



Universidades Lusíada

Silva, Sónia das Dores Valadares Correia da

Protecção jurídico-penal da vida humana intrauterina : velhos e novos desafios

<http://hdl.handle.net/11067/1934>

Metadados

Data de Publicação	2014
Resumo	<p>Resumo: A presente dissertação estuda o relevo jurídico- penal que é dado no âmbito da lei portuguesa à vida intrauterina. Com a entrada em vigor da Lei 16/2007, de 17 de abril, a alínea e) do n.º 1 do artigo 140.º do Código Penal passou a determinar a exclusão da ilicitude penal nos casos de interrupção voluntária da gravidez, desde que esta tenha sido efetuada até às dez semanas de gestação. Esta norma modifica o paradigma punitivo que até então se vivia em Portugal em termos de aborto. Se...</p> <p>Abstract: This dissertation studies the criminal protection given under Portuguese law to the intrauterine life. With the entry into force of Law 16/2007, of April 17, subparagraph e) of paragraph 1 of Article 140 of the Penal Code, intrauterine life can be taken, since it has been done until ten weeks of pregnancy. This rule modifies the previous Portuguese punitive paradigm in terms of abortion. Being sure that the base of this legislative decision is the consideration of a subjective righ...</p>
Palavras Chave	Direito, Direito penal, Aborto, Direito e Legislação, Direito à Vida, Direito e ética, Direito comparado
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T06:16:10Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL DA VIDA HUMANA
INTRAUTERINA
VELHOS E NOVOS DESAFIOS**

Sónia Correia Silva

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto - 2014



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL DA VIDA HUMANA
INTRAUTERINA**

VELHOS E NOVOS DESAFIOS

Sónia Correia Silva

Orientador Professor Doutor Fernando Torrão

Porto - 2014

Agradecimentos

Ao meu marido e filhos.

O meu sincero agradecimento ao Professor Doutor Fernando Torrão.

ÍNDICE

	Págs.
Resumo.....	VI
Abstract.....	VII
Palavras-chave.....	VIII
Lista de abreviaturas.....	IX
Introdução.....	11

PARTE I

VIDA HUMANA INTRAUTERINA DE *MULIERIS PORTIO VEL VISCERUM* A SER AUTÓNOMO

CAPÍTULO I

SÍNTESE HISTÓRICA DO ABORTO

1.Grécia	15
1.1.Roma.....	19
1.2.Europa: Séc. XVII	21
1.3.Conclusão.....	23

CAPÍTULO II

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM PORTUGAL E EUROPA

2. O Percurso da Descriminalização em Portugal.....	25
2.1. Excurso: Modelo de Prazos e Modelo de Indicações. A Doutrina e Jurisprudência Alemãs.....	29
2.2.Descriminalização do Aborto no Direito Comparado.....	33

PARTE II

DIGNIDADE JURÍDICO-PENAL DA VIDA HUMANA INTRAUTERINA

CAPÍTULO I

TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL

3. Teoria do Bem Jurídico-Penal.....	36
3.1. Evolução Histórica.....	38
3.2.Conclusão	42

4. A Atual Conceção do Bem Jurídico-penal.....	43
4.1.Dignidade Penal do Bem Jurídico.....	45
4.2. Excurso: A Proteção da Vida e da Vida Intrauterina.....	46
4.3. Necessidade da Intervenção Penal.....	49

CAPÍTULO II

BEM JURÍDICO-PENAL VIDA HUMANA INTRAUTERINA

5. Exposição ao Tema..	52
5.1. Bem Jurídico-penal Vida Humana Intrauterina.....	54
5.2.Homicídio e Bem Jurídico: Vida.....	57
5.3. O Debate em Torno do Embrião.....	60
5.4. Os Argumentos do Modelo de Prazo Vigente.....	64
5.5.Critério da Dualidade na Unidade.....	68
5.6.Conclusão.....	69

PARTE III
INTERVENÇÃO PENAL

CAPÍTULO I
NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL

6. Critério da Necessidade Penal.....	73
6.1. Princípio da Proporcionalidade em Sentido Amplo.....	75
6.2. Imposições Implícitas de Criminalização.....	79

CAPÍTULO II
EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO PENAL

7. A (In) Eficácia da Proteção Penal.....	81
7.1. A (Des) Contagem das Cifras Negras.....	83
7.2. Contagem das IVG realizadas desde 2007.....	86
7.3. Diminuição do Aborto Clandestino.....	86
7.4. Aborto como Método Contracetivo: Reincidências.....	88
7.5. Planeamento Familiar e Método Contracetivo	90
7.4. Conclusão	93

Reflexões Finais.....	97
Bibliografia.....	101

Resumo

A presente dissertação estuda o relevo jurídico- penal que é dado no âmbito da lei portuguesa à vida intrauterina.

Com a entrada em vigor da Lei 16/2007, de 17 de abril, a alínea e) do n.º 1 do artigo 140.º do Código Penal passou a determinar a exclusão da ilicitude penal nos casos de interrupção voluntária da gravidez, desde que esta tenha sido efetuada até às dez semanas de gestação.

Esta norma modifica o paradigma punitivo que até então se vivia em Portugal em termos de aborto.

Sendo certo, que na base desta decisão legislativa está a consideração de um direito subjetivo da mulher, a realidade é que a mesma faz surgir questões inquietantes em torno do bem jurídico-penal vida humana intrauterina, que podem ter como consequência a sua banalização e desproteção efetiva.

É à luz desta problemática que se pretende analisar as escolhas que se colocam em torno dos bens jurídicos em conflito: livre desenvolvimento da personalidade da mulher e direito à vida.

Para esse efeito, a presente investigação foi dividida em três partes.

Na primeira parte descrevemos o percurso histórico da interrupção voluntária da gravidez, dando especial ênfase às questões da contraceção, prática abortiva e desenvolvimento embrionário.

Na segunda parte examinaremos os critérios atributivos de dignidade penal à vida humana intrauterina, para de seguida conferir a necessidade de tutela.

Por último, efetuaremos uma exposição crítica relativa à Lei 16/2007, de 17 de abril e proporemos algumas conclusões.

Abstract

This dissertation studies the criminal protection given under Portuguese law to the intrauterine life.

With the entry into force of Law 16/2007, of April 17, subparagraph e) of paragraph 1 of Article 140 of the Penal Code, intrauterine life can be taken, since it has been done until ten weeks of pregnancy.

This rule modifies the previous Portuguese punitive paradigm in terms of abortion.

Being sure that the base of this legislative decision is the consideration of a subjective right of women, the reality is that it gives rise to disturbing questions around the legal protection of human intrauterine life, which may result in its banality and unprotection.

It is in light of the choices that arise around the legal interests in conflict: free personality development of women and the right to life that we develop this work.

To this end, this research was divided into three parts.

In the first part we describe the historical background of the voluntary interruption of pregnancy, with particular emphasis on issues of contraception, abortion and embryonic development practice.

The second part will examine the criteria for conferring criminal dignity to human intrauterine life, then to check the need for guardianship.

Finally, we will make a critical analysis of the Law 16/2007 of 17 April and propose some conclusions.

Palavras-chave

Aborto

Bem Jurídico Vida Humana Intrauterina

Direito à Vida

Direitos Fundamentais

Necessidade de Intervenção Penal

Siglas, Abreviaturas e Acrónimos

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac – Acórdão

APF- Associação de Planeamento Familiar

Apud - Segundo

AR - Assembleia da República

CC - Código Civil

CNECV- Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CEJ- Centros de Estudos Judiciários

Cf. – Conferir/Confrontar

Cit. - Citado

CP- Código Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

BFDUC- Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra

DF- Direitos Fundamentais

DLG - Direitos Liberdades e Garantias

FPV- Federação Portuguesa para a Vida

IGAS - Inspeção-geral das Atividades em Saúde

IVG - Interrupção Voluntária da Gravidez

JS- Juventude Socialista

Op. cit - Opera citata

OMS - Observatório Mundial de Saúde

PCP- Partido Comunista Português

PPV- Portugal Pró Vida

PSD- Partido Socialista Democrata

PS- Partido Socialista

PMA- Produção Medicamente Assistida

PR- Presidente da República

RMP- Revista do Ministério Público

ROA- Revista da Ordem dos Advogados

RPCC- Revista Portuguesa de Ciência Criminal

SNC- Sistema Nervoso Central

TC - Tribunal Constitucional

V. gr.- Verbi gratia

INTRODUÇÃO

A presente dissertação vai estudar a necessidade de tutela penal do bem jurídico vida humana intrauterina, tendo em conta a exclusão da ilicitude nalguns casos de Interrupção Voluntária da Gravidez¹ operada pela Lei 16/2007, de 17 de abril. Veremos que esta norma legislativa é sustentada por um modelo de prazos desenvolvido pela doutrina alemã nos anos 1960².

A temática em torno do aborto sempre se refletiu nas sociedades contemporâneas como uma questão controversa – precisamente porque a valoração do valor Vida enquanto bem jurídico é o valor fundamental no Direito, tendo o mais alto assento ético e também constitucional, desde logo no artigo 1.º da Constituição Portuguesa que estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como base da República, e no artigo 24.º, n.º 1 que prescreve: “A vida humana é inviolável”.

A conjugação destes dois artigos permite- nos inferir que a lei suprema confere uma especial atenção ao bem vida, dando-lhe uma amplitude muito significativa e alargada. Como refere Rui Medeiros “ A Constituição portuguesa não se limita, ao contrário de outros textos fundamentais e da própria DUDH, a dizer que “ todos os homens têm direito à vida”, afirmando antes, numa fórmula normativa muito mais forte e expressiva, que a “ **vida humana é inviolável**” (sublinhado nosso)³.

Naturalmente, que a questão do aborto não tem tido uma solução liminar assente na correspondência linear entre aborto e dignidade e inviolabilidade da vida humana, que tornaria a permissão daquele inconstitucional. Tem sido operada pelo ordenamento jurídico uma distinção entre vida e vida intrauterina, diferenciando as consequências, *maxime* penais, da violação de um bem e de outro. No caso da vida, a sua violação corresponderá ao crime de homicídio, previsto e punido pelos artigos 131.º e seguintes do Código Penal⁴

¹ Doravante IVG.

² Cfr. JACKSON, Vicki & TUSHNET, Mark. 1999. *Comparative Constitutional Law*. New York: Foundation Press, p.113.

³ MEDEIROS, Rui. 2010. Artigo 24.º. Direito à Vida in MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, p.501.

⁴ Doravante CP.

e no caso da vida intrauterina, a violação deste bem corresponderá às previsões e punições do artigo 140.º e seguintes do mesmo Código, punições muito mais suaves, demonstrando o desvalor normativo do bem jurídico vida intrauterina, quando comparado com o bem jurídico vida.

A realidade é que o legislador faz uma distinção de bens jurídicos: o bem jurídico-penal vida intrauterina surge autonomizado da vida já nascida, uma vez que o aborto só é punido a título doloso e a forma tentada é excluída. Aliás, é no mesmo sentido que deve ser lido o artigo 136.º do CP que pune como homicídio privilegiado a mãe que matar o filho durante o parto. Assim, estamos, em termos de legislação ordinária, perante a consagração de dois bens jurídicos a serem protegidos pela tutela penal

Acresce que o bem jurídico vida intrauterina se encontra em conflito com outro bem jurídico também consagrado no preceituário constitucional: o livre desenvolvimento da personalidade da mulher previsto no n.º 1 do artigo 26.º da CRP. Este conceito envolve aspetos tão distintos como a privacidade e o reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal sem constrangimentos jurídicos, como refere Rui Medeiros⁵. Aliás, de alguma forma refletindo essa valoração, a decisão judicial norte-americana *Roe v. Wade*⁶ tomada em 1973 pelo Supremo Tribunal permitindo o aborto e que tem servido como referência para alguma doutrina e jurisprudência, teve como fundamento o direito à privacidade da mulher.

Em Portugal, o aborto tem sido objeto de intervenção legislativa variada, sendo que a recente descriminalização parcial buscou várias justificações, designadamente a existência de elevadas cifras negras, o turismo abortivo e as inerentes consequências para a integridade física das mulheres. Ademais, o aborto foi retratado como uma questão de saúde pública refletida na ineficácia da intervenção penal que mais não provocava a criação de um flagelo social.

A nossa visão é algo diferente, e aponta para o facto de as referências constitucionais acima aduzidas implicaram a necessidade de exame aprofundado acerca da tutela penal protegendo a vida intrauterina. Nesse sentido consideramos que o bem jurídico-penal vida

⁵ Op. cit. p. 614.

⁶ 410 U.S. 113 (1973).

intrauterina reclama a dignidade de tutela penal como bem jurídico fundamental relevante. Se é um facto que a IVG e sequente protecção penal da vida intrauterina está prevista e punida pelos artigos 140.º e 141.º, ambos do CP, entendemos que face aos recentes avanços médicos e à consagração constitucional de um conceito alargado de vida (aliás, não distinguindo entre vida depois do nascimento e vida intrauterina) deverá ser reponderada a atual legislação permissiva acerca do IVG.

O ponto a que chegaremos é que no conflito de interesses acima referido entre vida intrauterina e livre desenvolvimento da personalidade da mulher, o bem jurídico-penal vida humana intrauterina está sujeito a um *défice* de tutela penal.

Assim, a presente dissertação tem como objetivo reavaliar a necessidade de tutela penal que o bem jurídico-penal vida humana intrauterina invoca.

Para tal a presente investigação foi dividida em três partes.

Partimos na parte primeira para um olhar sumário pelo percurso histórico das práticas abortivas e das variadas modificações dos paradigmas da prática abortiva, atendendo às novas descobertas no campo da medicina e bioética, salientando os momentos em que a vida intrauterina deixou de ser vista como *mulieris portio vel viscerum* e avocou um estatuto de ser autónomo. Abriremos ainda uma perspetiva sobre o percurso da descriminalização do aborto em Portugal, acrescida de uma incursão na área do direito comparado.

Na segunda parte pretendemos escrutinar o processo evolutivo da conceção de bem jurídico vida intrauterina, para posteriormente proceder ao seu enquadramento jurídico, procurando anotar a destriça entre vida e vida intrauterina. Pretendemos ainda realizar uma análise crítica dos fundamentos orientadores da política criminal que assenta na implementação do modelo de prazos.

Por fim, apresentaremos as conclusões a que chegamos.

PARTE I

**VIDA HUMANA INTRAUTERINA DE *MULIERIS PORTIO VEL VISCERUM*
A SER AUTÓNOMO**

CAPÍTULO I

SÍNTESE HISTÓRICA DO ABORTO

1. Grécia

O aborto é uma prática intemporal conforme o próprio percurso histórico o demonstra. Os primeiros testemunhos sobre a prática abortiva surgem na Grécia por volta do século V a.C., intimamente ligado a uma forma de contraceção e como método de planeamento familiar, moralmente aceite e juridicamente lícito. Esta visão a que chamaremos por simplificação “liberal” justificava-se à época pelo facto de o aborto consistir no único recurso alcançável para o controlo da fertilidade⁷.

Na Grécia antiga a gravidez reportava-se ainda a um mistério, o conhecimento médico sobre a gestação levava a proposições erradas quanto ao próprio método de controlo de fertilidade e desenvolvimento fetal, sendo o nascituro considerado como parte das entranhas da mulher e descrito como *mulieris portio vel viscerum*, proposição que se manteve inalterável até meados do séc. XVII⁸.

A vida nascente teria apenas direitos limitados, os filósofos gregos ensinavam que o *conceptus* não seria considerado como um ser racional ou detentor de alma. Seguindo esta orientação Hipócrates afirmava que o ser humano não nascido do género masculino só possuiria alma 30 dias após a conceção; nas palavras de Aristóteles “a alma é o acto primeiro de um corpo físico que tem a vida em potência”⁹. Assim o *conceptus* só adquiria

⁷ MACLAREN, Angus. 1990. História da Contraceção da antiguidade à actualidade. Lisboa: Terramar. p. 44.

⁸ GALEOTTI, Giulia. 2007. História do AbOrto. Lisboa: Edições 70. p. 23-71.

⁹ GODINHO, Inês Fernandes. 2013. O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana *in* Problemas Jurídico-Penais em torno da Vida Humana. Coimbra: Coimbra Editora. p. 58.

a alma aos 40 dias após a concepção, e se fosse do género feminino só depois de decorridos 80 ou 90 dias de concepção¹⁰.

Este era um contexto cultural onde as mulheres eram caracterizadas como um ser inferior, quer em termos fisiológicos, quer intelectuais. Nas palavras de Aristóteles o género feminino era considerada um malogro “façam elas o que fizerem, e bem podem tentar fazer tudo, mas fá-lo-ão menos bem”¹¹, por isso dotadas com uma inferioridade quer anatómica, quer fisiologicamente, e eticamente inferiores, seriam compelidas a adotar uma posição subalterna. A sua existência configurava-se apenas a um único propósito, contrair casamento para a continuidade da prole, e por esses motivos, o matrimónio corresponderia à pedra angular alicerçada aos olhos da comunidade grega¹².

Contudo, no seio da comunidade grega nem sempre enunciação da chegada de um primogénito seria enaltecida, atendendo às circunstâncias culturais, caberia ao *Kyrios* (cônjuge ou patrão) a decisão de aceitar ou não este novo ser perante a comunidade, dispondo de cinco a dez dias para tornar pública a sua decisão¹³.

Para o Estado grego, o controlo e a manipulação da fertilidade seriam altamente desejados para a estabilidade da população, assim a limitação dos nascimentos impunha-se independentemente dos recursos utilizáveis. Platão quanto à questão de como proceder para que essa estabilidade populacional fosse alcançada afirmou: “Há muitos expedientes utilizáveis: se nascem demasiadas crianças, há medidas para deter a propagação; por outro

¹⁰ Cf. MACLAREN, Angus. 1997. *História da Contraceção, da Antiguidade à Actualidade*. Lisboa: Terramar. p. 40.

¹¹ Idem, *apud* Cícero, *Tusculan Disputations*, tradução de J. E King, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1943. p. 2-15-36.

¹² Idem, *Apud*, J. Lawrence, Angel, the basis os paleodemography, in *mericam Journal of Physical Anthropology*, 1969, pp. 427-438.

¹³ Conforme MACLAREN, Angus, o feto masculino adquiria sensibilidade ou movimentos aos 3 meses de gestação, sendo feminino aos 4 meses, e dessa forma como um ser humano potencial a vida só seria manifestada no momento da parturição, no que respeita à aceitação perante a comunidade do primogénito o progenitor grego não tinha a obrigação de aceitar um primogénito, a cerimónia da imposição do nome significava a aceitação pública, no entanto ressalva o autor que devido há escassez de dados nas obras literárias sobre a aceitação pública, quer-se que esta prática remonta à elite grega. Assim tanto o abandono como o infanticídio (só apenas quanto ao género feminino por questões eugénicas em ambos os géneros, poderia também ocorrer para a proteção do património) configurava prática corrente. MCLAREN, Angus, *Apud*, Harrison, *The Law of Athens*. 1997. “História da Contraceção” ... Op. cit. p. 42-44.

lado, um índice de natalidade elevado pode ser encorajado e estimulado, conferindo marcas de distinção ou de desonra”¹⁴.

Assim sendo, um só descendente seria exigido para sustentar a ideologia da criação de um Estado perfeito, Platão e Aristóteles recorrem ao policiamento do casamento e da natalidade. Platão na “República” declara que a progenitora não deverá exceder os limites da comunidade, na obra “As Leis” atendendo à estabilidade de proprietários de terrenos, afirmava que estes só deveriam ser atribuídos a um herdeiro por família¹⁵, e como política do estado defendia que todas as mulheres com mais de quarenta anos em caso de concepção deveriam recorrer ao aborto ¹⁶.

Aristóteles, seguindo Platão, sugere que a idade do casamento fosse regulada. Defendia, também, o recurso ao aborto para regular a fertilidade, se por ventura fossem excedidos os limites permitidos. No entanto, segundo o Estagirita, o recurso ao aborto só seria lícito desde que a vida e o senso não tivessem sido manifestadas no embrião¹⁷, refletindo-se o ato em ilicitude se praticado desde que o embrião exteriorizasse sensibilidade.

Acresce que o controlo da natalidade e fertilidade não seriam só almejados pelo Estado, as mulheres mantinham particular interesse em controlar a fertilidade como forma de planeamento familiar. Apesar de desfrutarem de métodos contraceptivos ou *atokiom*¹⁸ disponíveis, à base de chás de ervas, folhas ou cascas de pilriteiro, hera, salgueiro e choup¹⁹, o relato de procedimentos abortivos nos textos da medicina grega configurava estes como a referência mais comum.

Os textos médicos gregos expunham a ciência aplicável às técnicas abortivas como perfurações, pessários, poções orais, supositórios, fumigações, cataplasmas, bem como o recurso à prática de exercício físico violento que provocava vômitos violentos que levaria a sérias hemorragias. Estes, contudo, apenas serviriam para transmitir o

¹⁴ Cit. MCLAREN, Angus, *apud*, Platão. Op. cit. p. 21.

¹⁵ Idem, *apud*, Platão, Republic, Tradução, A.D. Lindsay. p. 25.

¹⁶ Idem, p. 38.

¹⁷ Idem, *apud*, Aristóteles, Politics. Op. cit. p. 26. No mesmo sentido, GALEOTTI, Giulia, “História do Ab(orto)...” Op. cit. p.38. MATOS, Maurílio Castro de.2010. A Criminalização do Aborto em Questão. Coimbra: Almedina. p. 12.

¹⁸ Cf. MACLAREN, Angus. 1997. “História da Contraceção ...” Op. cit. p. 40.

¹⁹ Idem, p. 35. No mesmo sentido, GALEOTTI, Giulia. 2007. “História do Ab(orto)...” Op. cit. p. 35.

conhecimento das manobras abortivas que caberiam às parteiras ou às próprias gestantes elaborar, na qualidade de mestres do ofício de uma arte só compreendida entre as mulheres, comportamento envolto de secretismo uma vez que os médicos gregos seriam geralmente contra o aborto voluntário²⁰.

O recurso ao aborto voluntário comportaria sempre riscos elevados para a integridade física das mulheres, que em situações extremas levariam à morte, os procedimentos utilizados caracterizavam-se por serem extremamente violentos, com o recurso a métodos mecânicos para perfuração da placenta que resultava na prematura expulsão do feto.

Num contexto cultural onde a mulher grega deveria adotar um comportamento passivo, o padrão comportamental salienta que as mulheres da Grécia antiga recorreriam ao aborto envolto num secretismo, só relevado e discutido entre as mulheres²¹. Assim no que respeita à forma de planeamento familiar, contraceção e aborto, a mulher detinha o pleno poder de decidir sobre o quando e o porquê de uma gestação, uma vez que era a única protagonista.

O não consentimento do *Kyrios*, ou o seu pleno desconhecimento do aborto manifestava-se pela ilicitude do ato cominado com a respetiva sanção, o direito ofendido aos olhos da comunidade grega, seria apenas, e tão só o direito suprimido ao progenitor pela não continuação da sua *prole*.

Em conclusão, fica demonstrado de forma elucidativa que a prática abortiva seria um meio de planeamento familiar geralmente aceite e defendida entre os Gregos antigos²².

²⁰ Cf. GALEOTTI, Giulia. 2007. “História do Aborto...” Op. cit. p. 29.

²¹ Idem, p. 183-214.

²² Idem, p. 44.

1.1. Roma

Roma adotava uma posição, em muitos aspetos, contrária à da Grécia, incentivando ativamente o aumento da população. Algumas considerações eram também tecidas em torno da fertilidade feminina, expressas na legislação: “Júlio César concedia terras a pais de três filhos ou mais”²³, pressionava as viúvas a voltarem a casar, sancionava o celibato masculino e a ausência de filhos. A fertilidade era, assim, elogiada e altamente valorizada. A maternidade elevava o estatuto social da mulher: com efeito, a mulher que concebesse três filhos auferia de direitos especiais²⁴.

O Império Romano, com o intuito de fazer crescer o território, atribuía ao chefe de família poderes praticamente ilimitados sobre a sua *prole*. Esse facto, em grande medida, acabava por limitar o estado na intervenção em questões do âmbito do casamento, do abandono dos filhos, contraceção e do aborto (*phthorion*)²⁵.

Para não serem alvo de represálias, as mulheres de alto estatuto da sociedade Romana recorriam à contraceção a fim de evitarem as sanções que lhes seriam impostas pelo estado, mas um tal expediente também não se afigurava uma solução totalmente eficaz.

A punição da prática do aborto viria no entanto a ser efetivada no Império Romano, nos finais do Séc. II AD. Esta consistia no exílio temporário bem como uma multa. Só com o Imperador Severo é que o aborto adquiriu dignidade punitiva, sendo-lhe aplicável a multa e o exílio temporário²⁶. A pena de morte era apenas cominada quando o aborto tinha por resultado a morte da mulher e não apenas do feto e nesse sentido com o temor relativamente ao despovoamento do Império, tanto a contraceção como o aborto viriam a ser punidos, não tanto como fim, mas como causa.

Contudo, o aborto a ser comum era exercido por parteiras mas com pleno conhecimento dos médicos da época. Dioscórides descrevia mais de vinte e cinco plantas com propriedades abortivas e Paulo de Egina prescrevia receitas para dez infusões.

