



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS,
DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

EXMA. SENHORA
PRESIDENTE DA COMISSÃO DE
SAÚDE

Ofício n.º 527/XII/1ª – CACDLG/2011

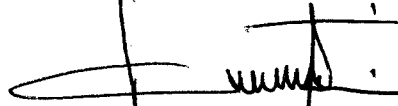
Data: 26-10-2011

ASSUNTO: Parecer CACDLG – Petição n.º 157/XI/2.ª.

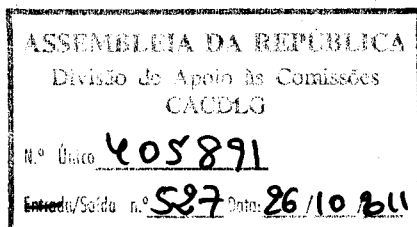
Conforme solicitado por V. Exa. através do ofício n.º 54/COM/2011 de 6-09-2011, junto se envia parecer sobre a Petição n.º 157/XI/2.ª, subscrita pela Federação Portuguesa pela Vida e outros (5601 assinaturas) que “Solicita a “Avaliação da realidade do aborto em Portugal”, aprovado por unanimidade, registando-se a ausência do PEV, na reunião do dia 26 de Outubro de 2011 da Comissão de Assuntos, Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias.

Com os melhores cumprimentos, *também pessoais*

O Presidente da Comissão



(Fernando Negrão)





ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

**COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS, DIREITOS,
LIBERDADES E GARANTIAS**

**PETIÇÃO N.º 157/XI/1ª – AVALIAÇÃO DA REALIDADE DO ABORTO EM
PORTUGAL**

PARECER

I – Nota prévia

A presente Petição, subscrita por 5601 cidadãos, deu entrada na Assembleia da República em 9 de Fevereiro de 2011, tendo sido remetida, por despacho da mesma data do Senhor Presidente da Assembleia da República, à Comissão de Saúde, para apreciação.

A Petição vertente foi admitida liminarmente pela Comissão de Saúde em 9 de Março de 2011, data em que foi nomeado relator o então Senhor Deputado Defensor de Moura.

Com o termo da XIª Legislatura e o início da XIIª Legislatura, a Petição n.º 157/XI/2ª foi objecto de redistribuição na Comissão de Saúde, tendo sido nomeada relatora a Senhora Deputada Conceição Bessa Ruão.

Através do Ofício n.º 54/COM/2011, de 06-09-2011, a Comissão de Saúde solicitou “*Parecer à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre a Petição n.º 157/XI/2ª – «Avaliação da realidade do Aborto em Portugal»*”.



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Nessa sequência, na reunião Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias de 21 de Setembro de 2011, foi designada relatora a signatária do presente parecer.

II – Da Petição

A Comissão de Saúde é a comissão parlamentar competente para o exame da Petição n.º 157/XI/2ª e, no âmbito dos seus poderes, deliberou solicitar parecer à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sem, contudo, definir os aspectos sobre os quais pretende que esta Comissão se pronuncie.

Considerando que a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias só deverá pronunciar-se sobre matérias da sua área de competência, o presente parecer limitar-se-á à análise das questões que se prendem com direitos, liberdades e garantias, mormente com a protecção da vida humana desde a concepção e o respeito pelo direito à vida.

Os peticionários referem que, volvidos quatro anos sobre a entrada em vigor da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, que estabelece a exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez, *“só por via do aborto legal mais de 60.000 crianças deixaram de nascer. É como se uma cidade (como Aveiro), de repente, ficasse totalmente despovoada e os edifícios e monumentos nela existentes não tivessem quem os habitasse.”*

A comprovar tal realidade, os peticionários entregaram juntamente com a Petição um estudo feito pela Federação Portuguesa pela Vida a partir dos dados da Direcção-Geral de Saúde, que revela que, até 31/12/2010, se registaram 56.239 abortos por opção da mulher nas primeiras 10 semanas de gravidez.



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Em face do exposto, os peticionários solicitam, no que respeita às matérias que se incluem no âmbito de competência da 1ª Comissão, que a Assembleia da República tome medidas legislativas no sentido de “*Proteger a vida humana desde a concepção*” e “*Fazer cumprir os Direitos Humanos nomeadamente no que tange com o inviolável Direito à Vida e o eminente reconhecimento da dignidade de cada ser humano*”.

Importa, desde logo, registar que a aprovação da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, foi precedida da realização de um referendo nacional, realizado no dia 11 de Fevereiro de 2007, em que os cidadãos eleitores recenseados no território nacional foram chamados a pronunciar-se sobre: “*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?*”¹ (cfr. Resolução da Assembleia da República n.º 54-A/2006, de 19 de Outubro), tendo o SIM recolhido uma percentagem de 59,25% de votos (cfr. Mapa oficial da CNE n.º 1/2007, de 1 de Março).

Na sequência do referendo nacional, foi aprovada² a Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, que procedeu a várias alterações tendo sido a mais significativa a introdução de mais uma causa de exclusão da ilicitude – quando a gravidez for interrompida até às 10 semanas, por opção da mulher (cfr. artigo 1º, que altera o artigo 142º do Código Penal).

Posteriormente à sua entrada em vigor, esta lei foi apreciada, em sede de fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 75/2010, que concluiu pela sua não inconstitucionalidade.

¹ Recorde-se que o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/2006 deu resposta à questão da constitucionalidade da proposta referendária.

² Aprovada em votação final global em 08/03/2007, com os votos a favor do PS, 21-PSD, PCP, BE e PEV, contra de 3-PS, PSD e CDS-PP, e a abstenção de 3-PSD – cfr. DAR I Série n.º 58 X/2 2007-03-09, p. 44.



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

A protecção da vida humana desde a concepção e o respeito pelo direito à vida constituíram argumentos invocados por um grupo de trinta e três Deputados à Assembleia da República³ para defender a inconstitucionalidade material do artigo 1º da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril. Tais recorrentes alegaram nomeadamente:

«- No seu artigo 24.º, n.º 1, a CRP estatui que a vida humana é inviolável, não excepcionando as primeiras dez semanas de gestação.

- Consequência da garantia da vida humana intra-uterina é o reconhecimento de que o Estado Português está, não só obrigado a abster-se de violar a vida humana pré-natal, como também a instituir formas destinadas à sua protecção.

- O ordenamento jurídico português confere protecção à vida humana desde a concepção, incluindo a atribuição de direitos, o que foi já reconhecido por este Tribunal (Acórdão n.º 617/2006).

- A Lei Fundamental da República Portuguesa não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito (artigos 1.º e 2.º), contemplando a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável (CRP, artigos 24.º, 25.º e 36.º), bem como a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade (cfr. a consagração explícita desse direito no artigo 26.º da CRP, introduzido pela LC n.º 1/97, e a refracção do mesmo direito no artigo 73.º, n.º 2, da CRP).

- A alteração ao artigo 142.º do Código Penal introduzida pelo artigo 1.º da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, consistente no aditamento da alínea e) ao respectivo n.º 1, permite a uma mulher pôr fim à vida de um ser humano em desenvolvimento intra-uterino sem que para tal invoque fundamentos, o que significa deixar totalmente desprotegida a vida humana até às 10 semanas.

- A possibilidade de se praticar aborto sem alegação de motivos, equivale a conferir a uma ser (Mãe) o direito a decidir da vida de outrem, ainda que por motivos fúteis.

(...)

- Em matéria de tutela da vida, o Estado limita-se a informar a mulher das condições de apoio que lhe pode prestar, concedendo-lhe três dias para que reflecta sobre a sua decisão.

- Atendendo à dignidade constitucional da vida humana, não parece que a sua lesão irreversível possa ser compatibilizada com um prazo tão curto de reflexão.»

Argumentos de idêntica natureza foram utilizados pelo Presidente da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira⁴:

«5.1.1. Por violação da norma constitucional que consagra o direito à vida

- As normas objecto do pedido de fiscalização da constitucionalidade violam o direito fundamental à vida, consagrado no artigo 24.º, n.º 1, da Constituição, no qual se afirma que “A vida humana é inviolável”.

- A substância das ditas normas – quer da norma legal principal de despenalização do aborto livre ou a pedido, quer das normas periféricas, legislativas e regulamentares, que tornam legítima e organizada tal prática – jamais poderá conciliar-se com aquela protecção fundamental da pessoa humana.

- Tal prática abortiva – a partir de agora despenalizada e livre – configura a destruição de uma vida humana.

- A Lei n.º 16/2007, ao permitir que a prática do aborto seja feita apenas por opção da mulher, sem que para tanto apresente qualquer justificação material – seja ela médica, económica ou

³ Processo n.º 733/07.

⁴ Processo n.º 1186/07.



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

social – transfere a decisão de abortar para o mero arbítrio da mãe, sem qualquer protecção do bebé que vai ver o fim da sua vida.

- A protecção penal é a resposta mais convincente que o Direito pode dar na defesa daquilo que lhe é mais essencial, não parecendo que outra coisa mais relevante surja do que a protecção da própria vida humana.

- A desprotecção penal, sendo uma legalização, não é substituída por qualquer outra protecção equivalente que possa ombrear com a protecção penal, deixando o valor em causa – a vida humana pré-natal – entregue à disponibilidade das pessoas, sem que o Estado actue na sua defesa, que tem de ser legislativa, administrativa e financeira.

- Sabendo-se que continua a ser crime a mesma prática abortiva feita, com os mesmos fundamentos, em bebé que tenha 10 semanas e mais um dia, a despenalização efectuada funda-se numa delimitação arbitrária e, por isso, juridicamente insuportável.

- A norma constitucional em causa não deslinda entre vidas humanas “mais fortes” e vidas humanas “mais fracas”, sabendo-se hoje com segurança, através da Ciência, que a gravidez implica a existência de um novo ser humano, o qual é gerado no momento da fecundação, não mais parando a sua evolução até ao momento da sua morte física.

- É ontologicamente que se deve sempre conceber a vida humana, a qual deve receber uma protecção qualitativamente idêntica desde o momento em que aparece, que é a partir da concepção, mesmo ainda quando não há nidificação do óvulo fecundado.

5.1.2. Por violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

- A violação da inviolabilidade da pessoa humana, considerada no artigo 24.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, que consagra o «direito à vida», não se apresenta como uma ofensa localizada a um mero preceito constitucional, dado que o aborto despenalizado livre ou a pedido, admitido pela Lei n.º 16/2007, coloca em crise os fundamentos do próprio Estado e do Direito em Portugal, ao ser intolerável sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana.

- O artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa não podia ser mais peremptório nesta protecção, proclamando que «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária».

- A violação da dignidade da pessoa humana cifra-se na condição a que o bebé, dentro do ventre materno, se sujeitará, até às 10 semanas de vida, depois da entrada em vigor da Lei n.º 16/2007: a redução a mero “objecto”, que passa a ser descartável pela mãe a partir do momento em que Estado e a Sociedade não o defendem, atribuindo o “poder de vida e de morte” sobre uma vida humana àquela progenitora.

