcrição dos pertinentes artigos, cf. Janine MOSSUZ-LAVAU, *Les lois de l’ amour: les politiques de la sexualité en France (1950-2002)*, Paris, 2002, p. 15-17).

<sup>241</sup> Por todos, sobre esta questão, cf. António Manuel de Almeida COSTA, *Aborto e direito penal*, cit., p. 84-85.

sistemas de “aborto a pedido”. Essas alterações acabaram por produzir efeitos ao nível da própria consciência comunitária, vindo as indicações, ao menos as clássicas, a concitar um apoio alargado, sem prejuízo de vozes, laicas (v.g., Norberto Bobbio<sup>242</sup>) ou não (desde logo, no campo da Igreja Católica<sup>243</sup>), que não se renderam argumentativamente.

Assim, a protecção da vida uterina passou, num conjunto de hipóteses consideradas como limite – tipicamente, e reduzindo a complexidade, de perigo para a vida e para a saúde, embrio- ou fetopatias e violação (*rectius*, crimes contra a autodeterminação sexual<sup>244</sup>) – para uma zona constitucionalmente marcada pelo ponderável. Simplesmente, como noutros domínios, o tempo comprovou que se abriu uma boceta de Pandora em que a pura vontade da mãe, transmutada em autodeterminação, se tem vindo a fazer lei ou, pelo menos, prática, dispensando-se, nesses casos, razões e a certificação por terceiro, marcas ainda mobilizadas no sistema tradicional de indicações. O manto protector da constituição corre o risco de, ao menos neste domínio da vida, se transformar em problemática manta de retalhos.

Trata-se agora de transferir para o território da ponderação, quando não se nega mesmo a existência, ao menos nas primeiras semanas, de uma vida intra-uterina que deva ser tomada em consideração. A mudança agora proposta – não é demais repeti-lo – é uma verdadeira alteração qualitativa do sistema, consagrando um princípio de equivalência ou de indiferença dos motivos que, no limite, alarga a zona de ponderação e encolhe o núcleo essencial absoluto. A defender-se esta posição, a concordância com a nossa teoria geral em sede de obrigações de criminalização, assente na tutela do conteúdo essencial absoluto, não conduziria ao uso dos meios penais. De novo teríamos apenas a possibilidade de analisar se, no caso concreto, se exigiria ou não a protecção penal ou se outros meios menos ingerentes seriam suficientes.

Como escrevemos aquando do referendo de 1998<sup>245</sup>, o direito à autodeterminação da mulher e outros direitos invocados não lhe conferem direito sobre a vida de outrem.

<sup>242</sup> Entrevista ao *Corriere della Sera*, de 8 Maio de 1981 (reproduzida em <http://www.geocities.com/centrotobagi/avvenire5.html>), que terminava deste modo: “Vorrei chiedere quale sorpresa ci può essere nel fatto che un laico consideri come valido in senso assoluto, come un imperativo categorico, il “non uccidere”. E mi stupisco a mia volta che i laici lascino ai credenti il privilegio e l’onore di affermare che non si deve uccidere”.

<sup>243</sup> Em relação à Igreja Católica, para além do que já dissemos, num horizonte temporal mais próximo, veja-se a Encíclica *Evangelium Vitae* (João Paulo II, *Evangelho da Vida*, Lisboa, 1995). Esta linha de continuidade tem sido sublinhada em várias intervenções do Papa Bento XVI. Aliás, já os textos do teólogo Joseph Ratzinger eram, inequívocos, em matéria de tutela da vida: cf., por exemplo, *L’Europa di Benedetto nella crisi delle culture*, Città del Vaticano, 2005 (trad.: *A Europa de Bento na crise de culturas*, Lisboa, 2005, p. 43 ss.).

<sup>244</sup> Sobre esta indicação criminológica, cf. Jorge de Figueiredo DIAS, *Comentário conimbricense*, cit., p. 187-190.

<sup>245</sup> *Aborto*, cit., p. 381.

#### 3.4.2.1.2.4. Conclusão

Defendemos, pois, usando vários modelos de construção a existência da categoria dogmática de obrigações de criminalização implícitas e a sua aplicabilidade em matéria de tutela da vida intra-uterina.

Ainda que assim não se entendesse, e se reconduzisse a questão para o domínio das matérias sensíveis à escolha ou preferência, como diria Dworkin, leitura que prevaleceu no plano constitucional, há boas razões, como vimos e explicitaremos em sede de avaliação de consequências, para sustentar que a criminalização é a resposta a uma adequada tutela penal. Aliás, levando ao limite alguns dos argumentos aduzidos com que tem sido martelada a opinião pública, poderíamos chegar a uma solução à americana, afirmando um verdadeiro direito a abortar e que, radicalizado, poderia terminar mesmo na eliminação do crime de aborto.

#### 4. A questão política: a agenda referendária e a agenda legislativa

Vimos já que o quadro legal vigente tem sentido progressivamente alargado. Contudo, com a pergunta referendária pretende-se *alterar qualitativamente o modelo*, admitindo, ao lado do sistema tradicional, um modelo de prazos que permitiria às mulheres, durante as primeiras dez semanas, prosseguir ou não a sua gravidez<sup>246</sup>. O leque de argumentos mobilizados vai desde o “autonomismo” mais extremo, simbolizado no sloganizado e estafado “na minha barriga, mando eu”, até ao *topos* da saúde pública (perigos para a saúde e, no limite, para a vida da mulher), passando pela convocação do princípio da igualdade (tratamento distinto entre ricos e pobres) e da dignidade das mulheres (e, eventualmente, dos maridos ou companheiros), nomeadamente no caso de terem de responder judicialmente.

No entanto, tal como já aconteceu anteriormente, a julgar pelos projectos apresentados, há questões que não são, como veremos, de somenos.

Se no caso do PCP se compreende a apresentação de um projecto de lei mais global – recusou reiteradamente que a questão fosse decidida fora da Assembleia da República – já se tem de perguntar qual o sentido de outras

---

<sup>246</sup> Quanto à questão de saber se se trata de uma verdadeira criminalização ou de uma despenalização, Cristina Líbano MONTEIRO (“«Não» à descriminalização do aborto livre”, in: Jorge Bacelar GOUVEIA/ Henrique MOTA (Coord.), *Vida e direito: reflexões sobre um referendo*, Cascais, 1998, p. 48-49, p. 49), que, a este propósito, escreve que é de “uma verdadeira e própria descriminalização que se trata. (...) [N]inguém de boa-fé, conhecedor de noções básicas de direito penal, poderá negar que permitir a destruição voluntária, sem qualquer indicação, de uma vida humana intra-uterina representa a degradação desta, nos primeiros dois meses e meio de existência, a um nada jurídico”.



soluções que constam de esboços legislativos apresentados por outros partidos que votaram favoravelmente o desencadear do procedimento referendário.

A seu favor, poderão alegar que a questão submetida a referendo seria a única controversa e, conseqüentemente, seria dispensável multiplicar, até aos limites constitucionais e legais, as perguntas. Esta resposta, no entanto, não está isenta de críticas: (1) desde logo, no plano da *informação*, incidindo as luzes da ribalta na questão aprovada, não se estranha que as outras fiquem numa zona de lusco-fusco ou mesmo na sombra; (2) além disso, para a *incerteza sobre o uso legislativo* das outras partes do diploma, que poderão funcionar como alternativas caso os movimentos do Sim não consigam obter vencimento; (3) finalmente, uma leitura atenta dos textos revela, ao nível do *conteúdo*, que várias das alterações não se limitam a pequenas modificações, lançando as maiores dúvidas sobre a *(i) legitimidade democrática* do caminho seguido.

Centramos a nossa análise no projecto do Partido Socialista, força maioritária, que apresentou, logo na primeira sessão legislativa, a partir de uma tentativa de referendo que naufragou no Tribunal Constitucional<sup>247</sup>, um projecto que veio a ser aprovado na generalidade<sup>247a</sup>.

Este projecto-âncora da descriminalização apresentado pelo Partido Socialista merece-nos, *inter alia*, as seguintes críticas:

1) os Centros de Aconselhamento Familiar inserem-se num modelo de informação, não sendo, pois, orientados, ao contrário do que acontece no ordenamento jurídico alemão, para a defesa da vida do nascituro<sup>248</sup>;

2) reincide-se, à semelhança de 1998<sup>249</sup>, numa alteração da alínea respeitante à indicação terapêutica, que é verdadeiramente objecto de uma tentativa

<sup>247</sup> Vide o Ac. TC n.º 578/05.

<sup>247a</sup> Já com o trabalho em provas, fomos alertados para o facto de, na especialidade, o PS ter apresentado uma Proposta de alteração ao Projecto de Lei n.º 19/X, deixando cair os dois aspectos criticados neste ponto do texto. Uma pesquisa na página da Assembleia da República revelou-se, contudo, infrutífera.

<sup>248</sup> Mesmo que se entenda que não é inconstitucional a “despenalização”, *rectius*, descriminalização, no prazo de 10 semanas, ainda assim uma eventual concretização legislativa sem aconselhamento obrigatório e consagrando um simples modelo de informação (como consta do projecto do Partido Socialista) não está isenta de dúvidas em sede de compatibilidade com a lei fundamental. No Ac. n.º 617/2006 [p. 7970-(12)-7970 (13)], refere-se a importância de uma “prévia consulta de aconselhamento”, sem, no entanto, sem entrar na discussão dos modelos. Aliás, a importância de um ou outro modelo é sublinhada no voto de vencido de Mário Araújo Torres: “a meu ver, atento o quadro constitucional português vigente, não pode deixar-se de considerar inconstitucional um sistema que, na parte em que acolhe o método dos prazos, não o condicione a um sistema de aconselhamento orientado para a salvaguarda da vida”[7970-(28)].

<sup>249</sup> A continuidade é sublinhada no preâmbulo do Projecto de Lei, dizendo-se que “reproduz as soluções constantes da base de trabalho propiciada pela iniciativa legislativa preparada pela JS, na sequência da apresentação do projecto de lei n.º 451/VII, bem como as soluções preconizadas pelo projecto-lei n.º 405/IX”.

de subversão. Com efeito, o art. 1.º do referido projecto de lei estabelece que não será punível a “interrupção da gravidez efectuada por médico ou sob a sua direcção, em estabelecimento oficial ou oficialmente reconhecido com o consentimento da mulher grávida (...) c) caso se mostre indicada para evitar perigo de morte ou grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica, da mulher grávida, designadamente por razões de natureza económica ou social e for realizada nas primeiras 16 semanas de gravidez”. Como tivemos oportunidade de analisar aquando do anterior procedimento referendário, afigura-se que estamos perante a chamada indicação médico-social<sup>250</sup>, que é justamente criticada na doutrina, dada a fluidez das suas fronteiras.

## 5. A questão dos efeitos de uma eventual mudança legislativa ou uma leitura consequencialista

Entre os argumentos apresentados em defesa da alteração do quadro legal, contam-se alguns que se referem aos efeitos<sup>251</sup>. Por um lado, residiria aí a solução para o fim dos julgamentos e para garantir a tutela da saúde da mulher; por outro, teríamos, em virtude da legalização, uma redução do número de abortos.

### 5.1. O argumento do fim dos julgamentos (da “humilhação da mulher”) e a tutela da saúde: a incoerência das 10 semanas

#### 5.1.1. *Unidos pela criminalização?*

A valer o argumento da humilhação<sup>252</sup> e da prisão das mulheres – um dos grandes cavalos de batalha<sup>253</sup> – então aqueles que apoiam um caminho para lá

<sup>250</sup> Para a noção de indicação médico-social cf. Albin ESER/ Hans-Georg KOCH, *Schwangerschaftsabbruch*, 3, cit., p. 213.