²³ Cit. ANGUS, Maclaren. 1997. “História da Contraceção...” Op. cit. p. 56.

²⁴ Idem, loc. cit.

²⁵ Idem, p.72.

²⁶ Idem, p. 72.

Sorano, médico de Roma, detinha o conhecimento deste tipo de prática abortiva, porém, nem mesmo na situação de perigo para a vida da gestante poderiam os especialistas socorrer-se deste tipo de metodologias²⁷.

Ao feto continuava a não ser atribuído nenhum valor especial, sendo ainda considerado como um ser pertencente às entranhas da mulher “como parte das entranhas da mulher (*portio viscerum matris*), por influência do pensamento estóico, que reservava para a ocasião do nascimento o início da vida – através da infiltração de ar no corpo”²⁸.

A verdadeira e única preocupação continuava a ser a continuidade da família, uma vez que a consumação do aborto impediria o pai de garantir a sua linha de sucessão. Os “divinos de Severo e Caracala decretaram que uma mulher que praticasse o aborto deveria ser condenada ao exílio por um período de tempo fixado pelo oficial, pois seria indigno que se tivesse privado o marido de um herdeiro sem incorrer numa penalização”²⁹.

O aborto seria associado na época naturalmente como a única forma eficaz de planeamento familiar, ligadas a escolhas egoístas aos interesses pessoais das mulheres, como uma fraqueza feminina comparada ao uso de maquilhagem³⁰.

²⁷ Idem, p.73.

²⁸ Cit. PEREIRA, Rui. 1995. Estudos Comemorativos de 150.º Aniversario do Tribunal da Boa Hora. p. 123.

²⁹ Idem, p. 123. No mesmo sentido Ana Campos. 2007. *apud* Bantman. Crime ou Castigo? Da perseguição contra as mulheres até a despenalização do aborto. p. 17.

³⁰ Cf. ANGUS Maclaren. 1997.” História da Contraceção...” Op. cit. p. 72.

1.2. Europa: Séc. XVII

A verdade é que nada em termos históricos é inalterável, quer quanto às próprias proposições no que se refere à gravidez, quer quanto ao desenvolvimento fetal. O ponto de viragem que altera todo o conhecimento sobre a gravidez e feto ocorre na Europa a partir do séc. XVI.

A falta de conhecimento sobre a fecundação e do crescimento embrionário conduziram a proposições erradas sobre o início da gravidez e o desenvolvimento fetal, que se mantiveram até o Séc. XVII. No entanto, avanços no campo científico da obstetrícia e sobre a anatomia da mulher, datadas no Séc. XVI, como a descoberta por Harvey das trompas de Falópio, e os estudos de Andrea Vesálio sobre anatomia, bem como os trabalhos de Hamm e Leeuwenhoek sobre o comportamento dos espermatozoides³¹, tiveram como consequência uma modificação na visão do aborto. Esta visão já assume a consciencialização que o nascituro tem o direito de viver, e reconhece-o como um ser único e autónomo.

Com o novo conhecimento médico que foi alcançado tendo como base as descobertas já descritas alcança-se um novo patamar na medicina, onde também novas conceções tecnológicas no campo biológico e na área da obstetrícia foram emergindo, e mais um passo foi trilhado para a compreensão da gestação.

Uma das descobertas mais importantes dá-se com o microscópio ótico criado na Holanda em 1590, contudo aperfeiçoado por Galileu em 1610, onde se assevera que o homem é gerado a partir do óvulo que se encontra nos ovários femininos^{32 33}, porém só bem mais tarde em 1839, Schleinen e Schwann criam a teoria celular, que sustenta a tese de que o embrião se forma a partir de uma única célula³⁴, caindo assim por terra todas as convicções mantidas até então: que a mulher seria apenas um recetáculo para que o nascituro se desenvolvesse, e que este era um ser desagregado entre si, que conforme a

³¹Cf. CAMPOS, Ana. 2007. “Crime ou Castigo? ...” Op. cit. p. 27.

³² Cf. GALEOTTI, Giulia. 2007. “História do Ab(orto) ...” Op. cit. p. 73.

³³ No mesmo sentido, Ana Campos. Ibidem. p. 27

³⁴ Idem, p. 27.

evolução da gestação todas as partes se iam unindo como se de um puzzle fosse constituído.

Nem todo o progresso alcançado na área obstetrícia e biológica foi suficiente para a abolição do recurso à prática abortiva; esta continuava a integrar recorrente uma forma contracetiva no meio feminino, atendendo aos mesmos recursos: as mezinhas caseiras, chás, purgantes. Uma panóplia de receitas continuava disponível, apesar da existência do preservativo masculino, desde o Séc. XVII feito a partir de intestinos de carneiro e do reconhecimento da sua eficácia tanto a nível contracetivo como para proteção das doenças sexualmente transmissíveis³⁵.

A partir do século XVIII, com a Revolução Francesa, o padrão de pensamento em relação ao aborto não se altera significativamente na área da medicina, apesar de haver uma renovação nas formas disponíveis para a contraceção, e em particular nas descobertas no campo da fecundação e do desenvolvimento fetal.

Sendo o aborto ainda considerado ilegal na época, continuava a existir como uma prática bastante difundida encarada mesmo como um negócio em crescente ascensão na Europa.

Seria um método prevalente tanto nas classes baixas, como também frequentemente utilizado pelas senhoras da sociedade de alto estatuto que, por alguma razão, se mostrassem desinteressadas do propósito de serem mães.

Continuando a ser concebido como um tema polémico, o aborto constituía um dos assuntos centrais das discussões públicas, onde era debatido o comportamento privado dos casais e a vida familiar. O aborto seria associado, na época, ao controlo indesejável da reprodução numa Europa que se encontrava com registos de baixa natalidade.

Com efeito, em França, Alemanha e Grã-Bretanha, para além do problema da reduzida taxa de natalidade, existia uma significativa baixa de fecundidade feminina³⁶.

Uma série de contracetivos encontrava-se já disponível, porém esta solução estava ainda longe de constituir um meio seguro de contraceção, devido à sua deficiente

³⁵ Idem, p.28.

³⁶ Idem, p.32.

administração. Nesse sentido, o aborto constituir-se-ia como um recurso inevitável, muito embora se revelasse um meio extremamente perigoso.

As mulheres não faziam mistério das técnicas abortivas, embora, à primeira vista, estejamos num estágio mais avançado de que na Grécia Antiga, a verdade é que as práticas abortivas continuavam a ser descritas de forma muito semelhante.

Os médicos acreditavam que tais recursos tradicionais atuavam como uma espécie de veneno, que, ao entrar no corpo, produzia uma irritação que seria o suficiente para provocar o aborto. Pela década de 1890, no norte de Inglaterra, algumas mulheres começaram a consumir pílulas de chumbo, depois de se terem registado vários abortos entre empregadas que trabalhavam em fábricas de alvaiade de chumbo³⁷.

Em meados do século XIX, o comércio em torno do aborto tinha encontrado o seu auge: tornara-se uma verdadeira indústria para farmacêuticos, herbanários, veterinários, massagistas e curandeiros; as abortadeiras ofereciam explicitamente os seus serviços nas páginas dos jornais.

O marco histórico definitivo ocorre nos anos sessenta do séc. XX com o surgimento do aparelho ecográfico, a partir de então a gravidez transparece na sua verdadeira essência. A visualização do embrião/feto transforma mentalidades, reconstrói a consciência jurídica, apesar de ser uma mudança lenta uma vez que a difusão e aplicação do aparelho ecográfico se prolonga por cerca de trinta anos³⁸.

1.3. Conclusão

O percurso histórico demonstra que o aborto sempre se traduziu como uma forma de contraceção e método de planeamento familiar, sendo por isso uma prática intemporal.

Apesar de se intentarem sérios esforços para o conhecimento sobre a fertilidade e as várias formas de contraceção, a verdade é que esses esforços não tiveram ao longo dos séculos resultados apreciáveis, pelo que a forma de contraceção mais “segura” seria a do recurso ao aborto. Ainda que praticado, em circunstâncias secretas, pois como refere a

³⁷ Idem, p.38.

³⁸ Cf. GALEOTTI, Giullia. 2007. “História do Ab()rto....” Op. cit. p. 81.

Giulia Galeotti³⁹, o aborto é uma coisa de mulheres, ligada intimamente à sua vontade, seria utilizado tanto na Grécia como em Roma enquanto meio contraceutivo.

Ao feto não eram atribuídos quaisquer direitos, uma vez que este era considerado como parte integrante no corpo materno, como *mulieris portio vel viscerum*. Por isso, a questão do aborto sempre foi mais vista como uma questão social, de prevenção ou estímulo da natalidade, do que algo pertencente ao foro ético da mulher ou bioético, ligado a uma nova vida. Se os Gregos permitiam o aborto era por questões de controlo da natalidade na *polis*, se os Romanos proibiam o aborto era por questões de fomento da natalidade no Império.

Só os avanços recentes da medicina permitiram a construção de uma realidade diferente e a perceção que no feto existia uma vida diferente da mãe. Tal realidade acabou por ser definida, em termos de opinião pública, só nos anos 1960 através do uso do aparelho ecográfico.

³⁹ Idem, p. 25-34.

CAPÍTULO II

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM PORTUGAL E EUROPA

2. O Percurso da Descriminalização do Aborto em Portugal

Uma das justificações apresentadas pelos grupos políticos em Portugal que em 2007 defendiam a consagração no ordenamento jurídico português de uma lei que concedesse às mulheres o direito ao acesso à IVG, que acabou por se traduzir na Lei 16/2007, de 17 de abril, relaciona-se, entre outras justificações, com a análise comparativa dos outros países dos Estados-membros da União Europeia, onde o acesso ao aborto seria já garantido. Afirmava-se então que Portugal se encontraria na “cauda da Europa” como um país antiquado no que respeita à legislação sobre os direitos sexuais e reprodutivos^{40 41}. Com

⁴⁰ Resolução do Parlamento Europeu sobre Direitos em Matéria de Saúde Sexual e Reprodutiva – JO CNº 271 E, de 12 de Novembro de 2003. Recomenda-se aos governos dos Estados-Membros e dos países candidatos à adesão que pugnem pela implementação de uma política de saúde e social que permita uma diminuição do recurso ao aborto, nomeadamente graças à disponibilização de serviços de planeamento familiar e de aconselhamento e à prestação de assistência e apoio financeiro a grávidas em dificuldade, e considerem o aborto de risco como tema fundamental de saúde pública”. Mas recomenda-se ainda “que a interrupção voluntária da gravidez seja legal, segura e universalmente acessível, a fim de salvaguardar a saúde reprodutiva e os direitos das mulheres”, exortando-se “os governos dos Estados-Membros e dos países candidatos à adesão a absterem-se, em quaisquer circunstâncias, de agir judicialmente contra mulheres que tenham feito abortos ilegais”. Assume-se, assim, no âmbito do Parlamento Europeu, uma perspetiva preventiva e de saúde pública quanto ao aborto, com distanciamento das soluções punitivas. Cfr. Acórdão Tribunal Constitucional N.º 617/2006.

⁴¹ Relatório sobre saúde e direitos sexuais e reprodutivos 2013/2040 (INI), onde a relatora Edite Estrela defende o reforço dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres na UE e estabelece um conjunto de orientações políticas comuns nesta matéria. O documento diz que os serviços de interrupção voluntária da gravidez devem ser "legais, seguros e universalmente acessíveis" nos sistemas de saúde pública dos Estados-Membros, incluindo a mulheres não residentes. Em relação à questão específica do aborto, o relatório de Edite Estrela recomenda que, para evitar os abortos clandestinos que colocam gravemente em risco a saúde física e mental das mulheres, os serviços de interrupção voluntária da gravidez "sejam legais, seguros e universalmente acessíveis nos sistemas de saúde pública dos Estados-Membros", incluindo a mulheres não residentes, que procuram estes serviços noutros países devido a políticas restritivas em matéria de aborto nos seus países de origem. O relatório foi reprovado por 334 votos contrários, 327 a favor e 35 abstenções. Disponível na Internet: <http://www.europarl.europa.eu/portal/pt>.

este fundamento, o objetivo seria o de adequar a legislação portuguesa às tendências europeias.

Em Portugal, o aborto é punido autonomamente desde o Código Penal de 1852 que consagrou expressamente o aborto como crime autónomo no seu artigo 358º, abandonando, assim a generalizada equiparação na doutrina ⁴²entre o aborto e o homicídio, consumando-se aquele com a morte do feto.

O artigo 358º punia o aborto com pena de prisão maior temporária com trabalho, no caso de não consentimento da mulher (corpo da disposição), cominando a pena de prisão maior temporária para o perpetrante e para a mulher, no caso de consentimento desta. Sendo o crime praticado com o objetivo de «ocultar a sua desonra», a pena aplicável à mulher seria apenas a de prisão correccional. No caso de o crime ser praticado por médico, cirurgião ou farmacêutico, previa-se o agravamento daquelas penas.

A Reforma Penal de 1886 manteve este tipo de incriminação, com diferentes penalidades - prisão maior celular de dois a oito anos, no caso de aborto não consentido (corpo do artigo) ou consentido, podendo, nesta última hipótese, em alternativa, ser cominada a pena de prisão maior temporária.

Nos casos de autoaborto e de consentimento, prisão correccional se o crime fosse cometido *honoris causa*. Finalmente, as mesmas penas para o aborto qualificado (praticado por médico, cirurgião ou farmacêutico), agravadas segundo as regras gerais.

Durante cerca de 100 anos o aborto foi considerado crime, de acordo com a lei penal portuguesa.

É com a Lei n.º 6/84, de 11 de maio que altera a redação aos artigos 139.º a 141.º do Código Penal de 1982, que se consagra entre nós pela primeira vez, um sistema legal de previsões de impunibilidade da interrupção voluntária de gravidez. Passou a admitir-se a existência de “causas de exclusão da ilicitude”, em função de determinadas indicações, ditas terapêutica alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 140.º do CP embriopática, fetopática ou por lesão do nascituro alínea c) do mesmo artigo e criminal, criminológica, ética, jurídica ou humanitária alínea d) igualmente do n.º 1 do artigo 140.º do CP.

⁴² Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 288/98, publicado no Diário da República 91/98 Suplemento I-A Série, 18 Abril.

Assim se pôs termo ao regime até aí vigente de proibição absoluta da interrupção voluntária da gravidez, através da implementação do modelo das indicações⁴³.

A reforma do Código Penal operada pelo Decreto/Lei n.º 48/95, de 15 de março, mantém o mesmo registo, refletindo algumas alterações substantivas não essenciais quanto ao sentido da disciplina. Mantendo o modelo das indicações (descrito mais abaixo) nos termos em que o havia consagrado a Lei n.º 6/84, de 11 de maio, a reforma de 95 quedou-se, com efeito, pelo alargamento da *fattispecie* correspondente à indicação criminal.

No decurso do 1997, três projetos de lei tendentes a alterar o regime jurídico da interrupção da gravidez foram apresentados na AR, um pelo Grupo Parlamentar do PCP com o n.º 177/VII e os restantes dois por Deputados do Grupo Parlamentar do PS com o n.º 236/VII e 235/VII). Os dois primeiros projetos formulavam propostas de exclusão da ilicitude da IVG quando realizada nas primeiras doze semanas. Contudo, apenas o terceiro viria a ser aprovado, dele tendo resultado a Lei n.º 90/97, de 30 de julho. Através da nova redação conferida às alíneas c) e d) do artigo 142.º do Código Penal, tal diploma limitou-se essencialmente a ampliar de 16 para 24 semanas o prazo previsto para a interrupção da gravidez por lesão do nascituro, abolindo-o no caso de fetos inviáveis.

Na sessão legislativa seguinte, novos projetos de lei sobre a IVG foram apresentados: o projeto de lei n.º 417/VII do PCP e os projetos de lei n.º 451/VII e n.º 453/VII, ambos do PS. Aquele segundo, aprovado na generalidade, preconizava a despenalização da interrupção voluntária da gravidez realizada nas 10 primeiras semanas de gestação, após consulta de aconselhamento, «para preservação da integridade moral, dignidade social e da maternidade consciente», assentando assim «numa combinação entre uma solução de prazos e um regime de indicações genéricas, com obrigatoriedade de aconselhamento antes da decisão final pela mulher» (“Relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos Liberdades e Garantias”, DAR, II- A, 29.º, de 5 -2 -98). A par disso, propunha ainda a não punibilidade da interrupção voluntária da gravidez caso se mostrasse «indicada para evitar perigo de morte ou grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica, da mulher grávida, designadamente por razões de natureza económica ou social», quando realizada nas 16 primeiras semanas de gestação.

⁴³ Ainda que de forma restritiva, pois não foi reconhecida a valência, como causa de exclusão, a indicação social.

Contudo, em março de 1998, a Assembleia da República, enveredando por um outro tipo de procedimento legiferante, viria a aprovar a Resolução n.º 16/98, DR, 1.ª série -A, de 31 de Março de 1998. Esta Resolução propunha que mediante referendo a realizar, os cidadãos eleitores recenseados no território nacional fossem chamados a pronunciar sobre a seguinte pergunta: «Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?».

Em Setembro de 2005, a mesma pergunta foi apresentada como objeto de uma proposta de referendo, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 52 - A/2005. Pelo Acórdão n.º 578/2005, de 28 de Outubro DR, 1.ª série -A, de 16 de Novembro de 2005 o Tribunal Constitucional declarou que não se encontravam cumpridas as exigências constitucionais, nos termos do n.º 10 do artigo 115.º da CRP.

Em Reunião Plenária de 19 de outubro de 2006, a AR aprovou, após debate, o Projeto de Resolução n.º 148/X. Previa tal Resolução n.º 54- A/2006, publicada no DR, 1.ª série, de 20 de Outubro de 2006 que, através de referendo, os cidadãos eleitores recenseados no território nacional fossem chamados a pronunciar sobre a mesma exata pergunta com que haviam sido confrontados em 1998 e cujo teor era o seguinte: «Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?».

O Acórdão n.º 617/2006 de 15 de novembro julgou verificada a constitucionalidade e legalidade do referendo que originou a Resolução n.º 54 -A/06 da AR convocando o referendo a ser realizado no dia 11 de Fevereiro de 2007, tendo com resultado 59,25% de votos favoráveis⁴⁴.

Em 8 de Março de 2007, foi aprovada pela AR a Lei n.º 16/2007 de 17 de abril, que determinou um aditamento ao artigo 140.º do CP resultando no atual n.º 1, alínea e), que prescreve:

⁴⁴ Cf. Mapa Oficial n.º 1/2007 da CNE DR, I Série - n.º 43 - 01.03.2007. Disponível na Internet em: <http://www.cne.pt/content/referendo-nacional-2007>.

«não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez» (sublinhado nosso).

A exclusão da ilicitude nos casos da interrupção voluntária da gravidez tem por resultado a preterição da tutela penal da vida intrauterina com dez semanas de gestação. Por esse motivo impõe-se a análise nos capítulos subsequentes dos fundamentos invocados para a definição do atual regime, tendo em conta o bem jurídico-penal vida intrauterina.

Mas ainda antes convém deixar uma nota sobre os designados modelo de prazos e modelo de indicações que têm servido de inspiração técnica-legal ao legislador português desde 1984.

2.1. Excurso: Modelo de Prazos e o Modelo de Indicações. A Doutrina e Jurisprudência Alemãs

A proposta acerca dos modelos inovadores, denominados modelos de prazos e modelo de indicações, foi elaborada nos anos 1960. Procurava-se um ou vários modelos de regulação legal das práticas abortivas, saindo do proibicionismo puro ou dos modelos estritamente médicos. Esta proposta surgiu como fruto de um trabalho de uma comissão de professores alemães e suíços nessa época⁴⁵.

Dois modelos alternativos foram apresentados: o modelo das indicações e o modelo de prazos.

Como refere Oliveira Martins⁴⁶ o “modelo das indicações assenta num pressuposto básico: a vida intra-uterina é um bem jurídico e deve ser protegido.” No entanto, tal proteção está sujeita a restrições impostas devido à consideração de outros bens jurídicos igualmente importantes. Assim, correspondendo a esses bens jurídicos a merecer igual ou

⁴⁵ JONAS, R. (1978). West German Abortion Decision: A contrast to Roe v. Wade in Jonh Marshall Journal of Practice and Procedure 605

⁴⁶ OLIVEIRA MARTINS, J. (1999). Crime de Aborto no Código Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora,p.18.

superior proteção foram estabelecidos conjuntos de indicações que levam à exclusão da punição do aborto. Agrupam-se geralmente quatro categorias de indicações⁴⁷:

- A indicação médica, também chamada de terapêutica;
- A indicação ético-criminológica ou judicial;
- A indicação eugénica, de mal formação do feto, ou fetopática;
- A indicação económico-social.

A indicação médica ocorre quando a continuação da gravidez coloca em perigo a vida ou a saúde da mãe. Aqui temos um conflito entre dois bens: a vida intrauterina e a vida ou a saúde da mãe⁴⁸.

A indicação ético-criminológica surge quando a gravidez é indesejada por ser o corolário de um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual (violação, por exemplo. Enquanto a indicação eugénica ou por malformação do feto pode existir quando o feto tem ou poderá vir a ter importantes deformidades. A indicação económico-social dar-se-á quando a mãe não apresenta condições, económicas ou sociais, para sustentar o seu filho, após o nascimento. Note-se que esta última situação não tem encontrado especial aceitação nos variados ordenamentos jurídicos⁴⁹.

O modelo de prazos é outro modelo de legalização do aborto que permite a sua realização num prazo inicial da gestação, desde que a mãe consulte um serviço de planeamento familiar anteriormente. Este modelo estriba-se no direito da mãe a decidir, ao mesmo tempo que tenta limitar o aborto às situações mais severas, através da obrigatoriedade de prévio aconselhamento.

Na Alemanha em 1974, o legislador tentou introduzir uma “liberalização” do aborto baseado no modelo de prazos, que acabou no Tribunal Constitucional alemão, dando

⁴⁷ Seguimos de perto OLIVEIRA MARTINS, op. cit. idem.

⁴⁸ OLIVEIRA MARTINS, idem.

⁴⁹ Ainda OLIVEIRA MARTINS, idem, ibidem.

oportunidade a que este tribunal produzisse um aresto fundamental em 25 de Fevereiro de 1975⁵⁰.

A argumentação do Tribunal Constitucional alemão começa por reconhecer que a vida que se desenvolve no dentro do útero materno constitui um valor legal independente, ou usando a terminologia que estamos a seguir: um bem jurídico próprio. Esse reconhecimento foi feito com base no artigo Segundo, parágrafo segundo, da Lei Fundamental alemão que prescreve que toda a pessoa tem direito à vida e à integridade física, bem como no artigo Primeiro, parágrafo Primeiro, que determina que a dignidade humana deve ser inviolável, competindo ao Estado a respeitar essa inviolabilidade.

Nestes termos, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que era dever do Estado não atacar a vida em desenvolvimento, bem como proteger e acarinhar essa vida. Acrescentando que o Estado deveria proteger a vida em desenvolvimento, mesmo contra a sua mãe, tomando esta proteção precedência sobre os direitos fundamentais da mãe.⁵¹

No fundo esta decisão consagrou que o respeito pela dignidade humana plasmado constitucionalmente exige a criminalização do aborto, se não for justificada pelas razões imperativas chamadas indicações ("Indikationen") que já abordamos acima. A jurisprudência alemã foi clara em estender o direito à vida e à dignidade da pessoa humana aos entes não nascidos, i.e. à vida intrauterina.

No entanto, mais tarde, no início de 1990, o legislador alemão aprovou nova legislação que permitiu à mulher fazer um aborto durante os três primeiros meses de gravidez e não sofrer sanções legais, se passasse por aconselhamento obrigatório com período de espera. E num segundo julgamento, em 1992, o Tribunal Constitucional confirmou estas disposições menos restritivas sobre o aborto. O Tribunal considerou que o respeito pela dignidade humana não exigiria a criminalização do aborto. Em particular, o Tribunal considerou que o Estado tem o dever de usar "meios sociais, políticos e de bem-estar" para promover o desenvolvimento da vida humana, e que estes são preferíveis às medidas penais.

⁵⁰ BVerfGE 39,1

⁵¹ Cfr. JONAS, op. cit.

Assim se vê que a legislação e jurisprudência alemãs sofreram uma forte evolução entre 1975 e 1992, que aliás não deixou de inspirar o legislador português.

2.2.A Descriminalização do Aborto no Direito Comparado

Como tivermos oportunidade de expor, Portugal seria considerado no início do novo milénio como um país retrógrado na Europa no que respeita à matéria dos direitos sexuais e reprodutivos. Por isso, a reapreciação dos fundamentos da implementação IVG, seria então um marco de modernidade a alcançar, justificando-se para tal a diminuição da prática abortiva.

Nesse sentido, vamos proceder à apreciação de vários dados que coligimos com o objetivo crítico da comprovação ou não da alegação que a “liberalização “ da IVG leva ao seu decréscimo⁵² nos países dos Estados-membros da União Europeia, naturalmente, tendo em conta a legislação em vigor.

O período mínimo de “permissão” do aborto é de 10 semanas, vigora apenas em Portugal, na Bósnia/Herzegovina, Macedónia e Turquia.