- A atribuição desse “poder de vida e de morte”, sem qualquer justificação, tem a conivência do próprio Estado, que para tanto organiza procedimentos administrativos e médicos.»

O Tribunal Constitucional reconheceu, no Acórdão n.º 75/2010, que:

«A questão central de constitucionalidade formulada no pedido estrutura-se, fundamentalmente, em torno da questão de saber se, com o regime constante dos artigos 142.º, n.º 1, alínea e), n.º 4, alínea b), do Código Penal, e 2.º, n.º 2, da Lei n.º 16/2007, o Estado cumpre, ou não, o dever que sobre ele impende de protecção da vida intra-uterina.»

Pronunciando-se sobre esta questão concreta, o Tribunal Constitucional entendeu o seguinte:

«De relevo determinante, como questão prévia cuja resposta interfere praticamente em todas as valorações a efectuar, é a definição do estatuto constitucional do ser em gestação, o mesmo é



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

dizer, a identificação do alcance, no que diz respeito à protecção da vida intra-uterina, da inviolabilidade da vida humana, consagrada no artigo 24.º da CRP.

Logo nos dois primeiros acórdãos sobre este tema, o Tribunal tomou posição clara quanto a esta questão.

Considerando que a vida intra-uterina está abrangida pelo âmbito de protecção daquela norma – o que, anteriormente, o Parecer n.º 31/82 da Procuradoria-Geral da República (BMJ 320.º, 224 s) não dera como certo –, o Tribunal acentuou, no Acórdão n.º 25/84, que ela representava “um valor não juridicamente subjectivado”, o que não podia deixar de ser tido em conta no confronto a estabelecer “com outros valores juridicamente subjectivados na mulher grávida, com a natureza de direitos fundamentais”.

Esta ideia foi precisada e desenvolvida no subsequente Acórdão n.º 85/85, sendo aí qualificada como uma das duas “ideias determinantes da posição que colhe apoio dominante no Tribunal”. Escreveu-se, a seu respeito:

«Por um lado, entende-se que a vida intra-uterina compartilha da posição 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 que ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos.

[...] Só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais – pois não há direitos fundamentais sem sujeito –, pelo que o regime constitucional de protecção especial do direito à vida, como um dos “direitos, liberdades e garantias pessoais”, não vale directamente e de pleno direito para a vida intra-uterina e para os nascituros.

[...] A verdade é que o feto (ainda) não é uma pessoa, um homem, não podendo por isso ser directamente titular de direitos fundamentais enquanto tais. A protecção que é devida ao direito de cada homem à sua vida não é aplicável directamente, no mesmo plano, à vida pré-natal, intra-uterina.»

Não se afastou desta orientação o Acórdão n.º 288/98, onde se deixou registado:

«Nesta visão das coisas, reconhecer-se-á que o artigo 24.º da Constituição da República, para além de garantir a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjectivado em cada indivíduo, integra igualmente uma dimensão objectiva, em que se enquadra a protecção da vida humana intra-uterina, a qual constituirá uma verdadeira imposição constitucional.

Todavia, essa protecção da vida humana em gestação não terá de assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido – em cada pessoa».

Finalmente, no Acórdão n.º 617/2007, exarou-se:

«Da inviolabilidade da vida humana como fórmula de tutela jurídica não deriva, desde logo, que a protecção contra agressões postule um direito subjectivo do feto ou que não seja de distinguir um direito subjectivo à vida de uma protecção objectiva da vida intra-uterina, como resulta da jurisprudência constitucional portuguesa e de outros países europeus. O facto de o feto ser tutelado em nome da dignidade da vida humana não significa que haja título idêntico ao reconhecido a partir do nascimento».

O Tribunal não vê fundamento para rever esta posição, que sempre tem perfilhado. Sem dúvida nenhuma que o feto é digno de protecção pela sua potencialidade em se tornar uma pessoa, um “eu” consciente da sua individualidade própria, mas, como acentuou OVADIA EZRA, “a potencialidade de aquisição de um determinado estatuto não confere a titularidade dos direitos associados a esse estatuto” (*The Withdrawal of Rights. Rights from a Different Perspective*, Dordrecht/Boston/London, 2002, 204).

Sendo assim, uma resposta negativa, quanto ao cumprimento, pelo Estado, do seu dever de protecção, só poderá ser emitida se se concluir que o regime em apreço não traduz um suficiente respeito pela valia intrínseca da vida humana.

11.4.3. O tratamento da questão assim enunciada não pode passar sem uma alusão, perfunctória embora, à dogmática dos imperativos jurídico-constitucionais de protecção, reportada à inviolabilidade da vida intra-uterina, enquanto bem objectivo.



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

O Estado não está apenas obrigado ao respeito da vida pré-natal, abstendo-se de qualquer acção susceptível de acarretar a destruição do seu desenvolvimento no ventre materno. Sobre ele recai também uma vinculação a prestações satisfatórias da "garantia de efectivação" (artigo 2.º da CRP) de tal valor, designadamente contra potenciais agressões de terceiros ou da própria gestante – dimensão sobre que, atenta a sua natureza, repousa o essencial da consistência prática do bem em causa.

Esta injunção constitucional comporta seguramente o dever de adopção de medidas preventivas, numa dupla direcção: a de evitar situações de gravidez indesejada (em que se insere a garantia do "direito ao planeamento familiar" consagrada na alínea d) do n.º 2 do artigo 67.º da CRP) e a de contrariar motivações abortivas, uma vez iniciado esse estado. Aqui se incluem também medidas incentivadoras, sem esquecer as que visam o exercício (mas também, antes dele, a assunção) de uma maternidade consciente (cfr. a mesma alínea), as quais têm uma iniludível projecção irradiante, de sentido tutelador, neste campo.

É neste vasto e diversificado universo de normas e de estruturas (também) de protecção do bem da vida pré-natal que se incrusta a regulação do acto específico de interrupção voluntária da gravidez, onde predominam os instrumentos de direito penal.

Na fixação dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois limites ou proibições, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a proibição do excesso, por afectação, para além do admissível, da posição jurídico-constitucional da mulher grávida, nas suas componentes jusfundamentais do direito à vida e à integridade física e moral, à liberdade, à dignidade pessoal e à autodeterminação. Mas também deve, no pólo oposto, não descuidar o valor objectivo da vida humana, que confere ao nascituro (à sua potencialidade de, pelo nascimento, aceder a uma existência autonomamente vivente) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. O cumprimento desse dever está sujeito a uma medida mínima, sendo violada a proibição de insuficiência ("Untermassverbot") quando as normas de protecção ficarem aquém do constitucionalmente exigível.

Como a doutrina tem justamente salientado – cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, 420-422, e CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, 2003, 65-66, e 115-116 – do ponto de vista da liberdade de actuação estadual e, em particular, de conformação legislativa, é grande a diferença estrutural entre os deveres negativos, de abstenção, e os positivos, de activa intervenção tuteladora. No domínio dos primeiros, assente que uma certa e determinada medida é ofensiva de um direito fundamental, o dever de a omitir impõe-se, *prima facie*. Isto porque a proibição de aniquilar ou afectar esse direito abrange toda e qualquer ingerência com tal virtualidade, incluindo, portanto, aquela específica medida que está em apreciação.

Inversamente, o dever de protecção não importa a automática ordenação de todas as iniciativas a que seja de imputar esse resultado. E isto porque, enquanto que a proibição de ingerência só se cumpre com a omissão de todas as acções de destruição ou afectação, a realização de uma só acção adequada de protecção ou promoção é condição suficiente do cumprimento do mandato constitucional nesse sentido. Quando são adequadas diferentes acções de protecção ou promoção, nenhuma delas é, de per si, necessária para o cumprimento desse mandato: a única exigência é que se realize uma delas, pertencendo a escolha ao Estado. Somente se existir uma única acção suficiente de promoção ou protecção é que ela se torna necessária para o cumprimento do dever de protecção.

O que se retira da Constituição é apenas o dever de proteger, não estando predeterminado, nessa sede, um específico modo de protecção. Já OTTO BACHOF, em texto hoje clássico, o pôs em destaque, salientando que nenhum dos concretos problemas regulativos postos pela protecção da vida ainda por nascer encontra "resposta imediata na Constituição", pelo que, para a sua decisão, "o legislador há-de dispor consequentemente de uma larga margem de liberdade" – "Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LVI (1980), 1 s., 19.

As inevitáveis opções a fazer, neste domínio, são, pois, pertença do legislador ordinário, sendo este colocado perante um espectro de soluções normativas de alcance distinto e de desigual intensidade tuteladora.



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Dentro desse espectro, a incriminação representa, em regra, o grau máximo de protecção. Mas também, simultaneamente, a lesão, na maior medida, de direitos encabeçados pelo sujeito penalizado, mormente quando, como neste caso, a verificação do tipo acarreta privação da liberdade.

É no campo de valoração delimitado pela proibição do excesso e pela contraposta proibição de insuficiência que o legislador tem que exercitar a sua competência de modelação da disciplina da interrupção voluntária da gravidez. Podendo optar por consagrar uma protecção superior ao mínimo que lhe é jurídico-constitucionalmente imposto, o legislador não pode ultrapassar os limites que resultam da proibição do excesso (em último termo, do princípio da proporcionalidade). Só serão constitucionalmente conformes as soluções que respeitem ambas as proibições.

11.4.4. Na apreciação, à luz destes parâmetros, da solução que está especificamente sob escrutínio, nos presentes autos, não poderemos considerá-la isoladamente, sem ter em conta o modo como, na sua totalidade, foi traçada a disciplina da interrupção voluntária da gravidez (e, até, o conjunto de medidas que, fora deste campo, contribuem para uma redução do número de abortos). É “na sua globalidade e no seu funcionamento conjunto” que as medidas de direito infraconstitucional devem assegurar uma protecção eficiente dos direitos fundamentais, como sustenta CANARIS (ob. cit., 117-118). Directriz genérica que impõe, desde logo, e antes do mais, uma caracterização e valoração da intencionalidade que subjaz a essa disciplina, como unidade normativa.

Dela ressalta, 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.

Esta tutela progressiva, utilizando como critério o tempo de gestação, representa, em si mesma, uma opção básica determinada por um intuito de harmonização dos bens em colisão. Ela procura repercutir, no plano da valoração ético-jurídica, a mutabilidade dos dados biológicos que conformam a vida ainda não nascida e o significado que ela assume para os termos da peculiar relação – sem paralelo em qualquer outro conflito de bens jusfundamentais – que se estabelece entre o nascituro e a gestante.