<sup>251</sup> Limitamo-nos a referir alguns dos argumentos mais reiterados. Evidentemente, quem centra a sua posição na defesa da vida intra-uterina também considera as consequências de uma eventual alteração da lei num sentido menos favorável ao nascituro, como, aliás, foi sendo aflorado ao longo do texto.

<sup>252</sup> Quando se fala de humilhação neste contexto, esta pode andar associada ao simples facto de ter de se ir a tribunal nas vestes de arguida, referir-se a formas de tratamento inadequadas por parte dos agentes da ordem ou de magistrados ou outros, ou ainda resultar do facto de a sua privacidade ser devassada, quer pelos envolvidos na investigação, quer nos tribunais. O primeiro caso, não sendo naturalmente agradável, é uma contingência a que qualquer cidadão pode estar sujeito ao longo da vida; o segundo – menor respeito – envolve violação de deveres e direitos; quanto à alegada questão da privacidade, o que está em causa são comportamentos com relevância pública, e que partem da eliminação de um ser humano. Além disso, em muitos destes casos, a

de um modelo de indicações, deveriam defendê-lo também depois das 10 semanas. Com efeito, *tertium non datur*: ou o prazo é para levar a sério, e, sendo verdadeiro o argumento das 10 semanas, estariam, de acordo com os seus

---

exposição mediática das mulheres é potencializada pelos adversários deste quadro legal criminalizados. Para uma acepção mais profunda de humilhação, cf o trabalho de Avishai MARGALIT (*La società decente*, Milano, 1998). Nesta obra, está em causa o “comportamento das instituições” (cf. também idem, “Global decency”, in: Michael SEYMOUR (ed.), *The fate of the nation-state*, 2004, p. 173). Na definição de Margalit, “l’umiliazione è il rifiuto di un essere umano dalla «famiglia dell’uomo». Cioè è trattare un umano come non-umano, ovvero mettersi in relazione agli umani come se non fossero umani (p. 140). (...) Tale esclusione tipicamente consiste nel trattare degli umani come subumani”(p. 145). As mulheres não consideradas nem tratadas como subhumanas, como, por exemplo, os nazis fizeram com os judeus (*Untermenschen*). É certo que se pode dizer que Avishai Margalit afirma que numa sociedade decente as instituições devem respeitar a *privacy*, sublinhando o lugar desempenhado pelo sexo no plano da intimidade. Mas não só a questão do aborto não pode ser reconduzida, como vimos, ao domínio da *privacy*, como a intervenção, desde que feita no respeito pelos direitos fundamentais e com as cautelas e a delicadeza que a situação impõe, corresponde a uma necessidade de intervenção processual, havendo outros casos na esfera da sexualidade que envolvem esta delicadeza.

Em Portugal, não vale a pena discutir o outro uso da palavra humilhação associada ao aborto nos EUA até ao caso *Roe versus Wade*. Com efeito, Rachel ROTH (*Making the women pay: the hidden costs of fetal rights*, Ithaca, 2000, p. 18, a que só foi possível aceder parcialmente) refere que a humilhação consistia em estar dependente de autorização, para realizar o aborto, de “all-male hospitals committees”.

<sup>253</sup> Trata-se de um argumento recorrente, que foi, entretanto, relançado por vários julgamentos (Maia, Aveiro, Setúbal, Lisboa). Sobre estes processos, vide Manuela TAVARES, “Julgamentos por abortos: uma violência sobre as mulheres”, in: Teresa CUNHA/ Celina M. dos SANTOS (org.), *Nós de outras teias: solidariedade feminina*, Coimbra, 2005, p. 113-117, que refere apenas a prisão de uma enfermeira que terá praticado os abortos, e que era também acusada da prática de outros factos ilícitos, no caso e baseando-me em Maria José ALVES (“Escrevo no rescaldo da sentença do Tribunal da Maia”, *Sexualidade e planeamento familiar* (2001/32), p. 1-2, p.1) ter-se-á apropriado, num hospital público, de “intervenção e vinhetas de clínicos para as prescrições de medicamentos”. Condenada a oito anos e meio de prisão, foi indultada pelo Presidente da República no Natal de 2003. Manuela Tavares indica ainda a condenação de um assistente social, sem referir a pena. Em relação às mulheres que abortaram foi condenada uma delas a quatro meses de prisão substituída por multa; quanto a outra, estava-se perante a prescrição do crime; quinze mulheres foram absolvidas. No caso de Aveiro, nenhuma mulher foi condenada; no caso de Setúbal, absolvição das mulheres que abortaram e referência, pela juíza, de que “quem se dedica a este tipo de práticas criminosas fá-lo, por regra, como modo de vida e fins lucrativos”, sendo separado o julgamento da parteira (op. cit., p. 115); finalmente, o caso de Lisboa terminou também com absolvição. Tirando o último caso, em que teria sido ingerido Citotec, em todos os outros casos os arguidos acusados de terem realizado o aborto às referidas mulheres eram todos profissionais de saúde. Mais: Manuela Tavares (op. cit., p. 116-117) recenseia ainda um caso (Coimbra, Novembro de 2004) em que, no âmbito do Departamento de Investigação e Acção Penal (DIAP), se foi para uma solução de suspensão do processo, aceitando testemunhar contra a parteira (não estamos, mais uma vez, perante uma “curiosa”) e tendo de pagar um determinado montante a uma instituição de protecção à infância.

pressupostos, unidos na repressão; ou o prazo é apenas uma estratégia socialmente aceitável de, de facto, abrir as portas ao “aborto a pedido” também depois desse prazo.

Aliás, o PCP tem defendido<sup>254</sup>, coerentemente, que a mulher não deve nunca ser sancionada pela prática de aborto<sup>255</sup>. Ou seja, até ao início do acto do nascimento<sup>256</sup> o aborto feito fora do quadro legal, antes ou depois das 10 semanas, seria insusceptível de fundar um processo ou qualquer condenação da mulher que aborte. Neste caso, nem sequer o critério de malha larga da *viabilidade do feto*<sup>257</sup> é tomado em consideração, pelo que, em relação à mãe, a vida

<sup>254</sup> Com efeito, a solução em causa corresponde a um ponto pelo qual se tem batido o PCP: *vide* também, por exemplo, o Projecto de Lei n.º 177/VII (Interrupção voluntária da gravidez), *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, de 22 de Junho de 1996, p. 985-987, p. 985-986, em que se sublinha que a mulher é uma vítima.

<sup>255</sup> Cf. agora o Preâmbulo do Projecto de Lei n.º 308/X e o seu art. 2.º, que elimina o n.º 3 do art. 140.º do Código Penal. Este preceito dispõe que “[a] mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até 3 anos”. Também o Projecto de Lei n.º 317/X, do Bloco de Esquerda, consagra, no art. 3.º (despenalização da mulher grávida), a eliminação do n.º 3 do art. 140.º do Código Penal.

<sup>256</sup> Para a defesa deste critério e não o do “nascimento completo” a que se refere o Código Civil (art. 66.º/1), cf., por todos, Jorge de Figueiredo DIAS, *Comentário conimbricense*, cit., p. 6-9. Em síntese, afirma que a diferença de critérios entre o direito civil e o direito penal é perfeitamente justificada, não pondo em causa a unidade da ordem jurídica; que o *telos* de protecção da norma incriminadora do homicídio exige que também a morte durante o parto seja aí compreendida; além disso, convoca ainda um argumento textual ou literal: o art. 136.º, referente ao infanticídio, que se trata de um caso de homicídio privilegiado e não de um aborto, compreende as hipóteses em que a mãe mata o filho “durante (...) o parto” (*op. cit.*, p. 6-7).

<sup>257</sup> Refira-se que o limiar da viabilidade tem vindo a baixar, discutindo-se crescentemente o problema dos chamados “abortos tardios”. Cf., sobre este ponto, na Alemanha, as considerações de Albin ESER (Albin ESER/ Hans-Georg KOCH (Hrsg.), *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, 3, cit., p. 578-580. A noção de viabilidade é entendida como a capacidade de sobrevivência extra-uterina. Nos Estados Unidos, na sequência do voto de vencida da juíza Sandra Day O’ Connor, no caso *Akron versus Akron Center for Reproductive Health* 462 U.S., de 1983, discutiu-se se não teria de ser alterada a orientação fixada no caso *Roe*, em virtude do progresso tecnológico. É sabido que uma das hipóteses discutidas foi, precisamente, o impacto do chamado útero artificial ou a aplicação da transferência do embrião para o útero de outra mulher (cf. Bonnie STEINBOCK, *Life before birth: the moral and legal status of embryos and fetuses*, New York/ Oxford, 1992, p. 83). Aqui, o conceito de viabilidade adquiriria outros contornos, significando a independência em relação à mãe, mesmo não sendo possível a sua sobrevivência sem a sua transferência para outro útero (natural ou artificial): cf. Bonnie STEINBOCK, *Life before birth*, cit., p. 83-84. Na discussão norte-americana, Nancy RHODEN [“Trimesters and technology: revamping *Roe v. Wade*”, *Yale Law Journal* 95 (1986), p. 639-697] procurou resolver esta questão distinguindo entre a viabilidade 1 e a viabilidade 2: a primeira corresponderia a um conceito tecnológico e a segunda a uma compreensão normativa. De acordo com a última, o que estaria em causa seria uma visão que ultrapassaria a dimensão tecnológica, exigindo-se que “the fetus is so substantially developed that it has a claim to societal protection” (*apud* Bonnie STEINBOCK, *Life before birth*, cit., p. 84). Vincent BOURGUET, *L’être en gestation*, cit., p. 111, refere precisamente a dissociação tecnologicamente possível entre maturidade e viabilidade: estes

intra-uterina ficaria totalmente desprotegida até ao nascimento. Viabilidade que é inclusivamente o critério expressamente acolhido no Código penal dos Países Baixos para se falar já de homicídio<sup>258</sup>.

### 5.1.2. *Riscos*

Acontece que, com o decurso da gravidez, tendem a aumentar os riscos, *topos* que é apresentado como um peso-pesado no campo argumentativo. O PCP recupera agora estatísticas que constariam de uma de obra de Ambroise Cardier, intitulada *Étude médico-legale sur l'avortement*, que teria sido publicada em 1916, segundo as quais “de 116 casos de aborto criminoso, 60 tiveram por resultado uma morte mais ou menos imediata”. Admitimos que haja um lapso ou, pelo menos, não o havendo, e tudo indica que sim<sup>259</sup>, esses dados figuravam, pelo menos, já numa obra anterior a 1881<sup>260</sup>, dado que o seu autor, um dos grandes nomes da medicina legal<sup>261</sup> do século XIX, faleceu a 12 de Janeiro de 1879. Além disso, o preâmbulo do diploma do PCP recolhe dados sobre o aborto inseguro no mundo<sup>262</sup>. Contudo, dados do Instituto Alan Guttmacher<sup>263</sup> tornam claro que a mortalidade por abortos inseguros nos países em vias de desenvolvimento é de 400 por 100.000 abortos, mas nos países desenvolvidos é muito menor, desde logo pela cobertura em termos de serviços de saúde.

O limite das 10 semanas revela-se também frágil numa perspectiva de riscos. Com efeito, a terem vencimento, os argumentos de saúde pública valeriam, por maioria de razão, para abortos mais tardios que, salvo nas hipóteses cobertas pelas indicações previstas na legislação penal, teriam a marca da clan-

---

termos seriam “quase sinónimo(s)” num contexto de pobreza ou mesmo de inexistência de meios tecnológicos. Mas, “[h]oje em dia, em compensação, um feto imaturo pode ser viável” (p.111).

<sup>258</sup> Sublinhe-se que, nos Países Baixos, à face do Código penal (art. 82 a) o aborto de um feto viável é considerado como homicídio (art. 287.º). A legislação pode ver-se em Albin ESER/Hans-Georg KOCH, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, 1, cit., p. 1068-1075.