Na Estónia, é de 11 semanas, 13 na Holanda, 14 na Roménia, atingindo o máximo na Suécia, onde é de 18 semanas, Lei n.º 595, de 14 de Junho de 1974, alterada pela Lei n.º 660, de 1995, e pela Lei n.º 998, de 2007.

Em todos os outros países que aderiram a este modelo, o prazo é de 12 semanas ou de 3 meses⁵³.

Neste sentido acolhemos os dados expostos por João Loureiro⁵⁴ e da FPV⁵⁵. Pela leitura de João Loureiro, em Itália em 1982, o número de IVG realizadas ascendiam aos

⁵² Dados apresentados por, International Planned Parenthood Federation, apontam para 210 milhões de gravidezes mundiais por ano, sendo que 46 milhões acabam em aborto, correspondendo a 46 milhões abortos ilegais. De acordo com a mesma fonte referente a 1999, 38% das gravidezes não são planeadas, 22% dessas gravidezes terminam em aborto. Nos países desenvolvidos 40% da população mundial vive em países onde o aborto é legal. Cf. CAMPOS, Ana. 2007. Crime ou Castigo. Da Perseguição Contra as Mulheres até à Despenalização do Aborto. Coimbra: Almedina. p. 51.

⁵³ Todos estes dados, atualizados a Janeiro de 2009, foram recolhidos em Abortion Legislation in Europe, publicado pela “International Planned Parenthood Federation. European Network”, www.ippfen.org. Cfr. Acórdão Tribunal Constitucional n.º 75/2010, ponto 11.4.12.

⁵⁴ Cit. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. 2006. “Sobre o Aborto...” op. cit. 103-105. Disponível na Internet em: http://bloguedonao.planetaclix.pt/sobre_aborto.pdf

⁵⁵ Federação Portuguesa pela Vida, os dados apresentados estão disponíveis na Internet em: <http://www.federacaovida.com.pt/encontro/2008/Estudo%20Aborto.pdf>.

234 000. Ainda que tenham decaído os números em análise nos anos posteriores, em 2003 para 2004 houve um acréscimo de 132 000 para 137 000 de IVG realizadas.

Em França com a *Loi Veil*, desde 1985, o número de IVG realizadas não diminuiu, ainda que tenha tido lugar um aumento do limite temporal para o recurso da IVG, das 10 para as 12 semanas de gestação. O fundamento da alteração legislativa foi que 40% das mulheres recorreriam ao aborto entre as 12 e as 14 semanas, 29% entre as 15 e 17 semanas e 16% entre as 18 e 20 semanas de gestação.

Nos Países Baixos, em 1958 ocorreram cerca de 17 251 IVG, em 2005 o número de IVG praticadas corresponde a 28 738.

A FPV⁵⁶, numa análise comparativa desde 2007, apresenta os seguintes dados.

A Dinamarca tem um acréscimo de 3,05% de IVG, Luxemburgo de 3,18%, Bélgica tem um acréscimo de 3,75% de IVG, no Reino Unido 3,75%, e finalmente Espanha tem um acréscimo de 10,02% de IVG.

Espanha é descrita nos dias de hoje como o destino do “turismo abortivo” para aquelas mulheres portuguesas que pretendam abortar após as 10 semanas de gestação, uma vez que o país vizinho é bem mais permissivo ao permitir que a IVG seja efetuada até à 14 semana de gestação. Contudo, está em discussão política uma renovada criminalização do aborto com a Lei de Rajoy (primeiro-ministro de Espanha). A aprovação da nova legislação só permitirá a IVG em casos de violação e de grave perigo para a saúde da mãe, algo que terá de ser comprovado com dois relatórios médicos. O aborto será proibido mesmo em casos de malformação do feto.

A lei em vigor permite a interrupção da gravidez por decisão da mulher até à 14.^a semana de gestação. Em casos de risco de vida para a mãe ou de malformações no feto, o prazo estende-se até às 22 semanas.

É fácil concluir que o caminho percorrido nos países onde se adotou o modelo de prazos, a problemática em torno do aborto subsiste. Não há resultados satisfatórios, motivo pelo qual, num primeiro patamar de avaliação verifica-se que a “liberalização” através do modelo de prazos não diminui o aborto.

⁵⁶ Dinamarca Lei n.º 350, de 13 de Junho de 1973, com alterações em 1995 e em 2008.

PARTE II

**DIGNIDADE JURÍDICO-PENAL
DA VIDA HUMANA INTRAUTERINA**

CAPÍTULO I

TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL

3. Teoria do Bem Jurídico-Penal

Todas as sociedades têm valores essenciais fruto das suas tradições, cultura e desenvolvimento que terão necessariamente proteção penal. Esses valores essenciais traduzem-se em bens jurídicos que serão tutelados pelas normas penais. “O bem jurídico é o objecto do crime” afirma Germano Marques da Silva⁵⁷. Assim, o “centro nevrálgico de toda a teoria do Direito Penal é, irrecusavelmente a questão do bem jurídico: aqui, a razão de ser do Direito Penal; aqui a função da pena, aqui o cerne de divergências das posições axiológico-normativas e das concepções relativistas (sociológica, pragmatistas ou juspositivistas)”⁵⁸ e nesse sentido se delimita o núcleo essencial do direito penal no que respeita quanto ao fim a alcançar e aos limites próprios dessa tutela, revestindo-se essa proteção de bens jurídicos fundamentais como condição necessária para o livre desenvolvimento individual em comunidade.

Contudo, atendendo à gravidade das sanções impostas para a defesa desses bens jurídico-penalmente relevantes (o mais gravoso é a privação da liberdade: prisão), a intervenção penal será sempre o meio subsidiário ou de *ultima ratio* de política social. Isto é, a criminalização surge como última instância de proteção de sociedade e não primeira alternativa.

⁵⁷ MARQUES DA SILVA, Germano (2012). Direito Penal Português. Teoria do Crime. Lisboa: UCP, p.26

⁵⁸ Cit. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *apud* CARVALHO, Taipa. 1995. Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa. Introdução, nota de rodapé n.º 1.

Em resumo, o bem jurídico é o objeto protegido pela norma penal. A sociedade recorre ao instrumento penal quando estão em causa valores fundamentais da sua organização e subsistência.

Sendo esta a opinião dominante na doutrina portuguesa acerca do fim da proteção penal- a proteção de um bem jurídico, não é a única⁵⁹. Autores como o alemão Stratenwert ou a italiana Merli⁶⁰ defendem que o direito penal resulta da apreciação que os legisladores fazem em relação a determinadas condutas qualificando-as como indesejáveis e resolvendo, dentro dos poderes e limites das Constituições, puni-las. No fundo, o direito penal é o resultado de uma deliberação legislativa (como qualquer outra) enquadrada na Constituição.

A realidade é que os valores que são defendidos num dado momento numa sociedade, deixam de o ser noutro momento, e os valores acabam sempre por ser plurais, sendo certo que as decisões baseadas na valoração e conflito de bens jurídicos poderão ser “*tragic choices*”, Isaiah Berlin⁶¹ defende que existe um mundo de valores objetivos que, embora difiram de civilização para civilização, estão habitualmente presentes na esfera humana. Anotando ainda que a existência de uma pluralidade de valores é garantia de uma sociedade livre, não se devendo impor um único valor ou hierarquia absoluta de valores, pois: “*the liberty to wolves is death to lambs*”.

Assim, haverá que proceder a um cuidado balanço e a uma reapreciação constante dos valores a aplicar aceitando um pluralismo em dinâmica evolução, o que remete também a consideração dos valores que densificam o Direito para o aplicador⁶². A evolução da jurisprudência relativamente ao aborto do Tribunal Constitucional alemão acima descrita demonstra exatamente este ponto.

⁵⁹ MARQUES DA SILVA, Germano, op. cit. p. 27

⁶⁰ *Apud* MARQUES DA SILVA, op. cit. idem.

⁶¹ BERLIN, Isaiah. (1990). *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, John Murray, London: Pimlico,

⁶² BERLIN, Isaiah, idem.

3.1.Evolução Histórica

Poderemos começar o conspecto histórico acerca da Teoria do Bem Jurídico-penal com Feuerbach, que cria uma barreira intransponível no direito penal entre o Direito e a moral, uma vez que ao direito penal caberia apenas a defesa da liberdade individual e não a tutela da cultura ou moralidade. O autor alemão retrata o ilícito criminal como correspondendo a um objetivo estadual de proteção dos direitos subjetivos. O crime consistiria na violação desses direitos pelo outro. A pena seria, então, uma forma de defesa dos direitos alheios “que ameaça a violação de um direito com um mal sensível”⁶³.

Feuerbach faz a sua análise à luz do contrato social, os direitos inatos do indivíduo e do papel mínimo do Estado, solidificando a tutela penal desses direitos como os únicos que seriam legitimamente conhecidos. Assim aquele que violasse a liberdade fundada pelo contrato social, e por conseguinte na lei penal, cometeria um crime⁶⁴.

O direito criminal fica, assim, alicerçado no pensamento Iluminista, com referências à violação de direitos subjetivos, à danosidade social e com a necessidade da pena criminal fundamentada na existência do Estado, através do contrato social.

O primeiro traço do bem jurídico penalmente revelante é sentido como um direito que adquire referências ligadas ao individualismo e racionalismo, fundado na dignidade e autonomia do homem face ao Estado. Eleva-se a figura do indivíduo que detém direitos inatos invioláveis e pré-jurídicos de conteúdo sistemático funcional “independentemente do exercício de um acto do governo ou da declaração do Estado, há direitos – dos cidadãos e do próprio estado. Estes direitos tutelados pelas leis penais fundamentam o conceito de crime em sentido estrito”⁶⁵.

Com este Autor assenta-se na diferenciação entre Direito, moral e religião e a consequente preterição do direito penal em punir delitos religiosos, pecaminosos ou imorais desde que não ofendam direitos subjetivos dos indivíduos ou da própria comunidade. É negada ao Estado a legitimidade para aplicar sanções que revistam fins eudemonistas moralistas ou religiosos, na medida que não cabe a este, interferir no espaço

⁶³ Idem, *apud* Wurtenberger. p. 31.

⁶⁴ Idem, *apud* Feuerbach. p. 32.

⁶⁵ Idem, *apud* . Feuerbach. p. 33.

da liberdade adstrito ao cidadão uma vez que ultrapassa os fins e os limites conferidos ao Estado.

Com Birnbaum, em meados do séc. XIX, na sua obra *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*, renasce uma conceção *una* do ilícito através da compreensão do crime. Apesar do Autor nunca se ter referido a bem jurídico, demarca o essencial para a derradeira conceção do conceito como um “bem material pertencente a um particular ou à colectividade, pela sua natureza susceptível de violação, e ao qual o Estado atribui tutela”⁶⁶.

O sentido de bem jurídico define-se com um conteúdo liberal, caracterizado pela tutela dos interesses individuais e fundamentais do homem. Sendo que a ofensividade a esse bem jurídico resultava na lesão da sua vida, corpo, liberdade e património⁶⁷.

Contudo Birnbaum, não acolhe a posição de Feuerbach, na distinção entre Direito e moral, para o autor do conceito de bem jurídico, a moral ao lado da religião deviam consistir na mesma forma de punição como o era o homicídio e o furto, acentuando-se desta forma já a tendencial discrepância da noção de bem jurídico-penal.

Assim com o criador da noção de bem material dá-se a rotura dos conceitos iniciados por Feuerbach, abandonando o conceito da danosidade social, fortemente vinculado em expurgar a vertente individualista e incorporar no conceito de bem jurídico uma vertente sistémico-social com uma nota de espiritualidade. Em “Birnbaum estaria já claramente assumido o novo paradigma; caracterizado pelo positivismo e pela prevalência, senão mesmo a exclusividade, da referência sistémico-social”⁶⁸. A noção de bem jurídico que conduz o direito penal não apenas na defesa da livre coexistência entre os indivíduos, mas paralelamente entre os fins sociais sem olvidar a vertente individual-pessoal é afirmada⁶⁹.

Esta conceção parte de uma noção positivista e intra-sistemática, derivada da evolução social, negando a vertente jusnaturalista a favor do percurso histórico demarcado pelo desenvolvimento social. Contudo, o despotismo não deriva do reconhecimento dos

⁶⁶ Idem, p. 46.

⁶⁷ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. 2011. “Direito Penal, Parte Geral...” Op. cit. p. 115.

⁶⁸ Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. “Constituição e Crime...” Op. cit. p. *apud* ANDRADE, Costa. p. 45.

⁶⁹ Idem, *apud* MOOS. p. 47.

direitos inatos ao homem, uma vez que é da “ essência do Estado garantir, por igual, a fruição de certos bens a todos os homens que nele vivam”⁷⁰.

Neste caminho percorrido em que vai construindo o esboço da verdadeira concepção de bem jurídico-penal e o conceito material de crime, é com Liszt que a construção se encontra aperfeiçoada e finalizada.

Contudo, Binding ainda terá que tecer considerações em torno da concepção de bem jurídico na perspectiva de um padrão crítico e legitimador da intervenção penal. Binding, através da concepção positivista-legalista. Assevera que não existem direitos inatos, estes serão determinados pela vontade do legislador, tendo como limite aqueles que decorrem da lógica e das próprias considerações, assumindo uma atitude de resignação face à impossibilidade da impossibilidade de existir uma fonte segura de legitimação e limitação.

Nesta concepção o bem jurídico abandona qualquer alcance de legitimação material, uma vez que identifica como bem jurídico tudo o que é indicado pelo legislador, existindo uma analogia entre bem jurídico e norma, tendo esta a plena legitimidade de concretização de bem jurídico onde o Estado se reveste na existência do próprio fim. Este “é o fim em si mesmo, legitima-se a ele próprio; recusa-se qualquer legitimação material, e também, qualquer limitação à sua intervenção criminalizadora”⁷¹.

Com Liszt defensor de um positivismo de cariz naturalístico-sociológico é definido bem jurídico-penal como aquele interesse juridicamente protegido, quer seja de cariz individual ou da comunidade. A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, e violação da correspondência são elevados a bens jurídicos, não sendo definidos pela ordem jurídica, mas sim pela vida.

Desta concepção resulta que o Direito apenas deverá intervir nas noções derivadas da vida, sendo esta a oferecer os critérios e limites dessa intervenção.

Assim a âncora de tal concepção deriva da realidade do indivíduo e da sua relação com o Direito, elevando “as relações da vida a relações jurídicas, os interesses da vida a bens jurídicos; faz da vida (*Lebensverhaltins*) uma situação de direito (*Rechtverhaltins*)”⁷².

⁷⁰ Idem, loc. cit. *apud* Birnbaum. Nesta concepção de cariz individualista e jusracionalista, que assume uma vertente crítica e transistemática, que não abandona o objetivismo com referências sistémico-sociais que se traduz numa concepção intra-sistemática e acrítica.

⁷¹ Idem, p. 51.

⁷² Idem, p. 54.

Com Liszt, os direitos muito antes de consagrados pela Constituição, são cedidos pela própria vivência, inatos ao homem.

Para a proteção desses bens vitais defende a introdução de critérios de necessidade e idoneidade relativamente à existência da pena. Com o critério da necessidade, a pena só deveria ser aplicada quando não existisse outro meio de tutela eficaz ou suficiente para a proteção dos bens jurídicos. O critério da idoneidade adverte que mesmo não configurando uma forma de tutela suficiente, a pena só deverá ser empregada quando seja adequada e eficaz, preterindo a aplicação da pena quando esta se traduza por uma manifesta inocuidade.

A legitimação do poder Estadual encontra o arrimo à luz dos critérios da necessidade e idoneidade da pena para a manutenção da ordem jurídica e segurança da sociedade.

O Autor parte também da distinção entre bens jurídicos individuais e supra-individuais. Nestes últimos, o poder penal não poderia intervir numa privação da liberdade que correspondesse a qualquer orientação política estadual, ficaria também excluída a tutela penal dos comportamentos morais desde que não afetassem um direito individual ou da comunidade.

Assim, a noção de bem jurídico-penal que retrata um conceito material de crime, orientado através da complexidade humana, fundada na realidade social, predetermina ao legislador quais os bens jurídico-penalmente relevantes, circunscrevendo-se a assim a uma função limitadora e fundadora da intervenção penal,

Contudo mais um passo teve que ser delineado no percurso histórico para a aproximação da concepção de bem jurídico-penal e o conceito material de crime através do pensamento neo-Kantiano.

Para Honig, a noção de bem jurídico derivava da concepção metodológica-teleológica⁷³, que consistia na exposição a um perigo ou na lesão de um objeto, porém o bem jurídico seria retratado como um instrumento de interpretação das normas penais e por isso “um produto da reflexão especificamente jurídica. Isto é: os objectos de tutela não existem enquanto tais, só ganham vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objecto do escopo das decisões”⁷⁴.

⁷³ Em Portugal deve-se a Eduardo Correia a defesa desta concepção.

⁷⁴ Idem, *apud* HONIG. p. 66.

Assim, o bem jurídico seria apenas retratado como mera fórmula interpretativa da *ratio legis*, como o fim fundamental e suficiente para o tipo legal de crime. Para o sentido de legitimação e limite da intervenção penal, a conceção que ora se trata, afasta o bem jurídico do objeto de tutela, não operando qualquer elemento valorativo político-criminal orientado da intervenção penal, colocando o bem jurídico ao serviço do poder, bem como a consideração de quais os bens penalmente relevantes e a consequente tutela⁷⁵.

Esta conceção resulta por oposição à conceção legalista e positivista, que reforça uma vertente teleológica da noção de bem jurídico, operando conceitualmente através do ser e do dever-ser, e dessa forma como referência a específicos valores jurídicos, refletindo-se apenas por meras fórmulas de interpretação dos tipos legais de crimes⁷⁶, e dessa maneira tornando inalcançável um padrão crítico e transistemático.

3.2. Conclusão

O caminho percorrido demonstra as dificuldades com que o conceito de bem jurídico deparou. Contrapondo-se perante conceções antagónicas, o conceito de bem jurídico resulta de princípios supra positivos de Direito natural, referentes à proteção de direitos subjetivos.

Com Binding e Liszt o conceito de bem jurídico abre as portas para o centro da construção da doutrinal do crime, convertendo-o de forma irreversível em polarizador das controvérsias relativas ao objeto do crime e ao conteúdo material da ilicitude⁷⁷.

De essencial fica a mutabilidade dos ordenamentos penais por reflexo das transformações sociais temporalmente situadas, que se repercutem na elaboração doutrinal do conceito material de crime, que resulta na distinção do essencial face ao acessório quanto ao concreto tipo legal de crime⁷⁸.

⁷⁵ Idem, p.70.

⁷⁶ Idem, p.115.

⁷⁷ Cf. RODRIGUES, Joana Amaral. 2013. A Teoria do Bem Jurídico-penal: Várias Dúvidas e uma Possível Solução. *in* RPCC. Ano 23, n.º2, abril-junho. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias. p. 170.

⁷⁸ Cf. COSTA, José de Faria. 2012. Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis), 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora. p. 167.

4.A Atual Conceção do Bem Jurídico-penal

Figueiredo Dias reconhece que a noção de bem jurídico não se traduz num conceito fechado, retrata o bem jurídico-penal e o conceito material de crime através de uma conceção teleológico-funcional e racional como uma “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”^{79 80}.

Contudo adverte o Autor, que não basta por si só a imposição de tal conceção para que o direito penal se encontre legitimado com vista à criminalização de condutas penalmente relevantes, será ainda estritamente necessário para que tal criminalização se encontre legitimamente conferida, uma analogia material com sistema jurídico-constitucional com uma correspondência de sentido e fins⁸¹.

Esta estrita ligação material entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal tem por fim que os valores jus-fundamentais definidos constitucionalmente sirvam como uma orientação fundada da política criminal, prescrevendo uma diretriz basilar para

⁷⁹ Idem, p. 114.

⁸⁰ Na senda de Taipa de Carvalho o conceito do bem jurídico-penal e a implícita determinação do conceito material do crime deriva da conceção ético-social do bem jurídico-penal através dos valores considerados, pelo *ethos* social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a livre realização pessoal de cada um dos membros da sociedade. Assim, o critério ético-social para a definição de bem jurídico e o seu recorte material deverá ser alcançado na CRP, que traduz a ligação jurídica com os princípios que estruturantes do sistema social ancorados no princípio da dignidade humana do artigo 1.º da Lei fundamental, e assim o alcance jurídico-constitucional da concretização de bem jurídico-penal. Nesta assunção o critério ético-social de bem jurídico-penal e o critério material de crime corresponderá à perspetiva racional-teleológica. Quanto à tutela dos direitos-deveres e os bens dignos de tutela penal e dessa forma suscetíveis de criminalização, não exigindo uma relação identidade, sendo suficiente existir entre ordem jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos uma relação de analogia material, dessa forma os bens jurídico-constitucionais servem de diretriz para o legislador ordinário como dignos de tutela penal⁸⁰, critério orientador à luz dos artigos 17.º e 18.º n.º 2 ambos da CRP que regulam os pressupostos da qualificação legal de um bem erigido a bem jurídico-penal. Cit., CARVALHO, Américo Taipa de. 2011. Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime. 2.ª ed., Coimbra: Editora., p. 47-54. Na senda de Taipa de Carvalho o conceito do bem jurídico-penal e a implícita determinação do conceito material do crime deriva da conceção ético-social do bem jurídico-penal através dos valores considerados, pelo *ethos* social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a livre realização pessoal de cada um dos membros da sociedade. Assim ao direito penal na sua razão de ser e fundamento pela dimensão onto-antropológica da relação de cuidado-de-perigo, os bens jurídico-penais advêm desse reflexo do *ethos* social norteados pelo artigo 1.º da CRP refletindo-se na analogia entre a tutela do direito penal para a proteção dos bens jurídicos com dignidade penal e a ordem constitucional. Quanto ao limite da intervenção estadual recorre ao artigo 18.º n.º 2 da CRP, tendo a Lei Fundamental a dupla função de orientadora sobre quais os bens penalmente revelantes e o limite da intervenção no que respeita aos direitos liberdades e garantias pelas margens da punibilidade. Cit., COSTA, José de Faria. 2012. Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis), 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora. p. 176.

⁸¹ Cit., DIAS, Jorge de Figueiredo. 2011. “Direito Penal, Parte Geral...” Op. cit. p. 120. No mesmo sentido, COSTA, José de Faria. 2012. “Noções Fundamentais” ... Op. cit. p. 14.

o legislador ordinário acerca da definição de quais os bens jurídicos dignos de tutela penal que devem ou não ser criminalizados. O direito penal será invocado para a tutela e defesa daqueles bens jurídico-constitucionais.

Ainda nesta linha de argumentação, ficam excluídas do âmbito da tutela penal as puras violações morais, metafísicas ou religiosas, uma vez que não alcançam um verdadeiro conceito de bem jurídico-penal e o respetivo conceito material de crime, da mesma forma que ficam afastadas as proposições meramente ideológicas, bem como as violações de valores de mera ordenação social⁸².

Quanto aos limites da intervenção estadual, atendendo à natureza subsidiária do direito penal, o legislador ordinário só deverá intervir quando outros meios de tutela forem ineficazes, conforme o previsto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP que dispõe:

“ 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”.

⁸² Idem, p.124-125.

4.1. Dignidade Penal do Bem Jurídico

Através da concepção teleológico-funcional e racional do bem jurídico podemos alcançar o conceito material de crime. Tal exercício fica completo por via da teoria da mútua referência entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem legal jurídico-penal. Nestes termos o critério legitimador do processo de criminalização e de descriminalização - e nesse sentido a aceção da noção de bem jurídico-penal- resulta de uma “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso socialmente reconhecido”⁸³, e só pode surgir, “não como imanente ao sistema normativo jurídico-penal e dele resultante, mas antes como uma noção *transcendente* - e nesse sentido trans-sistemática – relativamente àquele”⁸⁴.

Nesse plano transistemático, a dignidade penal deve respeitar o mandamento constitucional de que só valores jus-fundamentais devem ser dignos de tutela penal (*Schutzwürdigkeit*), e nesse sentido a definição de dignidade penal será a expressão de um juízo qualificado face aos presentes clamores ético-sociais assentes numa conduta revestida e qualificada de intolerância social⁸⁵.

No plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e atualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distingue e singulariza face às demais manifestações do ilícito e “relewa do qualitativo ou apenas do meramente quantitativo. Ou talvez mais corretamente, se em causa não está antes aquela «qualitativa diferença de quantidade» (qualitative *Quantitätsunter-schied*) de que falava já Golschmidt”⁸⁶.

Assim a tradução da dignidade penal de um determinado bem jurídico-penal, implica um limiar qualificado de danosidade ou de abalo social, ganhado relevo expressões de «*perturbação gravosa da ordenação social da comunidade*», «*sensível perturbação da paz*

⁸³ Cit. DIAS, Jorge de Figueiredo. 2011. “Direito Penal, Parte Geral ...” Op. cit. p. 114.

⁸⁴ Idem, p. 116.

⁸⁵ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. 1992. A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal» Como Referências de uma Doutrina Teleológico-racional do Crime. in RPCC, ano 2.º, abril-junho. p. 184.