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). Mas, como bem salientam os juizes MAHRENHOLZ e SOMMER, na sua declaração de voto (BVerfGE 88, 338 s., 342), tal relação não se mantém estática em todo o período de gravidez: «enquanto que nas primeiras semanas a mulher e o nascituro (...) se apresentam ainda completamente como uma unidade, com o crescimento do embrião a ‘dualidade’ evidencia-se mais fortemente. Este processo de desenvolvimento tem também significado jurídico».

No entender do Tribunal Constitucional, em período algum do processo natural de gestação, incluindo a sua fase inicial, se justifica que a solução do conflito se possa dar pela prevalência absoluta do interesse da mulher, com o sacrifício total do bem da vida, o que levaria à admissão de um livre e incondicionado direito a abortar.

Mas já se justifica que as alterações biológicas que se dão no processo de gestação, significativas do ponto de vista da progressiva formação do suporte físico da personalidade humana, tenham incidência na valoração jurídico-constitucional das soluções de conciliação dos bens em conflito. É constitucionalmente viável que a ponderação de interesses em causa, na busca dessas soluções, leve em conta o tempo de gestação, precisamente porque, com o desenrolar do processo ontogenético, a realidade existencial de um dos bens a tutelar assume contornos gradativamente distintos, assim se alterando também, correspondentemente, o ponto de equilíbrio a estabelecer com as exigências decorrentes do estatuto jusfundamental da mulher grávida. Como acentua a já mencionada declaração de voto: “(...) o conteúdo da posição jusfundamental da mulher e o papel do Estado no exercício do seu dever de protecção devem ser avaliados de modo diferente na fase inicial e em estágio mais adiantado [da gestação]” (ob. loc. cit.).

Precisamente porque a sua ideia fundante corresponde a um “sentimento jurídico” generalizadamente difundido, o atendimento do tempo de gestação é um dado comum a todas as legislações não radicalmente proibicionistas. Em todas elas, na variabilidade das suas soluções, com



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

maior ou menor amplitude de consagração de previsões de impunibilidade, o factor tempo é considerado. O próprio “modelo das indicações” não o dispensa.

11.4.5. Mas a solução questionada não contende apenas com a medida da protecção do embrião e do feto, na fase inicial da gestação. Ela lança a dúvida quanto à própria existência de protecção e, se admitirmos que ela está consagrada, quanto ao seu modo de efectivação. O que se interroga, em primeira linha, é se a equilibrada harmonização dos valores em conflito, que passa – o que se admite – pelo estabelecimento de regimes diferenciados, consoante o tempo de maturação do embrião e do feto, não é posta em crise quando, dentro de um período inicial, se reconhece autonomia decisória à mulher, facultando-lhe a tomada de uma “decisão livre, consciente e responsável” (alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal, na formulação do artigo 1.º da Lei n.º 16/2007). Dando como líquido que a valoração da vida-uterina e a protecção do feto “será quase sempre prevalecente nas últimas semanas” (Acórdão n.º 288/98), e que, em fases precedentes, se justifica, em certas circunstâncias, a solução contrária, fica em aberto saber se, e em que condições, o atendimento da posição constitucional da mulher pode ir ao ponto de, nas primeiras semanas, atribuir relevo decisivo à manifestação da sua vontade em interromper a gravidez.

Esta enunciação mais precisa da questão de constitucionalidade a solucionar remete-nos directamente, após o enquadramento efectuado, para a apreciação do sistema instituído pela Lei n.º 16/2007.

Duas notas prévias devem aqui ser explicitadas.

A primeira para evidenciar, em reforço do que já foi dito, que cumpre apreciar apenas se o regime de direito ordinário, globalmente considerado, traduz ou não a realização eficiente do mínimo de protecção constitucionalmente exigido da vida intra-uterina, incluindo da vida do embrião nas primeiras 10 semanas. Não importa averiguar se outras medidas alternativas às adoptadas protegeriam em maior grau esse bem. O legislador era livre (no limite da proibição do excesso) de implantar essas medidas, mas não estava vinculado a fazê-lo. Contrariamente ao que se lê no pedido, a questão não está, pois, em saber se não existem outros meios “que melhor protejam o valor da vida”. Está apenas em saber se o meio concretamente escolhido satisfaz ou não o mínimo de protecção.

É o cumprimento efectivo de um dever, não o eventual aproveitamento de uma permissão, que constitui o objecto de apreciação, pelo que há que ajuizar unicamente se os meios de que o legislador se socorreu para tal fim levam o direito infraconstitucional a situar-se num ponto ainda consentido pela proibição de insuficiência.

A segunda nota destina-se a afastar, in limine, eventuais representações menos fidedignas do regime posto em vigor. Ele não pode ser caracterizado, por confronto com um modelo puro de indicações, como uma “retirada” ou “demissão” do Direito, com criação de um espaço em branco, “vazio de juridicidade”, dentro do período considerado. Só seria assim se a grávida fosse deixada só, na sua decisão, encarada esta como uma pura escolha individual, sem relevo comunitário e, portanto, sem previsão de qualquer tipo de interferência de representantes credenciados do interesse geral.

É assim no direito norte-americano, mas assim não é no sistema instituído pela Lei n.º 16/2007. Esta contém um feixe de indicações normativas, com vinculação da mulher predisposta a interromper a gravidez a certos ónus procedimentais, que constituem outras tantas condições legais de impunibilidade do acto.

Não pode, pois, dizer-se que este acto fique subtraído, no âmbito temporal das 10 primeiras semanas, a toda e qualquer forma de influência e orientação pelo Direito. Nada justifica que as normas de procedimento e de organização sejam, à partida, excluídas do conjunto de instrumentos de direito ordinário mobilizáveis pelo legislador, para fins de tutela de bens constitucionais, pois também elas podem incrementar a probabilidade de preservação da integridade desses bens.

A simples previsão de uma tramitação legal, com imposição à grávida de uma actuação sequencial, em momentos temporalmente intervalados, de que faz parte a sujeição a uma consulta prévia de carácter obrigatório, promove, no mínimo, e desde logo, a consciencialização (ou o reforço da consciencialização) da gravidade ético-jurídica daquilo que se intenta praticar, com incidência potencial sobre a própria tomada de decisão.



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

A mais disso, a obrigatoriedade de percorrer um iter procedimental, em estabelecimento oficial ou oficialmente autorizado, com um prazo entre o pedido de marcação e a efectivação de consulta que pode ir até 5 dias (artigo 16.º, n.º 2, da Portaria n.º 741-A/2007, de 21 de Junho), e um período de reflexão mínimo de 3 dias, entre a consulta prévia e a entrega do documento formalizador do consentimento (artigo 142.º, n.º 4, alínea b) da Lei n.º 16/2007, e artigo 18.º, n.º 1, da referida Portaria), traz, com a garantia de um “consentimento livre e esclarecido”, um obstáculo eficiente à execução de decisões tomadas por impulso, circunstancialmente motivadas e insuficientemente ponderadas.

Nem é, sequer, rigoroso caracterizar a solução como exprimindo a renúncia à intervenção do direito penal, como instrumento de tutela, no período em causa. Não pode falar-se de renúncia, pelo menos de uma renúncia totalmente abdicativa, pois a interrupção voluntária de gravidez continua a ser punível quando praticada, neste período, com desrespeito pelas condições legalmente fixadas. Nesta medida, estamos apenas perante uma restrição (ainda que significativa) do âmbito da criminalização.

O que está em juízo, digamo-lo de uma vez por todas, é saber se os instrumentos penais de intervenção podem ser substituídos, sem perda de eficiência, ou sem perda de eficiência comprometedora da satisfação do imperativo de tutela da vida antes do nascimento, por outros meios jurídicos de conformação, de carácter não penal.

11.4.6. Não pode duvidar-se, em face do que já foi dito quanto à vida intra-uterina comungar, em certos termos, da valia intrínseca e da dignidade da vida humana, que ela representa um bem digno de tutela penal. Mas a dignidade jurídico-penal de um bem, se é critério necessário, não é critério suficiente para a outorga da tutela correspondente. Ouçamos o que, a propósito, nos diz FIGUEIREDO DIAS (Direito Penal. Parte geral, I, 2.ª ed., Coimbra, 2007, 127 s.):

«O que significa, no fim, que o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal; mas que a esta noção tem de acrescer ainda de qualquer outro critério que torne a criminalização legítima. Este critério adicional é – como, de resto, uma vez mais directamente se conclui a partir do já tantas vezes referido art. 18.º -2 da CRP – o da necessidade (carência) de tutela penal. [...] Uma vez que o direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e liberdades das pessoas, ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios de política social, em particular da política jurídica não-penal, se revelem insuficientes ou inadequados. Quando assim não aconteça, aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação dos princípios da subsidiariedade e da proibição do excesso. [...] Neste sentido se pode e deve afirmar, em definitivo, que a função precípua do direito penal – e desta deriva o conceito material de crime – reside na tutela subsidiária (de ultima ratio) de bens jurídico-penais.»

“O inevitável entreposto constituído pelo critério da necessidade ou da carência de pena” não pode, pois ser ultrapassado (A. ob. cit., 130), devendo ser objecto de consideração autónoma, dado que a carência de pena não é inferível, sem mais, da dignidade jurídico-penal do bem, por mais forte que ela seja.

E essa tarefa de ponderação da necessidade de criminalização, cabe, em princípio, ao legislador ordinário, estando inserida, como um dos seus momentos mais relevantes, no cumprimento do mandato geral de consagração de mecanismos de tutela. Na falta de uma injunção expressa de intervenção penal, cai no âmbito da valoração mediadora do legislador uma decisão a esse respeito – a qual, naturalmente, deverá ser tomada com observância dos princípios constitucionais aplicáveis, em particular o da proporcionalidade. A ideia de que “a Constituição impõe (apenas) a protecção como resultado, mas não a sua conformação específica” (BVerfGE, 88, 254) não deixa de abranger também a própria opção de base de utilização ou preterição de instrumentos penais, pelo menos para quem admita que não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização – posição que, não sendo incontestada, é defendida, entre nós, nomeadamente por FIGUEIREDO DIAS (ob. cit., 129).



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

11.4.7. Tem sido esta também a posição que o Tribunal, desde a primeira hora, tem adoptado, quanto à questão de saber se, por imperativo constitucional, a tutela da vida pré-natal postula a penalização dos comportamentos que a ofendam.

Logo no Acórdão n.º 25/84, depois de se chamar a atenção para “a ineficácia da repressão penal”, neste campo, por força da “falta de reacção das chamadas ‘instâncias sociais de controle’”, deixou-se expresso:

«Daí que se compreenda que os estudiosos da matéria não pudessem deixar de interrogar-se sobre os meios de ordem não-penal capazes de minorar esses males, sendo certo para mais que a repressão penal, à luz do chamado “princípio da subsidiariedade”, só se justifica se for proporcionada, e para o ser precisa de ter eficácia. Quando esta não se alcance, então devem procurar-se outros meios ou processos de evitar tal flagelo [...]».

