

ABORTO E DIREITO PENAL

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

Pelo Dr. António Manuel de Almeida Costa

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

Introdução

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(9) *Infra*, II.

I

O ABORTO NAS SUAS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(28) *Infra*, I, 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(43) *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(76) Pedro P. Adragão (n. 36), p. 19.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(83) *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(90) *Infra*, I, 4.

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

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

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

De acordo com opinião muito divulgada, estaríamos aqui

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(107) *Ibidem*, p. 189.

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

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

(108) *Infra*, I, 4.

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

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

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

ALEMANHA FEDERAL

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

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

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

FINLÂNDIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quanto às chamadas complicações «mediatas» ou «don-

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

CLASSIFICATION OF TYPES OF COMPLICATIONS
IN 159 PATIENTS FOLLOWING LEGAL ABORTIONS

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

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

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

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

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

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

TABLE 2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(139) *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II

O ABORTO NA PERSPECTIVA DA POLÍTICA CRIMINAL

1. Considerações preliminares

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

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

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

(149) Cfr., *supra*, a «Introdução».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(154) Ver, *supra*, a «Introdução».

(155) *Infra*, n.º 2.

(156) *Infra*, n.º 3.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(174) *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(185) *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(190) Os sublinhados são nossos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(204) *Supra*, II, 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(213) Cfr. o respectivo n.º VII.

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

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

(216) *Supra*, nota 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

(220) *Supra*, II, 3.1.

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

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

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

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

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

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

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

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

(223) *Supra*, II, 3.1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(230) *Ibidem.*