⁸⁶ Idem, *apud* SAX. p. 185.

jurídica», e «*conteúdo do ilícito suficiente massivo do comportamento socialmente perturbador*»⁸⁷.

Essa noção de danosidade da dignidade jurídico-penal de um bem jurídico está estritamente ligada a noções de danosidade social, inerente a uma própria sociedade determinada histórica e geograficamente, e por isso diferente ou seja: variando esse critério valorativo social de sistema para sistema⁸⁸, e assim determinando o consenso partilhado num determinado momento histórico num *corpus* axiológico definido na Constituição⁸⁹.

Assim podemos concluir, que a dignidade de um determinado bem jurídico-penal postulado na Lei Fundamental, resulta do alarme social que abala a paz jurídica através de uma conduta que atenta contra esse determinado bem, e que se assume por isso penalmente relevante.

Resulta também deste grau de danosidade social, a determinação da dignidade desse bem jurídico-penal servindo assim de «barómetro» ao nível da amplitude da tutela penal *v.gr.* causará mais alarme social a conduta dirigida contra a o valor Vida, de que aquela que é dirigida contra o património “o que não deixa, também de revelar deste ponto de vista constitucional, sendo possível o controlo constitucional de uma subversão evidente à hierarquia valorativa assim instituída”⁹⁰.

4.2. Excurso: A proteção da Vida e da Vida Intrauterina

Posto isto, através do conceito teleológico-funcional e racional do conceito material do crime inerente à teoria da mútua referência entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem legal penal, chega-se à conclusão que que nos termos do n.º 1 do artigo 24.º da CRP, conjugado com o artigo 1.º da mesma CRP, existe uma afirmação forte do valor da vida. Essa afirmação corresponde a uma defesa inatacável por parte do Estado relativamente à vida. Tal como vimos acima, a proteção da vida na CRP é forte e intensa,

⁸⁷ *Idem*, p. 185.

⁸⁸ Cf. RODRIGUES, Joana Amaral. 2013. *apud* Teresa Beleza. Teoria do Bem Jurídico-penal: varias dúvida e uma possível certeza. *in* RPCC, ano 23 n.º 2, abril-junho. p. 179.

⁸⁹ *Idem*, p. 179.

⁹⁰ *Idem*, p. 195.

no dizer de Rui Medeiros⁹¹, correspondendo a um grau de protecção igual ou superior àquela garantido pela Lei Fundamental alemã nos seus artigos 1.º e 2.º.

É altura de referir o acórdão 95/ 84 do Tribunal Constitucional português relatado pelo ilustre constitucionalista Vital Moreira.

O cerne da decisão encontra-se neste parágrafo, que pela sua importância transcrevemos:

“Por um lado, entende-se que a vida intra-uterina compartilha da protecção que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucional objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do direito à vida propriamente dito — que só cabe a pessoas —, podendo portanto aquele ter de ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos. Por outro lado, independentemente da natureza da protecção constitucional da vida intra-uterina, nada, porém, impõe constitucionalmente que essa protecção tenha de ser efectivada, sempre e em todas as circunstâncias, mediante meios penais, podendo a lei não recorrer a eles quando haja razões para considerar a penalização como desnecessária, inadequada ou desproporcionada, ou quando seja possível recorrer a outros meios de protecção mais apropriados e menos gravosos.” (sublinhados nossos).

O aresto português estabelece uma distinção especiosa que vai prevalecer na legislação e doutrina portuguesas entre vida e vida intrauterina, reconhecendo que esta última tem protecção constitucional, mas inferior à vida e será passível de ser superada em conflito com outros valores fundamentais. Além do mais reconhece que a protecção que o Estado tem que dar à vida intrauterina pode ser efectivada por outros meios que não os penais (como em 1993, o Tribunal Constitucional alemão vai reconhecer).

Esta é altura de chamarmos à colação outro aresto internacional que se pronunciou sobre o aborto, permitindo-o, e saber como enfrentou a questão do direito à vida. Referimo-nos ao americano *Roe v. Wade* já referido neste trabalho. Trata-se de uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal Norte-americano em 22 de Janeiro de 1973, cuja opinião principal foi dada pelo Juiz Blackmun. O caso parte de uma mãe solteira grávida Norma McCorvey (“Jane Roe”) que interpõe uma acção defendendo o direito de interromper a sua gravidez desafiando a constitucionalidade da criminalização do aborto

⁹¹ MEDEIROS, R. Op.cit. idem.

pelo Estado do Texas. A decisão do caso é fundamentada em primeiro lugar por uma interpretação histórica/original da Constituição Americana afirmando o Juiz Blackmun:

“ It is thus apparent that at the common law, at the time of the adoption of our Constitution, and throughout the major portion of the 19 th century, abortion was viewed with less disfavor than under most American statutes currently in effect. Phrasing it another way, a woman enjoyed a substantially broader right to terminate a pregnancy than she does in most States today”.

Mas o toque essencial da argumentação assentará no direito à privacidade, aí diz o juiz *“...right of privacy (...) is broad enough to encompass a woman`s decision whether or not to terminate her pregnancy”* e conclui *“we do not agree that, by adopting one theory of life, Texas may override the rights of the pregnant woman that are at stake..”*

No que se refere à vida, o juiz é claro, escrevendo:

“ We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary (...) is not in a position to speculate as to the answer”.

Assim, quer a jurisprudência portuguesa, quer a jurisprudência norte-americana, têm tentado retirar a discussão do aborto do foco do direito à vida.

A nossa opinião poderá ser diferente, o reforço que o normativo constitucional português realiza relativamente ao direito à vida pressupõe um conceito alargado deste que envolverá a vida humana intrauterina, ou como refere a doutrina alemã, o desenvolvimento da vida no útero, enfatizando o aspeto vida.

Contudo, terá que se determinar um critério adicional para que se torne legítima a intervenção penal atendendo à natureza subsidiária de *ultima ratio* de política social uma vez que “à legitimação negativa, mediatizada pela dignidade penal, tem que acrescer a legitimação positiva, mediatizada pelas decisões em matéria técnica de tutela (Schutztechnik)”⁹². Ou seja, não basta por si só, a afirmação da dignidade penal do bem jurídico como critério essencial para a sua necessidade de tutela, terá que ser também aferida à luz do critério da necessidade penal traduzido no n.º 2 do artigo 18.º da CRP.

⁹² Idem, p. 186.

4.3. Necessidade da Intervenção Penal

O critério da necessidade penal terá que ser perscrutado à luz do princípio da proporcionalidade em sentido amplo do n.º 2 do artigo 18.º da CRP.

Nesse sentido, diz-nos Costa Andrade que a dignidade penal de uma conduta não decide, só por si, e de forma definitiva, a questão de descriminalização ou criminalização. Haverá que ter em conta a legitimação negativa, mediada pela dignidade penal, mas terá que acrescer a legitimação positiva que medeia essas decisões. Afirma o criminalista de Coimbra “é a redução desta complexidade sobrance que se espera do conceito e do princípio de carência de tutela penal”⁹³.

Nesse sentido, o direito penal não deverá intervir quando outros ramos do direito se mostrem capazes de conferir uma tutela eficaz para os bens jurídicos em causa, *v. gr.*, se o direito administrativo é suficiente ou adequado, a intervenção do direito penal deverá ser julgada como contrária ao princípio da proporcionalidade, por violação da proibição de excesso⁹⁴. Esta carência de tutela à luz do princípio da proporcionalidade terá que se mostrar adequada e necessária para a prevenção da danosidade social, e nessa medida exige-se que a intervenção do direito penal não desencadeie efeitos secundários, e desproporcionadamente lesivos⁹⁵.

Assim, a análise da necessidade da intervenção penal terá ter como critérios um juízo necessário e de idoneidade: “em primeiro lugar, um juízo de necessidade (*Erforderlichkeit*), por ausência de alternativa idónea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade (*Geeignetheit*) do direito penal para assegurar a tutela, e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade”⁹⁶.

Atinente ao critério da necessidade e idoneidade, para a proteção de valores constitucionais, não estará em causa a preexistência ou não de um bem jurídico, mas sim o

⁹³ Cit. ANDRADE, Manuel da Costa. 1992. “A «Dignidade Penal»...” Op. cit. p. 187.

⁹⁴ Cf. RODRIGUES, Joana Amaral. 2013. “Teoria do Bem Jurídico-penal...” Op. cit. p. 192.

⁹⁵ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. 1992. A “«Dignidade Penal»”... Op. cit. p. 186.

⁹⁶ Idem, p. 186.

grau de antecipação “da sua proteção, conseqüentemente, o momento em a partir do qual o direito penal deve sentir-se autorizado para intervir em seu favor”⁹⁷.

Reflexo de tal proposição será o caso em que a intervenção penal com criminalização de certos comportamentos reflete efeitos secundários, e desproporcionadamente lesivos e levante mais violações do que fosse suscetível de evitar, nomeadamente no domínio dos criminologicamente designados «crimes sem vítima». Mesmo quando socialmente se reputa desejável a intervenção penal, esta intervenção deverá ser deixada aos meios de controlo não penais, reflexo da tutela subsidiária de *ultima ratio* de controlo social⁹⁸.

Esta imposição dos limites da intervenção penal através do critério da necessidade conforme o n.º 2 do artigo 18.º da CRP tem fundamento no princípio geral do Estado de Direito democrático. Neste contexto, a intervenção do Estado nos direitos liberdades e garantias só deve ocorrer quando se torne imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais dos outros, uma vez que o Estado só deve restringir o mínimo dos direitos e liberdades para o indispensável funcionamento da comunidade sem entraves⁹⁹.

Esta tutela de bens jurídico-penais, detendo um caráter subsidiário, em sintonia com o princípio da necessidade, conduz à justificação de uma proposição político-criminal fundamental “de que para um eficaz domínio do fenómeno da criminalidade dentro das costas socialmente suportáveis o Estado e o seu aparelho formalizado de controlo do crime deve intervir o mínimo só na precisa medida requerida pelo asseguramento das condições essenciais de funcionamento da sociedade”¹⁰⁰, atendendo ao princípio da *não-intervenção moderada*, corrigido em parte pelo princípio da *não-intervenção radical*.

Esta necessidade de proteção de bens jurídico-fundamentais, como finalidade do direito penal, releva naturalmente quanto aos fins das penas, para a eficaz proteção de bens jurídico-penais através da prevenção geral positiva, através corolário do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

⁹⁷ Cit. DIAS, Jorge de Figueiredo. 2011. “Direito Penal...” Op. cit. p. 123.

⁹⁸ Idem, p. 129.

⁹⁹ Idem, p. 123.

¹⁰⁰ Idem, p. 131.

A finalidade dos fins das penas consiste na tutela necessária dos bens jurídico-penais conforme o artigo 40.º do CP, através do restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime.

Os fins das penas com apelo primordial à tutela necessária dos bens jurídico-penais do caso concreto, tutelam os bens jurídicos não num sentido retrospectivo, face a um facto já verificado, mas com significado prossecutivo, corretamente traduzido pela necessidade de tutela da confiança e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada. Neste sentido, é uma razoável forma de expressão afirmar-se como finalidade primária da pena o restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime¹⁰¹.

Finalidade que, se reflete como já exposto na prevenção geral positiva ou de prevenção geral de integração, dando-se assim conteúdo ao exato princípio da necessidade da pena que o n.º 2 do artigo 18.º, da CRP determina.

A partir da revisão operada em 1995 no Código Penal, a pena passou a servir finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial, assumindo a culpa um papel meramente limitador da pena, no sentido de que, em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa. Sendo que dentro desse limite máximo a pena é determinada dentro de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico, só então entrando considerações de prevenção especial. Dentro da moldura de prevenção geral de integração, a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excecionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais.

¹⁰¹ Idem, p. 79.

CAPÍTULO II

BEM JURÍDICO-PENAL VIDA HUMANA INTRAUTERINA

5. Exposição ao Tema

A concepção de bem jurídico-penal e o conceito material de crime que se expôs têm como fundamento a proteção de bens jurídicos fundamentais. Esta proteção reflete-se na livre realização da personalidade em comunidade através da concepção teleológico-funcional e racional do bem jurídico que busca um conteúdo material de corporização de valores para que este possa servir de critério de indicador útil ao conceito material de crime, acionando a plena legitimidade da intervenção penal, preterindo a proteção de valores transcendentais de índole religiosa, metafísica, moralista ou ideológica.

Conforme averiguamos essa corporização de valores assentará na mútua referência entre a ordem axiológica-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos penais.

Contudo, na operação da relação mútua entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal, haverá casos em que a tutela penal fica aquém da previsão constitucional.

Desde logo porque o legislador ordinário atendendo à ampla margem de conformação num momento marcado temporalmente poderá elevar a bem jurídico-penal apenas aqueles que considera mais dignos ou mais necessários de proteção.

Apesar de um bem jurídico ser dotado de dignidade penal para efetivar a respetiva tutela, terá que se ter em conta os bens jurídico em conflito¹⁰² e o grau de danosidade

¹⁰² Nesta orientação o legislador ordinário deverá então ter em conta não só o grau de lesão, mas também o grau de antecipação de tutela penal. Cit., CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da.1995. “Constituição e Crime...” Op. cit. p. 206-207.

social¹⁰³, do que poderão resultar diferentes apreciações relativamente às relações entre a consagração constitucional e a tutela penal.

Temos presente que a vida intrauterina constitui um bem dotado de dignidade penal, contudo apesar de o bem vida intrauterina configurar um valor jus-fundamental objetivo, no âmbito jurídico-penal, este corresponde a uma valoração autónoma e diferente da vida já nascida. Motivo pelo qual, o *continuum* da vida intrauterina não apresentar a mesma valoração jurídica da vida já nascida, diferindo no *quantum* da tutela.

Pensamos o bem jurídico vida tanto será o mesmo para aqueles que já nasceram e aqueles que poderão nascer. No entanto existem critérios fundamentais ou curvas de diferença para uma visão qualitativa e quantitativamente diferentes entre vidas, que têm o seu reflexo na lei.

Assim se traça um primeiro esboço para o diferente critério qualitativo e quantitativo da (des) necessidade de tutela penal do bem jurídico vida intrauterina com apenas 10 semanas de gestação.

Entendemos e passaremos a comprovar que devem ser refundados alguns dos critérios em que assenta a preterição da necessidade penal de tutela penal integral da vida intrauterina em que assenta o modelo IVG vigente.

¹⁰³ Cf. COSTA, José Faria de. 2012. “Noções Fundamentais ...” Op. cit. p. 172-173.

5.1. Bem Jurídico-penal Vida Humana Intrauterina.

O direito à vida intrauterina encontra a dignidade penal à luz do postulado no n.º 1 do artigo 24.º da CRP em conformidade com princípio da dignidade humana conforme o artigo 1.º da Lei Fundamental nos termos já enunciados

O valor Vida no plano constitucional surge como o principal dos direitos fundamentais “ o direito à vida é materialmente e valorativamente o bem (localiza-se, logo, em termos ontológicos no ter e ser vida, e não apenas no plano ético-deontológico do valor ou no plano jurídico-axiológico dos princípios) mais importante do catálogo dos direitos fundamentais e da ordem jurídico-constitucional ”¹⁰⁴. No âmbito do valor objetivo, o direito à vida postulado na Lei Fundamental constitui o pressuposto fundante dos demais direitos fundamentais correlacionado com o princípio estruturante de um Estado de direito alicerçado na dignidade humana¹⁰⁵.

Na ordem jurídico-penal que ao invés da ordem constitucional onde não opera a valoração hierárquica entre bens ou valores constitucionais, o bem jurídico-penal Vida como valor axiologicamente demarcado denota o valor primordial que ao direito penal cabe tutelar, detém a reivindicação de tutela máxima, razão pela qual o CP abre o elenco dos crimes contra a vida de outrem na parte especial do 131.º CP¹⁰⁶, o bem jurídico protegido é a vida de pessoa já nascida, valor individual e indisponível fundante dos demais é erigido pelo legislador ordinário como relevante para a comunidade razão pela qual será tutelado independentemente da vontade do seu titular.

Contudo, como também já referimos e Vital Moreira explicita no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/ 84, o bem jurídico-penal vida intrauterina é diferente da vida e está refletido no artigo 140.º do CP. A vida humana intrauterina sendo um bem

¹⁰⁴ Cf. CANOTILHO, J.J. MOREIRA, Vital. 2007. Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º 107, Volume I, 4ª ed., Revista. p. 447.

¹⁰⁵ Idem, p. 446. Assim MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. 2010. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral, Artigos 1.º a 79.º. 2ª ed., Revista Atualizada e Ampliada., p. 501. Quanto ao bem constitucionalmente protegido vida, como pressuposto fundante de todos os outros direitos fundamentais, declaração de voto dissenso de Benjamim Rodrigues. Cfr., Acórdão do Tribunal Constitucional 75/2010, publicado no Diário da República, II série, n.º 60, de 26 de março de 2010.

¹⁰⁶ Cf. Artigos 131.º a 139.º, ambos do CP.

jurídico eminentemente pessoal, no ordenamento jurídico-penal português detém uma valoração autónoma da vida já nascida¹⁰⁷.

Para a determinação do âmbito de proteção jurídico-penal da vida intrauterina configura-se necessário um olhar através da ciência, uma vez que para o direito (*máxime* penal) não basta estar vivo, porque em termos biológicos seria o suficiente para a proteção de todas as formas de vida¹⁰⁸.

Será irrefutável através dos critérios biológicos-fisiológicos que a vida humana terá início no momento da conceção (fecundação)¹⁰⁹ circunstância que ocorre através da fusão do espermatozoide e do ovócito (processo designado cientificamente por singamia) através do qual resulta o zigoto¹¹⁰, este novo ser em contínua formação detém um código genético único e irrepetível (genoma)¹¹¹ detendo um programa pré-definido através do qual se vai autoconstruindo como se tratasse do arquiteto da sua própria construção.

Contudo, apesar de estarmos perante um ser humano único e irrepetível em termos jurídico-penais, a vida só poderá ter necessidade de tutela penal a partir do momento em que o zigoto se implanta na parede uterina (nidação) acontecimento que se completa ao décimo quarto dia após a fecundação e a partir de então passa a ser denominado por embrião preposição que se manterá até à oitava semana onde adquire o estatuto de feto, o fundamento de tutela incidirá neste momento de gestação (nidação) a partir do qual existe vida intrauterina para o direito penal.

Nos termos do artigo 140.º do CP¹¹², o bem jurídico protegido é a vida humana intrauterina, o objeto do crime de aborto é o feto/embrião, a ação terá de consistir em fazer abortar, configurando um crime de resultado. O aborto tem de ser realizado dolosamente sendo critério suficiente o dolo eventual. Não existe a punibilidade da tentativa do aborto praticado pela mulher grávida ou o aborto praticado com o seu consentimento nos termos

¹⁰⁷ Os crimes contra a vida intrauterina surge autonomizado no texto definitivo do CP de 1982, com um critério qualitativamente e por conseguinte quantitativamente da vida já nascida.

¹⁰⁸ Cf. GODINHO, Inês Fernandes. 2013. “Problemas Jurídico-penais ...” Op. cit . p. 58.

¹⁰⁹ Cf. SGRECCIA, Elio. 2006. Aborto: O Ponto de Vista da Bioética. Principia. p.12.

¹¹⁰ Idem, p. 14.

¹¹¹ Idem, p.15.

¹¹² Artigo 140.º - Aborto 1 - Quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão de dois a oito anos. 2 - Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão até três anos 3 - A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até três anos.

do artigo 13.º do CP, mantendo porém a punibilidade da tentativa do crime de aborto quando efetuado sem o consentimento da mulher¹¹³.

A conduta pode ser praticada por qualquer meio, seja através de meios cirúrgicos ou medicamentosos.

O artigo 141.º do CP¹¹⁴, corresponde ao crime de aborto agravado pelo resultado, o fim protegido da norma tem por finalidade agravar a punição por abortos que resultem de um risco para a vida e integridade física da mulher grávida, assim configurando um crime *preterintencional*, que resulta da combinação entre o crime fundamental doloso (n.º 1 e 2 do artigo 140.º do CP) com o evento agravante (a morte ou a ofensa à integridade física grave da mulher) que conforme artigo 18.º do CP, deve ser imputado a título de negligência¹¹⁵.

Quanto ao embrião não implantado no útero não acolhe a mesma necessidade de proteção penal, sendo valorado em diploma autónomo¹¹⁶.

¹¹³ Cit., CUNHA; J. M. Damião da. 2012. “Comentário Conimbricense ...” Op. cit. Anotação 41.º, ao comentário do artigo 140.º. p. 221-235

¹¹⁴ Artigo 141.º - Aborto agravado - 1 - Quando do aborto ou dos meios empregados resultar a morte ou uma ofensa à integridade física grave da mulher grávida, os limites da pena aplicável àquele que a fizer abortar são aumentados de um terço. 2 - A agravação é igualmente aplicável ao agente que se dedicar habitualmente à prática de aborto punível nos termos dos n.ºs 1 ou 2 do artigo anterior ou o realizar com intenção lucrativa.

¹¹⁵ Cit., CUNHA; J. M. Damião da. 2012. “Comentário Conimbricense ...” Op. cit. Anotação 2.º ao comentário do artigo 142.º. p. 236-242.

¹¹⁶ Lei n.º 32/2006 de 26 de julho. Neste sentido atente-se à discussão em torno do astuto do embrião *in vitro* tendo a CNECV considerado o embrião como pessoa detentora de direitos.

5.2. Homicídio e Bem Jurídico: vida

Tem particular relevo em termos jurídicos a determinação a partir de que momento já existe uma pessoa com vida merecedora de proteção penal. Duas teses emergem: o bem vida tem necessidade de tutela a partir do nascimento completo e com vida à luz da orientação civilística conforme o n.º 1 do artigo 66.º do CC¹¹⁷, ou, a proteção conferida pelo crime de homicídio nos termos do artigo 131.º do CP, iniciar-se-á não com o termo do processo de nascimento, mas precisamente aquando do início ato de nascimento¹¹⁸.

Na perspetiva jurídico-penal, só terá acolhimento a segunda tese, na medida em que o legislador optou por conferir tutela ao decorrer do parto, sendo que tanto a parturiente como o nascituro estão numa situação exposta aos perigos acrescidos pela intervenção de terceiros e por tal fato existe a possibilidade de ocorrerem ofensas ao corpo durante o parto. Como o aborto só é punido a título doloso, as condutas contra a vida do feto ficariam desprovidas de responsabilidade penal assim “o fim de proteção da norma de homicídio impõe que a morte durante o parto, seja qual for a via pela qual se opere, se considere já um verdadeiro homicídio, antes que um aborto”¹¹⁹. Não sendo exigida a capacidade de vida autónoma do feto para a concreta determinação da qualidade de pessoa e o respetivo enquadramento do tipo objetivo de ilícito, para o efeito basta que o fato seja praticado desde que o feto apresente vida¹²⁰.

¹¹⁷ Sobre a reivindicação da aquisição da personalidade desde o momento da fecundação, *vide* FIGO, Tiago. 2013. Tutela Juscivilística da Vida Pré-natal: O Conceito de Pessoa Revisitado. Coimbra: Coimbra Editora. FIGO, Tiago. 2013. Tutela Juscivilística da Vida Pré-natal: O Conceito de Pessoa Revisitado. Coimbra: Coimbra Editora. MANUEL, A. Carneiro da Frada: "A Protecção Juscivil da vida pré-natal- sobre o estatuto jurídico do embrião. Ordem dos Advogados. Disponível na Internet em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112751.

¹¹⁸ Cit. DIAS, Jorge de Figueiredo 2012. “Comentário Conimbricense ...” Op. cit. Anotação 9.º, ao comentário do artigo 131.º, p. 8. SILVA, Fernando. 2011. Direito Penal Especial Crimes contra as Pessoas. 3.ª ed., Lisboa: Quid. juris. p. 37.

¹¹⁹ Cit. DIAS, Jorge de Figueiredo. 2012. “Comentário Conimbricense...” Op. cit. Anotação 9.º, ao comentário do artigo 131.º . p . 8.

¹²⁰ Ficam excluídas do âmbito da proteção da norma os casos em que no processo de nascimento haja a necessidade do recurso às molas hidatiformes completas, nas hipóteses de anencefalia (anencefalia, malformação rara do tubo neural, caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural nas primeiras semanas da formação embrionária) haverá a imputação objetiva desde que no momento inicial do processo de nascimento subsista a função cerebral, no caso de morte cerebral a imputação de crime de homicídio não será sustentada. Assim, DIAS. Jorge de Figueiredo. Op. cit. anotação 14.º do artigo 131.º. p. 10.

A proteção penal é assim conferida mesmo que o feto nasça, mas por motivos de defeituosa conformação orgânica incluindo a microcefalia¹²¹ (crânio de tamanho menor que o normal, caracterizado pela desproporção entre a face e a caixa craniana sendo sua configuração peculiar) ferimentos, doença progressiva e nos casos de craniotomia (incisão no crânio feto que facilita a extração no momento do nascimento), ainda que não subsista a mínima possibilidade de sobrevivência fora do útero materno comporta a imputação objetiva de homicídio.