<sup>259</sup> Na verdade, em 1916, foi publicada uma edição póstuma – a nona – de uma obra de Ambroise TARDIEU, *Étude médico-legale sur l'avortement*, 9.ª edição, Paris.

<sup>260</sup> Com efeito, Ambroise TARDIEU (*Étude médico-légale sur l'avortement suivie d'observations et de recherches pour servir à l'histoire médico-légale des grossesses fausses et simulées* Paris, 41881) faleceu em 1879, estando o texto da quarta edição, póstuma, disponível no sítio <http://gallica.bnf.fr>. O que importa aqui não é a gralha, que pode perfeitamente acontecer, mas a diferença significativa de datação.

<sup>261</sup> Uma curta biografia está disponível no sítio <http://www.whonamedit.com/doctor.cfm/99.html>, que indica como datas das edições anteriores da obra 1856, 1864, 1868. Não nos foi possível compulsar estas versões.

<sup>262</sup> Baseando-se, como expressamente se adverte, num relatório da OMS de 2004.

<sup>263</sup> *Apud* Marge BERER, “Making abortions safe: a matter of good public health policy and practice”, in: *Abortion*, cit., p. 413-426, p. 414. A possibilidade de recorrer a apoio médico em caso de complicações funciona como um elemento importante.

destinidade<sup>264</sup>. Mas, “a probabilidade de complicações e de morte aumenta com a gestação”<sup>265</sup>. A questão não é, aliás, meramente teórica: podemos encontrar, desde logo, ilustrações entre nós, no plano jurisprudencial, em depoimentos recolhidos, e também na experiência comparada. Em relação à jurisprudência, o Ac. STJ, de 8 de Junho de 1995, em que a mulher morreu na sequência de um aborto, refere-se a uma mulher grávida de “cinco meses e meio a seis meses”<sup>266</sup>. Em matéria de depoimentos, atentemos no primeiro dos cinco exemplos<sup>267</sup> mobilizados por Mário Tomé<sup>268</sup> na sua crítica a um editorial do *Expresso* e que teriam sido apresentados na discussão na Assembleia da República, em Novembro de 1982: 1.º Caso: “Fiz um aborto já há alguns anos. (...) *Estava grávida de 4 meses*”<sup>269</sup>.

<sup>264</sup> Mas clandestinidade não é sinónimo de aborto inseguro. Com efeito, dos relatos vindos a público tudo indica que a situação não é hoje comparável ao retrato traçado por Álvaro CUNHAL [*O aborto: causas e soluções*, Porto, 1997, p. 71-72, sendo o original, no entanto, de 1940, e em que qualifica de “experiência brilhante” a legalização do aborto na ex-URSS, p. 87-93, considerando já a nova legislação criminalizadora de 1937; esta era motivada por uma política natalista, em que, como sublinha Susan Gross SOLOMON, “The demographic argument in Soviet debates over the legalization of abortion in the 1920s”, in: Dorothy PORTER/ Roy PORTER (ed.), *Doctors, politics and society: historical essays*, Amsterdam, 1993, p. 140-173, p. 161, “the state did not make contraception more readily available or more effective”] quando diz que o aborto seria “praticado as mais das vezes por pessoas incompetentes, em péssimas condições higiénicas, sem os necessários meios técnicos” (p. 100). Mais: há até uma evolução tecnológica, como se vê no caso do aborto por aspiração: cf., a este propósito, Forrest GREENSLADE et al., “Safe abortion care: the challenges of technology introduction and the control of care”, in: I. Pramilla SENANAYAKE, *Family planning: meeting challenges, promoting choices*, 1993, p. 187, referindo-se aos ganhos em matéria de segurança resultantes de uma política da difusão desta técnica nos países em vias de desenvolvimento.

<sup>265</sup> “The probability of complications and death increases with gestation, however. For example, in the United States, abortions at 16–20 weeks have a fatality rate of 6.9 deaths per 100,000 procedures, whereas those performed at gestations of eight weeks or less have a fatality rate of only 0.4 (p. 33: <http://www.gutmacher.org/pubs/sharing.pdf>) per 100,000.

<sup>266</sup> “Esta encontrava-se grávida em estado de gestação de cinco meses e meio a seis meses e pretendia fazer um aborto” (Ac. STJ, processo n.º 046199).

<sup>267</sup> Nos outros quatro casos, não se refere o tempo de gravidez no 2.º e no 3.º; no 4.º, indicam-se 2 meses e meio; no 5.º, a criança escapou a um aborto.

<sup>268</sup> <http://www.udp.pt/textos/feminismos/aborto5.htm>.

<sup>269</sup> Itálico nosso. Veja-se o último caso referido em que a mulher, cuja história compreendia dois abortos, acabou por não o fazer. Dê-se a palavra à mulher: “Fiz 2 abortos e tudo correu bem. Sou casada já tinha 3 filhos e não queríamos mais nenhum, mas tive a pouca sorte de ficar grávida. Fui à parteira que já me tinha feito os 2 abortos, e saí de lá com algumas dores e a perder sangue. Passados 3 ou 4 dias as dores desapareceram e o sangue parou. Passado algum tempo como a menstruação não viesse, fui a um médico que me disse que estava grávida de 4 meses. Fiquei desgostosa pois não queria ter o filho. No entanto, tive medo de voltar à parteira porque o médico me tinha dito que um aborto de 4 meses era muito perigoso. *O filho nasceu. Tem agora 4 anos. Gosto de todos mas talvez mais deste, não sei bem porquê. Ainda bem que tal me acon-teceu, pois sou feliz, embora reconheça que são filhos a mais.*” (no original, está todo o texto em itálico).



Nos depoimentos recolhidos pela UMAR<sup>270</sup>, encontramos vários casos – a esmagadora maioria não indica os prazos – em que se referem abortos realizados depois das 10 semanas: entre 4<sup>271</sup> e 6 meses<sup>272 273</sup>.

Entre nós, Miguel Oliveira da Silva<sup>274</sup> claramente reconhece que “temos de assumir com toda a franqueza que o circuito clandestino não vai acabar. As clínicas que fazem abortos ilegais não vão deixar de os fazer. Porque a proposta que existe é a de legalizar até às dez semanas. E as pessoas que só decidem às 12, às 14?”.

Quanto ao plano comparado, vejamos a questão em secção autónoma.

### 5.1.3. *Experiência comparada: a persistência do problema*

A análise das experiências de outros países revela que a persistência do problema não é meramente académica, existindo um “turismo abortivo”<sup>275</sup> para

<sup>270</sup> *Aborto decisão da mulher: contributo para história do movimento pelo aborto e contraceção em Portugal*, Lisboa, 1998.

<sup>271</sup> Depoimento n.º 1, p. 51: só aos quatro meses soube que estava grávida, afirmando que anteriormente lhe fora dito que tinha um mioma; alegou que “teve receio que todos os medicamentos tivessem afectado o bebé”; depoimento n.º 101: relata-se a história de uma amiga que abortou aos 4 meses (p. 90); depoimento n.º 112, p. 95: “Já estava grávida de 4 meses e a parteira fartou-se de ralhar, pois não queria pôr em perigo nem a vida da senhora nem a reputação dela”. No depoimento n.º 202, p. 133, mais de quatro meses: “O último andou até ao 4.º mês pensando que era um mioma. Mais tarde é que o médico lhe disse que estava grávida”.

<sup>272</sup> Depoimento n.º 77, p. 80, onde se lê que “[f]ez um aborto com 6 meses mas enganou a parteira dizendo que tinha 3 meses”.

<sup>273</sup> Refira-se que, no depoimento n.º 22, se indicam 8 abortos, todos às 6 semanas (p. 59); no n.º 81, referem-se cinco semanas de gravidez; no depoimento n.º 111, indica-se que “ainda estava no princípio” e também no n.º 180 (p. 125), a fórmula é “logo após a menstruação”; no depoimento n.º 182 (p. 126), fala-se de 5 ou 6 semanas de gravidez. Há ainda um caso (depoimento n.º 84) em que estava em causa a detecção, às 26 semanas, da síndrome de Dundy Walker, hipótese em que também não está em causa um “aborto a pedido” (p. 82); também o depoimento n.º 89 refere um caso em que, na 25.ª semana, se detectou malformação grave do feto (p. 85), valendo o comentário que fizemos para o caso anterior; a mesma anotação para o depoimento n.º 188 (p. 128): aborto realizado em França, face à recusa de médicos portugueses, sendo o feto portador de deficiência (espinha bífida). Em relação ao depoimento n.º 210, p. 136, situação de feto deficiente: “ Fiz a interrupção com 19 semanas no Hospital. Claro que na declaração ficou que eram menos semanas porque eu já estava fora da lei. Os médicos foram compreensivos e alteraram o tempo de gravidez”. Neste último caso, com a alteração de prazos, hoje a situação estaria coberta legalmente. Acrescenta-se algo que nos deve fazer reflectir: “As pessoas que vão para a televisão falar contra as mulheres que abortam não sabem o que é passar por esta situação: ter um filho deficiente e não ter nenhum apoio” (p. 136).

<sup>274</sup> Entrevista de Fernanda Câncio, *Diário de Notícias*, de 7 de Outubro de 2005 (disponível na página da Caminho: [http://html.editorial-caminho.pt/show\\_recorte\\_\\_q1area\\_\\_3Dcatalogo\\_\\_3Dobj\\_\\_3D62332\\_\\_q236\\_\\_q30\\_\\_q41\\_\\_q5.htm](http://html.editorial-caminho.pt/show_recorte__q1area__3Dcatalogo__3Dobj__3D62332__q236__q30__q41__q5.htm)).

<sup>275</sup> Aliás, à semelhança do que acontece com o “turismo procriativo”, aproveitando-se a diferença de quadros legislativos ou de práticas. Alguns exemplos recentes deste último podem

tentar contornar os limites temporais da legislação. Assim, em França, o aumento do prazo de 10 para 12 semanas revelou-se incapaz de eliminar os casos de residentes em França que se deslocam ao estrangeiro<sup>276</sup>. Mais: o alargamento do prazo das 10 para as 12 semanas foi justificado pela insuficiência do primeiro<sup>277</sup>, sustentando-se que, dessa forma, a maioria dos casos seria enquadrada<sup>278</sup>. Num estudo realizado pelo *Mouvement Français pour le Planning Familial*<sup>279</sup> verificava-se que as razões para se ir além das 10 semanas, contadas a partir da fertilização<sup>280</sup>, são de diversa índole<sup>281</sup> e que 40 % dessas mulheres abortavam entre “12 e 14 semanas depois das últimas regras (10 a 12 semanas), 29 % entre 15 e 17 semanas (13 a 15), 16 % entre 18 e 20 semanas (16 a 18 semanas) e 9 % para lá de 20 (18) semanas”<sup>282</sup>. Note-se, pois, que a maioria destas hipóteses continuou a não ter cobertura legal. E o que se discute, num quadro europeu de oferta de serviços abortivos, em que os prazos são mais dilatados

---

ver-se em J. COHEN, “Le tourisme procréatif: un pis-aller”, *Gynécologie, obstétrique et fertilité* 34 (2006), p. 881-882.

<sup>276</sup> Este facto é até comprovável pela leitura de fora na Internet, em que se pedem informações desta natureza: cf., por exemplo, [http://forum.aufeminin.com/forum/matern8/\\_f2917\\_matern8-Avortement-a-l-etranger-comment-faire.html](http://forum.aufeminin.com/forum/matern8/_f2917_matern8-Avortement-a-l-etranger-comment-faire.html).