Essa ideia foi retomada no Acórdão n.º 85/85, tendo-se aí sustentado, entre outras afirmações de idêntico teor:

«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».

Pode dizer-se que, com estas duas decisões, a jurisprudência constitucional portuguesa, partindo do princípio que a vida pré-natal é um bem constitucionalmente protegido, enquanto valor objectivo, de imediato acrescentou que a sanção penal deve constituir uma última instância, só justificada quando essa protecção não possa ser garantida de outro modo.

Os Acórdãos n.ºs 288/98 e 617/2006 reiteraram essas duas ideias-força. Assim, pode ler-se no primeiro:

«Nesta visão das coisas, reconhecer-se-á que o artigo 24.º da Constituição da República, para além de garantir a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjectivado em cada indivíduo, integra igualmente uma dimensão objectiva, em que se enquadra a protecção da vida humana intra-uterina, a qual constituirá uma verdadeira imposição constitucional.

Todavia, essa protecção da vida humana em gestação não terá de assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido – em cada pessoa.

[...] De todo o modo, de acordo com esta leitura, o legislador ordinário estará vinculado a estabelecer formas de protecção da vida humana intra-uterina, sem prejuízo de, procedendo a uma ponderação de interesses, dever balancear aquele bem jurídico constitucionalmente protegido com outros direitos, interesses ou valores, de acordo com o princípio da concordância prática».

Dentro deste quadro de pensamento, o referido Acórdão consolidou também a orientação, já seguida pelo Acórdão n.º 85/85, da admissibilidade de uma tutela gradativa, “progressivamente mais exigente à medida que avança o período de gestação”.

Quanto aos meios de tutela, ambas as decisões se irmanaram na aceitação do ponto de vista de que não há uma imposição constitucional de criminalização, na situação em apreço, tendo o Acórdão n.º 617/2006 expressamente aludido ao princípio da necessidade, nestes termos:

«Tal como já resultava do Acórdão n.º 288/98, deverá salientar-se que estamos no terreno da responsabilidade penal, onde prevalece o princípio da necessidade da pena e não perante uma mera discussão sobre o reconhecimento de valores ou meras lógicas de merecimento de protecção jurídica».

11.4.8. Tendo em conta a operatividade autónoma do princípio da necessidade e a imprescindível conjugação da proibição do défice de protecção com o princípio da proporcionalidade, é metodicamente incorrecto partir aprioristicamente da legitimidade da intervenção penal, só afastável mediante a prova da disponibilidade de um meio alternativo de tutela menos intrusivo e de eficiência equivalente ou superior. Com isso se inverte o sentido do percurso valorativo e a colocação do ónus de fundamentação, assumindo-se como ponto de partida o que não pode ser senão o hipotético ponto de chegada.



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Dando como assente que a sanção penal é o instrumento mais gravoso de intervenção, com a consequente prioridade aplicativa, deste ponto de vista, de qualquer outro que o seja menos, a sua utilização não pode resultar, sem mais, da eventual insatisfação provocada por outros instrumentos de tutela. Há que evitar, nesta matéria, qualquer juízo prima facie, pelo que a intervenção penal não pode escapar ao crivo da comprovação positiva da sua eficiência própria, até porque da ineficiência de outros meios não pode deduzir-se automaticamente a eficiência do direito penal.

Está hoje assente, na doutrina penal, e na senda da teoria dos fins das penas de LISZT, que os elementos “necessidade” e idoneidade” constituem pressupostos justificativos da pena. Assevera, a este respeito, CLAUS ROXIN:

«Não se pode castigar – por falta de necessidade – quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinquentes garantam uma protecção suficiente dos bens jurídicos e, inclusivamente, ainda que se não disponha de meios mais suaves, há que renunciar – por falta de idoneidade – à pena quando ela seja política e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva.» - Problemas fundamentais de direito penal, 2.ª ed.ª, Lisboa, 1993, 57-58.

A utilização do direito penal só se legitima quando seja de lhe atribuir (como requisito mínimo) eficiência, e quando a eficiência que se lhe imputa, sendo incontrovertidamente superior à de qualquer outro meio alternativo, é também a única capaz de atingir o mínimo de protecção constitucionalmente imposto. Só nestas condições resultam satisfeitos os critérios da idoneidade e da necessidade, só assim se justifica a conversão do imperativo constitucional de tutela, ainda indeterminado quanto aos meios, num preciso dever de estabelecimento de sanções penais.

Ora, a tal respeito, a interrupção voluntária da gravidez põe em cheque convicções adquiridas noutros campos.

Na verdade, essa acção faculta um bom exemplo de uma das situações em que não pode partir-se da ideia da eficiência da intervenção do direito penal, como se de uma apriorística evidência se tratasse. A singularidade da relação conflitual e da fonte do perigo de lesão explicam, em boa medida, essa falência dos instrumentos penais.

Dados os termos da tipificação legal, a questão só se põe quando a interrupção é realizada com o consentimento da própria grávida. Nessa configuração, em que se esfuma a alteridade entre autor e vítima, a ameaça de sanção penal para resolver um conflito “interior”, de carácter existencial, na esfera pessoal de alguém que simultaneamente provoca e sofre a lesão, não tem a eficiência que, em geral, lhe cabe.

Os números aí estão, para o comprovar eloquentemente. O regime de punibilidade, aplicável em todas as fases da gestação, não evitou a prática, em larga escala, do aborto, frequentemente em condições atentatórias da dignidade e de grave risco para a saúde física e psíquica (ou até para a vida) da mulher – bens, estes, objecto de direitos fundamentais, radicados na esfera da grávida, também eles, a fortiori, cobertos por um dever estadual de protecção.

Acresce que a eficiência da criminalização, neste como em qualquer outro domínio, depende, em primeira linha, do efectivo exercício dos poderes punitivos do Estado. No que agora nos ocupa, só a efectiva perseguição e pronúncia, em número significativo, dos agentes do crime de interrupção voluntária da gravidez constituiria, potencialmente, um factor de contenção da sua prática.

Ora, o que constatamos, ano após ano, é a extrema raridade das condenações com esta causa. Segundo dados constantes do “Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, intitulado Sobre interrupção voluntária de gravidez, elaborado, em Fevereiro de 1997, pelo deputado José de Magalhães, foram registados, nos sete anos anteriores, nos serviços do Ministério Público, a nível nacional, 97 processos relativos à possível ocorrência de crimes de aborto. Quanto a condenações, foram proferidas, entre 1985 e 1995, em número que oscilou entre duas (em 1986 e 1988) e treze (em 1992), perfazendo, nesses onze anos, um total de 66. Constata-se, assim, que, em flagrante contraste com a sua grande difusão, o crime de interrupção voluntária da gravidez muito poucas vezes atravessa os umbrais das portas dos nossos tribunais. E quando, excepcionalmente, tal acontece, a reacção social é mais de mal-estar do que de aplauso – a evidenciar, conjuntamente com a inércia das instâncias sociais de controlo, que o alto significado do bem afectado e a gravidade da lesão não são acompanhados, como seria normal (não fora o particular contexto conflitual do acto lesivo), por um sentimento de radical intolerabilidade. Isto mostra que, do ponto de vista comunitário, tal comportamento não é valorado como um crime.



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Nem se detecta qualquer movimento social significativo no sentido da alteração deste estado de coisas, pugnando pelas efectivas perseguição e punição do maior número de infractoras.

A observação da realidade – e a ponderação da carência de pena, em função, como deve ser, da sua eficiência relativa, não pode passar à margem de uma diagnose da facticidade empírica da vivência social – não é, pois, de molde a conferir, com um mínimo de consistência, validade a um discurso de criminalização da interrupção em todo o arco temporal da gravidez, incluindo na sua fase mais precoce. Não é de esperar que a penalização criminal crie um “ambiente” de decisão favorável à prossecução da gravidez.

E esta conclusão não representa uma conjectura ou uma prognose, mais ou menos falível, sobre o futuro, mas um juízo seguro que assenta em dados indesmentíveis retirados da experiência passada, uma vez que esse foi o regime anteriormente em vigor, já testado na sua aplicação.

11.4.9. Mas o regime instituído pela Lei n.º 16/2007 não se caracteriza apenas pela forte retracção da intervenção penal, nas primeiras 10 semanas de gravidez. Na verdade, não estamos perante uma simples ampliação dos casos de impunibilidade, dentro do mesmo critério inspirador, como seria o caso se, por exemplo, tivessem sido acrescentadas novas indicações justificativas (a indicação económico-social, designadamente).

Aquele diploma operou uma verdadeira mudança do paradigma regulador, na medida em que passou a admitir uma hipótese de exclusão de punição que passa apenas, no plano das condições substantivas, pela vontade da gestante. É esta quem, em último termo, e ainda que tendo que satisfazer requisitos procedimentais, dita a preservação ou não da vida intra-uterina, não ficando sujeita a punição na hipótese de se decidir pela interrupção. O juízo definitivamente relevante, a esse respeito, é o juízo subjectivo da própria grávida, não tendo ela que o submeter à apreciação, segundo critérios objectivos, de uma entidade terceira. Ainda que a intervenção desta esteja prevista, como parte num processo comunicacional que inclui uma consulta obrigatória, ela não goza de qualquer poder vinculante, impositivo de uma solução contrária à desejada pela grávida.

É forte a tentação de concluir daqui que o resultado deste regime é a desprotecção total da vida intra-uterina. Mas esta conclusão seria algo apressada, não levando em conta, mais uma vez, a singularidade da situação.

O conceito de “dualidade na unidade”, como um sistema móvel, em que o segundo termo goza, na fase inicial da gestação, de predominância, que perde progressivamente, em favor do primeiro, tem, de novo, virtualidades justificativas desta específica opção legal.

A relação que aqui se estabelece, mesmo quando conflitual, não é entre subjectividades em oposição, pois o feto não é sentido pela grávida como um “outro”, como um ente destacado de si própria. Daí que o conflito dramaticamente sentido pela grávida, quando coloca a hipótese de abortar, seja, em grande medida, um conflito consigo própria, travado no âmago da sua personalidade, sofrido como pessoalíssimo e, como tal, refractário a uma solução autoritária “vinda de fora”.

Neste quadro singular, é defensável que o Estado, através do legislador, valere como cumprindo melhor o seu dever de protecção, numa fase inicial da gravidez, tentando “ganhar” a grávida para a solução da preservação da potencialidade de vida, através da promoção de uma decisão reflectida, mas deixada, em último termo, à sua responsabilidade, do que ameaçá-la com uma punição criminal, de resultado comprovadamente fracassado (ou, mesmo, segundo alguns, contrário ao desejado, como o próprio Tribunal Constitucional alemão admite – BVerfGE 88, 265). Através, designadamente, de uma consulta de aconselhamento, em que a grávida é encarada como “interlocutora” (Anspruchspartnerin) e não como “adversária de uma pretensão” (Anspruchsgegnerin) – para utilizarmos os sugestivos termos dos juizes MARENHOLZ e SOMMER, na declaração de voto citada (BVerfGE 88, 343) –, visa-se influenciar as suas motivações internas, favorecendo um comportamento espontâneo que não afecte o bem da vida. Estando esse bem corporizado num embrião ou num feto que a grávida traz em si e dela depende, como suporte vital, e com ela, e não contra ela, que se intenta protegê-lo (ibidem, 266).