De relevo é a demarcação temporal a partir do qual já existe uma pessoa para o direito penal, parte a doutrina que o momento fundante ocorre desde que já se tenham iniciado as contrações que resultam na expulsão do feto independentemente que estas iniciem naturalmente ou de forma medicamentosa, na necessidade de recorrer ao processo cirúrgico (cesariana) para a expulsão do feto o momento da imputação ocorre aquando do início da intervenção no corpo da mulher¹²².

Deste modo o bem jurídico-penal vida (ainda que não nascida) alcança a necessidade de tutela, e repare-se que quanto ao âmbito de proteção da norma, o legislador vai ainda mais longe antecipando a tutela penal do feto ao punir a tentativa nos termos do disposto no número 1.º do artigo 23.º do CP.

Face ao exposto, merece acolhimento a tese que o feto adquire também a qualidade de pessoa para o direito conforme o artigo 136.º do CP nos casos de homicídio privilegiado (infanticídio) com a respetiva moldura penal que corresponde de um a cinco anos, o enquadramento dogmático confere que a conduta que atente contra o bem jurídico vida de outra pessoa corresponde para o efeito ao tipo objetivo que cabe ao homicídio nos termos do artigo 131.º do CP.

¹²¹ Sobre a questão da intervenção cirúrgica e necessária nos casos craniotomia (perfuração) a doutrina (em Portugal e Alemanha) é unânime, ficam excluídas como causas de exclusão da ilicitude por legítima defesa uma vez que não existe uma agressão atual e ilícita, direito de necessidade por igualdade jurídica dos direitos conflitantes, da mesma forma em relação ao conflito de deveres (número 1.º do artigo 36.º do CP), com a fundamentação, que matar (por ação) uma pessoa e salvar outra, não consubstancia um conflito justificante entre os deveres de ação e de omissão. Para o alcance de resposta face a esta problemática recorre-se ao estado de necessidade defensivo. DIAS, Jorge de Figueiredo, *apud* ANDRADE, Costa. Consentimento e Acordo em Direito Penal, relativamente à doutrina portuguesa e ROXIN na doutrina alemã, Op. cit. anotação 13.º do artigo 131.º. p. 40.

¹²² Fica excluída no âmbito da proteção da norma, o processo inicial da aplicação da anestesia nos casos em que se proceda à intervenção cirúrgica. DIAS, Jorge de Figueiredo. 2012. “Comentário Conimbricense” ... Op. cit. Anotação 11.º do artigo 131.º. p 9 . ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2010. Comentário do Código Penal. 2.º ed., Atualizada. Lisboa: Universidade Católica., anotação 4.º do artigo 131.º. p. 393.

Para efeitos de imputação, a conduta tanto pode ser praticada por ação ou omissão artigo 3.º do CP, consiste em a mãe matar o filho durante o parto ou seja a partir do momento que se iniciem as contrações ritmadas que levam a expulsão do filho, a conduta terá como critérios cumulativos a decorrer no ou após o parto onde se requer um elemento psicológico durante o qual seja razoável supor que a mãe está sob o efeito da influência de elementos perturbadores inerentes ao próprio processo do nascimento “influência perturbadora resultante que a morte em questão tivesse meramente advindo de perturbação provocada pelo parto, que afetasse o seu discernimento”¹²³.

O estado de perturbação pode ser condicionado tanto endogenamente por motivos de crise depressiva, como exogenamente¹²⁴, que constitui pressuposto autónomo da tipicidade carecendo de prova em fase de julgamento, razão pela qual em termos de imputação não existindo nenhuma causa de influência perturbadora o tipo objetivo é tratado pelo crime de homicídio qualificado.

¹²³ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo 1795/07.6GISNT.L1-9. Relatora, Fátima Mata-Mouros.

¹²⁴ A Depressão Pós-Parto (DPP) acomete entre 10% e 20% das mulheres, podendo começar na primeira semana após o parto e perdurar até dois anos. Aparecem sintomas como irritabilidade, mudanças bruscas de humor, indisposição, doenças psicossomáticas, tristeza profunda, desinteresse pelas actividades do dia-a-dia, sensação de incapacidade de cuidar do bebé e desinteresse por ele, chegando ao extremo de pensamento suicidas e homicidas em relação ao bebé. No caso da Psicose Puerperal encontramos perda do senso de realidade, delírios, alucinações (por volta 0,2% de casos). Para a mulher em surto o bebé não existe enquanto tal. O que distingue a DPP da Tristeza Materna (baby blues, post-partum blues) é a gravidade do quadro e o que ele tem de incapacitante, afectando a funcionalidade da mãe e pondo em perigo seu bem-estar e o do bebé. Na psicanálise o tema do ódio materno foi suplantado pela interpretação de que somente os filhos seriam capazes de odiar os pais por rivalidade do pai do mesmo sexo (o famoso complexo de Édipo). Mesmo para Freud, lidar com este assunto mostrou-se tarefa espinhosa e só em seus escritos finais ele pode confrontar-se com este mito: da mãe capaz de odiar o próprio filho. *In* «Depressão Pós-Parto, Psicose Pós-Parto e Tristeza Materna», *Pediatria Moderna*, Julho-Agosto, v. 41, nº 4, 2005, in www.portaldeginecologia.com.br. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. 08P3547, n.º convencional: JSTJ000. Relator: Arménio Sottomayor.

5.3. O Debate em torno do Embrião

No âmbito da discussão do direito à vida existe uma corrente minoritária que alega que embrião não implantado no útero merece de igual forma a tutela que cabe às pessoas já nascidas, motivo pelo qual devido às particularidades que o discurso encerra mencionamos aqui o essencial.

A particularidade e o debate em Portugal sobre o estatuto jurídico do embrião humano tem assumido principal relevo no âmbito da Procriação Medicamente Assistida¹²⁵¹²⁶, elevando as vozes dissentes quanto ao estatuto do embrião humano *in vitro*.

Nesta aceção, o início da vida humana ocorre em embriões constituídos em laboratório fora do corpo da mulher, através da união dos gâmetas, ovócito e espermatozoide, quer por fertilização heteróloga ou homóloga, onde a vida do embrião tem uma conotação cronológica exata, apesar de este ter a plena autonomia para o seu desenvolvimento após a fertilização em laboratório, se o pré-embrião não for transferido para o útero da mulher apenas sobrevive 14 dias¹²⁷.

É nesse sentido que avaliaremos a questão pertinente que vem sendo sucessivamente debatida, apesar da regulamentação jurídica que Portugal adota sobre as técnicas de PMA, no que concerne a esta forma de vida humana tão particular, fica a pergunta: qual o estatuto jurídico do embrião humano revela¹²⁸?

Duas teses distintas emergem na atualidade, por um lado haverá quem defenda que o pré-embrião humano não será detentor de qualquer proteção jurídica, sendo visto apenas como “ produto da concepção abusiva e comodamente chamado «embrião», se não implantado *in vivo* e, *à fortiori, in vitro*, nunca será pessoa humana”¹²⁹, em sentido divergente reclamam outros que para esta forma de vida humana criada em laboratório, dever-se-á considerar que “a vida humana é inviolável, estatui exemplarmente a Constituição da República Portuguesa no seu artigo 24.º. Sendo assim, e desde que se

¹²⁵ Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

¹²⁶ Doravante PMA.

¹²⁷ Cf. SERRÃO, Daniel. 2003 Livro Branco: Uso de Embriões Humanos em Investigação Científica. p. 10. Disponível na Internet: <http://www.danielserrao.com/fotos/gca/Livrobranco.pdf>

¹²⁸ Em torno do debate sobre o estatuto de embrião humano, a análise também incide quer nas experiências laboratoriais feitas aos embriões quer aos embriões excedentários.

¹²⁹ Cit. Miguel Oliveira da Silva. 2005. Sete Teses sobre o Aborto. p. 7.

afigura impossível negar a existência de uma nova vida humana no embrião, desde a singamia, o embrião não poderá ser objecto de qualquer experimentação que conduza, ou possa conduzir, à sua destruição”^{130 131}.

Em 1995 o CNECV, chamado novamente a pronunciar-se porém sobre a problemática da experimentação do embrião ¹³² no seu Relatório-Parecer n.º 15/ CNECV/ 95, afirma:

“Se há argumentos contra o carácter de pessoa assumido pelo embrião, o único de peso reside na possibilidade de divisão gemelar: não pode haver pessoa sem individualidade. Mas ele afigura-se falacioso, quando visto pelo ângulo do respeito pela vida humana: será esta menos digna do respeito por não sabermos se se vai exprimir, fenotipicamente, em uma ou mais pessoas?” ¹³³

Com a publicação da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho ficou vedado o recurso arbitrário ao embrião humano no que respeita às investigações científicas, contudo através da implementação da lei sobre PMA surgiram várias discordâncias acerca do estatuto do embrião.

“O meu voto favorável implica que o filho(a) artificialmente constituído tem a mesma dignidade – que é a dignidade de ser vivo humano pessoal – de qualquer outro filho(a), independentemente das circunstâncias concretas que deram início à sua vida pessoal. E implica, ainda, que tanto os especialistas como os

¹³⁰ Os Relatórios/Pareceres citados na presente exposição pela CNECV, estão disponíveis na Internet em: <http://www.cnecv.pt/pareceres.php>

¹³¹ Cf. Relatório-Parecer N.º 15/ CNECV/ 95, Sobre a Experimentação do Embrião, ponto 12, p. 4.

¹³² O ordenamento jurídico italiano proíbe qualquer experimentação com embriões humanos (artigo 13.º da *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*), mas a experimentação é actualmente permitida, ainda que em estritos limites, em Espanha (artigos 14.º, 15.º e 16.º da *Ley 40/2006*), na França (artigo L2151 -5 do *Code de la Santé Publique*), no Reino Unido (secção 2 do *Human Fertilisation and Embriology (Research Purposes) Regulations*, de 2001). De acordo com a Comissão Europeia, a investigação em embriões é ainda autorizada na Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, Grécia, Holanda e Suécia (cf. *Survey on opinions from National Ethics Committees or similar bodies, public debate and national legislation in relation to human embryonic stem cell research and use*, org. Line Matthiessen -Guyader, Setembro de 2003, Directorate E -Biotechnology, Agriculture and Food, págs. 10, 12, 15, 19, 24, 32 e 43, in <http://bioethics.academy.ac.il/articles/CATALOGUE-SC-MEMBER--STATES-FINAL-VERSION.pdf>).

¹³³ Cf. Relatório-Parecer n.º 15/CNECV disponível na Internet em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273059306_P015_ExperimentacaoEmbriao.pdf

financiadores públicos dêem prioridade às investigações que estudam as causas da infertilidade e os modos de a prevenir e tratar sem recurso à PMA”¹³⁴

“Se já é uma aberração produzir embriões sem destino parental, isto é, produzir um começo de vida humana se lhe dar a possibilidade de se desenvolver - a utilização desses embriões para fins de investigação volta a introduzir, com a justificação do critério do utilitarismo, o primeiro passo de utilização eugénica da vida humana. Ora, não é indigno morrer, a morte faz parte da vida e da existência humana. Mas utilizar a vida de outros seres humanos destinados à morte contribui para «coisificá-los». A investigação sobre os embriões contribuirá socialmente para a sua coisificação, o que não me parece corresponder ao maior respeito pela vida humana”¹³⁵.

Vozes críticas perante a Lei 32/2006 de 26 de julho apresenta carências jurídicas¹³⁶, consideram que o *lobby* da liberalização deixa uma porta aberta para a supressão de valores éticos “«vida potencial» e «vida actual» existe uma inquestionável gradação *valorativa*; mas tal não justifica que a vida potencial extra-uterina seja tida, para efeitos da determinação do correspondente conceito constitucional e do âmbito objectivo de protecção da norma contida no n.º 1 do artigo 24.º da CRP, como *algo* que se situa aquém da protecção, constitucionalmente fundada e por isso mesmo *devida*, do Estado e do Direito. Para quem entenda que todos os embriões (incluindo os não implantados) são objecto da protecção conferida pelo n.º 1 do artigo 24.º da CRP, por não poderem situar -se fora do *conceito constitucional de vida*, o dito do n.º 1 do artigo 9.º da Lei não corresponde (não *pode* corresponder) a uma escolha livre do legislador. E assim é não apenas por se encontrar o Estado português vinculado a uma obrigação internacional, assumida convencionalmente; assim é antes do mais por imperativo constitucional, que obriga o

¹³⁴ Cf. Voto de Daniel Serrão, Parecer n.º 44. C NECV. Disponível na internet em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057187_P044_DeclaracoesVotoPMA.pdf

¹³⁵ Cf. Voto de Michel Renaud Parecer n.º 44. C NECV. Disponível na internet em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057187_P044_DeclaracoesVotoPMA.pdf

¹³⁶ José Oliveira de Ascensão, A Lei n.º 32/06, Sobre a Procriação Medicamente Aassistida, *in* ROA, Ano 67, dezembro 2007, p. 1005.

Estado, desde logo através do legislador, a proteger o bem «vida» de uma *instrumentalização* que o degrade à *condição de objecto*”¹³⁷.

Veja-se ainda no âmbito do Diagnóstico Pré-natal¹³⁸, as dicotomias em torno desta vida precoce onde os procedimentos que tem por objeto os conduta médicas de informação genética sobre o embrião ou feto através do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 12/2005 de 26 de janeiro.

O cumprimento destas técnicas resulta desde logo por um caráter invasivo e intrusivo, uma vez que acarreta o perigo considerável na colheita de produtos fetais (líquido amniótico amniocentese ou sangue do cordão umbilical cordocentese).

A par destes procedimentos médicos, a conduta levado a cabo no exercício destas funções podem resultar diversos tipos legais de crime¹³⁹, e nesse sentido o critério adotado para o preenchimento do tipo legal é o momento do ato do nascimento, assim a conduta perpetuada antes do nascimento, mas só depois dele começando a produzir efeitos não deixa de ser qualificado como homicídio ou ofensas à integridade física.

Contudo as ofensas da vida e saúde pré-natal apenas são subsumíveis ao crime de aborto e “é mesmo aí, o que se constata é uma “desproporção das molduras penais (*máxime*, perante o homicídio), a ausência de punibilidade por negligência, a ausência da maioria dos casos, da punição da tentativa de aborto, a ausência de qualquer agravamento pelo resultado (quando eventuais condutas perigosas para o feto) ou de proteção antecipada”¹⁴⁰.

Seguindo o Autor a exposição dos critérios alegados político-criminais da descriminalização da IVG não poderão ser invocados, na medida em que o alarme social que provoca a impunidade criminal das más práticas médicas, que atinjam o embrião ou feto, e nesse sentido “julgamos, de *lege ferenda*, que não seria displicente, a par da criminalização do aborto negligente (como também o faz o art. 146.º do CPen. Espanhol, a introdução de um tipo legal de crime que puna as condutas que interrompem ou condicionem o desenvolvimento normal da gestação”^{141 142}.

¹³⁷ Acórdão Tribunal Constitucional n.º 101/2009, declaração de voto de Maria Lúcia Amaral.

¹³⁸ Seguimos a exposição de FIGO, Tiago. Tutela Juscivilística da Vida Pré-natal. O Conceito de Pessoa Revisitado. Coimbra: Coimbra Editora. p. 163.

¹³⁹ Nos termos dos artigos 131.º e ss 143.º, artigo 156.º todos do CP.

¹⁴⁰ Cit. FIGO, Tiago. 2013. “Tutela Juscivilística ...” Op. cit. p. 163.

¹⁴¹ Proposta inspirada no direito comparado artigos 157.º e s. do CP espanhol. Cit., idem. p. 164.

5.4. Os Argumentos do Modelo de Prazos

A atual lei portuguesa permite o acesso ao aborto até às dez semanas¹⁴³ de gestação. O número de semanas de gravidez deverá ser comprovado ecograficamente ou de acordo com as *legis artis*¹⁴⁴, o método ecográfico constitui preferência.

A data-limite a partir do qual foi delineada o modelo de prazos da IVG encontra fundamentação no menor o risco para a saúde da mulher quando o aborto é cometido no primeiro trimestre da gestação (teoria do prazo cautelar)¹⁴⁵.

O modelo de prazos vigente assenta na estrutura da capacidade da grávida para tomar uma decisão responsável. Nos termos da alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do CP, a consulta¹⁴⁶ destina-se “a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável nada “há que conduza à conclusão

¹⁴² No mesmo sentido da orientação do autor, RAPOSO, Vera Lúcia. Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-criminais. Aqueles que Nasceram (Breve Excurso Sobre o Enquadramento Penal das Lesões Pré-natais. Coimbra: Coimbra Editora.

¹⁴³ O período mínimo é de 10 semanas. Vigora apenas em Portugal, na Bósnia/Herzegovina, Macedónia e Turquia. Na Estónia, é de 11 semanas, 13 na Holanda, 14 na Roménia, atingindo o máximo na Suécia, onde é de 18 semanas, Lei n.º 595, de 14 de Junho de 1974, alterada pela Lei n.º 660, de 1995, e pela Lei n.º 998, de 2007. Em todos os outros países que aderiram a este modelo, o prazo é de 12 semanas ou de 3 meses [todos estes dados, actualizados a Janeiro de 2009, foram recolhidos em Abortion Legislation in Europe, publicado pela “International Planned Parenthood Federation. European Network”, www.ippfen.org. Cfr. Acórdão Tribunal Constitucional n.º 75/2010. ponto 11.4.12. Referente à descrição temporal dos modelos de prazos vigentes na Europa. NETO, Luísa. 2004. O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo: A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime. 2004. Coimbra: Coimbra Editora. p. 615-620.

¹⁴⁴ Lei 16/2007 de 17 de abril- 7 - Para efeitos do disposto no presente artigo, o número de semanas de gravidez é comprovada ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*.»

¹⁴⁵ Cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. 2006. “Sobre o Aborto ...” Op. cit. p. 73. Disponível na Internet em: http://bloguedonao.planetaclix.pt/sobre_aborto.pdf

¹⁴⁶ Nos termos do n. 4.º do artigo 1.º da Lei 16/2007 de 17 de abril. O consentimento é prestado: a) Nos casos referidos nas alíneas a) a d) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção; Artigo 2.º Consulta, informação e acompanhamento 1 - Compete ao estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido onde se pratique a interrupção voluntária da gravidez garantir, em tempo útil, a realização da consulta obrigatória prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal e dela guardar registo no processo próprio. 2 - A informação a que se refere a alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal é definida por portaria, em termos a definir pelo Governo, devendo proporcionar o conhecimento sobre:

a) As condições de efetuação, no caso concreto, da eventual interrupção voluntária da gravidez e suas consequências para a saúde da mulher; b) As condições de apoio que o Estado pode dar à prossecução da gravidez e à maternidade; c) A disponibilidade de acompanhamento psicológico durante o período de reflexão; d) A disponibilidade de acompanhamento por técnico de serviço social, durante o período de reflexão.

que que a mulher disposta a interromper a gravidez nas primeiras semanas é exclusiva ou predominantemente dominada por sentimentos egoísta e desrazoáveis”¹⁴⁷.

Quanto ao critério da razoabilidade na decisão em manter a gravidez, sublinhamos um dos raciocínios que configura a suscetibilidade deste argumento, referindo o que ocorre na “Rússia em que mulheres engravidam para depois proceder ao aborto e vender a placenta para fabrico de medicamentos”¹⁴⁸. Assim questão em torno da IVG assente num modelo de prazos, excluindo a ilicitude mediante um mero procedimento não nos parece capaz de evitar o alarme social.

Um outro argumento que fundamenta este modelo assenta numa compreensão voluntarista, como expressão do autonomismo, uma vez que o prazo estabelecido configura apenas a livre decisão da mulher, se esta querará ou não assumir a maternidade, ficando apenas dependente da autodeterminação da mulher na livre disposição da vida intrauterina¹⁴⁹.

Contudo a alegação crucial e que se pretende rebater, assenta no argumento que neste período gestacional da vida humana intrauterina ainda não está completamente formado o Sistema Nervoso Central¹⁵⁰ assim “dispensando-se a necessidade de tutela enquanto o feto não forma completamente a sua estrutura cerebral”¹⁵¹.

Nesse sentido, Elio Sgreccia, alega que haverá alguns autores que defendem que só existe vida humana intrauterina após o momento da nidação, que se inicia por volta sexto e sétimo dia após a fecundação que se completa ao décimo quarto dia. No entanto para outros autores, só se poderá falar de vida humana intrauterina com a formação do SNC a “vida humana pode ser vista como um espectro contínuo entre o início da vida cerebral no útero materno (oitava semana de gestação) e a morte cerebral. Podem estar presentes

¹⁴⁷ Cit. DIAS, Jorge de Figueiredo. 2012. “Comentário Conimbricense...” Op. cit. Anotação 22.º ao comentário do artigo 140.º. p. 258.

¹⁴⁸ Cit. SILVA, Fernando. 2011. “Direito Penal Especial...” Op. cit. p. 207.

¹⁴⁹ Cf. NETO, Luísa. Neste sentido na autodeterminação da mulher à livre disposição do próprio corpo, referente aos casos de aborto por questões económica e sociais conclui a autora que o modelo de prazos atinente aos bens jurídicos em conflito, seria como abrir uma porta a todo tipo de abusos. NETO, Luísa. 2004. O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo: A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime. 2004. Coimbra: Coimbra Editora. p.601-639.

¹⁵⁰ Doravante, CNC.

¹⁵¹ Cit. SILVA, Fernando. 2011. “Direito Penal Especial...” Op. Cit., p. 209. O Autor descreve que a tutela da vida humana intrauterina apresenta uma forma de tutela progressiva atendendo às variantes qualitativas e quantitativas da gestação.

tecidos e sistemas de órgãos, mas, de qualquer forma, sem a presença de um cérebro funcional, estes não podem constituir um ser humano”¹⁵².

Em 1979 surge o primeiro estudo que demarca a linha temporal para aparecimento da placa neural, que se reporta ao décimo quarto dia de gestação, em 1984 houve a corroboração pela Comissão Waller dos dados precedentemente apresentados, e a tese de que o início da atividade cerebral ocorre efetivamente ao décimo quarto dia de gestação foi sucessivamente sustentada nos seguintes estudos publicados no campo da bioética¹⁵³.

Para Miguel Oliveira da Silva, apesar de a vida humana ser um processo contínuo não haverá de facto qualquer momento significativo que opera ao nível ontogénico para que se possa falar de pessoa humana “não há propriamente um momento *t* em que se possa dizer que se inicia vida humana, que se adquire sensibilidade álgica, ou ainda, que o sistema nervoso central esteja minimamente funcionante”¹⁵⁴.

Ainda na delineação do início da atividade cerebral ou o momento *t*, João Loureiro¹⁵⁵, recorrendo ao estudo de Carlos Santos Jorge, entende que o início da atividade cerebral ocorre por volta da oitava semana de gestação com a formação do tronco cerebral, iniciando-se numa fase posterior, por volta da décima segunda semana de gestação, o desenvolvimento completo da formação das sinapses nervosas¹⁵⁶.

Contudo com a publicação de estudos recentes verifica-se que o começo da atividade cerebral se dá com o surgimento dos primeiros neurónios que aparecem por volta do trigésimo e um dia de gestação, sendo estes neurónios os impulsionadores que conduzem à formação do córtex cerebral¹⁵⁷.

Não obstante o desenvolvimento científico na área da bioética e da medicina em geral, e face aos estudos expostos, entendemos que mesmo suscitando-se várias dificuldades para a confirmação do início da atividade cerebral da vida humana

¹⁵² Cit. SGRECCIA, Elio, 2006. *apud*, J. M. Goldning. Aborto, o ponto de vista da bioética. p. 20.

¹⁵³ Segundo SGRECCIA, Elio, o primeiro estudo surge por Ethics Advisory, Board, nos Estados Unidos. SGRECCIA, Elio. 2006. “Aborto” ... Op. cit. 18.

¹⁵⁴ Cit. SILVA, Miguel Oliveira da. 2005. “Sete Teses...” Op. cit. p.5.

¹⁵⁵ Em relação a determinação dos prazos para o recurso à IVG nos vários ordenamentos jurídicos, o Autor sustenta que correspondem a uma linha de orientação dada através do caso norte-americano *Roe versus Wade*, onde se sustenta que ocorre uma diminuição dos riscos para a saúde da mulher quando o aborto é realizado no primeiro trimestre de gravidez. Numa descrição mais profundada sobre o caso *Roe versus Wade*, cf., NETO Luísa. 2004. O Direito Fundamental à Disposição do Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime). p. 630 e ss.

¹⁵⁶ Cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. 2006. “Sobre o Aborto”... Op. cit. p. 69. Disponível na Internet em: http://bloguedonao.planetaclix.pt/sobre_aborto.pdf

¹⁵⁷ Idem, *apud*, Inrina Bystron, p. 71.

intrauterina, será de ponderar face ao estudo apresentado que este impulso dominador do SNC ocorre ao décimo quarto dia de gestação, e nesse sentido o início da atividade cerebral ocorrer, por ventura, mais cedo ao trigésimo e um dia de gestação. Por isso, temos relutância em admitir que a vida humana intrauterina possa ser suprimida nas primeiras dez semanas de gestação, com a alegação de que não haverá a completa formação do SNC¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Cf. JOÃO, Loureiro. 2006. Sobre o Aborto...” Op. cit Op. cit. p.70.