<sup>277</sup> Transcrevemos o texto do *Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Culturelles, Familiales et Sociales sur le Projet de Loi (n° 2605) relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, elaborado por Martine Lignières-Cassou (<http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r2726.asp>): “On peut noter que le délai légal actuel est plus court en France que dans la plupart des autres pays européens où il est en moyenne de douze semaines. Il est apparu que le délai de dix semaines était trop serré, notamment lorsque la grossesse est révélée tardivement à la femme. On ne peut continuer à accepter d’envoyer chaque année des milliers de femmes à l’étranger. Ces femmes basculent, contre leur gré, dans l’illégalité et éprouvent bien souvent des difficultés à obtenir les renseignements dont elles ont besoin pour se diriger vers des établissements privés étrangers. Il leur est parfois difficile de réunir l’argent nécessaire: le voyage et la prise en charge sur place sont en effet souvent coûteux (de l’ordre de 5 000 francs pour une IVG aux Pays-Bas par exemple)”.

<sup>278</sup> “Selon les études effectuées par le ministère, cet allongement du délai résoudrait 80 % des cas des femmes concernées”.

<sup>279</sup> Danielle GAUDRY, in: Actes du colloque organisé sous le haut patronage de M. Raymond FORNI, *Président de l’Assemblée nationale* par la Délégation aux droits des femmes et à l’égalité des chances entre les hommes et les femmes présidée par Mme Martine LIGNIÈRES-CASSOU, *Délégation aux droits des femmes et à l’égalité des chances entre les hommes et les femmes* «Droits des femmes: contraception, IVG, pour un meilleur accès», 30 de Maio de 2000 <http://www.assemblee-nationale.fr/11/col-delf/30mai2000/r9999.asp>.

<sup>280</sup> Sobre este ponto, cf. Thomas WÜST-REICHENBACH, “Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich: Landesbericht Frankreich, in: Albin ESER/Hans-Georg KOCH (Hrsg.), *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, Baden-Baden, 1988, p. 521.

<sup>281</sup> Cf. Danielle GAUDRY, no colóquio referido, indica, de acordo com um estudo realizado que entre os principais motivos invocados para não ser respeitado o prazo estão razões de ordem psicológica ou médica (27%) e problemas de natureza familiar (20%).

<sup>282</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/11/col-delf/30mai2000/r9999.asp>

noutros países, é se o legislador não irá, mais uma vez, alargar o período de “aborto a pedido”<sup>283</sup>.

Na Bélgica, continua a ser significativo o número de abortos praticados do outro lado da fronteira<sup>284</sup>, nos Países Baixos, em que a legislação é temporalmente mais permissiva. De acordo com os dados relativos a 2005, 40% dos abortos realizados a cidadãs da Bélgica ou do Luxemburgo<sup>285</sup> foram feitos a partir da 14.<sup>a</sup> semana de gravidez.

Um caso que merece ser referido é, sem dúvida, o espanhol. A partir de uma leitura laxista da indicação terapêutica, há clínicas em Espanha que, partindo da definição, dissolutora e altamente criticada<sup>286</sup>, de saúde, consagrada pela Organização Mundial de Saúde – “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” – praticam abortos que, nas palavras de Santiago Barambio Bermudez<sup>287</sup>, que diz ser esta a interpretação da ACAI – Associação de Clínicas Acreditadas para a Interrupção da Gravidez, “de fetos são até à 26.<sup>a</sup> semana, se houver parecer psiquiátrico certificando que há risco para a mãe”. E acrescenta que a Espanha é hoje o “destino de abortos dos países da Europa com Interrupção Voluntária que complicam o acesso a mulheres depois da 12.<sup>a</sup> semana ou que têm leis restritivas em semanas superiores às 22”. Mais: chama a atenção para os números oficiais do Ministério da Saúde e Consumo espanhol, de 1997 a 2004, que apontariam para o crescimento da cifra de abortos depois das 12 semanas. Sem prejuízo de alguns poderem corresponder a uma leitura não desvirtuada em termos de indicações, não é o que se passa com o grosso.

<sup>283</sup> Cf., recentemente, as reflexões de Patrick LEBLANC, “Point de vue du gynécologue-obstétricien”, *Revue générale de droit médical (Actes du colloque: dix ans de lois bioéthiques en France)*, 2006, p. 143-147, p. 144-145.

<sup>284</sup> Cf. SENSOA, *Abortus in Belgie*, 2004 (vide [www.sensoa.be](http://www.sensoa.be)) a partir do relatório da Comissão Nacional de Avaliação relativa à interrupção da gravidez (2002/2003). Mas registre-se que o número de abortos de residentes na Bélgica, realizados no país e na vizinha Holanda, aumentou em números absolutos de 16.932 para 17.867. O que traduzido na taxa de aborto por 1000 mulheres dos 15 aos 44 anos significa 8.56 em 2005, contra 8.09 em 2004 e 6.24 no início do registo (1993). Em termos da rácio de aborto, isto é, relacionando o número de abortos com o total de gravidezes temos o seguinte cenário: em 2005, 13, 15%, contra 12, 77% em 2004 e 10,11% no início do registo (1993). Para estes valores, cf. Johan van BUSSEL, *Zwangerschapsafbreking in België (1993-2005)*, Leuven, 2006, p. 14 e 15.

<sup>285</sup> No formulário, as residentes nesses países são objecto de tratamento unitário: cf. a reprodução do documento (*Registratieformulier abortus provocatus*) na p. 33 de *Landelijke abortus Registratie 2005*, Utrecht, 2006.

<sup>286</sup> Para a génese e críticas, podem ver-se as indicações constantes de João LOUREIRO, “Direito à (protecção) da saúde”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, 2006, p. 657-692, p. 661-662.

<sup>287</sup> “Porque en España se practican abortos hasta las 26 semanas”, Congreso FIAPAC 2006, Roma.

Resumindo: as 10 semanas revelam-se um prazo arbitrário, sem fundamento material que o justifique, que levará as mulheres que decidam abortar depois, num quadro de riscos acrescidos com o decurso da gravidez, à clandestinidade, ou ao chamado “turismo abortivo”. O primeiro tem sido considerado pelos partidários do “aborto a pedido” como vergonhoso; o segundo como inadmissível discriminação com base nas condições económicas.

## 5.2. O argumento da redução do número de abortos

Um dos tópicos recorrentes dos dois lados da barricada prende-se com o impacto das alterações legislativas nos números do aborto. Também aqui se torna claro que o referido “enfrentamento” ou o “choque de absolutos” (Tribe) ou de “ortodoxias” (Robert George). Em regra, os defensores da alteração legislativa descriminalizadora sustentam que a lei vigente não tem nenhum efeito de dissuasão, pelo que ninguém deixará de fazer um aborto, quer seja ou não permitido, variando apenas as condições, nomeadamente referentes ao local e aos riscos. Mais: a passagem para o enquadramento em termos de sistemas de saúde permitiria levar as mulheres que abortaram a uma maior sensibilização que se traduziria numa diminuição do número de abortos. Pelo contrário, os adversários afirmam que a legalização conduzirá e tem levado efectivamente a um número crescente de abortos, citando também estatísticas.

Uma análise adequada da questão terá de ter presente que:

a) há sérias dificuldades na análise comparativa dos abortos realizados num quadro de proibição e depois das alterações permissivas. Quanto aos primeiros, não existem, por definição, números rigorosos<sup>288</sup>, se exceptuarmos os praticados no estrangeiro, no caso desses países tratarem de forma autónoma (distinção entre residentes e não residentes) e discriminadamente (por país de origem). Quanto ao mais, há apenas estimativas, baseadas, por exemplo, em amostras. Já se procurou caracterizar parte do fenómeno recorrendo a dados recolhidos em serviços públicos relativos a abortos, incluindo os espontâneos<sup>289</sup>,

<sup>288</sup> Se dúvidas houvesse, cf., por exemplo, o estudo do The Allen Guttmacher Institut, *Abortion: a Latin American reality*, New York/ Washington, 1994, p. 3-4: “Because of the lack of reliable statistics, most information about the extent and nature of unsafe abortion is based on hearsay. In some countries, sensationalistic stories in the mass media make exaggerated claims about the numbers of women having induced abortions. On the other hand, some groups that are opposed to abortion tend to minimize its prevalence”.

<sup>289</sup> Socorrendo-nos de um texto já referido da OMS (*Prise en charge des complications de la grossesse et de l'accouchement*, cit., S-10), que o aborto espontâneo “comme la terminaison d'une grossesse avant que le fœtus soit viable (avant 22 semaines de gestation)”. O aborto é considerado completo, se se verificar a “expulsion de la totalité des produits de conception” (*op. cit.*, S-10). A própria designação é hoje discutida, propondo-se evitar a palavra aborto: cf. David

sendo que nem sempre é fácil o enquadramento. É, no entanto, seguramente desonesto avançar com o número total de abortos, espontâneos ou provocados, como vergonhosamente já se fez entre nós, como se fossem todos abortos provocados, apesar de, nas tabelas divulgadas, se proceder à distinção das situações.

b) Em relação a um possível efeito dissuasivo (eficácia preventiva negativa), um estudo conduzido no quadro de um projecto de investigação do *Max-Planck Institut*<sup>290</sup> revela que, não sendo muito elevado, não é totalmente inexistente. De acordo com esse estudo, 5% das mulheres inquiridas desistiriam de fazer o aborto, se o mesmo não fosse admitido pelo sistema jurídico;

c) é falacioso, mesmo quando assistimos a uma redução do número de abortos, imputar esse aspecto à legalização. Com efeito, em matéria de informação e de difusão da contracepção, as sociedades não são estáticas<sup>291</sup>. Basta pensar no caso português para ver que, nas últimas décadas, o uso de anticoncepcionais aumentou significativamente<sup>292</sup>. Mas importa não esquecer que o simples conhecimento da informação não leva, necessariamente, à adopção dos comportamentos adequados.

---

HUTCHON/ Sandra COOPER, “Terminology for early pregnancy loss must be changed”, *British Medical Journal*, 317 (1998), p. 1081. Sintetizando, e dando-lhes a palavra: “The Royal College of Obstetricians and Gynaecologists has a study group on early pregnancy loss, which last year recommended new medical terminology that avoids the word abortion for spontaneous early pregnancy loss. The group suggests using the term “early fetal demise,” but women may still find this term distressing. “Delayed miscarriage” and “silent miscarriage” have been suggested to replace missed abortion”.

<sup>290</sup> Sobre o estudo, cf. o que escrevemos em *Aborto*, cit., p. 372.

<sup>291</sup> E mesmo assim sociedades houve em que, ao menos numa certa fase, o aumento da contracepção andou a par com o acréscimo do número de abortos: *vide*, apoiando-se em Cicely Marston/ John CLELAND (“Relationships Between Contraception and Abortion: A Review of the Evidence”, *Int Fam Plan Perspect* (2003) 29: 6-13.), David A. GRIMES et al., “Unsafe abortion: the preventable pandemic”, *The Lancet* (2006), p. 1908-1919, p. 1915 que escrevem: “In another six countries (Cuba, Denmark, Netherlands, Republic of Korea, Singapore, and USA), abortion and contraception increased simultaneously; the uptake of effective contraception did not keep pace with couples’ increasing desires for smaller family sizes”.