Difícilmente se pode negar a adequação, de princípio, do meio de tutela à situação do bem a tutelar, a homologia do processo tutelador com a configuração específica do objecto de tutela.



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

E a solução não se apoia tanto numa reponderação dos interesses em conflito, com melhor acolhimento dos titulados pela grávida (muito embora o atendimento desses interesses decorra objectivamente da solução agora consagrada e corresponda a padrões jusculturais sobre a posição da mulher hoje largamente aceites), mas na correcta compreensão, e devida valoração, da especificidade desse conflito, muito distinto dos que nascem entre dois sujeitos com vida e personalidades próprias. Foi entendido (e a experiência judiciária confirma-o) que essa especificidade rouba aos instrumentos penais a idoneidade e a eficiência de que geralmente dão mostras, pelo que, levando a sério os critérios da adequação e da necessidade, optou-se por dar preferência, no período inicial da gravidez, a uma solução que, com pleno respeito da sua liberdade decisória, faz apelo ao sentido de responsabilidade da grávida.

11.4.10. O alcance tutelador deste regime não pode ser objecto de desvalorização total e imediata, in radice. Não se pode partir do princípio de que o propósito de não prosseguir com a gravidez se filia em puras razões hedonísticas, impulsionadoras de decisões apenas ditadas pelo interesse egoísta da própria grávida. Dados fiáveis da análise sociológica e, até, o testemunho de profissionais envolvidos nos processos de interrupção – cfr., para o caso alemão, BVerfGE 88, 349 – apontam, todavia, noutra direcção. Eles evidenciam que a decisão de abortar é tipicamente tomada, não obstante a angústia que provoca, por genuína convicção de que se trata da decisão certa, no que pesa o sentido de responsabilidade perante a vida futura do nascituro e perante outros sujeitos, a quem se quer evitar dor ou causar prejuízo. Razões de responsabilidade moral, tal como a grávida as compreende e sente, colocam-se frequentemente de ambos os lados da opção a tomar. Como diz ROBIN WEST, “(...) a decisão de abortar é quase invariavelmente tomada dentro de uma rede de responsabilidades e obrigações entrecruzadas, concorrentes e muitas vezes irreconciliáveis” (apud RONALD DWORKIN, *Life's Dominion. An Argument about Abortion and Euthanasia*, London, 1993, 58).

Num campo de valoração pouco propício a concepções absolutizantes de imperativos reguladores, em que não se divisam soluções ideais, de eficiência garantida, mas em que, pelo menos, é certo que a punição criminal não reduz significativamente o número de abortos e é contraproducente em relação a bens constitucionalmente protegidos (a saúde da mulher, designadamente), não se afigura injustificado confiar na capacidade da grávida para tomar uma decisão responsável. Um direito soft, de base prestativa, mais promocional do que repressivo, pode criar condições, na mente e na vontade da grávida, para que, naqueles casos em que a dívida interior se prolonga, subsistindo mesmo após o início do processo de externalização da intenção abortiva, a decisão venha a pender para o lado da vida. E só esses casos importam, pois todos os outros são, realisticamente, casos “perdidos”.

11.4.11. Não sendo de rejeitar, à partida, por razões de eficiência, esta solução abona-se em razões de princípio, na consideração da personalidade e da dignidade da mulher. Há que atentar em que a carga axiológica do princípio da dignidade humana não está toda do lado da vida intra-uterina. Ela investe também a posição jurídico-constitucional da mulher, sendo que, nesta esfera, não está apenas em causa o valor objectivo da vida humana, mas a sua valia pessoal para alguém, uma pessoa, um sujeito já reconhecido como titular de direitos fundamentais.

É certo que a interrupção voluntária da gravidez representa a denegação pura e simples da expressão mais essencial desse valor, quando reportado à fase intra-uterina. Em contrapartida, a hipótese contrária, a futura concretização de um nascimento com vida, preserva, em princípio, a continuação da existência da grávida, tendo impacto, por forte que seja, apenas na condução de uma vida com sentido, na impossibilitação (ou no agravamento da impossibilitação) das condições que, para a própria, em autodeterminação (e também, eventualmente, para outros sujeitos directa ou indirectamente envolvidos), são tidas como dando valor substancial à sua vida.

Nesta medida, pode dizer-se que é maior a gravidade da lesão causada pela interrupção voluntária da gravidez. Mas essa conclusão apenas justifica a atribuição de maior peso ao interesse na sua prossecução, na ponderação a estabelecer com o interesse contrário. Já não legitima a renúncia à busca de soluções minimamente compromissórias, em desconsideração total do pólo valorativo formado pelo reconhecimento do valor constitucional da posição da mulher. Tanto mais



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

que, para esta, o respeito pela vida intra-uterina não se traduz apenas, como para terceiros, num dever de omitir qualquer conduta que a ofenda, num deixar correr, sem interferências lesivas, o processo natural de gestação, vindo também a implicar, após o nascimento, na vinculação, por largos anos, a deveres permanentes de manutenção e cuidado para com um outro, os quais oneram toda a sua esfera existencial (cfr. MARGOT v. RENESSE, “§ 218 F. StGB – eine unvollkommene Antwort auf ein unlösbares Problem”, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1991, 321 s. 322-323).

Esse compromisso, não estando em causa um conflito intersubjectivo, protagonizado por dois titulares de direitos fundamentais, mas um conflito entre bens pessoais de um sujeito e a tutela objectiva do “bem social” do respeito pela vida, pode legitimamente ser estabelecido, pois, enquanto valor digno de tutela independentemente do interesse pessoal de alguém, a vida humana não está sujeita a uma lógica protectora de “ou tudo ou nada”, refractária a gradações “de mais ou de menos”, imperante quando ela é objecto de um direito individual.

E pode bem dizer-se que o conjunto da disciplina da interrupção voluntária da gravidez tem em conta, na justa medida, o maior peso do valor da vida. Predominam aí as medidas punitivas, recorrendo o Estado exclusivamente ao direito penal, para cumprir o seu dever de protecção do embrião e do feto, nos estádios da gravidez em que a “dualidade” transparece com nitidez. Só nas primeiras 10 semanas – período mais curto, aliás, do que o de 12 semanas generalizadamente vigente, em direito comparado – é que o Estado, sem se demitir desse dever, o prossegue por uma via combinatória da sanção penal com instrumentos auto-responsabilizadores.

Esses instrumentos vão ao ponto de admitir que a ultima palavra, nesse período temporalmente limitado, caiba à grávida. Razões de eficiência e de respeito pelo estatuto constitucional da grávida casam-se, na justificação desta solução específica, que não merece, por isso, uma apriorística censura constitucional. Se o legislador, no uso da sua liberdade de escolha dos meios de tutela, entendeu ser apropriado recorrer à colaboração da própria grávida, fazendo apelo ao seu sentido de responsabilidade – opção que, como vimos, tem por si um fundamento razoável –, a salvaguarda da sua autonomia de decisão, para além de ser a solução que melhor se ajusta ao reconhecimento da dignidade da mulher, é, verdadeiramente, uma condição necessária à possibilidade de eficácia daquele apelo.

11.4.12. Mas a conclusão de que não há obstáculos, de princípio, à admissão desta solução, em si mesma, não corresponde ainda a uma resposta definitiva à questão de constitucionalidade posta, pois essa resposta não pode ser dada sem valorização das condições que subtraem à punibilidade a decisão, pela grávida, de interrupção voluntária da gravidez.

Isso porque dessas condições vai depender, em último termo, que possa ser atribuído à disciplina legal da forma de realização daquele acto alcance tutelador da vida pré-natal, em medida satisfatória do mínimo de protecção.

Falta apreciar, pois, se aos trâmites legalmente fixados pode ser imputado esse efeito.

De entre esses trâmites, avulta como de significado primordial, deste ponto de vista, uma consulta prévia, de carácter obrigatório, a partir da qual se conta um período de reflexão de um mínimo de 3 dias, necessário para a prestação eficaz do consentimento.

Nos termos da alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal, a consulta destina-se “a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável”.

Nesta redacção legal baseia-se a qualificação da consulta, pelos requerentes, como puramente informativa. Ora, alega-se, só uma consulta de aconselhamento dissuasora permitiria concluir que, apesar de tudo, o legislador não voltou as costas ao dever de protecção. Um regime que não a consagre posiciona-se aquém do que é constitucionalmente devido, pelo que estaria ferido de inconstitucionalidade.

Uma tomada de posição sobre este último patamar da questão beneficiará com um breve excursão pelo direito comparado, com particular incidência sobre este ponto específico.

Por aí começaremos.

11.4.13. Pode dizer-se que o “modelo de prazos” é hoje largamente dominante na Europa, pois, na grande maioria dos países europeus, o regime legal prevê a impunibilidade de realização



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

médica da interrupção voluntária da gravidez, por opção da mulher, dentro de certo período, sem dependência da verificação de determinadas circunstâncias, taxativamente previstas e heteronomamente controláveis.

Para além disso, em certos ordenamentos que exigem a invocação de razões justificativas, na prática aplicativa, uma interpretação muito liberal dessa exigência faz com que o regime não se diferencie significativamente daquele outro. É o caso, notoriamente, do Reino Unido e da Espanha, países onde, aliás, estão em curso projectos de reforma. Na Bélgica (Lei relativa à interrupção voluntária da gravidez, de 3 de Abril de 1990) e na Suíça (regime entrado em vigor em 1 de Outubro de 2002, após consulta referendária), exige-se apenas a invocação, pela mulher, de um “estado de angústia” (state of distress). Mas, como essa situação não é objecto de qualquer parecer médico de verificação (só exigível, na Suíça, após o prazo de 12 semanas), a solução corresponde substancialmente ao modelo de prazos.

No interior deste modelo, são diversos, porém, os níveis de aceitação da impunibilidade.

Tal patenteia-se, desde logo, na maior ou menor extensão do período temporal da gestação a que se aplica este regime.

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].

Mas a diferenciação de regimes passa também pela natureza e número das condições concretas de impunibilidade, nomeadamente pela previsão ou não de uma consulta prévia obrigatória, e, em caso afirmativo, pelo conteúdo e finalidade dessa consulta.

Não estabelecem aquela exigência, por exemplo, os sistemas em vigor na Grécia (Lei n.º 1069, de 3 de Julho de 1986), Dinamarca (Lei n.º 350, de 13 de Junho de 1973, com alterações em 1995 e em 2008), Suécia e também, após as modificações introduzidas em 2001, em França.