5.5. O Critério da Dualidade na Unidade

O critério da dualidade na unidade assenta essencialmente numa tutela progressiva da vida intrauterina, uma vez que a portadora e garante do bem jurídico-penal vida humana intrauterina é a mulher, resultando a ideia de dualidade do fato de a defesa e a proteção do bem jurídico referido se impor também à mulher grávida.

Tese acolhida nos vários arestos do TC através da jurisprudência constitucional e penal alemã “é como característica fundamental, um crescendo de intensidade tuteladora, consoante o maior tempo de gravidez, compondo o que poderemos designar por um regime trifásico: num período inicial, a decisão é deixada à responsabilidade última da mulher, em fases subsequentes a interrupção fica dependente de certas indicações, sendo proibida, em princípio, no último estágio de desenvolvimento do feto. Na esteira do *Bundesverfassungsgericht*, na sua decisão de 28 de Maio de 1993, é como “dualidade na unidade” que melhor se pode caracterizar essa relação (BVerfGE 88, 203 s., 253)”¹⁵⁹.

O conceito de inspiração alemã assenta na posição conflitual da mulher grávida não entre subjetividades em oposição uma vez que o embrião/feto não é sentido pela grávida como um “outro”, configurando um conceito da mobilidade de proteção na medida em que a unidade se sobrepõe à dualidade, contudo vai perdendo progressivamente essa predominância da unidade em favor da dualidade, atendendo à evolução gestacional da gravidez.

Nesse sentido, será legítimo numa fase inicial da gravidez que o legislador ordinário através da consulta obrigatória e do período de reflexão tendo por base uma decisão refletida, admita a IVG. Apela-se em último termo à responsabilidade da mulher, o que é preferível à ameaça. (BVerfGE 88, 265). A grávida é encarada como “interlocutora” (*Ansprechpartnerin*) e não como “adversária de uma pretensão” (*Anspruchsgegnerin*)¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010. ponto 14.4.8.

¹⁶⁰ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010. ponto 14.4.8.

5.6. Conclusão

A presente investigação tem como objeto o valor jurídico-penal Vida. Começámos a presente exposição por mencionar que é irrefutável ao nível da comunidade médica, que desde o momento da fertilização com a fusão dos gâmetas dos progenitores, há uma nova vida humana autónoma em curso: o zigoto. Sendo esta vida única e irrepetível através do seu próprio genoma, com a sua própria sequência de ADN. Esta gestação é um processo contínuo não transparecendo nenhum critério de alteração qualitativa desde a fertilização até ao nascimento.

Quanto à valoração qualitativa dos valores jurídico-penais abordados, vale o exposto aquando a exposição dos critérios da dignidade e necessidade penal. Resta a título de complemento o seguinte: atendendo ao bem jurídico e aos critérios da necessidade de tutela penal, o legislador ordinário detendo uma ampla margem de conformação após verificada a dignidade penal de um determinado jurídico através do alarme social, refletidas as condutas penalmente relevantes através do critério da necessidade conforme o n.º 2 do artigo 18.º da CRP estabelece diferentes molduras penais (*v.gr.* as diferentes molduras legais para a qualificação dos tipos 131.º e 133.º, ambos do CP).

Assim, será critério fundamental que para a determinação das molduras penais dos tipos 140.º e 131.º ambos do CP (e nesse sentido politico-criminalmente fundadas) a consideração que detêm uma natureza qualitativamente diferente entre vidas. No “homicídio e no aborto *são jurídico-penalmente distintos* os bens jurídicos protegidos e não apenas quando se deva considerar que ambos constituem “vida humana”... Tratasse-se do mesmo bem jurídico e seria difícil excogitar razões politico-criminalmente fundadas para que fosse tão distinta quanto o é (e sempre o foi, e o quanto é por toda a parte) a força jurídica do mesmo bem jurídico”¹⁶¹, desde logo atendendo à natureza da tutela progressiva que detém a vida humana intrauterina uma vez que esta conhece várias etapas de desenvolvimento assim se traduz a crescente dualidade na unidade.

¹⁶¹ Cit. DIAS, Jorge de Figueiredo. 2012. “Comentários Conimbricense ...” Op. cit. Anotação 5.º, ao comentário do artigo 131.º. p. 6. 226.

Assim sendo, a medida da pena do aborto funda-se por razões político-criminais não no valor do bem jurídico, mas na desnecessidade penal, intimamente relacionadas com a perturbação emocional da mãe, perante a gravidez indesejada, na medida em que esta ao cometer o aborto não tem plena consciência da alteridade do feto em relação em si própria devido, devido à falta de conhecimentos biológicos¹⁶², contudo admitindo que esta visão encontra fundamentos ilidíveis ligada a uma visão pré-ecográfica.

Quanto à peculiar forma de vida, se o direito penal pretendesse tutelar todas as formas de vida humana, poderíamos afirmar que os contraceptivos seriam considerados uma forma de aborto e não um método de planeamento familiar, e o embrião não implantando no útero apresentaria um défice de tutela da mesma forma que a vida intrauterina apresenta, e nesse sentido a necessidade de tutela penal corresponderia a uma tutela de vidas humanas de primeira e de segunda¹⁶³.

Não concordamos com tal posição, relativamente ao embrião não implantado no útero, este não apresenta uma total preterição da tutela penal. No que respeita às causas da ilicitude nos casos das indicações Os direitos fundamentais não são absolutos podendo, no caso de extrema necessidade, uns ceder perante os outros.

Não se trata desta causa que advogamos uma vez que concordamos com o regime da exclusão da ilicitude no casos das indicações, o que se pretende advogar é a necessidade de tutela referente ao modelo de prazos, uma vez que neste, em nosso entender, não existem fundamentos irrefutáveis da exclusão da ilicitude nos moldes vigentes.

Quanto aos métodos contraceptivos entendemos que constituem o critério fundante para evitar gravidezes indesejadas, motivo pelo qual se concorda com o momento da nidação para a determinação da necessidade de tutela penal, conforme a matéria vem sido tratada no direito comparado “do ponto de vista do direito comparado, pode encontrar-se esta solução – no sentido de a tutela penal se iniciar com a nidação- legalmente consagrada no direito alemão (§219 d, determinando que os actos sobre o embrião com efeitos anteriores à nidação não são considerados abortivos) ...excluídos do âmbito de aplicação do crime de aborto os métodos impeditivos da nidação, ainda que utilizados após a

¹⁶² Cf. BRITO, Diogo Lorena, apud SOTTOMAYOR, Maria Clara. A Vida Pré-natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional. Porto: Universidade Católica. p. 93.

¹⁶³ Idem, p. 91 e 97.

fecundação (não podendo, por isso, ser considerado estritamente anticoncepcionais) independentemente da forma que assumam”¹⁶⁴.

O critério biológico é desligado da relevância penal, pelos critérios impostos pela própria segurança jurídica. Seria como tutelar o abstrato, motivo pelo qual a tutela do embrião não implantado no útero não acolhe fundamento jurídico-penal uma vez que “embriões fecundados sem recurso a esta técnica não devem assumir relevância significativa. Pois que, podendo-se imaginar, a breve trecho, a gestação fora do útero materno, assumir essa diferença seria transformar os assim desenvolvidos embriões não em homens mas em monstros”¹⁶⁵.

De igual forma, se justifica político-criminalmente a tutela progressiva da vida intrauterina.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Cit. DAMIÃO, Cunha. 2012. “Comentários Conimbricense. ...” Op. cit. Anotação 17.º, ao comentário do artigo 140.º, p. 226.

¹⁶⁵ Cit. Godinho, Inês Fernandes. “Problemas Jurídico-Penais...” Op. cit . p. 7. Internet em: http://www.uc.pt/fduc/projectos_investigacao/PTDC_CPJ_JUR_111289_2009/pdf/Problemas_vida_humana.pdf

¹⁶⁶ Apelando para a vulnerabilidade do bem jurídico-penal vida intrauterina. SILVA, Fernando. 2011. Direito Penal Especial. Crimes Contra as Pessoas. Crimes contra a vida, crimes contra a vida intrauterina, crimes contra a integridade física. 3.ªed. Lisboa: Quid Juris. p. 37. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. 2009. Vida contra Vida. Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora. nota de rodapé n.º 25. p. 24. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. 1998. Aborto: Algumas Questões Jurídico-constitucionais (A Propósito de uma Reforma Legislativa). in BFDUC. Vol. LXXIV. *passim*.

PARTE III
INTERVENÇÃO PENAL

CAPÍTULO I

NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL

6. Critério da Necessidade Penal

Recapitulando o que foi exposto, verificamos o bem jurídico-penal vida intrauterina constitui um bem dotado de dignidade penal. Contudo se a vida humana intrauterina “constitui também um bem jurídico carente de tutela penal é questão que do ponto de vista jurídico-constitucional, pode legitimamente ser deixada à decisão do legislador ordinário. Está aqui em causa o princípio decisivo da necessidade, ligado às máximas de “subsidiariedade”, da “proibição do excesso”, em suma da “proporcionalidade em sentido amplo, consagrado com inultrapassável clareza no art. 18.º n.º 2 da CRP”¹⁶⁷.

Assim, para J.J. Canotilho, o princípio da proibição do excesso é considerado como o princípio densificador do Estado de direito democrático, pelo que as restrições dos Direitos, Liberdades e Garantias¹⁶⁸, feitas por lei ou com base na lei devem ser adequadas (apropriadas) necessárias (exigíveis) e proporcionais (justa medida).

A necessidade da medida restritiva deverá ser adequada para a prossecução dos fins invocados pela lei; a necessidade da restrição deverá pautar-se pela necessidade para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou lei. O princípio da proporcionalidade em sentido restrito, significa que a lei restritiva mesmo adequada, necessária, pode ser inconstitucional, quando adote «carga coativas» dos DLG,

¹⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2012. “Comentários Conimbricense ...” Op. cit. Anotação 15.º, do artigo 142.º. p. 252.

¹⁶⁸ Doravante, DLG.

«desmedidas», «desajustadas», «excessivas» «desproporcionadas» em relação aos resultados obtidos”¹⁶⁹.

Nesta orientação a solução de base constante da alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do CP¹⁷⁰ vem afastar o critério da necessidade penal atendendo aos bens jurídicos em conflito através da exclusão da ilicitude com o fundamento num regime de procedimento através consulta obrigatória para dar satisfação ao mandamento constitucional de proteção da vida intrauterina uma vez que “ não se conhece ainda de forma mais efetiva ou eficiente (por pouco que seja nos nossos dias) de o Estado assumir o seu dever de proteção do direito à vida do embrião do que através da obrigatoriedade de fazer anteceder a opção da grávida, durante um primeiro período de gravidez, se uma consulta de aconselhamento”¹⁷¹

¹⁶⁹CANOTILHO, J.J Gomes. 2003. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ª ed., 7.ª Reimpressão. Edições Almedina. p. 457. CANOTILHO, J.J. MOREIRA, Vital. 2010. Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 1.º a 107. Volume II. 4ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora. p. 396.

¹⁷⁰ e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez. 2 — A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direção, a interrupção é realizada, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 3 — Na situação prevista na alínea e) do n.º 1, a certificação referida no número anterior circunscreve-se à comprovação de que a gravidez não excede as 10 semanas. 4 — O consentimento é prestado: a) Nos casos referidos nas alíneas a) a d) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção; b) No caso referido na alínea e) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo, o qual deve ser entregue no estabelecimento de saúde até ao momento da intervenção e sempre após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável.

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. BRANDÃO, Nuno. 2012. “Comentários Conimbricense ...” Op. cit. Anotação 20.º, do artigo 142.º. p. 256.

6.1. Princípio da Proporcionalidade em Sentido Amplo

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo (ou proibição do excesso) divide-se em três subprincípios.

O princípio da adequação (ou princípio da idoneidade), as medidas restritivas legalmente previstas devem revestir o meio necessário para a persecução dos fins visados pela lei, na salvaguarda doutros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, o princípio da exigibilidade (também designado por princípio da necessidade ou da indispensabilidade), as medidas restritivas devem revelar-se necessárias (tornaram-se exigíveis) na medida em que os fins visados pela lei não poderiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os DLG, por último o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se na «justa medida», as medidas restritivas não devem ser desproporcionais e excessivas em relação aos fins obtidos^{172 173}.

Para Conceição Cunha, os dois primeiros princípios aplicados ao Direito Penal ligam a própria dignidade do bem jurídico em análise, com um juízo valorativo¹⁷⁴, atinente ao grau da importância do bem jurídico e de danosidade social em comparação com a importância do direito restringido e o grau da restrição penal¹⁷⁵.

¹⁷² Idem, p. 392-393.

¹⁷³ Assim ALEXANDRINO, Jorge de Melo. Os DLG (tal como os direitos fundamentais em geral) são diferentes uns dos outros: diferentes na sua estrutura, no seu peso axiológico, na sua formulação jurídica, na sua articulação com as outras normas da Constituição e, por fim, nas respetivas possibilidades de afetação referindo ao postulado da diferenciação. Nesta medida, não existem DLG ilimitados estes podem ser limitados logo ao nível do sistema social através do postulado da relatividade, quanto ao postulado da mobilidade um direito fundamental seja ele qual for mas sempre diferencialmente, podem sofrer múltiplas formas de compressão e múltiplas modalidades de afetação. Para a legitimação da restrição opera através do exigência da reserva de lei uma vez que compete à lei parlamentar a intervenção nas restrições dos nos termos do artigo 165.º n.º 1 b) da Lei Fundamental atendendo ao postulado da separação de poderes artigo 111.º da CRP. ALEXANDRINO, Jorge de Melo. 2007. Direitos Fundamentais. Introdução Geral. Cascais: Principia. p .109-118.

¹⁷⁴ Justificando, que se este princípio fosse avaliado apenas no sentido em que Portugal, se exige na legítima defesa (artigo 32.º do CP- meio necessário) então deveríamos enquadrá-lo preferentemente na carência de tutela penal - ao nível do princípio da subsidiariedade - mas se se exige também uma proporcionalidade (na medida do possível) – uma ponderação entre valor atingido com o crime (e a forma e grau em que é atingido) e valor restringido com a pena (tendo em conta também o diferente grau da possível restrição), impõe que esse juízo de valoração passa a ser valorativo. Cf. CUNHA, M. Conceição Ferreira da. 1995. “Constituição e Crime ... ” Op. cit. p. 234-235.

¹⁷⁵ Idem, loc. cit.

Relativamente da descriminalização do aborto a pedido, seguindo a exposição da Autora, quanto ao critério da necessidade penal, dando por assente a existência de outras formas de proteção suficientes – inerentes aos meios de medidas informativas quanto ao planeamento familiar, educação sexual correta e centros de apoio para as mães e filhos etc. – a comparação da análise pelo legislador ordinário na descriminalização do aborto deverá ponderar entre número de abortos que ocorre com e sem a lei criminalizadora, asseverando que a eficácia ou aptidão da lei penal “não significa frequência da perseguição”¹⁷⁶.

Nesse sentido, a ponderação da descriminalização deverá ter em conta se o número dos abortos não aumentará (ou pelo menos não significativamente), e também a averiguação se o número dos abortos clandestinos diminuirá com a descriminalização do aborto¹⁷⁷.

Assim, mesmo que se pudesse afirmar que o número de abortos diminuía, o que se tem que ter em conta é se a lei penal terá algum efeito desejado, uma vez que as leis mais liberais relativamente à IVG, não vão ao ponto de advogar uma descriminalização total do aborto uma vez que se “a criminalização não correspondesse minimamente a nenhum dos objetivos político-criminais nem tivesse a possibilidade de vir a responder, se não concedesse qualquer proteção à vida do nascituro, ou mesmo concedendo esta proteção, se a legalização, numa comparação entre custos e benefícios globais, implicasse mais benefícios, a única solução seria a da legalização total”¹⁷⁸.

Face ao exposto, conclui como melhor solução - em termos de eficácia da intervenção penal - a criminalização do aborto uma vez que a descriminalização atinente ao bem jurídico vida humana intrauterina denota a progressiva desvalorização do bem em causa “ não como mera preocupação teórica, mas como potenciador de negativos efeitos

¹⁷⁶ Na justificação que mesmo que uma lei não seja cumprida, pode ser efetivada criando condutas desejadas, mais que a mera anulação da aplicação da pena. Idem, p. 376.

¹⁷⁷ Nesta análise, a autora admite defender a descriminalização mesmo que esta implicasse um aumento do número global de abortos, mas os clandestinos diminuíssem drasticamente, contudo, conclui que ponderar a descriminalização assente em tal proposição estar-se-ia a dar prevalência aos interesses do agente que decidiu cometer o facto (vida e saúde da mãe) à vida do feto. Nesse panorama já não constituía uma questão de eficácia penal, pois a lei menos liberal evitaria o número global dos abortos, a ponderar também os custos e valores importantes para a mãe, não se tratando de conflitos de valores, mas sim uma análise pragmática de ponderação entre custos e proveitos uma vez que não se considera nesta análise o perigo da vida para a mãe como justificação mas a sua consequência. Idem, p. 377.

¹⁷⁸ Idem, p. 378.

práticos, é a função, que vimos acentuando de conformação das representações sociais, enquanto orientadoras do comportamento, que está em causa”¹⁷⁹.

É assim, atendendo à função da prevenção geral principalmente em sentido positivo, mesmo que apesar de fraca, a mera previsão legal incute algum efeito, ao manter a distinção entre lícito e ilícito penal, reconduzindo a afirmação da importância da afirmação do bem jurídico-penal vida humana intrauterina¹⁸⁰.

Para Almeida Costa, o critério da necessidade penal é aferido pelo critério de necessidade do n.º 2 do artigo 18.º da CRP: o bem jurídico em causa terá que deter uma precípua importância para a convivência comunitária e para a livre realização da pessoa (dimensão axiológica), os meios sancionatórios deverão assumir o caráter necessário ou imprescindível para a respetiva preservação do bem jurídico, no fim haverá que procurar mais benefícios que prejuízos sociais¹⁸¹.

Para João Loureiro, confirmada a dignidade do bem jurídico, exige-se que o Estado, no cumprimento do seu dever de proteção assegure um nível suficiente de tutela.

Assim diz-nos J.J. Canotilho, que o sentido da proibição de excesso é evitar “cargas excessivas ou atos de ingerência desmedidos”.

A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão dos direitos fundamentais¹⁸² pressupondo as exigências *mínimas* na sua eficiência e interesses quanto aos interesses contrapostos.

É neste contexto que se coloca a discussão sobre a IVG.

A verificação da necessidade penal é aferida pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo nos termos do n.º 2 do artigo 18.º da CRP, que se desdobra no princípio da adequação e necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito¹⁸³.

O princípio da necessidade confere a inexistência de medidas alternativas menos onerosas. Assim, atendendo ao modelo de prazos vigente, haverá que verificar se essas

¹⁷⁹ Idem, p. 380.

¹⁸⁰ Idem, p. 379.

¹⁸¹ Cf. COSTA, Almeida. 1984. Aborto e Direito Penal, Algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez. ROA. Ano 44. p. 593.

¹⁸² Cit. CANOTILHO, J.J. Gomes. 2003. “Direito Constitucional ...” Op. cit. p. 273.

¹⁸³ Cf. LOUREIRO, João. 1998. “Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais ...” Op. cit. p.354.

medidas se serão suficientes para a devida proteção do bem jurídico-penal, e avaliar as medidas sociais inerentes ao planeamento familiar.

Quanto ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, faz a ponderação dos custos das medidas penais na proteção do bem jurídico-penal vida humana intrauterina face aos benefícios que se pretende obter com o fim a prosseguir, não à luz dos custos sociais que resultam da prática abortiva, mas na ponderação do bem jurídico em conflito: em relação aos direitos da mulher grávida e proteção da vida intrauterina¹⁸⁴.

Para a avaliação do que fica exposto remete-se para o capítulo posterior atendendo à exposição de dados relevantes para a reavaliação da descriminalização da IVG vigente à luz do princípio da proporcionalidade. Só nessa sede nos propomos apresentar as nossas conclusões, mas não sem antes averiguar se haverá a imposição implícita de criminalização atendendo ao bem jurídico vida intrauterina.

¹⁸⁴ Assim Acórdão do TC é um horizonte que não joga exclusivamente contra a criminalização ou a favor da descriminalização mas, pelo contrário, pode também apontar para soluções de criminalização ou opor-se a soluções de descriminalização (Costa Andrade, O novo Código Penal e a moderna criminologia, in *Jornadas de Direito Criminal*, fase I, p. 34). Certo que das considerações precedentes não se costumam extrair, por via de regra, imperativos constitucionais *absolutos* de criminalização, mas se extraem seguramente imposições *relativas* (assim chamadas) de criminalizar ou de não descriminalizar. Uma imposição ou um imperativo desta ordem será o que deriva de o legislador não dispor para a criminalização de um sucedâneo igualmente eficaz, nomeadamente no que respeita à caracterização da conduta como ilícita, ou seja, no que respeita à função pedagógica (poderia dizer-se: à função de valorização de condutas e de discernimento dos espíritos) que ao direito ordinário, em geral, e ao direito criminal, em particular, cabe desempenhar (sobre isto, cfr. a primeira das referidas sentenças do Tribunal Constitucional Federal alemão, loc. cit., pp 210 e segs. 219 e segs.). Uma outra imposição constitucional relativa em matéria de criminalização ou descriminalização será a de que ao legislador penal se encontra vedado editar normas que acabem por *subverter a ordem de valores constitucional* (cf. Costa Andrade, loc. cit., por último). Entretanto, e no contexto que vem de referir-se, não deixa a doutrina de pôr em relevo que o ónus da prova implícito no princípio da subsidiariedade joga em sentido inverso, consoante se trate de descriminalizar ou antes de criminalizar *ex novo* (Müller-Dietz, *apud* Costa Andrade, loc. cit.). O que não pode senão significar duas coisas: por um lado, que no primeiro tipo de casos há-de ser fornecida uma prova clara da desnecessidade ou inconveniência da criminalização e de que para esta se encontrou um sucedâneo igualmente eficaz (no sentido acima apontado); por outro lado, que a tradição jurídica é um factor que não pode deixar de ser aí levado em conta. Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98. Disponível na Internet em: www.tribunalconstitucional.pt.

6.2. Imposições Implícitas de Criminalização

Conforme já tivemos oportunidade de expor, o legislador ordinário goza de uma ampla margem de conformação no concernente ao critério da necessidade da intervenção penal.

Quanto às imposições expressas de criminalização, existe um consenso doutrinal que afirma que onde exista a obrigação de incriminação expressa, opera um mandato constitucional dirigido ao legislador para a punição de determinadas condutas¹⁸⁵.

Contudo a questão que nos move prende-se com as imposições implícitas¹⁸⁶ de criminalização do bem jurídico-penal vida humana intrauterina.

Nesse sentido na doutrina portuguesa J.J Canotilho enuncia a inexistência na Constituição de 1976 da obrigação de penalização de bens jurídicos, atendendo à ampla margem de conformação que goza o legislador ordinário.

No mesmo sentido Figueiredo Dias, que nos diz que onde o legislador constitucional aponte expressamente a necessidade da intervenção penal para a tutela de bens jurídicos, o legislador tem a obrigação de seguir essa injunção, contudo onde não opere esse mandato constitucional não será legítima a exigência de criminalização. Onde “porém, inexistam tais injunções constitucionais expressas, da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais não é legítimo deduzir *sem mais* a exigência de criminalização”¹⁸⁷.

Na esteira do Autor, a tese defendida encontra alicerces na necessidade para a tutela penal ou carência de pena, e nesse sentido caberá ao legislador ordinário utilizar só em casos gritantes, por violação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, levantando a questão em torno da impunibilidade da IVG face à incriminação do aborto.

Para Conceição Cunha a obrigação de criminalização não se verifica em relação a todos os valores ou bens constitucionais, limitando-se as imposições implícitas às condutas

¹⁸⁵ Cf. RODRIGUES, Joana Amaral. 2013. *apud* COSTA, Faria, dando como exemplo o n.º 3 do artigo 117.º da CRP . A Teoria do Bem Jurídico-penal: Várias Dúvidas e uma Possível Solução. *in* RPCC. Ano 23, n.º2, abril-junho. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias. p. 196.

¹⁸⁶ Devido à complexidade que o tema abarca e pelo tempo que nos move enunciamos sucintamente o pensamento de vários autores que se pronunciaram a respeito da IVG, deixando os traços essenciais, para o estudo aprofundado sobre o tema *vide* NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2010. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

¹⁸⁷ Cit., DIAS, de Jorge Figueiredo. 2011. “Direito Penal ...” Op. cit. p 129

de elevada dignidade penal, donde se extrai a elevada danosidade social e por esse motivo a necessidade de intervenção penal.

Relativamente ao bem jurídico vida intrauterina impera sobre o legislador ordinário o dever de proteção estadual sendo este o mais abrangente possível, uma vez que o bem jurídico vida intrauterina abarca uma elevada dignidade penal, de importância primária enunciada através do princípio da inviolabilidade humana nos termos do n.º 1 do artigo 24.º da CRP ««tendencial» e «sensibilizador». Daqui resultaria a «consagração» de um imperativo que obriga o legislador ordinário a dispensar à vida humana (intra ou extra-uterina) uma proteção intensificada»¹⁸⁸.