<sup>292</sup> Cf., neste ponto, para a difusão dos métodos contraceptivos entre nós, o *Inquérito à Fecundidade e à Família* (1997), do Instituto Nacional de Estatística: cf. *Portugal Social: 1991-2001*, Lisboa, 2003, p. 42. Para as etapas desse desenvolvimento e para as mudanças operadas na sequência da Revolução, com importantes subsídios, bem como para um tratamento dos dados disponíveis, cf. agora Ana Nunes de ALMEIDA (Coord.), *Fecundidade e contracepção*, cit.. Neste estudo, regista-se que, no *I Inquérito Português à Fecundidade*, realizado, em 1980, pelo Instituto Nacional de Estatística, o método mais utilizado era o coito interrompido, sendo que os meios contraceptivos mais modernos eram apenas utilizados por 33% dos casais (*op. cit.*, p. 33). Mas, correspondendo à percepção do público no sentido de se ter alterado significativamente a difusão dos contraceptivos em Portugal, cf. a comprovação empírica, sendo que o período de 1984 a 1988 é tratado sob a epígrafe “a generalização do acesso à contracepção” (*op. cit.*, p. 34-36). Mais: analisando os dados do referido inquérito de 1997, lê-se que estes“(…) espelham bem os enormes avanços que foram feitos no uso dos métodos modernos de contracepção. De facto, quer a

Mais recentemente a chamada “contraceção de emergência”<sup>293</sup> permite actuar precocemente, tendo efeito abortivo quando impeça a nidacção<sup>294</sup>.

A haver espanto, ele resulta da manutenção de taxas elevadas<sup>295</sup> de abortos em sociedades que, do ponto de vista dos indicadores económicos e sociais, são consideradas avançadas. Pensemos, por exemplo, na Dinamarca, que não pode ser considerada um modelo de conservadorismo moral ou uma sociedade actualmente fortemente influenciada pelas igrejas, nomeadamente a luterana. É verdade que, em mais de 25 anos, houve uma redução significativa, um dos critérios que leva Lisbeth B. Knudsen<sup>296</sup> a falar de uma “história de sucesso”. Segundo os dados apresentados, os 24 abortos por 1000 mulheres em idade fértil teriam dado lugar a 12 por 1000 em 2002, num quadro marcado, como reconhece a própria, por uma difusão de meios de prevenção da gravidez. Este dado é tendencialmente correcto para os países nórdicos, mas assiste-se a um acréscimo quer na Islândia, quer na Finlândia<sup>297</sup>.

Na Suécia, o relatório preliminar relativo a Janeiro-Junho de 2006<sup>298</sup> dá conta de um aumento de 1,5% de 17499 para 17 910, sendo que o acréscimo

---

prevalência contraceptiva, quer o uso de contraceptivos na primeira relação sexual, melhoraram de forma surpreendente quando se comparam as diferentes décadas ou, no presente, os comportamentos das diversas faixas etárias”. Logo em seguida acrescenta-se que, “nesta paisagem relativamente homogénea permanece, contudo, uma brecha que destoa: a elevada incidência de práticas de aborto” (p. 37).

<sup>293</sup> Sobre a utilização da contraceção de emergência como meio de prevenir o aborto (com o alcance que o conceito assume no domínio jurídico-criminal), cf. Fatim LAKHA, “Unintended pregnancy and use of emergency contraception among a large cohort of women attending for antenatal care of abortion in Scotland”, *The Lancet* 368 (2006), p. 1782-1787, que sublinha a importância de terem sido disponibilizados produtos específicos no mercado, mas cujo estudo revela limitações (cf. p. 1785-1786) quanto ao objectivo em discussão, para além das falhas associadas.

<sup>294</sup> Cf. Walter OSSWALD, “Contraceção: aspectos médicos”, in: Luís ARCHER/ Jorge BISCAIA/ Walter OSSWALD/ Michel RENAUD (Coord.), *Novos desafios à bioética*, cit., p. 74-80, p. 78-79; numa perspectiva sociológica, cf. Ana Nunes de ALMEIDA (Coord.), *Fecundidade e contraceção*, cit., p. 327-334 e também Nuno Portugal CAPAZ, “A contraceção de emergência de venda livre em Portugal”, *Sexualidade e Planeamento Familiar – Revista da APF* (2003/36), p. 22-32.

<sup>295</sup> Em relação às taxas de abortos, importa sublinhar que, na literatura, encontramos vários critérios de comparabilidade do número de abortos: ou por 1000 ou 100 nados-vivos; ou por 1000 ou 100 gravidezes conhecidas, ou por 1000 ou 100 mulheres em idade fértil (neste último caso, há algumas divergências, em virtude da unidade de referência não ser, de um ponto de vista comparado, igual: por exemplo, em vez do limite dos 45 tempos, nalguns países, 49 anos): cf. Albin ESER/ Hans-Georg KOCH, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, cit., 3, p. 471.

<sup>296</sup> *Abort i 30 år*, cit., p. 96.

<sup>297</sup> Lisbet B. KNUDSEN et al., “Induced abortion in the Nordic Countries: special emphasis on young women”, *Acta Obstetrica e Gynecologica Scandinavica* 82 (2003), p. 257-268.

<sup>298</sup> *Aborter i Sverige 2006 januari – juni: Preliminär sammanställning*, 2006: está disponível, contendo também o resumo e outras indicações em inglês, em <http://www.socialstyrelsen.se/NR/rdonlyres/55220D43-3A8E-4B8E-860F-9E40AA77AEA5/6264/2006426.pdf>.



é de cerca de 2% nas jovens com menos de 20 anos (*teenagers*)<sup>299</sup> e de 6% para o grupo etário dos 20 aos 24; apenas em relação às mulheres com mais de 40 anos se verifica um decréscimo significativo (10%). Isto apesar de, como salienta um relatório sueco de 2005, a educação sexual ser obrigatória nas escolas há mais de cinquenta anos, haver uma vasta difusão de anticoncepcionais e, desde a década de 70, ser possível o “aborto a pedido”<sup>300</sup>. Mais: nota-se que, trinta anos depois, não há variações significativas no número de abortos, sendo o intervalo de variação de 18 a 21 abortos por 1000 mulheres entre 15-44 anos<sup>301</sup>.

A situação verifica-se também noutros países: numa análise recente, a propósito dos 30 anos da lei Veil, Jacques-Édouard Mention<sup>302</sup> refere a estabilidade da taxa de aborto em França apesar da difusão em matéria contraceptiva e precisa: “infelizmente, o número de abortos não diminuiu desde de 1985”<sup>303</sup>. Na Itália, Elio Sgreccia<sup>304</sup> reconhece que, apesar de ter havido uma redução significativa em relação a 1982 – ano em que o número de abortos ultrapassou os 234 000 casos –, este continua a ser relativamente alto, verificando-se até um pequeno acréscimo se comparados os elementos disponíveis: de 2003 para 2004 aumentou de cerca de 132 000 para quase 137 000, passando a taxa de aborto – número por 1000 mulheres em idade fértil (15-49) – de 9,6 para 9,9.

O caso dos Países Baixos é frequentemente apresentado como um modelo, tendo sido já invocado, entre nós, nomeadamente em debates em 1998<sup>305</sup>. Com

<sup>299</sup> Para uma síntese em inglês, cf. <http://www.socialstyrelsen.se/Publicerat/2006/9306/Summary.htm>.

<sup>300</sup> *Abort i Sverige*, SOU 2005: 90 (<http://www.sweden.gov.se/sb/d/5140/a/52638>), p. 63.

<sup>301</sup> *Abort i Sverige*, cit., cap. 8, p. 73.

<sup>302</sup> “Comment améliorer l’observation en contraception et diminuer le nombre d’IVG”, *Revue générale de droit médicale* (2006/19), p. 81-87, p. 81; vide também já antes a referência no *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, Bulletin 148 (2005), p. 6668: “Banalisation de l’avortement”, resumindo um estudo realizado no quadro do *Institut national d’études démographiques* (INED) e do *Institut de veile sanitaire* (INVS): N. BAJOS/ C. MOREAU/ H. LERIDON/ M. FERRAND, “Pourquoi le nombre d’avortements n’a-t-il pas baissé en France depuis 30 ans?”, *BEH* (2005/9/10), p. 38. No mesmo sentido, veja-se o artigo “Interruption de grossesse”, in: *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies* (atualização de Setembro de 2003), p. 1149, que fala de “banalização do aborto” e escreve: “Tout se passe aujourd’hui comme si la loi avait institué, non point une tolérance, mais un «droit» à l’avortement”.

<sup>303</sup> *Comment améliorer l’observation en contraception*, cit., p. 83.

<sup>304</sup> “Bioética e aborto: il punto di vista della bioetica”, in: *Manuale di bioetica*, Milano, 2006 (trad.: *Aborto: o ponto de vista da bioética*, Estoril, 2006, p. 7-8, n. 2).

<sup>305</sup> Repare-se, aliás, que os números então analisados, constantes do referido estudo do Max-Planck Institut (Albin ESER/ Hans-Georg KOCH (Hrsg.), *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, 1, cit., p. 1003) indicavam uma prática significativa de esterilização masculina e feminina, já no início dos anos 80: 10% para os homens entre os 17 e os 51 anos e 9,8% para as mulheres com idades compreendidas entre os 15 e os 49. Mas a esterilização nos Países Baixos tem vindo a aumentar. Na página da *Stichting Anticonceptie Nederland*, pode ler-se que “Nos Países Baixos 50% dos casais acima dos 35 anos de idade ou um ou ambos estão esterilizados: o número mais elevado do mundo!” (<http://www.anticonceptie-online.nl>).

efeito, a taxa de abortos por mil mulheres em idade fértil é, numa perspectiva comparada, baixa<sup>306</sup>. No entanto, se procedermos a uma decomposição dos números, veremos que houve, por razões que se prendem com a alteração da legislação na República Federal da Alemanha, uma redução significativa das cidadãs provenientes desse país (de 8297 para 1469); já quanto de mulheres dos Países Baixos, verifica-se espantosamente que o número aumentou significativamente, de 17 251, em 1985, para 28 738, em 2005<sup>307</sup>.

Se pegarmos nos últimos dados disponíveis, que comparam 1995 e 2005, verifica-se, como se pode ver pelo gráfico<sup>308</sup>, que o intervalo de variação situa-se entre 6 e 8,7 abortos por 1000 mulheres entre os 15 e os 44 anos<sup>309</sup>.



Sublinhe-se que o facto de os Países Baixos serem uma “sociedade pluri-forme” (vulgarmente conhecida como multicultural), não deixando de ser relevante, não explica, por si só, a situação. Os chamados “filhos de dois mun-

<sup>306</sup> Baseamo-nos em dados constantes do *Landelijke abortus Registratie 2005*, cit.

<sup>307</sup> No endereço <http://www.netherlandsembassy.hu/en/files/9538905590.pdf>, encontra-se uma análise dos dados e uma apresentação, em língua inglesa, da legislação holandesa, para o período de 1985 a 2001. Se olharmos para as estatísticas, verifica-se que, em 1985, o número total de abortos (contando com não residentes) cifrava-se em 37.972; em 2001, o número baixou para 34.168. Cf. agora, com dados mais actualizados, *Landelijke abortus Registratie 2005*, Utrecht, 2006.

<sup>308</sup> *Landelijke abortus Registratie 2005*, cit., p. 4.

<sup>309</sup> *Landelijke abortus Registratie 2005*, cit., p. 4. Vd. também “Ongewenste zwangerschap”, in: *CMR-Peilstations Nederland 2005, NIVEL 2006*, p. 123-127. <http://www.nivel.nl/pdf/Continue-Morbiditeits-Registratie-Peilstations-Nederland-2005.pdf>. (Nivel: NIVEL, *The Netherlands Institute for Health Services Research*).

dos”<sup>310</sup> não são os únicos responsáveis pelo aumento do aborto, nomeadamente entre os adolescentes e jovens<sup>311</sup>.

## 6. Princípios bioconstitucionais e aborto

De uma forma necessariamente sucinta, verifica-se que os princípios que temos identificado como estruturantes de uma biconstituição<sup>312</sup> revelam potencialidades, embora alguns não escapem à erosão dos tempos.