Neste último país, alterando a chamada Lei Veil, que procedeu à descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até às dez semanas, em situações de angústia, o novo regime, contido agora no Code de la Santé Publique (Ordonnance n.º 2000-548, de 15 de Junho de 2000), procedeu ao alargamento do prazo em que a mulher pode solicitar a interrupção voluntária da gravidez de dez para doze semanas.

E se, antes de 2001, uma tal intervenção só poderia ser efectuada após um período de reflexão subsequente a uma consulta de aconselhamento – no âmbito da qual, designadamente, a mulher fosse informada dos direitos e ajudas sociais de que poderia beneficiar se viesse a ter o filho – depois da Lei n.º 2001-588, de 4 de Julho de 2001, que interveio em matéria de aconselhamento, este tornou-se, facultativo, em regra, só sendo obrigatório para as menores.

O Conselho Constitucional pronunciou-se sobre tal lei, tendo considerado que ela “não quebrou o equilíbrio que o respeito da Constituição impõe entre, por um lado, a salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra toda a forma de degradação e, por outro lado, a liberdade da mulher que decorre do artigo 2.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (Décision n.º 2001-446 DC, de 27 de Junho, consultável em www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2001/20011446/20011446dc.htm).

Também na Áustria, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a solução do prazo, entrada em vigor em 1975, tendo concluído pela sua não inconstitucionalidade, por entender que não se verificava violação do artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (integrada no bloco de constitucionalidade), pois que este apenas protegeria a vida já nascida, encontrando-se a vida intra-uterina excluída do respectivo âmbito de protecção. Considerou, por outro lado, que as leis básicas em matéria de direitos fundamentais apenas asseguram protecção contra o Estado e não contra outros cidadãos.

A estes regimes, é possível contrapor aqueles outros que, acolhendo embora o princípio da exclusão da punibilidade da interrupção voluntária da gravidez medicamente realizada até um determinado momento da gestação, lhe associaram um sistema de aconselhamento obrigatório.



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Mas, dentro deste bloco modelar, não há inteira homogeneidade de soluções quanto à disciplina de tal aconselhamento.

Na grande maioria dos casos a considerar, o comprometimento na formação de decisões espontâneas de prossecução da gravidez não é explicitamente assumido, a nível das formulações dos enunciados prescritivos da consulta e do seu conteúdo. Eles caracterizam-se genericamente por obrigar a grávida, antes da realização da interrupção da gravidez, a dirigir-se a uma instituição onde, em regra, lhe são comunicadas, entre outras, informações relativas ao apoio social de que poderá dispor, antes e depois do nascimento, e informação de diversa índole, desde os riscos médicos do aborto aos locais onde pode ser realizado.

A consulta obrigatória está prevista, por exemplo, na Bélgica. A mulher é sujeita a aconselhamento prévio, devendo ser informada dos riscos médicos da intervenção e, bem assim, dos direitos e apoios de natureza social e psicológica que pode obter no caso de levar a gravidez até ao seu termo. Por outro lado, a intervenção só pode ser efectuada, no mínimo, seis dias após a primeira consulta.

Na Holanda, a lei da interrupção voluntária da gravidez de 1 de Maio de 1981, que entrou em vigor em Novembro de 1984, após um decreto de 17 de Maio de 1984 que a regulamentou, alterou o modelo vigente.

Nos seus termos, o aborto provocado não é penalizado quando, para além da observância dos requisitos respeitantes ao local e momento da interrupção da gravidez, se verifica uma situação de necessidade, auto-avaliável pela grávida. Estabeleceu-se um processo de aconselhamento obrigatório, visando analisar alternativas à interrupção voluntária da gravidez, impondo-se ao médico que "se certifique, se a mulher achar que a situação de emergência não poderá ser resolvida de outro modo, que ela manifestou e manteve o seu pedido de livre vontade, após cuidadosa reflexão e na consciência da sua responsabilidade pela vida pré-natal e por si própria e pelos seus".

Aos modelos de aconselhamento acabados de descrever contrapõe-se singularmente o instituído no ordenamento jurídico alemão, em consequência da decisão do Tribunal Constitucional de 28 de Maio de 1993.

Tal decisão apreciou a lei aprovada em consequência da reunificação e dirigida a introduzir o «sistema de prazos», despenalizando o aborto praticado por médico durante as primeiras doze semanas da gravidez, desde que a mulher se tenha previamente submetido a uma consulta de aconselhamento em que lhe são dadas as explicações médicas e práticas necessárias para a orientar correctamente na sua escolha.

Chamado a apreciar esta alteração legislativa, o Tribunal Constitucional alemão partiu da consideração de que a Constituição obriga expressamente o Estado à tutela e ao respeito da dignidade que é própria da vida humana e que desta participa, não apenas a vida humana já nascida ou com personalidade já formada, mas também a vida pré-natal. Partiu também do reconhecimento de um direito à vida individual do nascituro, direito esse não dependente da sua aceitação por parte da mãe. Daí a proibição, de princípio, do aborto e o dever, de princípio, de levar a gravidez ao termo.

O cumprimento desta obrigação jurídica deve ser assegurado por meios de tutela, mas a definição detalhada da modalidade e da extensão da protecção que constitucionalmente se impõe constitui competência do legislador: a Constituição prevê a tutela como finalidade, mas não a sua concretização ou finalização detalhadas.

Ainda que o direito penal surja geralmente como o sector onde ancorar legislativamente a tutela da vida humana, não será constitucionalmente censurável que a valoração cometida ao legislador ordinário se efectue na base de uma análise segundo a qual, no caso de uma situação de mal-estar devida a uma gravidez, o desenvolvimento da ameaça de sanção penal actuarial mais no sentido contrário a uma decisão da mulher favorável à prossecução da gravidez, já que a gestante vive este conflito de um modo muito pessoal e tende a defender-se do juízo e da valoração desse estado por parte de terceiros.

Assim, ao legislador não se encontrará constitucionalmente vedada, em linha de princípio, a possibilidade de, na realização do seu dever de defender a vida, se virar para um conceito de tutela que parta da consideração de que, na primeira fase da gravidez, uma protecção mais eficaz da vida



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

pré-natal resulte da criação de premissas positivas para uma acção da grávida em favor do nascituro, evitando que esta se oriente unilateralmente e decida segundo os seus interesses pessoais.

Nesta perspectiva, não se exclui que a tutela, na primeira fase da gravidez, se baseie principalmente na obrigatoriedade de uma prévia consulta da gestante, destinada a convencê-la a levar a gravidez até ao fim. Para o efeito de assegurar a necessária abertura e consequente eficácia da consulta, justifica-se também que se renuncie ao sancionamento penal, bem como ao controlo por terceiros que é próprio do regime das indicações justificativas.

No plano da conformação normativa do procedimento de consulta, o legislador pode partir do princípio de que esta apenas terá possibilidade de funcionar como meio de tutela da vida pré-natal se for conduzida de modo aberto quanto ao resultado, pertencendo à grávida a decisão livre e final, ainda que necessariamente vinculada à prévia concessão ao Estado da faculdade de desincentivo à interrupção.

Uma consulta de natureza meramente informativa, neutral quanto à finalidade e simplesmente destinada a facultar à grávida todos os elementos necessários à sua livre decisão, não lhe permitiria funcionar como meio de tutela, o que condenaria a viabilidade constitucional do modelo preventivo, substitutivo da proibição e ameaça penais, por violação do princípio da proibição do défice de tutela.

Procurando dar execução à orientação estabelecida na decisão do Tribunal Constitucional, uma lei de 21 de Agosto de 1995 procedeu a uma modificação do Código Penal, sendo que, na Alemanha, actualmente, a interrupção voluntária da gravidez praticada por um médico, com o acordo da mulher grávida, não será punível desde que efectuada nas primeiras doze semanas e a mulher se tenha submetido a aconselhamento. Quanto a este, dispõe o § 219, n.º 1, do Código Penal alemão, no segmento que mais importa:

«O aconselhamento serve a protecção da vida que está por nascer. Deve orientar-se pelo esforço de encorajar a mulher a prosseguir a gravidez e de lhe abrir perspectivas para uma vida com a criança; deve ajudá-la a tomar uma decisão responsável e em consciência».

11.4.14. Por este curto panorama comparatístico, se pode ver que o “modelo de prazos” oferece múltiplas cambiantes tipológicas, separadas, amiúde, por finas diferenças de conformação, no que diz respeito, sobretudo, ao regime do aconselhamento.

Quanto a este, é incontroverso, atento o disposto na alínea b) do n.º 4 do mesmo preceito e no artigo 2.º da Lei n.º 16/2007, que a consulta prévia foi, entre nós, incluída nos trâmites a observar obrigatoriamente, como condição da não punibilidade da interrupção efectuada ao abrigo da previsão da referida alínea e). Ao contrário de outros ordenamentos europeus, o direito português não dispensou uma estrutura comunicacional de proximidade com a grávida e os seus problemas, solução manifestamente mais favorecedora da possibilidade de a interrupção não vir a ocorrer do que a hipótese inversa.

Tendo isso em conta, e também a fixação do prazo no escalão mínimo, pode, desde já, dizer-se que a disciplina jurídica recém-instituída não se mostrou insensível ao interesse na prossecução da gravidez. Mesmo o modo como reservou um certo espaço para uma decisão ad nutum da mulher tomou em conta esse interesse. Resta saber se o fez em medida suficiente para cumprir o imperativo de protecção, para o que temos que nos debruçar, mais de perto, sobre a modelação, em concreto, do regime da consulta obrigatória.

Da alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal resulta que o consentimento da gestante à realização da interrupção médica da gravidez “é prestado [...] 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”.

Sob a epígrafe “Consulta, informação e acompanhamento”, o artigo 2.º da Lei n.º 16/2007 especifica, por seu turno, a natureza do conhecimento que, através daquela informação, deve ser proporcionado à grávida no âmbito da primeira consulta, preceituando que o mesmo deve contemplar: a) as condições de efectuação, 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



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

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.

Por estas notas essenciais, pode concluir-se que o sistema português se distancia do alemão, na medida em que não contém qualquer injunção expressa dirigida aos profissionais intervenientes na consulta, no sentido de esta dever ser orientada pelo objectivo de dissuasão da intenção abortiva.

Ora, resulta de determinado segmento das alegações do pedido que uma solução análoga à do direito alemão é considerada – com expressa citação da decisão do Tribunal Constitucional desse país acima referida – como imprescindível para realizar “o equilíbrio possível” entre o valor da liberdade da mãe e o da vida “em devir”. Justifica-se, assim, que, aqui chegados, concentremos neste ponto a questão de constitucionalidade que nos ocupa, reduzindo-a à questão de saber se aquele traço distintivo entre os dois sistemas representa também, face à nossa Constituição, a inultrapassável linha de fronteira de uma disciplina constitucionalmente conforme. O que, noutros termos, cumpre avaliar é se tem que transparecer explicitamente da semântica do texto normativo a finalidade dissuasora da consulta, como garantia ineliminável da sua efectiva actuação nesse sentido e, desse modo, como exigência do cumprimento pelo Estado do mínimo de tutela que lhe incumbe.