No mesmo sentido João Loureiro, através da análise do princípio do défice de proteção afirma que o Estado, no cumprimento dos seus deveres, terá que assegurar uma tutela suficiente para o bem jurídico-penal vida humana intrauterina uma vez que se trata “de uma área que não deve ser objeto de uma leitura maximalista, distinguindo-se a zona legítima de criminalização (o “quadro máximo”) e a área, muito menor, em que a discussão já não gira em torno da possibilidade, mas sim da obrigação de criminalização “*requisitos mínimos*”¹⁸⁹.

Acolhemos a posição relativamente às imposições implícitas de criminalização numa ordem constitucional aberta que reconhece a liberdade de conformação ao legislador ordinário. Por isso o legislador ordinário detém uma ampla margem de liberdade na escolha de meios dos instrumentos adequados à proteção do bem jurídico vida humana intrauterina, não está é eximido de o fazer. Neste caso considerando a conjugação do n.º 1 do artigo 24.º com o artigo 18.º ambos da CRP há uma efetiva proibição de défice de proteção da vida intrauterina.

Pelo que face ao quadro legal vigente em que impera a total desproteção do bem jurídico vida humana intrauterina com 10 semanas de vida a proteção mínima exigida está abaixo do constitucionalmente tolerável. Não existindo essa proteção estaremos perante uma modalidade de inconstitucionalidade por omissão.

¹⁸⁸ Cf. CUNHA, M. Conceição Ferreira da. 1995. *Apud* Almeida Costa. “Constituição e Crime ...” Op. cit. p. 386.

¹⁸⁹ Cit. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. 2006. “Sobre o Aborto...” Op. cit. p. 81. Disponível na Internet em: http://bloguedonao.planetaclix.pt/sobre_aborto.pdf

CAPITULO II

EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO PENAL

7. A (In) Eficácia da Proteção Penal

O percurso da exclusão da ilicitude nos casos de IVG sustentado pelo modelo de prazos vigente assenta na falência dos instrumentos penais, que se repercutem essencialmente nas elevadas cifras negras do aborto clandestino, bem como as consequências para a integridade física das mulheres que recorriam a essa prática clandestina.

Nessa orientação se traduz a alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do CP, introduzida pelo artigo 1.º da Lei n.º 16/2007, em conjugação com o proémio desse número. Nela se determina que «não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez», atento o disposto na alínea b) do n.º 4 do mesmo preceito e no artigo 2.º da Lei n.º 16/2007, de 17 de abril, a consulta prévia foi incluída nos trâmites a observar obrigatoriamente, como um meio para uma tomada de decisão, não só livre, como consciente e responsável, aliás no seguimento da teoria do modelo de prazos e da lei alemã em vigor desde os anos 90.

Atendendo ao que até aqui se expôs quanto ao critério da necessidade de intervenção penal conforme o tão já mencionado n.º 2 do artigo 18.º da CRP, entende o legislador ordinário que a intervenção do direito penal se reveste de forma inidónea uma vez que a intervenção só será admitida quando outros meios de intervenção não forem suficientes.

Na análise da descriminalização da IVG, os outros meios de intervenção são avaliados no âmbito do planeamento familiar, que se revestem em medidas informativas de educação sexual e de métodos contraceptivos.

Assim sendo, a descriminalização do aborto deverá ser avaliada tendo em conta os seguintes parâmetros: se ocorre a diminuição do aborto clandestino à luz do cômputo total das interrupções voluntárias das gravidezes; se as IVGs lícitas e ilícitas não aumentarão? Por outro lado, haverá que considerar se o número de abortos clandestinos diminuirá significativamente¹⁹⁰?

No que respeita ao princípio da necessidade (ou exigibilidade), a verificação da inexistência de medidas alternativas que se reflitam por menos onerosas, analisando medidas de índole social, referente aos métodos de planeamento familiar formas de informação no âmbito da saúde sexual e reprodutiva deve ser tida em conta.

No princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a ponderação dos custos das medidas de proteção da vida intrauterina face aos benéficos que se pretende obter com o fim a prosseguir devem estar presentes na ponderação jurídica dos custos entre os bens jurídicos em conflito¹⁹¹.

¹⁹⁰ Cit., CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. 1995. “Constituição e Crime ...” op. cit. p.377. No mesmo sentido, COSTA, António Manuel de Almeida. 1984. “Aborto e Direito Penal...” Op. cit. p. 604-605.

¹⁹¹ Cit., LOUREIRO, João. 1998. “Sobre o Aborto ...” Op. cit. p.354.

7.1. A (Des) Contagem das Cifras Negras

A referência às cifras negras, anteriores a 2007, foi um dos critérios mais alegados para a fundamentação e aprovação da Lei 16/2007, de 17 de abril.

O aborto clandestino era considerado um flagelo social responsável por várias mortes em Portugal; causador de graves ameaças à integridade física, que o recurso à clandestinidade determinava.

Segundo António Manuel de Almeida Costa, escreve em “Aborto e Direito Penal”, em 1984 os números apresentados correspondentes às cifras anuais em Portugal, oscilariam entre os cem mil e os trezentos mil ¹⁹² abortos clandestinos realizados anualmente em Portugal. Contudo, antes da implementação da IVG os resultados apresentados por estimativa anual seriam abaixo dos trinta mil abortos clandestinos¹⁹³.

No entanto, as elevadas cifras negras não definem por si só a (in) idoneidade do Direito Penal, alegadamente critério referenciador da necessidade da intervenção penal, uma vez que se a frequência desse fato continuar a aumentar, será plausível considerar se as próprias medidas penais não deverão modificar-se “ou se não deverá recorrer conjunta ou isoladamente a outros meios ou mesmo deixar de intervir”¹⁹⁴.

Contudo, as cifras negras poderão também indiciar numa alteração da consciência valorativa social, inerente a um baixo índice de idoneidade da pena.

Mas as elevadas cifras negras embora indiciadoras da inidoneidade do Direito Penal, não poderão ter a última palavra inequívoca e sem discussão.

Assim, a ponderação deverá incidir na análise global da eficácia da intervenção penal, tendo em conta outros mecanismos de seleção que estão inerentes à problemática das cifras negras. A situação em volta do tema não poderá ser considerada satisfatória se o Direito Penal não apresentar qualquer eficácia. Logo, terá que haver critérios da dignidade

¹⁹² Cf. ANDRADE Manuel da Costa. “O Aborto ...” Op. cit. p. 309.

¹⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2012. “Comentários Conimbricense ...” Op. cit. Anotação 1.º do artigo 131.º. p. 243.

¹⁹⁴ Idem, loc. cit.

penal, na reunião de esforços para diminuir o âmbito das cifras negras. Essencial será o critério valorativo da dignidade penal, uma vez que nas elevadas cifras negras referentes a crimes de elevada danosidade social “a decisão não deveria ser abandonar o barco, mas intensificar o controlo penal”¹⁹⁵.

As cifras avaliadas em torno do bem jurídico vida humana intrauterina têm que ter em conta que este é considerado um bem jurídico-penal. As cifras negras apontarão muito mais para o melhoramento do funcionamento do sistema de que para a eliminação do ilícito¹⁹⁶.

A discussão em torno das elevadas cifras negras constituiu a cerne da ponderação da descriminalização do aborto. Contudo os dados que dispomos revelam a que o número de abortos clandestinos realizados em Portugal estariam abaixo dos 4 000 tendo como referência aos dados apresentados pela Associação para o Planeamento da Família¹⁹⁷.

Assim contra-argumentando Luís Botelho¹⁹⁸ segundo o Estudo-Base sobre as Práticas de Aborto em Portugal, apresentado pela APF:

“Depois de falarem de 100.000 e de 20.000 ao ano... parece que de facto o número andaria pelos 3860. - menos de 4000. Parece razoável que um terço dos abortos precisassem de uma raspagem posterior - mesmo seguindo as melhores práticas - quando há aborto espontâneo - ainda hoje é assim. Como não acreditar que fosse assim no tempo do "aborto no vão de escada" que eles insidiosamente empolaram até 2007”.

Relativamente a 2003:

“Os números do estudo da APF têm de ser entendidos como parte da estratégia de terrorismo psicológico para criar a ideia de "urgência em mudar a lei", repetindo a mesma forma de actuação seguida em 1984 e 97 (e já esquecida pela generalidade); Na verdade, o mesmo estudo refere que seriam 34,5% (pág. 20 do estudo APF) das mulheres as que recorreram a serviços de saúde oficiais para resolver sequelas do aborto clandestino; estando registadas pelo SNS 1019 casos (em 2003), isto indicia que seriam 2954, o que, somado aos 906 casos de aborto legal verificados em 2005 no

¹⁹⁵ Idem, p. 263.

¹⁹⁶ MOURA, José Souto de. 2007. Sobre o Crime de Aborto. P. 137.

¹⁹⁷ Doravante, APF.

¹⁹⁸ FPV-Presidente da Mesa da Convenção Nacional. Luís Filipe Botelho Ribeiro. Portugal Pró-Vida. Informação disponível na Internet: <http://portugalprovida.blogspot.pt/p/orgaos-nacionais.html>.

SNS, dará um número de abortos total de 3.860 (a somar aos abortos espontâneos, infelicidades de natureza que estão completamente fora desta discussão da IVG). Assim se vê como, para os pró-aborto, os números são usados e abusados quando dão jeito e omitidos¹⁹⁹.

Completando a inexistência das cifras negras:

“complicações pós-aborto:19,5% do total das quais o "local de resolução dos problemas" foi o Hospital em 21,3% das situações (+19,1%) em Centro de saúde. Significa isto que (segundo pág. 28 do estudo APF) nos do aborto clandestino, os números reais terão sido assim:

- 19,5% (com complicações) x (21,3% Hospital + 19,1% Centro de Saúde) = 7,88% foram parar ao Hospital ou a um Centro de saúde. Donde se conclui terem ocorrido qualquer coisa como 12935 abortos no ano de 2006, antes da aprovação da Lei do aborto. Uma vez que, depois disso o aborto disparou para a ordem dos 20.000 por ano, isso significa que sem a "lei da aborto" se teriam normalmente salvo cerca de 8.000 bebés ao ano²⁰⁰.

Ainda que se defenda que os números apresentados não constituem a verdade total, a análise das cifras negras tem uma delimitação temporal que não se adequa aos dias de hoje²⁰¹: a mulher que era «vítima» do aborto clandestino num mundo de sombras onde as cifras negras constituíam um modo de prestações de serviços entre operadores ilícitos, que geravam o monopólio de serviços paralelos entre os «sindicatos do crime» atualmente não tem fundamento.

Nestes termos, caem por terra os fundamentos da invocação de um flagelo social para a descriminalização do aborto.

²⁰⁰ Cit. PPV-Presidente da Mesa da Convenção Nacional. Luís Filipe Botelho Ribeiro. Portugal Pro Vida. Informação disponível na Internet: <http://portugalprovida.blogspot.pt/p/orgaos-nacionais.html>.

²⁰¹ COMO USAR MISOPROSTOL. Em países onde o aborto é ilegal, por si só Misoprostol pode ser usado para provocar um aborto. O uso incorreto do Misoprostol pode ser prejudicial para a saúde de uma mulher! Para causar um aborto, a mulher deve colocar 4 comprimidos de 200 microgramas de (no total de 800 mcg) Misoprostol sob a língua. Não engula os comprimidos (pelo menos até 30 minutos após colocar os comprimidos sob a língua!). Após 3 horas, ela deve colocar mais 4 comprimidos de Misoprostol sob a língua. Após 3 horas, ela deve colocar mais 4 comprimidos de Misoprostol sob a língua de novo pela terceira vez. Não engula. Disponível na Internet: <http://www.womenonwaves.org/en/page/702/how-to-do-an-abortion-with-pills>.

7.2. Contagem de IVG realizadas desde 2007

Segundo dados da Federação Portuguesa pela Vida²⁰² atualizados, em 2007 existiram 6.328 IVGs. Enquanto em 2008, o número ascendeu a 18.017. Para 2009, a mesma entidade apontou 19.222 IVGs. E no que respeita ao ano de 2010, o número apresentado foi de 19.560. Já 2011, estabeleceu o *record* de 19.921, e finalmente em 2012, 18.408 foi o número contabilizado.

7.3. Diminuição do Aborto Clandestino

No que respeita à eliminação do aborto clandestino, fundamento da implementação da IVG, em 2006, os episódios de atendimento hospitalar por **aborto clandestino** registavam 1006 atendimentos por complicações gerais por recurso ao aborto, e 57 atendimentos diziam respeito a complicações graves (infecção, sepsis e perfurações de órgãos).

Em 2007, nos termos dos registos foram atendidas nos centros hospitalares 1418 mulheres por complicações gerais por recurso ao aborto e 47 por complicações graves. Os números apresentados em 2008 reportam 307 atendimentos por complicações gerais e 26 por complicações graves. Em 2009, foram registados 224 atendimentos por complicações gerais e 21 por complicações graves.

Em 2010, 214 mulheres foram atendidas por complicações gerais e 22 por complicações graves. Em 2011 há registos de 154 atendimentos por complicações gerais e 5 por complicações graves. O último dado que dispomos refere-se a 2012: 224 registos respeitam a atendimentos por complicações gerais e 5 por complicações graves²⁰³.

²⁰² Doravante, FPV.

²⁰³ Os dados apresentados estão disponíveis na Internet em:
http://www.federacaovida.com.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=6&Itemid=9

Naquilo que respeita ao atendimento hospitalar na sequência de **abortos legais induzidos ao abrigo da lei em vigor**, em 2008, tendo em conta respostas de 36 das 42 das unidades, ocorreram 9 atendimentos que respeitaram a complicações graves, 541 por outras complicações, não registando nenhuma morte materna, perfazendo 550 o número total de complicações. Este número corresponde a 3,0% das IVGs realizadas. Em 2009, 34 de 41 unidades deram resposta de 22 ocorrências por complicações graves, 752 episódios por outras complicações. Não ocorreu nenhuma morte materna, num total de 774 complicações registadas. Estes números correspondem a 3,9% das IVG realizadas.

Em 2010, 37 das 41 unidades deram resposta, 37 dos atendimentos respeitavam a complicações graves e 1045 a complicações gerais. Ocorreu 1 morte materna. Houve 1083 registos de complicações, configurando 5,6% das IVG realizadas.

Em 2011, 37 das 40 unidades apresentam dados de 25 atendimentos por complicações graves, 1 000 por outras complicações, não ocorreu nenhuma morte materna, num total de 1 031 atendimentos, correspondendo a 5,0% das IVG realizadas.

Os últimos dados são referente a 2012, 37 das 40 unidades responderam. Ocorreram 25 atendimentos por complicações graves, 841 por outras complicações, não ocorreu nenhuma morte materna. Temos um total de 866 atendimentos que correspondem a 4,6% das IVG realizadas²⁰⁴.

Contudo,

Em 2014 a realidade vivida em torno da prática clandestina subsiste como explica um jornal diário português:

“ Inspeção-Geral das Atividades em Saúde (IGAS) está a investigar uma clínica em Vilar Formoso, no distrito da Guarda, que aceita fazer abortos a mulheres portuguesas com mais de 10 semanas de gravidez, encaminhando-as para Espanha. Em Portugal, a legislação só permite a interrupção voluntária da gravidez (IVG) até às 10 semanas. Em Espanha, enquanto as novas normas não entrarem em vigor, a IVG é crime se realizada após a 14ª semana de gestação. A

²⁰⁴ Os dados apresentados estão disponíveis na Internet em:
http://www.federacaovida.com.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=6&Itemid=9

investigação coloca em causa a legalidade da prática de encaminhar grávidas portuguesas para Espanha, como forma de contornar a lei portuguesa. A diferença da legislação dos dois países é destacada na página de internet da clínica, num anúncio traduzido para português: "Se a tua gravidez está entre a semana 10 e a semana 14, Multimédica Centro é a tua opção".

O mesmo periódico apurou que o preço de um aborto feito nesta clínica ronda os 450 euros, mas fora do prazo legal em Portugal, o valor pode chegar aos 750 €. ²⁰⁵.

7.4. Aborto como Método Contraceptivo: Reincidências

Em 2007, num total de 1 270 reincidências registadas, 904 já tinham realizado 1 aborto anteriormente por opção, e 306 já tinham realizado 2 ou mais abortos por opção.

Relativamente ao ano de 2008, num total de 3 549 reincidências, 2 742 mulheres já tinham realizado anteriormente 1 aborto por opção, 807 das mulheres tinham realizado 2 ou mais abortos por opção.

Sobre a reincidência também se pronunciou o TC “a necessidade de intervenção neste domínio fica bem à vista, se considerarmos que, em certas faixas populacionais, a interrupção voluntária da gravidez continua a ser usada como método contraceptivo (segundo dados da Direcção-Geral de Saúde, das 17.511 interrupções voluntárias da gravidez registadas em 2008, em 2.659 casos as mulheres declararam já tê-lo feito por mais de quatro vezes)”²⁰⁶.

Em 2009 há registos de 3 148 reincidências registadas por mulheres que já tinham realizado 1 aborto anteriormente por opção, 856 já tinham realizado 2 ou mais abortos anteriormente.

No ano de 2011, o primeiro registo aponta para 3 673 reincidências registadas, contudo o valor é corrigido para 4 039 reincidências registadas por mulheres que

²⁰⁵ A Linha Opções confirmou que a rede clandestina continua a existir, facto também corroborado pela APF. A PSP encerrou uma clínica de abortos ilegais tendo já identificado uma outra No hospital de Santa Maria (na região melhor preparada para realizar abortos legais), desde a entrada em vigor da nova lei, houve uma diminuição de apenas 50% dos episódios de internamento associados a abortos clandestinos. Notícia adiantada pelo Correio da Manhã a 12 de janeiro de 2014 disponível na Internet em: <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/clinica-faz-abortos-com-mais-de-dez-semanas>

²⁰⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010

anteriormente já tinham realizado 1 aborto por opção, quanto à reincidência de 2 ou mais abortos realizados anteriormente por opção, o primeiro registo aponta para 1 001, porém foi posteriormente corrigido para 1 091.

Atenta à forma de realizar o aborto como forma de método contraceptivo a IGAS vem nesse mesmo ano alertar:

“ Ainda sobre esta matéria, não será inoportuno realçar que se considera deverem ser instituídos mecanismos que permitam detetar e controlar as interrupções voluntárias da gravidez recidivas, e que seria de equacionar o pagamento de uma taxa moderadora, que terá um efeito moralizador no acesso à IVG, pretendendo-se com isto que esta interrupção não seja vista como um método anticoncepcional, mas sim como um recurso para a resolução de uma situação pontual”²⁰⁷.

²⁰⁷ Cf. Relatório de Atividades IGAS 2011. p. 65. Disponível na Internet em: <http://www.igas.min-saude.pt/instrumentos-de-gestao/relatorio-de-atividades.aspx>.

7.5. Planeamento Familiar e Método Contraceutivo

O Instituto Nacional de Estatística- INE apresenta dados dos anos 2005/2006, através do Inquérito Nacional de Saúde, referente à população feminina residente contendo uma amostra muito significativa de 2. 011. 904 mulheres. O estudo do INE revela que 299. 673 mulheres não utiliza qualquer método contraceutivo, enquanto 1. 712. 302 mulheres utiliza, e 391. 326 das mulheres inquiridas não faz qualquer tipo de vigilância médica quanto ao método utilizado^{208 209}.

Sabendo que hoje a eficácia dos métodos contraceutivos atinge os noventa e nove por cento, não se configura aceitável que uma percentagem significativa das mulheres que recorre à IVG utilize métodos de contraceção. Embora quando questionadas quanto ao método contraceutivo utilizado e por que motivo recorrem à IVG, 38% responde que utiliza contraceção oral e que o aborto se deve à falha deste²¹⁰. Da análise ao conteúdo das chamadas recebidas através da “Linha Opções” em 2008, a APF concluiu que 78% das mulheres que engravidaram utilizavam métodos contraceutivos, o que significa que não os sabiam usar^{211 212}.

²⁰⁸ Disponível na Internet: http://www.spdc.pt/files/publicacoes/14_11373_2.pdf.

²⁰⁹ O recurso ao Planeamento Familiar deve ser efetuado pelo menos uma vez por ano, por todas as questões inerentes a título preventivo, nomeadamente exames médicos etc., como também para a vigilância da eficácia contraceutiva.

²¹⁰ Associação para o Planeamento Familiar, Estudo-Base sobre as práticas de Aborto em Portugal, 13 de dezembro, de 2006. Disponível na Internet em: <http://www.apf.pt/apf.php?area=300&mid=009&sid=1>.

²¹¹ Disponível na Internet em:
http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1592690&page=-1

²¹² Questão que se torna inquietante atendendo os dados apresentados o Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda vem por este meio dirigir ao Governo, através do Ministério Saúde as seguintes perguntas face aos fatos divulgados perante os métodos contraceutivos correlacionados com a IVG (...) Coordenador do Plano Nacional de Saúde Reprodutiva (PNSR), Jorge Branco, veio recentemente expressar a sua apreensão relativamente ao facto de 87% das mulheres que recorreram à Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG) na Maternidade Alfredo da Costa, a maior do país, não serem seguidas em consultas de planeamento familiar e não utilizarem nenhum método contraceutivo. Este responsável, ao referir-se a estas 1425 mulheres, alerta para a «incrível desresponsabilização de alguns casais e para a imutabilidade das mentalidades após a entrada em vigor da Lei relativa à IVG: **1.** Considera o Ministério, estarem a ser cumpridos os objetivos enunciados no Plano Nacional de Saúde Reprodutiva? **2.** No que respeita ao acesso ao planeamento familiar e à contraceção, o Ministério confirma a existência de lacunas no cumprimento dos normativos legais em vigor? **3.** Em caso de resposta afirmativa à segunda questão, que tipo de irregularidades foram identificadas até à data e em que equipamentos? E quais as medidas implementadas no sentido de corrigir essas mesmas irregularidades?

4. Considera o Ministério existir informação suficiente sobre a saúde sexual e reprodutiva e que a mesma está a ser disponibilizada à população da forma mais eficaz e abrangente? **5.** No que concerne aos dados estatísticos apresentados, relativos ao universo de mulheres que recorreram à IVG, pode o Ministério confirmar as informações divulgadas pela APF, que nos indicam que os 87% que o Coordenador do PNSR

Há que salientar o facto de através do SNS existir a faculdade de acesso à consulta de Planeamento Familiar,²¹³ onde os métodos contraceptivos são postos à livre disposição da mulher e de forma gratuita, como uma medida preventiva do recurso ao aborto. Porém socorrendo-nos mais uma vez do estudo da APF, 46% das mulheres que recorreram à IVG não utilizava qualquer método contraceptivo^{214 215}.

Tal análise leva-nos a recuar até 2001, com a aprovação da Lei n.º 12/2001²¹⁶, de 29 de maio, que concede o direito à pílula do dia seguinte, como método de contraceptivo de

invoca se referem, «não ao não uso de contracepção, mas a mulheres que no último ano não foram a uma consulta de planeamento familiar»? 6. Pode o Ministério esclarecer-nos se, efectivamente, existe algum estudo sobre a caracterização da realidade social das mulheres que recorreram à IVG desde a entrada em vigor da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, e que não eram seguidas em consultas de planeamento familiar e/ou não utilizavam nenhum método contraceptivo, e sobre a razão que justifica não estarem a ser acompanhadas em consultas de planeamento familiar e/ou não utilizarem nenhum método contraceptivo? Disponível na Internet: <http://www.parlamento.pt/Paginas/default.aspx>

²¹³ Com a criação do SNS, em 1979, pela Lei n.º 56/79, de 15 de setembro, que assegura o direito à proteção da saúde, nos termos da Constituição onde o acesso é garantido foi aprovada em 1984, a Lei cidadãos, que independentemente da sua condição económica e social, torna-se mais fácil o recurso à saúde e por conseguinte o acesso ao planeamento familiar, que pela Lei n.º 3 / 84 de 24 de março, que determina o direito à Educação sexual e Planeamento Familiar.

²¹⁴ Cf. AFP., Estudo-Base sobre as práticas de Aborto em Portugal, 13 de dezembro, de 2006, p. 17.

²¹⁵ Artigo 67.º n.º 1 CRP - A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. Art.º n.º 2 - Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família. Art.º 2.º alínea d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes.