Sublinhe-se, desde logo, o princípio fundante de toda a ordem jurídico-constitucional em geral<sup>313</sup> e dos direitos fundamentais em especial<sup>314</sup>: a dignidade da pessoa humana.

Assim, contra a teoria da pluralização das dignidades, afirmamos que aos nascituros deve ser reconhecida a *dignidade humana*. Recusa-se, com efeito, uma teoria da fragmentação, que, desde logo, diferencia a dignidade do ser humano nascido da dignidade do embrião.

---

<sup>310</sup> Inspiramo-nos no título do relatório *Kind van twee werelden*, cit., com um resumo em língua inglesa: *Child of two worlds: Summary of a qualitative study into the backgrounds of teenage pregnancies in ethnic and cultural groups*, <http://www.tienermoeders.nl/informatie/wetenschap.html> onde se pode ler: “Practically all girls received sex education at school, but this was limited to the more technical aspects of sexuality. This kind of education is hardly applicable to ethnic teenagers, because it does not take into account their original culture or the teenager’s phase of sexual development”. Mais: reconhece-se que em muitas das (sub)culturas envolvidas a paternidade e a maternidade são valorizadas. Continuando a citar a referida síntese: “Teenagers observe that mothers in their families are held in great esteem, which makes the choice for preventing pregnancy or abortion when pregnant less a matter of course. Compared to native Dutch teenage mothers their peers from different cultural backgrounds often feel ambivalent. It means that they are happy with their pregnancies, though initially they were not planned. Thus, it appears that their wish for having children was latently present. Fatherhood has a positive meaning as well”. Na p. 6 do estudo, conclui-se que há diferenças significativas nalguns grupos, no sentido de uma taxa maior de abortos. Acresce que um estudo sobre a sexualidade antes dos 25 anos (*Seks onder je 25*) dá valores mais altos do que aqueles que constam dos registos, o que poderá resultar de os inquiridos terem provavelmente referido dados relativos a um período maior do que um ano.

<sup>311</sup> Sobre este tema, v. o relatório *Gebrek aan regie: een kwalitatief onderzoek naar de achtergronden van tienerzwangerschappen*, Utrecht, 2005 (<http://www.ggd.nl/kennisnet/paginaSjablonen/raadplegen.asp?display=2&atoom=29306&atoomsrt=2&actie=2>).

<sup>312</sup> Para a densificação do conceito, cf. João LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, cit.

<sup>313</sup> Neste ponto e por todos, v. Peter HÄBERLE, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, in: Josef ISENSEE/ Paul KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, Heidelberg, 2004, p. 89-152 (trad.: “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, in: Ingo Wolfgang SARLET (Org.), *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, Porto Alegre, 2005, p. 89-152; vide, no entanto, o acolhimento de uma teoria da diferenciação da dignidade, p. 143).

<sup>314</sup> Na doutrina portuguesa, cf., por todos, José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit.

Não podendo proceder agora ao que Rolf Gröschner denomina uma “filosofia dos dogmas”<sup>315</sup>, isto é, à consideração do “conteúdo filosófico dos princípios jurídicos conformadores do sistema”, recusamos as tentativas, com expressão também no universo do direito, de considerar que ou o nascituro não é titular de dignidade, ou então a sua dignidade é menor e ponderável. Na verdade, a dignidade humana de cada ser humano não depende da actualidade de certas características (v.g., autoconsciência)<sup>316</sup>. A dignidade é, pois, *intrínseca*, tratando-se de uma *dignidade incorporada*, sem que se verifique um biologismo da dignidade.

Este primeiro nível da dignidade funda uma obrigação de respeito. Num segundo nível<sup>317</sup>, que assume importância decisiva no plano societário de reprodução e potenciação da vida humana, estamos perante um horizonte que activa dimensões prestacionais. No caso, o Estado deve garantir a satisfação das “exigências humanas básicas”, criando as condições para uma vida condigna. Este plano prestacional, não sendo, por si só, capaz de impedir o aborto, é um elemento importante, ao menos numa série de casos. Garantia que é responsabilidade, em última instância, do Estado, mas que não significa monopólio deste. Aliás, o papel da sociedade civil<sup>318</sup>, nomeadamente das associações de apoio à maternidade, à paternidade e aos filhos tem-se revelado fundamental, mesmo decisivo em muitos casos. Esta dimensão de socialidade do princípio da dignidade humana passa por um Estado Social, que não deve ser confundido com o Estado-providência<sup>319</sup>, desresponsabilizante dos cidadãos.

Da dignidade da mãe não resulta qualquer alicerce para fundar as soluções que se pretendem introduzir no ordenamento jurídico.

Já quanto à *inviolabilidade da vida humana*, apesar das leituras constitucionais em contrário já referidas, defendemos que não há lugar apenas a uma tutela meramente objectiva da vida, mas também subjectiva; que há obrigações constitucionais de criminalização nesta matéria; que, se no quadro do modelo de indicações ainda se convocam razões mobilizáveis em defesa de soluções de não punibilidade, tal não se verifica no “aborto a pedido”, assente, repetimos, num princípio de equivalência dos motivos.

<sup>315</sup> “Menschenwürde als Konstitutionsprinzip der Grundrechte”, in: Anne SIEGETSLEITNER/Nikolaus KNOEPFFLER (Hg.), *Menschenwürde im interkulturellen Dialog*, Freiburg/ München, 2005, p. 17-39, p. 17.

<sup>316</sup> Neste sentido, com uma crítica das posições de Peter Singer e Norbert Hoerster, cf., por todos, Martin RHONHEIMER, *Absolute Herrschaft der Geborenen? Anatomie und Kritik der Argumentation von Norbert Hoerstes “Abtreibung im säkularen Staat”*, Wien, 1995, p. 50.

<sup>317</sup> Para uma teoria dos dois níveis do princípio da dignidade da pessoa humana, cf., com outros desenvolvimentos, o que escrevemos em *Constituição e biomedicina*, cit., Parte III.4.

<sup>318</sup> Para uma densificação do conceito, considerando a memória histórica, cf. a obra organizada por Pierpaolo DONATI, *L’etica civile alla fine del XX secolo: tre scenari*, Milano, 1997.

<sup>319</sup> Sobre este ponto, cf. para as pertinentes indicações bibliográficas, João LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não-ter*, a publicar.

Em relação à *integridade* da vida humana, há toda uma discussão em torno de lesões cometidas, que, sejam provocadas pela mãe ou por terceiros, merecem tratamento autónomo. Não iremos considerar aqui as hipóteses em que se provocam lesões ao feto em virtude de manobras abortivas mal sucedidas.

O *princípio da autonomia* tem vindo, num número crescente de ordenamentos jurídicos, a ser interpretado – ilegitimamente, como vimos –, no sentido de permitir, ainda que observando certos procedimentos (v.g., prazo de reflexão), dispor sobre a vida de outrem, como expressão de uma “autonomia decisória”<sup>320</sup>. Vale aqui o *consentimento informado*, o que impõe deveres de informação sobre os riscos de saúde para a mãe, bem como a indicação das alternativas existentes<sup>321</sup>. Aliás, a propósito da informação sobre riscos – que indubitavelmente existem<sup>322</sup> – não se perceberia – nem seria juridicamente sustentável – a adopção de dois pesos no domínio do consentimento informado, ou seja, estabelecer uma malha cada vez mais exigente em relação a intervenções, nomeadamente terapêuticas, e aplicar critérios laxistas em matéria de abortamento<sup>323</sup>. Para que o consentimento seja eficaz não podem

---

<sup>320</sup> Eileen McDONAGH, “Models of motherhood in the abortion debate: self-sacrifice versus self-defence”, in: Donna L. DICKENSON (ed.), *Ethical issues in maternal-fetal medicine*, Cambridge, 2002, p. 213-231, p. 213.

<sup>321</sup> Numa sociedade, como a norte-americana, em que o consentimento informado está tão desenvolvido, é paradoxal que o Supremo Tribunal, ainda que por uma maioria tangencial (5/4), tenha decidido, em 1986, que a legislação de 1982 do Estado da Pensilvânia que exigia que as mulheres que pretendiam realizar um aborto fossem informadas dos riscos físicos e psíquicos, bem como das alternativas existentes para o evitar e dados sobre a idade de gestação e características do feto, fosse considerada “informação intrusiva”. Como sublinha George WILL (“Judicial power and abortion politics: *Roe versus Wade*”, in: Robert GEORGE (ed.), *Great cases in constitutional law*, Princeton, New Jersey, 1999, p. 192-200, p. 195), autor em que baseamos a nossa síntese, “[t]he privacy right has become a right not to be informed”. Mais tarde, no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, o Supremo Tribunal veio alterar a sua orientação (apesar de não ser indicado por George Will, a decisão criticada foi *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*). Para um comentário desta decisão veja também Winfried BRUGGER, “Neuere Entwicklungen der Abtreibungsrechtssprechung in den USA”, *Juristenzeitung* 47 (1992), p. 911-912, p. 912. Desenvolvidamente, pode ver-se Ronald ROTUNDA/ John E. NOWAK, *Treatise on constitutional law*, cit., vol. 3, § 18.29, p. 589-645, que, aliás, considera outros arestos (*op. cit.*, esp. p. 614-616).

<sup>322</sup> E não apenas psicológicos. Se dúvidas houvesse, a consulta da página da Associação Neerlandesa de Médicos Abortadores é inequívoca: <http://www.ngva.net>.

<sup>323</sup> Aliás, ao contrário do que acontece no caso de se verificar a indicação terapêutica *stricto sensu*, no “aborto a pedido” as exigências de informação deveriam ser maiores. Com efeito, como escreve André Gonçalo Dias PEREIRA (“O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica”, in: *Responsabilidade civil dos médicos: integrado no projecto de investigação bianual Responsabilidade Civil dos médicos*, Coimbra, 2005, p. 435-497, p. 444, “quanto mais necessária for a intervenção, mais flexível pode ser a informação a propósito dos riscos”. Ora, estamos aqui perante uma intervenção que nem sequer é terapêutica!

deixar de valer aqui os deveres de informação aplicáveis<sup>324</sup>, em geral, no direito da medicina<sup>325</sup>.

A admitir-se que um modelo de prazos pode passar o teste de conformidade constitucional – o que não se concede – ainda assim os deveres de informação e aconselhamento<sup>326</sup> deveriam considerar a relevância da vida pré-natal, como se consagra, por exemplo, na República Federal da Alemanha<sup>327</sup>. Na perspectiva dos profissionais de saúde, o princípio da autonomia expressa-se no reconhecimento da objecção de consciência<sup>328</sup>. Este, aliás, pela sua natureza pode ser de “geometria variável” (Israel Nis)<sup>329</sup>, quer no interior de um modelo de indicações, quer de um tratamento diferenciado entre as hipóteses agora previstas na lei e os casos de “aborto a pedido”. Mas a

<sup>324</sup> Carlos María ROMEO CASABONA (*El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, p. 333-334) dá conta da tese segundo a qual os requisitos do consentimento em direito penal não serão tão grandes quanto em matéria de direito civil.

<sup>325</sup> Neste sentido, cf. Klaus ULSENHEIMER, in: LAUFS/ UHLENBRUCK (*Handbuch des Arztrechts*, München, 32002, p. 1333); na síntese de Albin ESER e Hans-Georg KOCH, *Schwangerschaftsabbruch: auf dem Weg zu einer Neuregelung*, cit., p. 183, o conteúdo do aconselhamento, na parte médica, compreende informação sobre “ a espécie, as consequências e os riscos da intervenção”.

<sup>326</sup> Entre nós, Jorge de Figueiredo DIAS (*Comentário conimbricense*, cit., p. 176) escreve, a propósito do aconselhamento, que é “ de anotar neste contexto a possibilidade de vir a ser considerada *inconstitucional* a *omissão* do legislador ordinário de proporcionar às grávidas em crise ou em dificuldades meios que as possam desincentivar de levar a cabo a interrupção” (itálico constante na fonte).