11.4.15. O nosso legislador revelou transparentemente a finalidade da consulta, ao dispor que ela se destina a “facultar à grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável” (alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal, na nova redacção).

Mas daí não pode inferir-se, sem mais, que a consulta é puramente informativa, no sentido de ficar excluída, ao menos como efeito reflexo, indirecto, ou consequencial, qualquer outra dimensão operativa. Há que atentar, na verdade, que a informação não constitui um fim em si, mas antes um meio para uma tomada de decisão, não só livre, como consciente e responsável.

Se é assim, o que importa é avaliar ou não este desígnio como compaginável ainda com o cumprimento do dever de protecção e, num segundo momento, mas inextrincável do primeiro, ajuizar da suficiência dos mecanismos predispostos, e, em particular, do momento, conteúdo e modo da informação a prestar, para alcançar objectivos que ultrapassem a mera tomada de conhecimento de certos dados.

Com isto, queremos acentuar que uma valoração ajustada ao alcance real do regime concretamente estabelecido não pode ser obtida mediante um simples jogo de contraposição de agrupamentos categoriais, definidos em abstracto e concebidos em relação de mútua exclusão, sem admissão de manifestações gradativamente intermédias. Não é num processo subsuntivo de integração no grupo dos chamados “sistemas de mera informação” ou no grupo dos “sistemas dissuasores”, por razões de indole predominantemente nominalista, que poderemos fundar uma segura resposta negativa ou positiva de constitucionalidade, dependente que ela está de um critério eminentemente graduável, como é a eficiência dos instrumentos de protecção.

Para isso, é indispensável atender à estruturação objectiva da interacção comunicativa a estabelecer com a grávida e à resultante intelecção, por esta, do seu significado. Ora, pode afirmar-se que o complexo de elementos informativos a disponibilizar à grávida, numa consulta de carácter obrigatório, organizativamente integrada num complexo de trâmites prévios e sucessivos, tem como efeito objectivo a sua consciencialização do valor da vida que transporta em si (ou, pelo menos, resulta ser visto pela própria como uma tentativa nesse sentido).

Esse conjunto de passos a dar, num percurso integrado por um aconselhamento e culminado por um período suspensivo da prática do acto interruptivo da gravidez, destila iniludivelmente um sentido enfatizador da gravidade da decisão a tomar e suficientemente sinalizador da valoração, pelo ordenamento jurídico, do bem da vida. E o encorajamento para uma tomada de decisão que o preserve é implicitamente dado quando se proporciona à grávida o conhecimento de uma série de apoios de que pode beneficiar. Daí que, o não ser a consulta declarada e ostensivamente orientativa não impõe, ipso facto, a sua qualificação como meramente informativa, como despida de qualquer intenção de favorecimento da decisão de prosseguir a gravidez.

Merece destaque, nesta perspectiva de cumprimento do dever de tutela, o disposto na alínea b) do artigo 2.º da Lei n.º 16/2007, segundo o qual a grávida deve ser informada das “condições de



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

apoio que o Estado pode dar à prossecução da gravidez e à maternidade”. Com esta informação, sobretudo em relação às mulheres de mais baixos índices económico e cultural, pode rasgar-se a visibilidade de um horizonte de viabilidade prática de uma opção pela maternidade, mormente nos casos, presumivelmente frequentes, em que ela não é pessoalmente rejeitada, mas apenas tida como de concretização impossível, por falta de condições materiais. Se, na lógica fundante desta solução legal, a tutela da vida deve operar pelo incremento das possibilidades de a grávida adoptar espontaneamente uma conduta que preserve aquele bem, então nada mais adequado do que torná-la ciente, no decurso do processo decisório, dos apoios de que pode beneficiar, se fizer essa opção. Esses apoios serão outras tantas razões a balancear do lado oposto ao da interrupção da gravidez, contrariando o peso das motivações que levaram a mulher a iniciar os procedimentos que a ela conduzem. Informá-la do “apoio que o Estado pode dar à prossecução da gravidez e à maternidade” mais não é, ao fim e ao cabo, do que “abrir-lhe perspectivas de uma vida futura com a criança”, na fórmula do direito alemão, tida, pelos requerentes, como expressiva da única solução que traduz “a mínima tentativa de, através da liberdade da mulher (e não contra ela) procurar salvaguardar a vida”.

Também não pode ser esquecido o disposto no n.º 4 do artigo 2.º, nos termos do qual “os estabelecimentos de saúde oficiais ou oficialmente reconhecidos onde se pratique a interrupção voluntária da gravidez garantem obrigatoriamente às mulheres grávidas que solicitem aquela interrupção o encaminhamento para uma consulta de planeamento familiar”. E 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).

11.4.16. Levando até ao fim o pensamento inspirador da solução da impunibilidade, assente na crença de que só a adesão espontânea da grávida à continuidade da gestação garante minimamente, nesta fase, a tutela da vida intra-uterina, o legislador absteve-se, mesmo a nível comunicacional, de qualquer indicação que pudesse ser por ela sentida como um juízo externo pressionante da sua conduta. Considerou incitação suficiente a informação, em termos objectivos (mas não neutrais, quanto ao resultado), da disponibilidade de apoios vários, permitindo que a grávida forme por si, na posse desses dados e a partir deles, e após um período de reflexão que necessariamente os tem em conta, a sua livre decisão.

Não tinha que ser essa a solução legal. Não se contesta que o legislador, na sua liberdade de conformação, poderia ter utilizado fórmulas verbais de eloquência expressiva quanto à sua adesão à defesa da vida, logo no plano das enunciações normativas. Assim como também poderia ter imposto aos operadores do processo legal de interrupção voluntária da gravidez uma explícita orientação finalística, em moldes idênticos aos do direito alemão, ou, mesmo, predeterminado certos conteúdos interlocutórios de apelo directo à não realização desse acto.

Mas a primeira via, podendo louvar-se da produção de sentido simbolicamente relevante, não goza, só por si, de eficiência garantística, no plano operativo da conformação da vida social.

Quanto à segunda, ela está sujeita a limites evidentes, resultantes da opção de base por uma forma de tutela assente, na fase inicial, na colaboração da grávida. As razões inspiradoras dessa opção vedam interferências demasiado intrusivas no processo decisório desta, muito em particular certas formas agressivas de exploração da emotividade acrescida e da situação de vulnerabilidade psicológica da mulher grávida. Como o próprio pedido expressamente reconhece, «(...) o aconselhamento não poderá, em caso algum, significar a imposição de uma pressão psicológica sobre a mulher, mas apenas esclarecê-la da gravidade da sua decisão e das alternativas possíveis».

É objectivamente fundado que um legislador levado a confiar, também por razões de eficiência, na responsabilidade da grávida, chamando-a a cooperar no cumprimento do dever de protecção que ao Estado compete, não queira depois criar um contexto de decisão muito provavelmente desfavorável a esse desiderato.

Assim como – agora no plano da preservação da dignidade da mulher grávida – a crença no seu sentido de responsabilidade e na sua predisposição a sensibilizar-se pelas razões contrárias à interrupção conjugar-se-iam mal com um tratamento que a minorizasse enquanto sujeito da decisão,



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

com uma posição de orientação de cunho paternalista e tutelar. As exigências decorrentes da tutela da dignidade da mulher afirmam-se também no modo como se deve processar a consulta que lhe é imposta.

11.4.17. É de reconhecer que ao legislador se deparou um estreitíssimo canal de navegação, entre as razões e os princípios que nortearam a decisão de excluir, em certos termos, a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez, na sua fase inicial, e a margem oposta desenhada pela proibição do défice de tutela. E há que reconhecer, de igual forma, que ele não poderia ter ido muito mais além, na promoção de decisões de prossecução da gravidez, sem exposição séria ao risco de resultados perversos, comprometedores dos objectivos que justificam aquela opção. Não se afigura desrazoável, em tal contexto de política legislativa, a auto-contenção de que ele deu mostras.

Auto-contenção que, de modo algum, pode ser confundida com uma posição de neutralidade ou de indiferença perante a decisão que a grávida venha a tomar. Toda a preocupação revelada na Lei n.º 16/2007, de estruturação de serviços e de imposição de procedimentos na sua utilização, não tem um significado puramente técnico-organizativo, só se compreendendo como expressão de empenho na tutela, para além da saúde da mulher, da vida pré-natal. E não é a omissão de uma expressa vinculação formal dos serviços à consecução dessa finalidade que pode servir de razão bastante para negar a presença dessa intencionalidade de tutela, quando só ela dá objectivamente sentido ao conteúdo de muitas das normas de organização e de procedimento constantes daquele diploma. A eficiência protectora, nos limites em que, nesta fase, ela é expectável, é mais resultado da acção consciencializadora e objectivamente incentivadora de certos trâmites, da dependência procedimental em que, em relação a eles, é colocada a realização da intervenção, do que de processos comunicacionais ostensivamente orientadores que, sem a participação dialógica da grávida (nunca garantida e, porventura, prejudicada por uma opção desse tipo), facilmente se transmutam em formalidades ritualisticamente processadas.

Não se pode, pois, ver na falta de indicação expressa de uma finalidade dissuasora da interrupção da gravidez o preciso défice de regulação que faz com que o regime questionado não atinja o grau de comprometimento com o valor da vida exigível para a satisfação do mínimo de tutela. Tal exigência – só constante, aliás, no quadro europeu, da legislação germânica, com base num entendimento, divergente daquele que é perfilhado por este Tribunal, de que o bem da vida intra-uterina tem um referente pessoal, e porventura explicável por circunstâncias específicas desse ordenamento, ligadas ao processo de reunificação – tal exigência, dizíamos, não representa um penhor seguro de uma maior intensidade de tutela, capaz de traçar, com nitidez, uma linha divisória entre o campo das soluções constitucionalmente conformes e o das que não o são. Está por demonstrar que ela trouxesse um acréscimo de eficiência, não sendo até de excluir o resultado contrário, por uma retracção defensiva da grávida.

E só perante um índice manifesto, incontrovertidamente significativo da necessidade, para cumprimento do imperativo de protecção, de uma enunciação expressa da finalidade dissuasora haveria fundamento para um juízo de inconstitucionalidade.