²¹⁶ A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, para valer como lei geral da República, o seguinte: Artigo 1.º Objecto 1 - A presente lei visa: a) Garantir o recurso atempado à contracepção de emergência; b) Reforçar o direito à informação sobre o significado, a natureza e as condições de utilização da contracepção de emergência; c) Garantir o acesso às consultas de planeamento familiar subsequente. 2 - Visa ainda reforçar os meios de prevenção da gravidez não desejada, nomeadamente na adolescência. Artigo 2.º Conceitos 1 - Para efeitos da presente lei considera-se contracepção de emergência a utilização pela mulher de uma pílula anticoncepcional, nas primeiras setenta e duas horas após uma relação sexual não protegida, não consentida, ou não eficazmente protegida por qualquer outro meio anticoncepcional regular. 2 - Consideram-se contraceptivos de emergência, para efeitos da presente lei, os medicamentos, com indicação para o efeito, com autorização de introdução no mercado. Artigo 3.º Acesso 1 - Os meios contraceptivos de emergência são disponibilizados: a) Gratuitamente, nos centros de saúde, nos horários normais de funcionamento, nas consultas de planeamento familiar, ginecologia e obstetrícia dos hospitais, nos centros de atendimento de jovens com protocolo de articulação com o Serviço Nacional de Saúde; b) Nas farmácias, mediante prescrição médica ou, na ausência desta, os de venda livre. 2 - A dispensa e a venda de contraceptivos de emergência serão efectuadas sob orientação de um profissional de saúde que promove o aconselhamento inicial e o encaminhamento para consultas de planeamento familiar. 3 - A solicitação de contraceptivos de emergência constitui motivo de atendimento em tempo útil e prioritário nos serviços de saúde, bem como na marcação das subsequentes consultas de planeamento familiar, se a mulher assim o desejar

emergência, que constitui mais uma medida preventiva para que o recurso ao aborto fosse travado²¹⁷.

Numa entrevista ao Diário de Notícias, Miguel Oliveira e Silva quando questionado sobre a descida significativa do consumo da pílula do dia seguinte, após a entrada em vigor da Lei 16/2007 de 17 de abril, responde que, “é uma descida significativa e, a confirmar-se essa tendência, significa que as pessoas têm uma vida sexual mais responsável. É uma descida muito positiva. A menos que a diminuição do consumo da pílula do dia seguinte se traduza no aumento do aborto até às dez semanas e, nesse caso, a situação é pior”^{218 219}.

Note-se que aquando da entrada em vigor da Lei n.º 12/2001, de 29 de maio, eram vendidas 50 mil unidades nas farmácias, apesar de esta ser concedida gratuitamente através do SNS, pela consulta de Planeamento Familiar, nas consultas de obstetria e ginecologia nos hospitais nacionais, tendo chegado às 250. 000 em 2006²²⁰. A “IVG não é um método contraceutivo, é um ato médico. No entanto, podemos afirmar, que em grande parte, nas mulheres que solicitam IVG houve uma falha de contraceção, ou porque não a utilizaram, ou porque a utilizaram de forma incorreta.

Um dos objetivos perseguidos pelos diplomas que regulamentam a prática da IVG à luz do enquadramento legislativo dado pela despenalização da IVG realizada por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez é promover um aconselhamento que leve a mulher a preferir a contraceção, a escolher o método adequado ao seu quotidiano e aprender a utilizá-lo corretamente, devendo as Entidades onde se pratica IVG dispor de folhetos informativos sobre os diversos meios contraceuticos (femininos e masculinos) e

²¹⁷ A contraceção de emergência deve ser tomada dentro das 72 horas e, no máximo, até ao 5.º dia. A contraceção de emergência atua pelos mesmos mecanismos que a pílula de toma regular: atrasa ou impede a ovulação e previne a fertilização ou a implantação. A contraceção de emergência não é abortiva, pois não é efetiva se a mulher já estiver grávida. Diz-se que a mulher está grávida quando o ovo se fixa no útero (nidação). A contraceção de emergência está disponível gratuitamente nos centros de saúde (horário normal de funcionamento e nos serviços de atendimento permanente), nos serviços de urgência de ginecologia dos hospitais, nos centros de atendimento para jovens e no Instituto Português da Juventude. Disponível na Internet: <http://www.portaldasauade.pt/portal/conteudos/informacoes+uteis/gravidez+e+sexualidade/pilula+seguinte.htm>

²¹⁸ Disponível na Internet: http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1592690.

²¹⁹ A APF salienta que há mulheres que não sabem a correta administração dos métodos contraceuticos (orais), no que respeita á pilula do dia seguinte os dados apontam de que algumas mulheres recorreriam á pilula do dia seguinte mais de uma vez por mês.

²²⁰ Disponível na Internet: http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1592690.

sobre o aborto, sendo igualmente imprescindível o encaminhamento das utentes para a Consulta de Planeamento Familiar”^{221 222}.

7.6. Conclusão

O desfecho ponderado, face ao que foi exposto só poderá ter no nosso entender a seguinte reflexão a “IVG traduz-se “simplesmente tão só a natureza de um simples meio de contraceção ou mesmo de planeamento familiar cuja determinação do concreto conteúdo corresponde a um direito absoluto da mulher grávida, fazendo irrelevante, para o concreto embrião/feto, qualquer protecção constitucional do seu direito à vida humana, consagrado no artigo 24.º, n.º 1, da CRP. Ou seja, a concepção do acórdão assenta numa ideia de completa liberalização do aborto”²²³, tendo como reflexo a banalização do bem jurídico vida humana intrauterina²²⁴.

Poderemos considerar que a descriminalização de qualquer bem jurídico será pautada pela banalização, mesmo que a consciência coletiva demonstre como sendo algo negativo, a verdade é que essa consciência não se encontra suficientemente arreigada, ou talvez, a prática em torno do aborto não seja suficientemente desvalorizada, na medida em que não parece existir a atribuição de um grau de importância ao valor em causa. Reflexo de tal asserção é acolhida na reincidência da prática abortiva como forma de planeamento familiar.

Este facto leva- nos a ponderar na senda de Conceição Cunha, se não haverá uma outra cifra negra a considerar: quantas pessoas se contêm de praticar o aborto por causa deste facto ser considerado crime²²⁵?

²²¹ Relatório de Atividades IGAS, 2011. p. 66. Disponível na Internet em: <http://www.igas.min-saude.pt/instrumentos-de-gestao/relatorio-de-atividades.aspx>

²²² Circular Normativa n.º 9/SR de 21/06/2007 da DGS

²²³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010 voto dissenso de Benjamim Rodrigues.

²²⁴ Neste sentido, veja-se o texto que tem sido considerado polémico intitulado “After-birth abortion: why should the baby live? Os autores, Alberto Guibilini e Francesca Minerva, sufragam a tese do eugenismo, pós-nascimento por razões económicas, perda de progenitor etc.. para mais desenvolvimentos *vide* FIGO Tiago. 2013. Tutela Juscivilística da vida Pré-natal. O Conceito de Pessoa Revisitado. Coimbra: coimbrã Editora p.158.

²²⁵ Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira.1995. “Constituição e Crime ...” op. cit. p.381.

Afirmando a dignidade do bem jurídico-penal nos termos do n.º 1 do artigo 24.º da CRP impõe-se a necessidade de tutela penal, nesse sentido acolhemos a posição de Souto Moura e que transcrevemos.

O fato de a moldura penal prever uma pena não implica necessariamente a aplicação de uma pena de prisão efetiva. O nosso sistema apresenta mecanismos vários a implementar face ao caso concreto que afastam essa consequência, basta chamar à colação v.gr., as penas de substituição, incluindo a multa, e a própria suspensão da pena na ponderação de circunstâncias que levam à atenuação e à atenuação especial da pena.

Ainda poderemos destacar o mecanismo processual penal disponível, no uso do qual o processo nunca chega à fase de julgamento, como por exemplo a suspensão provisória do processo seguida de arquivamento do inquérito²²⁶.

Assim na senda do Autor:

A parte geral do Código Penal contempla nos seus artigos 35.º a 37.º, causas da exclusão da culpa inaplicáveis a casos de aborto, aborto que no entanto é praticado num condicionalismo de clara inexigibilidade de outro comportamento. Desde logo porque, sendo estado de necessidade desculpante, do artigo 35.º do Código Penal, um estado de necessidade não é fácil de prescindir-se aqui do requisito, segundo o qual, o agente não pode ter contribuído para a situação de “perigo” com a sua atuação. Ao que acresce ainda o pressuposto da atualidade do dito perigo. Assim sendo é de propor uma cláusula típica de atenuação de pena especial da culpa, que pode ir até à exculpação, a qual figuraria no próprio art. 140.º do Código Penal com a seguinte redação:

Artigo 140.º do Código Penal

n.º 4 - “A mulher grávida que por decisão sua abortar, tal como quem a seu pedido praticar o aborto, poderão ver a pena especialmente atenuada ou excluída a sua aplicação, se concorrerem no caso circunstâncias excepcionais em face das quais não fosse de exigir razoavelmente outro comportamento”.

²²⁶ Cf. Artigos 281.º e 282.º, ambos do Código de Processo Penal.

Naturalmente que esta cláusula geral de inexigibilidade não evitaria a intervenção da máquina judiciária, mas possibilitar-se-ia que em muitos dos casos o processo não passasse da fase de inquérito, porque arquivado. Por exemplo, nos termos do 280.º do Código Processo Penal haveria lugar para uma definição jurisprudencial das circunstâncias a considerar em cada caso em virtude das quais a mulher ou não seria sujeita a julgamento, ou seria absolvida²²⁷.

²²⁷ Idem, p. 136-137.

REFLEXÕES FINAIS

O objetivo principal deste trabalho foi demonstrar que a presente “liberalização” do aborto existente na lei portuguesa, segundo um modelo de prazos de origem germânica, ofende valores fundamentais ínsitos na Constituição portuguesa que carecem de proteção penal.

A realidade é que Constituição portuguesa contém uma forte e alargada proteção do direito à vida, indo mais longe do que muitos outros instrumentos internacionais e de direito comparado. Nessa medida, deve qualquer abrogação a este direito ser vista com especial cuidado.

É verdade que o legislador nacional, na esteira de um elegante acórdão do Tribunal Constitucional relatado por Vital Moreira nos anos 1980, distingue entre dois bens jurídicos: vida e vida intrauterina, conferindo um valor menos a forte a este último. E também é verdade que em várias instâncias legislativas e judiciais internacionais se tem considerado o aborto como uma questão essencialmente ligada à privacidade ou em geral a direitos subjetivos da mulher.

Estes são os dados jurídicos atuais da questão.

Após esta exposição, será difícil apresentar posições extremadas ou maximalistas. Não poderíamos adotar uma posição correta face ao tema exposto se considerássemos, que a criminalização resolve toda a temática que envolve o problema do aborto clandestino. Contudo, também será verdadeira a asserção que a descriminalização do aborto assenta numa perspetiva que cria novas problemáticas de resolução difícil. Uma delas é a questão da reincidência que denota a fragilidade que o tema comporta, traduzida na banalização de um bem jurídico-penal dotado de dignidade. Isto é, temos um valor eminente protegido pela Constituição, mas a lei permite que a sua ofensa seja repetida, levando à sua vulgarização, na realidade à desvalorização quase permanente do bem jurídico.

“A vida humana é inviolável” prescreve o n.º 1 do artigo 24.º da CRP. O imperativo constitucional da inviolabilidade da vida humana está ligado ao princípio da dignidade humana ínsito no n.º 1 da Lei Fundamental, e forma com este um sistema axiológico forte de proteção da vida humana, como já referimos. Entendemos, por isso, que a vida intrauterina deve encontrar necessidade de intervenção penal à luz do postulado no n.º 2 do artigo 18º da CRP.

O modelo legal de tratamento da questão do aborto em vigor em Portugal é o modelo de prazos, que o torna livre até determinada altura temporal.

Acolhemos a posição relativamente às imposições implícitas de criminalização numa ordem constitucional aberta que reconhece a liberdade de conformação, e por isso justifica-se que o legislador ordinário tenha uma ampla margem de liberdade na escolha de meios dos instrumentos adequados à proteção do bem jurídico vida humana intrauterina. Contudo face ao quadro legal vigente, a realidade é que impera a total desproteção do bem jurídico vida humana intrauterina com 10 semanas de vida. E este bem está fortemente protegido pela Constituição.

Assim, defendemos que a proteção mínima exigida não deve estar abaixo do constitucionalmente tolerável, o que acontece com a presente lei, da qual resulta efetivamente um défice de proteção, o qual reconduz à modalidade de inconstitucionalidade por omissão. Por outras palavras, a lei ordinária não cumpre o mandato constitucional protetor da vida intrauterina (inserida no conceito alargado e reforçado de vida no ordenamento supremo português).

As alegações de elevadas cifras negras que constituíram o fundamento da alteração do paradigma punitivo não a conseguem justificar por si só. Pelo contrário, face aos resultados expostos as cifras negras detém um valor mínimo e por isso não justificam a desconsideração do valor vida intrauterina. O mesmo acontece em relação à diminuição do aborto lícito, as estimativas não apontam previsões favoráveis. A tendência, aliás, está a ser propícia para o aumento anual, considerando as reincidências cada vez mais crescentes.

Concluimos também que as mulheres que recorrem à IVG não detém um método de planeamento familiar eficaz. Note-se que a elevada taxa de mulheres que recorrem ao aborto não fazem nenhum tipo de contraceção.

Assim, havendo vários direitos fundamentais em conflito: a vida intrauterina incluída na proteção constitucional alargada da vida e os direitos subjetivos da mulher, designadamente da sua privacidade, defendemos a prevalência da vida intrauterina por ter uma proteção constitucional mais forte e pelo facto de a sua não proteção estar a levar à reincidência e banalização do bem jurídico vida.

Assim se fundamenta a criminalização do aborto para a reafirmação do bem jurídico vida humana intrauterina.

Contudo, naturalmente, como a questão do aborto se reveste de importante referência de saúde pública. Medidas de política social serão essenciais para colmatar o aborto clandestino, bem como medidas reforçadas de planeamento familiar, através de difusão de uma correta forma de contraceção e educação social também nas camadas mais jovens, bem como apoios social (e porque não económicos).

Fontes e Bibliografia

Fontes

▪ Legislação

- Código Penal e Processo Penal
- Lei n.º 91/2009, de 9 de Abril
- Lei n.º 60/2009, de 6 de Agosto
- Lei 16/2007 de 17 de Abril
- Lei n.º 12/2001, de 29 de Maio
- Lei n.º 120/99, de 11 de Agosto
- Lei nº 3/ 84, de 24 de Março
- Lei n.º 6/84, de 11 de Maio
- Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro

▪ Sítios

- www.federacao-vida.com.pt
- www.igas.min-saude.pt
- portugalprovida.blogspot.pt
- www.tribunalconstitucional.pt;

Bibliografias

▪ Monografias

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2010. Comentário do Código Penal, 2.º ed. Lisboa: Universidade Católica.
- ALEXANDRINO, José de Melo. 2010. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Cascais: Princípia.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2009. Os Direitos Fundamentais Na Constituição Portuguesa de 1976. 4.ª ed. Coimbra: Almedina.
- BERLIN, Isaiah. 1990. The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas, John Murray, Londres: Pimlico
- BRITO, Diogo Lorena. 2007. A vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional. Porto: Universidade Católica.
- BRITO, Teresa Quintela de. 2007. DIREITO PENAL – PARTE ESPECIAL: LIÇÕES, ESTUDOS E CASOS. Coimbra: Coimbra Editora
- CAMPOS, Diogo Leite de. 2009. A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a Crise do Positivismo Legalista) *in* Pessoa Humana e Direito. Coimbra: Almedina
- CANOTILHO, J.J Gomes. 2003. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ª ed. Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J.J, MOREIRA, Vital. 2007. Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I. Coimbra: Coimbra Editora.

- CARVALHO, Américo Taipa de. 2011. Direito Penal, Parte Geral. Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- CORREIA, Eduardo. 2010. Direito Criminal, vol. I. Coimbra: Almedina.
- COSTA, José de Faria, et al. 2013. O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA, Álvaro. 1997. O Aborto: Causas e Soluções. Porto: Campo das Letras.
- CUNHA, M. Conceição Ferreira da. 1995. Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- CUNHA, M. Conceição Ferreira da. 2009. Vida Contra Vida: Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, de Jorge Figueiredo. 2001. Temas Básicos da Doutrina Penal. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, de Jorge Figueiredo. 2011. Direito Penal, Tomo I, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, de Jorge Figueiredo. 2011. Direito Penal Português, As consequências Jurídicas do Crime. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, de Jorge Figueiredo. 2012. Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial Tomo I, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- DUBY, Georges, PERROT, Michelle. 1994. História das Mulheres. Porto: Edições Afrontamento.
- FIGO, Tiago. 2013. Tutela Juscivilística da Vida Pré-natal: O Conceito de Pessoa Revisitado. Coimbra: Coimbra Editora.
- GALEOTTI, Giulia. 2007. História do Aborto. Lisboa: Edições 70, LDA.

- GARCIA, M. Miguez. 2011. O direito Penal Passo a Passo. Elementos da Parte Especial, 1.º vol. Com os Crimes contra as Pessoas. Coimbra: Almedina.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. 2009. Vida Humana Pré-Natal, Aborto e Constituição. Coimbra: Gráfica de Coimbra, LDA.
- JACKSON, Vicki & TUSHNET, Mark.1999. Comparative Constitutional Law. Nova Iorque: York: Foundation Press.
- MARQUES DA SILVA, Germano.2012. Direito Penal Português. Teoria do Crime. Lisboa: UCP.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. 2011. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, António Carvalho. 1985. O Aborto e o Problema Criminal. Coimbra: Coimbra Editora.
- MATOS, Maurílio Castro de. 2010. A Criminalização do Aborto Em Questão. Coimbra: Almedina.
- MCLAREN, Angus. 1997. História da Contraceção: da antiguidade à actualidade. Lisboa: Terramar.
- MEDEIROS, Rui. 2010. Artigo 24.º. Direito à Vida in MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora.
- MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. 2010. Constituição da República Portuguesa Anotada. Tomo I. 2.ªed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MONCADA, L. Cabral de. 2006. Filosofia do Direito e do Estado. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora.

- NETO, Luísa. 2004. O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo: A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime. Coimbra: Coimbra Editora.
- NOVAIS, Jorge Reis. 2010. As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição. 2.^a ed.Coimbra: Coimbra Editora.
- NUNES, Rui, Melo Helena, NUNES Cristina. 2002. Genoma e Dignidade Humana. Coimbra: Gráfica de Coimbra.
- OBSERVATEUR, Club du Nouvel, Cary. Tradução de: Maria do Carmo Ravara. 1972. O livro branco do aborto. Lisboa: Moraes.
- OLIVEIRA MARTINS, J.1999. Crime de Aborto no Código Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora.
- PEREIRA, Rui Carlos. 1995. O Crime de Aborto e a Reforma Penal. Lisboa: AAFDL.
- PEREIRA, Rui. 1995. Estudos Comemorativos de 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. 2010. Curso Livre de Ética e Filosofia do Direito. Cascais: Príncípa.
- PORTUGAL. Assembleia da República. 1985. Aborto: Debates Parlamentares: o aborto e os Direitos Humanos, um Projeto, uma Experiência. Lisboa: Instituto Amaro da Costa.
- QUEIROZ, Cristina. 2010. Direitos Fundamentais, Teoria Geral. Coimbra: Coimbra Editora.

- RAPOSO, Vera Lúcia. Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-criminais. Aqueles que Nasceram (Breve Excurso Sobre o Enquadramento Penal das Lesões Pré-natais. Coimbra: Coimbra Editora.
- RIBEIRO, Jorge Martins Ribeiro.2013. O Direito do Homem a Rejeitar a Paternidade de Filho Nascido Contra a sua Vontade. Coimbra: Coimbra Editora.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, et. 2010. Cometi um Crime? Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Edições Afrontamento.
- SEGRECCIA, Elio. 2006. Aborto: O ponto de vista da bioética. Cascais: Princípia.
- SILVA, Fernando.2011. Direito Penal Especial: Crimes Contra as Pessoas. Lisboa: Quid Juris.
- TOULAT, Jean. 1974. Aborto: Crime ou Libertação? Mem-Martins: Europa-América.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. 2006. Direito de Personalidade. Coimbra: Almedina.
- WILLKE, Barbara, Willke Jack. 1976. O Aborto. Lisboa: Aster.

▪ **Monografias Eletrónicas**

- CAMPOS, Diogo Leite. O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica.
Disponível na Internet em :
http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LCamposBarbas.pdf

- GODINHO, Inês Fernandes. Problemas Jurídico-Penais Em Torno Da Vida Humana. Disponível na Internet em:
http://www.uc.pt/fduc/projectos_investigacao/PTDC_CPJ_JUR_111289_2009/pdf/Problemas_vida_humana.pdf

- CHORÃO, Mário Emílio Forte Bigotte. Junho 2005. BIOÉTICA, PESSOA E DIREITO (Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano).
Disponível na Internet em:
<http://pt.pdfsb.com/readonline/5a6c4e4264414630575864364433786a56413d3d>

- MANUEL, A. Carneiro da Frada: "A Protecção Juscivil da vida pré-natal-sobre o estatuto jurídico do embrião. Ordem dos Advogados.
Disponível na Internet em:
http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112751.

- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. 2006. Sobre o Aborto: Algumas Questões em Tempos de Referendo.
Disponível na Internet em:
http://bloguedonao.planetaclix.pt/sobre_aborto.pdf

Artigos de Publicação em Série

▪ Revistas

- ANDRADE, Manuel da Costa. 1992. A «dignidade penal» e a «carência da tutela penal» como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime. *in RPCC*, Ano II, n.º 2, Abril-Junho. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, págs. 173-205.
- ALBUQUERQUE, Rui. 2006. Aborto um Dilema Liberal. *Revista Atlântico*. Ano II, p.18 - 20.
- ANDRADE, Manuel da Costa. 1979. O Aborto como Problema de Política Criminal. *in ROA*. Ano 39, p. 294- 323.
- COSTA, A. M. de Almeida. 1984. Aborto e Direito Penal: Algumas considerações a propósito do novo regime de interrupção voluntária da Gravidez. *In ROA*, n.º 44, págs.545 – 625.
- DUARTE, Madalena, et al. 2009. Representações em torno da lei do aborto em Portugal: cenários passados e futuros. *in RMP*. Ano 30, págs. 191-217.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, et al. 1998. Reflexões Sobre um Referendo. *in Vida e Direito*. Cascais: Principia.
- JONAS, R. 1978. West German Abortion Decision: A contrast to Roe v. Wade in *Jonh Marshall Journal of Practice and Procedure*.9. 605.p.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. 1998. Aborto: Algumas Questões Jurídico-constitucionais (A Propósito de uma Reforma Legislativa). *in BFDUC*. Vol. LXXIV.

- MOURA, José de Souto. 2007. Sobre o Crime de Aborto. Revista do CEJ n.º 6. págs. 124 -138.

- MOURA, José de Souto. 1994. O Diagnóstico pré-natal. *in* RPCC. Ano IV. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias págs. 321 -336.

- RODRIGUES, Joana Amaral. 2013. A Teoria do Bem Jurídico-penal: Várias Dúvidas e uma Possível Solução. *in* RPCC. Ano 23, n.º2, abril-junho. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias. págs. 167-212.

- TENREIRO, Mário Paulo. 1992. Crime de Aborto e Direito Comunitário. *in* RPCC. Ano II, Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias. págs. 353-396.

- **Relatórios e Pareceres**
 - RELATÓRIO ATIVIDADE IGAS de 2008 a 2012.
Disponível na Internet em : <http://www.igas.min-saude.pt/>

 - Relatório de Registos de Interrupção da Gravidez. 2009 a 2013.
Disponível na Internet em:
<http://backoffice.masterlink.pt/dgsaude/upload/pnsr/ficheiros/i010216.pdf>

 - Relatório-parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Presidência do Conselho de Ministros, n.º (15/CNECV/95) sobre a experimentação do embrião.
Disponível na Internet em: <http://www.cnecv.pt/search.php>

 - BIOÉTICA, Associação Portuguesa. Parecer n.º P/01/APB/05 sobre a utilização de Embriões Humanos em Investigação Científica.

Disponível na Internet:

http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802572251128590447embriao_parecer_01.pdf

Outras Publicações

▪ Acórdãos do Tribunal Constitucional

- Acórdão Tribunal Constitucional n.º 25/84, publicado no DR, II, 4 de abril, de 1984. (*in* www.tribunalconstitucional.pt);
- Acórdão Tribunal Constitucional n.º 85/85, publicado no DR, II, 25 de junho de 1985. (*in* www.tribunalconstitucional.pt);
- Acórdão Tribunal Constitucional n.º 288/98, publicado DR, I-A, de 18 abril de 1998. (*in* www.tribunalconstitucional.pt);
- Acórdão Tribunal Constitucional n.º 617/2006, publicado DR n.º 223, de 15 de novembro de 2006. (*in* www.tribunalconstitucional.pt);
- Acórdão Tribunal Constitucional n.º 75/2010, publicado no DR, II, de 26 de março de 2010. (*in* www.tribunalconstitucional.pt).

Jurisprudência Estrangeira

Alemanha

- Tribunal Constitucional Alemão. Decisão de Fevereiro de 1975-BVerfGE 39, 1 – (Schwangerschaftsabbruch I)
- Tribunal Constitucional Alemão. Decisão de Maio de 1993 - BVerfGE, 88 203 (Schwangerschaftsabbruch II),

EUA

- Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973)

DECRETO-LEI

- Decreto-Lei n.º48/95, de 15 de março;
- Decreto-Lei n.º 259/2000, de 17 de outubro.

PORTARIAS

- Portaria n.º 741/A-2007, de 21 de junho;
- Portaria RAA n.º 51/2007;
- Portaria n.º 22/2001, de 4 de abril;
- Portaria n.º 781-A/2007, de 21 de junho;
- Portaria n.º 196-A/2010, de 9 de Abril.