<sup>327</sup> Cf. agora o voto de vencido do conselheiro Mário Torres (Ac. TC n.º 617/2006), p. 7970-(27), n.º 3.2. que afirma admitir “considerar não inconstitucional uma solução legislativa que, no período inicial da gestação, acabasse por conceder prevalência à opção da mulher grávida, desde que fosse associada à imposição de um sistema de aconselhamento, designadamente se este aconselhamento não fosse um aconselhamento meramente informativo, mas antes um aconselhamento orientado para a salvaguarda da vida”.

Em relação ao número de abortos, verificou-se alguma diminuição em termos absolutos nos cinco anos objecto de análise – de 134 609 para 124 023; no entanto, se considerarmos o número de abortos por 1000 nascimentos, desenha-se a seguinte evolução: 174,3 (2000), 182, 4 (2001), 180,0 (2002), 179,7 (2003), 182, 3 (2004) e 174, 4 (2005) (cf. <http://www.destatis.de/basis/d/gesu/gesutab18.php>). Se a análise for feita tendo como referência a taxa de abortos por 1000 mulheres entre os 15 e os 44 anos, regista-se um recuo: passou-se de 8 (2000) para 7,4 (2005).

<sup>328</sup> Sobre a figura, a partir do ordenamento jurídico espanhol, mas com uma série de subsídios em termos de direito comparado, v. Sara SIEIRA MUCIENTES, *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, 2000. Entre nós, a objecção de consciência em matéria de aborto está prevista no art. 4.º da Lei n.º 6/84, de 11 de Maio (na doutrina, v. Jorge de Figueiredo DIAS, *Interrupção de gravidez não punível*, cit., p. 198-200. Para outra normação (Portaria n.º 189/98, de 21 de Março e Lei n.º 120/99, de 11 de Agosto), cf. a síntese de Helena Pereira de MELO/ Rui NUNES, “Nota sobre a interrupção da gravidez”, *Cadernos de bioética* 11 (2000/23), p. 71-88.

<sup>329</sup> Referido no *Rapport d’information 200 (2000-2001) – Délégation du Sénat aux droits des femmes et a l’égalité des chances entre les hommes et les femmes*.



objecção de consciência<sup>330</sup>, enquanto direito pessoalíssimo, não cobre a recusa de hospitais ou outros serviços médicos, ligados, por exemplo, a misericórdias, de oferta de prestação de serviços abortivos. No entanto, a sua atitude é legítima, mas não a partir da mobilização de uma pretensa liberdade de consciência colectiva: enquanto “organizações de tendência” há uma tutela, naturalmente com limites, da sua “autodeterminação, protegida em termos de direitos fundamentais, relativa ao seu fim institucional e à sua actividade organizacional”<sup>331</sup>.

Sublinhe-se, aliás, que, em muitos casos, não há, de facto, verdadeira autonomia da mulher, pressionada ilegitimamente pelo pai da criança<sup>332 333</sup>,

<sup>330</sup> Não curamos agora do problema, já suscitado, da objecção de consciência em matéria fiscal, em virtude da utilização de tributos para o pagamento dos “abortos a pedido”. Para o caso francês, referindo uma decisão da *Cour de Cassation*, no sentido da inadmissibilidade da objecção de consciência fiscal, cf. Marcela IACUB, *Penser les droits de la naissance*, cit., p. 45; considerando vários países, v. Sara SIEIRA MUCIENTES, *La objeción de conciencia sanitaria*, cit., p. 238-245.

<sup>331</sup> Josef ISENSEE, “Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen”, in: Josef ISENSEE/ Paul KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg, 1992, p. 600-601, centrando-se precisamente no aborto. Aliás, de um ponto de vista jurídico-constitucional, a tutela não se limita a entidades prestadoras de cuidados de saúde com vínculo confessional. Não podemos, por razões de economia, desenvolver esta questão, e proceder a uma análise comparativa (v., por exemplo, para França, o art. L. 2218-8 do Código de Saúde Pública). Entre nós, cf. a Lei n.º 120/99, de 11 de Agosto, que, no seu art. 10.º (proibição de selectividade), dispõe: “Fica vedada aos estabelecimentos de saúde oficiais ou oficialmente reconhecidos, salva justificada carência dos meios técnicos necessários, e sem prejuízo do direito à objecção de consciência dos profissionais de saúde nos termos já consagrados na lei, seleccionar de entre as causas de justificação da interrupção voluntária da gravidez aquelas que, no estabelecimento, serão atendidas para a prática da interrupção, ao abrigo da legislação actual”. Como já se observava no parecer da Associação de Apoio e Defesa da Vida (“O projecto de lei n.º 632/VII”, *Cadernos de bioética* 11 (2000/22), p. 97-111, p. 110), então ainda em sede de procedimento legislativo, “o preceito, ao não limitar esta obrigatoriedade aos estabelecimentos oficiais, padece, no segmento que se refere aos “estabelecimentos oficializados”, de inconstitucionalidade”.

<sup>332</sup> A Associação de Planeamento Familiar (APF) divulgou as linhas de força de um estudo que já não foi possível tratar e considerar de um modo sistemático, sendo certo que também não se ter tido oportunidade de aceder à versão integral pelo que os dados referidos são os que a referida associação disponibilizou na sua página ([http://www.apf.pt/activ/aborto\\_portugal.pdf](http://www.apf.pt/activ/aborto_portugal.pdf)). Aplauda-se a iniciativa, num país em que a Assembleia da República aprovou a realização de um trabalho, que nunca se chegou a realizar e resolveu avançar, em matéria tão sensível, sem que houvesse um suporte robusto de caracterização do fenómeno, que não se exigia que tivesse, por exemplo, o volume de trabalho, por exemplo, dos estudos realizados num projecto intitulado *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich* (vol. 1, 1744 p.; vol. 2, 1353 p.; vol. 3, 932 p.) todos editados com a chancela da Nomos Verlag, Baden-Baden).

<sup>333</sup> Segundo o *Estudo-Base*, 9,4% indicam a rejeição da gravidez por parte do marido ou companheiro, prática que, não obrigando, só por si, a mulher a abortar, não deixa de condicionar a sua vontade.

familiares<sup>334</sup> ou ainda por temer perder o seu emprego<sup>335</sup>. Com efeito, apesar da legislação destinada a proteger a mulher grávida também em matéria de desemprego, importa não esquecer que, numa sociedade marcada pela precarização, em que se abusa dos contratos a prazo, a ameaça reside na sua não renovação. Trata-se de formas descentralizadas e societárias, diferentes das (bio)políticas de aborto centralizadas, ilustradas pelo caso chinês<sup>336</sup>. E, em Portugal, não deixam de estar presentes, num tempo em que se glorifica a criança, traços de “inimizade” em relação às famílias e à maternidade e paternidade. Não por acaso, em relação aos motivos indicados para não desejar ter mais filhos – e importa não esquecer que muitas mulheres acolhem a vida inesperada – o Inquérito à Fecundidade e à Família, do Instituto Nacional de Estatística, indica, *inter alia*, que “ter crianças implica maiores dificuldades para a mulher conseguir emprego” (52,5%), problemas em termos habitacionais<sup>337</sup> (34,4%). Além disso, o argumento da(s) falta de condições materiais, não devendo ser hipervalorizado<sup>338</sup> e justificante do aborto (recusamos uma indicação económico-social), é, no caso, o principal motivo avançado, num país marcado pela inadequação e insuficiência em matéria de políticas familiares<sup>339</sup>. Não por acaso o motivo percentualmente mais significativo (76%) alegado no Inquérito expressa-se na afirmação: “Ter crianças implica grandes custos, sobretudo quando crescem”<sup>340</sup>.

Quanto ao *princípio da não venalização*, na hipótese de aborto, provocado ou espontâneo, não deve ser admissível a comercialização. Com efeito, não faltam os relatos<sup>341</sup> sobre a utilização de fetos abortados como matéria-prima industrial ou do seu emprego em experimentação.

<sup>334</sup> As “pressões familiares” são referidas por 8% das mulheres.

<sup>335</sup> Esta última hipótese prende-se, aliás, com um modelo societário que hipervaloriza o económico e que, muitas vezes, deixa impunes relações laborais marcadas pela exploração e violação do respeito. Na referida recolha de depoimentos promovida pela UMAR (*Aborto*, cit.), cf. os depoimentos n.º 120 (“Na minha fábrica às mais velhas não dizem nada, mas às raparigas mais novas, que estão a contrato, fartam-se de ameaçar. Querem pessoal para trabalhar, não é para ficar em casa a gozar “férias” depois de terem os filhos, dizem eles”; p. 99); n.º 124 (“Eu fiz, porque não tinha alternativa. Ou tinha: na altura era ficar sem emprego”, p. 101).

<sup>336</sup> Jing-Bao NIE, “The problem of coerced abortion in China and related ethical issues”, in: *Abortion*, cit., p. 427-439.

<sup>337</sup> *Portugal social*, cit., p. 41: “A casa não permite ter uma família maior”. Em Ana Nunes de ALMEIDA (Coord.), *Fecundidade e contraceção*, cit., p. 123, num dos relatos recolhidos, uma mulher afirma que abortou, “porque já tinha dois filhos, estava numa casa muito limitada”.

<sup>338</sup> Há outros factores culturais e opções de vida: por exemplo, 36,8% das inquiridas revê-se na frase “ter crianças implica ter menos tempo para outras coisas importantes na vida” (cit., p. 41): *Portugal social*, cit., p. 41.

<sup>339</sup> Sobre estas, cf. Pierpaolo DONATI, *Sociologia delle politiche familiari*, Roma, 2003.

<sup>340</sup> O *Estudo-Base sobre práticas de aborto*, cit., 18, aponta a afirmação “as condições económicas não o permitiam” como o segundo motivo para abortar (14,1%), sendo a primeira o ser muito jovem (17,8%).

<sup>341</sup> Cf., por todos, Ingrid SCHNEIDER, *Föten: der neue medizinische Rohstoff*, Frankfurt/New York, 1995.

Quanto ao *princípio da igualdade*, não curamos aqui das discussões, num modelo de indicações, desde logo em relação aos seres humanos com malformações susceptíveis de serem objecto de certificação (indicação imprópria designada de eugénica); já no sistema de prazos, discrimina-se, sem fundamento, entre a vida legalmente disponível até uma certa data e indisponível, por mera decisão legislativa, depois disso. Uma outra óptica de relevância do princípio, que pode contribuir para a tutela da vida do nascituro, prende-se com a proibição da discriminação em função da maternidade<sup>342</sup>. Num quadro de permissão do aborto, então o princípio da igualdade é discutido no que toca ao acesso às prestações abortivas, quer em termos de cobertura territorial, quer, nas hipóteses e nos sistemas em que não é pago, em relação à igualdade. Reconhecendo-se, indubitavelmente, uma margem de opção político-legislativa na conformação das políticas de saúde – o juízo será, aí, político e não jurídico-constitucional, cabendo administrar a escassez – não se afasta a hipótese de uma diferença relevante de tratamento no acesso às prestações entre o grupo que pretende abortar e outros (por exemplo, mães, caso em que há uma protecção constitucional específica) levar a um controlo jurídico-constitucional.

O princípio da *familiaridade*<sup>343</sup> aponta, por via da procriação, para a constituição de laços entre pais e filhos não susceptíveis de serem captados através

---

<sup>342</sup> Há jurisprudência comunitária nesta matéria: cf., por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 30-6-98 – BROWN (Proc. C-394/96) – Igualdade de tratamento entre homens e mulheres – Despedimento de uma mulher grávida – Faltas devidas a uma doença originada pela gravidez. Sublinhe-se aqui o papel da CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego e os pareceres emitidos: cf. <http://www.cite.gov.pt/cite/Pareceres2006.htm>.