Pois, na verdade, cumpre reconhecer que o julgador não dispõe de um instrumento de mensuração exacta do grau de protecção exigível para o cumprimento, pelo Estado, do correspondente dever. Nem se lhe pode exigir a identificação de um preciso e fixo ponto arquimédico, abaixo do qual o veredicto do incumprimento tenha que cair, inexorável. Quando é a observância do imperativo de tutela que está em questão, mais ainda do que em qualquer outra dimensão da constitucionalidade, e em correlação com uma maior liberdade de conformação legislativa (dada a estrutura dos deveres activos de intervenção), a instância de controlo tem que lidar com critérios de evidência, só se justificando uma pronúncia de inconstitucionalidade em caso de manifesto erro de avaliação do legislador.

Esse erro, no entender do Tribunal, não foi cometido, quanto às soluções contestadas, não podendo afirmar-se que as opções legislativas ficaram aquém do que seria exigível para justificar a exclusão da punibilidade.

11.4.18. A emissão de um tal juízo apoia-se também na consciência de que o cumprimento dos deveres de protecção está sujeito a limites fácticos e jurídicos (cfr. ROBERT ALEXYS, ob. cit.,



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

422), sendo ilusório acreditar num ilimitado poder do legislador de intervenção modificativa da realidade. Daí que ao juízo de não inconstitucionalidade se não oponha uma posição de cepticismo quanto à eficácia tuteladora, em termos absolutos, da solução encontrada.

Não dispomos de dados seguros, a nível nacional, quanto os resultados aplicativos da Lei n.º 16/2007, especificamente quanto à taxa de desistência, no período de reflexão – o índice de maior relevo, a este respeito – uma vez que os registos obrigatórios não contemplam esse elemento. Na maternidade Alfredo da Costa, verificou-se, aparentemente, uma curva descendente, pois, enquanto que o Diário de Notícias de 1 de Novembro de 2007 relatava que, das 261 mulheres a participar, desde a entrada em vigor da lei (15 de Julho do mesmo ano), na consulta prévia de interrupção de gravidez, 22 mudaram de ideias durante o período de reflexão – uma percentagem muito superior à verificada noutras unidades de saúde –, na Tribuna Médica Press, de 11 de Fevereiro de 2008, o director daquela maternidade assinalava 4% de desistências – número próximo da estimativa, para fins de planeamento, da Direcção-Geral de Saúde, que apontava para 5% (Relatório dos registos das interrupções da gravidez ao abrigo da Lei n.º 16/2007 de 17 de Abril. Dados referentes ao período de Julho de 2007 a Julho de 2008, Lisboa, Setembro de 2008, 6).

Provando, em todo o caso, que não é nula a eficiência tuteladora do regime legal, estes valores podem ser qualificados como baixos, o que parece justificar a mencionada posição de cepticismo. Mas o juízo de eficiência não pode deixar de ser um juízo relativo, de gradação comparativa das soluções alternativas de disciplina legal. Ora, não se afigura que um aconselhamento segundo o modelo alemão se possa louvar de melhores resultados, a dar crédito a um inquérito realizado pelo Max-Planck Institut, que apresentou uma projecção de 5% de desistências (cfr. JOÃO LOUREIRO, “Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais A propósito de uma reforma legislativa”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, LXXIV (1998), 327 s., 372).

E, se bem virmos, estes números não surpreendem, pois a procura dos serviços médicos, com vista à interrupção da gravidez, traduz, em regra, um grau de determinação volitiva da gestante dificilmente contrariável pela ordem jurídica. “A esmagadora maioria das mulheres que se decide a abortar está disposta a fazê-lo mesmo que tal não seja admitido pelo sistema jurídico”, reconhece até um Autor que se pronuncia pela inconstitucionalidade de qualquer solução de prazos (JOÃO LOUREIRO, ob. loc. cit.).

Se tivermos também presente a ineficiência da punição penal, a conclusão a tirar é a de que será sempre reduzida a eficácia preventiva de qualquer das formas de reacção jurídica à interrupção voluntária da gravidez, no quadro da específica disciplina legal desse acto. Mais do que com os limites do direito penal, somos aqui confrontados com os limites do Direito (nesse sentido, GEORG HERMES/SUSANNE WALTHER, “Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht. Das zweite Abtreibungsurteil des BVerfG und seine Folgen”, NJW 1993, 2337 s., 2341). O mínimo de protecção exigível será sempre, nessa medida, o mínimo possível, dentro desses limites.

Quanto aos limites jurídicos, eles resultam da necessária conciliação do princípio de proibição do défice de tutela com outros princípios eventualmente colidentes, pois o imperativo de protecção não goza de primado absoluto dentro da ordem constitucional. Pelo contrário, tem sido sustentada “a eficácia mais ténue da função de imperativo de tutela, (...) substancialmente mais fraca do que a da função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção” (CANARIS, ob. cit., 65). É seguro, pelo menos, que a observância desse imperativo não legitima a invasão incondicionada da esfera protegida dos direitos fundamentais de outros sujeitos (GEORG HERMES/SUSANNE WALTER, ob. loc. cit.).

Voltando a acentuar uma ideia-chave, nesta matéria, há que lembrar que o espaço de livre conformação do legislador não está apenas limitado pela proibição de insuficiência, mas também pelo princípio da proporcionalidade, nas suas várias componentes. Sendo assim, as sérias dificuldades (se não, mesmo, impossibilidade) de satisfação cabal do primeiro princípio, quando o seu âmbito de aplicação é (inevitavelmente) restringido ao processo de decisão do acto de abortar, não deve reverter na lesão do segundo, sob pena de nenhum dos dois ser adequadamente observado...

Mas o reconhecimento dos limites facticos e jurídicos da tutela através da disciplina legal do acto abortivo e dos trâmites que o antecedem deve ser acompanhado da consciência de que o cumprimento do dever de protecção da vida pré-natal não se realiza apenas nessa sede. Ao Estado



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

cabe combater, na sua génese, as “situações de risco” para esse bem, causadas por factores de educação e por condições de vida e de trabalho, através de medidas educativas e de política social favorecedoras de uma concepção responsável e da disponibilidade para a prossecução da gravidez. Quando se trata de valorar globalmente a efectivação, pelo Estado, do mínimo de protecção da vida intra-uterina a que está obrigado, essas medidas devem ser contabilizadas, pois também elas (melhor, sobretudo elas) contribuem para uma redução do número de abortos – o objectivo da imposição daquele dever. E a realista avaliação de que não é de esperar um resultado expressivo, nesse sentido, do regime legal da interrupção voluntária da gravidez só deve conduzir a uma apreciação redobradamente positiva, também nesta perspectiva, de instrumentos preventivos, actuantes no domínio da educação sexual e planeamento familiar e de apoio à maternidade e à família, mais distantes, mas mais eficazes.

E medidas desta natureza, recomendadas pelas instâncias europeias, como instrumentos de diminuição do recurso ao aborto – cfr., em particular, a “Resolução do Parlamento Europeu sobre Direitos em Matéria de Saúde Sexual e Reprodutiva”, de 2003, já referenciada no Acórdão n.º 617/2006 – têm sido introduzidas, no nosso ordenamento jurídico, por numerosos diplomas.

Para além dos já mencionados nesse aresto, têm uma actuação particularmente significativa, neste campo, o Decreto-Lei n.º 105/2008, de 25 de Junho, que institui medidas sociais de reforço da protecção social na maternidade, paternidade e adopção integradas no subsistema de solidariedade; o Decreto-Lei n.º 245/2008, de 18 de Dezembro (procede à alteração do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto, o qual passou a prever o abono de família pré-natal como forma de protecção nos encargos familiares); o Código do Trabalho, revisto pela Lei n.º 7/2007, de 12 de Fevereiro, o qual contém toda uma subsecção (Subsecção IV da Secção II do Capítulo II – artigos 33.º a 65.º) dedicada à “parentalidade”, com disposições tuteladoras dessa situação familiar; o Decreto-Lei n.º 91/2009, de 29 de Abril, que estabelece o regime jurídico de protecção social na parentalidade, no âmbito do sistema previdencial e no subsistema de solidariedade (revoga o Decreto-Lei n.º 105/2008, de 25 de Junho); a Lei n.º 60/2009, de 6 de Agosto, que estabelece o regime de aplicação de educação sexual em meio escolar e o Decreto-Lei n.º 201/2009, de 28 de Agosto, que procede à alteração do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto, o qual passou a prever a bolsa de estudo como forma de protecção nos encargos familiares.

É de concluir que vigora, no nosso sistema, um conjunto diversificado de medidas, em número e com um alcance bastante para que, tendo-as também em conta, se possa sustentar que o Estado português não cruza os braços perante o fenómeno do aborto, antes está activamente empenhado em combatê-lo.

De resto, na nossa história legislativa, a regulação da prática da interrupção voluntária da gravidez, foi associada, desde o início, aquando da implantação do “modelo das indicações”, a intervenções com vista à “protecção activa da maternidade”. De facto, em 1984, a Assembleia da República não aprovou apenas uma lei sobre interrupção voluntária da gravidez: definiu um complexo de instrumentos legais tendentes a assegurar apoio à maternidade. Visou-se, intencionalmente, a criação de um edificio legislativo composto por várias peças, actuantes articuladamente no mesmo sentido, de forma a potenciar a eficácia interventiva do conjunto – cfr. o Relatório de José de Magalhães, cit., 3-4.

Poderá, porventura, alegar-se que, entre nós, as prestações públicas de educação sexual e de apoio à maternidade estão ainda longe de atingir o grau de eficiência já alcançado pelos países mais avançados, neste domínio. Mas não pode esquecer-se que o que está em causa é um mínimo de protecção, não a protecção ideal.

11.4.19. Por todo o exposto, pode concluir-se que as normas dos artigos 1.º – na parte em introduz a alínea e) do n.º 1 e a alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal –, 2.º, n.º 2, e 6.º, n.º 2, da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, não estão feridas de inconstitucionalidade, por violação do artigo 24.º, n.º 1, da Constituição.»



ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Não se descortinam razões para divergir, no que concerne à protecção da vida intra-uterina, da jurisprudência do Tribunal Constitucional fixada nesta passagem do Acórdão n.º 75/2010.

Não obstante, caberá ao legislador ponderar, de forma conscienciosa, os resultados da aplicação da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, expressos no estudo entregue juntamente com a Petição, e reflectir sobre uma eventual necessidade da sua alteração.

Face ao exposto, a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias é de parecer:

- a) Que o presente parecer deve ser remetido à Comissão de Saúde;
- b) Que deve ser dado conhecimento do presente parecer à primeira subscritora da Petição.

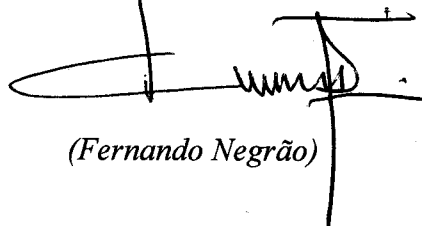
Palácio de S. Bento, 17 de Outubro de 2011

A Deputada Relatora



(Andreia Neto)

O Presidente da Comissão



(Fernando Negrão)