<sup>343</sup> Este princípio tem subjacente, digamo-lo abertamente, uma certa antropologia que entende o homem como animal familiar e não se reconhece nos modelos que anunciam o fim da família. Como se sabe, no discurso sobre o aborto, este lugar da família foi questionado por modelos que sublinham como nuclear a autodeterminação sexual. Contudo, defendendo a vida – também a vida intra-uterina – enquanto bem fundamental, não nos revemos na análise de Virgínia FERREIRA [“(Des)penalizar o aborto ou (des)penalizar um certo sexo”, *Revista Crítica de Ciências Sociais* (1984/13), p. 106-110, p. 110] para quem a “verdadeira questão é a sexualidade e não a Vida”. E acrescenta: “Argumento ainda em que a gravidez emerge como castigo biológico (de um pecado?), tal como a cirrose e a obesidade o são para quem bebe ou come demais...”. Isto não significa, contudo, que, de um ponto de vista das consequências sociais, sejam indiferentes os modelos de comportamento sexual adoptado, não apenas pelas mulheres, mas sobretudo pelos homens que, servindo-se de posições históricas e ilegítimas de domínio, têm gerado muitos dos problemas, nomeadamente nos domínios da vida e da família. Basta pensar, por exemplo, na hipocrisia da condenação social das mães solteiras, a que, em regra, era poupado o progenitor. Em relação a esta forma de “monoparentalidade tradicional”, cf., com outras indicações, Karin WALL/ Cristina LOBO, “Famílias monoparentais em Portugal”, *Análise Social* 34 (1990/150), p. 123-145. V. Daniel SERRÃO, “Abortamento: fronteiras de uma realidade. Perspectiva ética”, in: Rui NUNES/ Guilhermina REGO (Coord.), *Desafios à sexualidade humana*, Coimbra, 2006, p. 73-82, p. 76, sobre a importância, no plano da antropologia cultural, da estrutura familiar para a tutela procriativa.

de uma voluntarística contratualização e deixados à mera disponibilidade das partes. Assim, contra uma certa visão de paternidade – a assunção das obrigações de filiação ficaria dependente do consentimento do genitor e da sua dependência para assumir esse estatuto –, o direito considera que estamos perante uma nota subtraída à *voluntas*. Contudo, em relação à mãe, ao acolherem-se soluções de prazos, é isso que se vem a permitir: uma maternidade sob condição de aceitação. E, recorde-se, há aqui uma diferença essencial entre a liberdade de procriar ou não, que garante uma esfera de decisão, e a consagração, em nome de uma inadequada leitura da autodeterminação, da não prossecução da gravidez.

Embora na pureza do princípio se pudesse ser tentado a defender que a realização do aborto estaria dependente da concordância do pai e o problema tenha já sido levantado em sede jurisprudencial<sup>344</sup>, tem de se reconhecer que a assimetria de posição, no que toca à gravidez, entre o pai e a mãe leva a que, a admitir-se o aborto, este não fique dependente também do consentimento deste<sup>345</sup>.

---

<sup>344</sup> Cf., a decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem (Petição n.º 8416/76 *apud* André Dias PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*, Coimbra, 2004, p. 213) em que se afirmou que “o potencial marido-pai não tem o direito a ser consultado e recorrer ao Tribunal a propósito do aborto que a sua esposa pensa fazer na sua pessoa (...) porque é a mulher a principal interessada na continuação ou interrupção da gravidez”. No caso do Canadá, cf. a decisão *Chantal Daigle v. Jean-Guy Tremblay* (abreviadamente citado como *Daigle v. Tremblay* [1989] 2 S.C.R. 530, disponível em <http://canlii.ca/ca/cas/scc/1989/1989scc96.html>), de 8 de Agosto de 1989). No aresto, pode ler-se: “there is nothing in the Quebec legislation or case law, to support the argument that the father’s interest in a foetus he helped create gives him the right to veto a woman’s decisions in respect of the foetus she is carrying. The lack of legal basis is fatal to this argument”. Em França, não teve vencimento, ao nível do *Conseil d’État*, um pedido de indemnização de um marido contra um hospital que, sem o ter ouvido, realizou um aborto (CE Ass., 31 de Outubro de 1980, referido por Roseline LETTERON, *Le droit de la procréation*, Paris, 1997, p. 45). Também nos EUA o Supremo Tribunal (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, cit.) decidiu no mesmo sentido: “It is an inescapable biological fact that state regulation with respect to the child a woman is carrying will have a far greater impact on the mother’s liberty than on the father’s. The effect of state regulation on a woman’s protected liberty is doubly deserving of scrutiny in such a case, as the State has touched not only upon the private sphere of the family, but upon the very bodily integrity of the pregnant woman. Cf. *Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health*, 497 U.S., at 281. The Court has held that, when the wife and the husband disagree on this decision, the view of only one of the two marriage partners can prevail. Inasmuch as it is the woman who physically bears the child and who is the more directly and immediately affected by the pregnancy, as between the two, the balance weighs in her favour”.

<sup>345</sup> Do ponto de vista do direito comparado, Albin Eser e Hans-Georg Koch (*Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, cit., vol. 3, p. 128) referem a existência de alguns países, como o México, em que se tutelaria o interesse do pai em ter descendência, ao mesmo tempo que dão conta das vozes na Alemanha que se pronunciam no sentido de um maior envolvimento do pai no aconselhamento.

O princípio da *cooperação* tem expressão, desde logo, ao nível da tutela da vida, articulando várias instâncias (v.g., centros de saúde e escolas), estatais ou da sociedade civil, no sentido da prevenção do aborto.

Os princípios da *prevenção* e da *precaução*<sup>346</sup> relevam no sentido de proteger a vida do nascituro, assim se compreendendo, por exemplo, no domínio da legislação laboral, a existência de um conjunto de actividades condicionadas ou mesmo proibidas à mulher grávida<sup>347</sup>. Numa “sociedade de risco”, que Ulrich Beck qualificou também como de “irresponsabilidade organizada”<sup>348</sup>, a manipulação de certas substâncias químicas, cujos efeitos a médio e a longo prazo se desconhecem, não deve ser permitida. Como realça Winfried Brugger<sup>349</sup>, “os sistemas biológicos, químicos, técnicos, económicos e, em parte, também sociais, com os quais hoje organizamos a nossa vida, não se comportam mais de uma forma linear e previsível”

Em segunda linha, e no caso de admissibilidade do aborto, importa assegurar uma minimização dos danos que os procedimentos empregues possam provocar à saúde das mulheres.

Além disso, valerá também uma exigência de competência técnica, com assento legal, assegurando, de acordo com as *leges artis*, o padrão. No entanto, recusamos que a defesa da saúde da mulher seja, por si, argumento para fazer soçobrar o pilar da inviolabilidade da vida humana, eliminando o nascituro.

## 7. Conclusão

Com um referendo no horizonte, importa não esquecer que o *topos* aborto é apenas mais um sintoma das dificuldades de uma cultura integral da vida nestes tempos conturbados de um milénio debutante. E nem se pense que falamos de meros problemas do território da bioética, quando, ao lado das questões tradicionais do aborto e da eutanásia, ganham corpo novos desafios da genética: o “eugenismo liberal”<sup>350</sup> obriga-nos a repensar o “futuro da natureza

<sup>346</sup> Quanto ao princípio da precaução como princípio bioconstitucional, cf. o que escrevemos em *Constituição e biomedicina*, cit., vol. I. Esta questão sobre o estatuto, constitucional ou não, do referido princípio é comum a outros países. Recorde-se, por exemplo, que, em França, o *Conseil Constitutionnel* (27 de Junho de 2001, n.º 2001-446 DC9) recusou esse estatuto ao princípio. Tendo emergido no contexto do direito do ambiente, é hoje um princípio que ultrapassa as fronteiras deste ramo do direito: cf., por exemplo, no domínio da genética, Juan RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Genoma humano y constitución*, Madrid, 2002, p. 141-144.

<sup>347</sup> Cf. a Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho (regulamenta a Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprovou o Código do Trabalho).

<sup>348</sup> *Gegengifte: die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt a. M., 1988.

<sup>349</sup> *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*, Baden-Baden, 20005, p. 144.

<sup>350</sup> O eugenismo liberal distingue-se do clássico eugenismo centralizado.

humana” e está em causa a “autocompreensão ética da espécie”<sup>351</sup>. Na verdade, sem prejuízo de reformas inadiáveis, sob a batuta do globalismo<sup>352</sup> e dos novos convertidos à economia de mercado, que tendem a obliterar o social, grassam velhas e novas formas de exploração, que minam uma cultura de solidariedade e esquecem que a dignidade da pessoa humana passa também pelo reconhecimento de direitos económicos, sociais e culturais. Se a autonomia, pública e privada<sup>353</sup>, é um legado civilizacional, o “autonomismo” da modernidade tardia testemunha as patologias da circunstância. Num horizonte em que a razão conhece preocupantes eclipses, importa dizer não à hipervalorização da vontade quer estejam em causa, por exemplo, a esfera do *bios*, quer os subsistemas jurídico ou económico. Certeira, C. S. Lewis, em *The abolition of man*<sup>354</sup>, advertia-nos que “o poder do homem para fazer de si mesmo o que lhe apetece significa (...) o poder de alguns homens para fazer dos outros o que *lhes* apetece”.

Em matéria de aborto, esquecem que o poder fáustico de eliminar seres humanos já existentes – trata-se de nascituros e não de concepturos, de vidas reais e não de vidas possíveis, de vidas actuais e de não de vidas futuras – é, também numa lógica intergeracional, ilegítimo, dependendo do simples facto de os seus progenitores não terem destruído os que se arrogam, antes ou depois do nascimento, o poder de decisão sobre a vida de outrem.

Deixar nascer é, portanto, condição de possibilidade do agir, importando não esquecer que estes primeiros tempos revelam uma particular fragilidade do ser humano. Com efeito, o bebé está especialmente dependente do cuidado, não podendo sobreviver sozinho. Com efeito, na espécie humana é particularmente evidente a chamada neotenia<sup>355</sup>, isto é, chega-se ao mundo prematuramente.

Afirmemos a vida e NÃO a morte. Pois “não há melhor resposta/ que o espetáculo da vida/vê-la desfiar seu fio,/que também se chama vida/ ver a fábrica que ela mesma,/teimosamente, se fabrica/vê-la brotar como há pouco/ em nova vida explodida;/ mesmo quando é assim pequena a explosão, como a ocorrida,/ mesmo quando é uma explosão/ como a de há pouco, franzina/mesmo quando é a explosão/ de uma vida severina”<sup>356</sup>.

<sup>351</sup> Cf., para este ponto, Jürgen HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur*, cit., bem como João LOUREIRO, “Nota de apresentação” da edição portuguesa, cit.

<sup>352</sup> Para a distinção entre globalização e globalismo, enquanto redução da primeira à sua dimensão económica, v. Ulrich BECK, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt a. Main, 1997 (trad.: *Qué es globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona/ Buenos Aires/ México, 1998).

<sup>353</sup> Cf., por todos, Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., 1992 (trad.: *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, 1997).

<sup>354</sup> Utilizamos a tradução em língua castelhana: *La abolición del hombre*, Madrid, 1990, p. 60.

<sup>355</sup> Cf. Javier GAFO, *10 palabras clave en bioética*, Estella (trad.: *10 palavras chave em bioética*, Coimbra, 1996, p. 74).

<sup>356</sup> João Cabral de Melo NETO, “Morte e vida severina”, in: *Novas seletas: João Cabral de Melo Neto*, Rio de Janeiro, 2002, p. 100-101.