

O site do Tribunal Constitucional utiliza Cookies para melhorar a sua experiência de navegação e para fins estatísticos.

Ao visitar-nos está a consentir a sua utilização. [Saiba mais](#)

X

[TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 25/1984]

ACÓRDÃO N.º 25/84

Processo n.º 38/84.

Plenário.

Relator: Conselheiro Costa Aroso.

Acordam no Tribunal Constitucional:

1 — Objecto do pedido e fundamentos

O Presidente da República, ao abrigo do n.º 1 do artigo 278.º da Constituição, conjugado com o n.º 1 do artigo 51.º da Lei n.º 28/72, de 15 de Novembro, requer a este Tribunal a apreciação preventiva da constitucionalidade da norma relativa à chamada «exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez» constante do artigo 1.º do Decreto n.º 41/III, da Assembleia da República.

Para tanto, invoca os seguintes fundamentos:

Competindo-lhe o poder de efectuar ou recusar a sua promulgação, considera necessário, antes de mais, que, previamente à decisão que entenda tomar, este Tribunal se pronuncie sobre tal constitucionalidade, dado que diversas entidades, organizações nacionais e muitos cidadãos, alguns deles técnicos consagrados na área das ciências médicas como na área da ciência jurídica, entendem que, nos casos limitados previstos na nova redacção ao n.º 1 do artigo 140.º do Código Penal, a exclusão da ilicitude do aborto é, entre nós, incompatível com o

princípio da inviolabilidade da vida humana estabelecido no artigo 24.º da Constituição, ou que, pelo menos, é de duvidosa constitucionalidade.

Para tanto, aquelas entidades e organizações apresentam, de entre outros, como fundamentos essenciais da tese da inconstitucionalidade da norma que despenaliza, ainda que com certas limitações, a interrupção voluntária da gravidez, as razões que, em síntese, se passam a enunciar:

1) A Constituição estabelece no seu artigo 24.º que a «vida humana é inviolável» e que «em caso algum haverá pena de morte»; se ambos os princípios estão inseridos no «direito à vida» (epígrafe desse artigo 24.º) a sua amplitude ou extensão conceituai é diversa porque, em termos técnico-jurídicos, as penas, mesmo a de «morte», só têm sentido relativamente a pessoas criminalmente imputáveis, isto é, que, além do mais, tenham idade e idade superior a determinado limite mínimo;

2) Assim, a «vida humana» referida no n.º 1 do artigo 24.º da Constituição abrangeria também a vida humana intra-uterina que, a ser assim, estaria protegida, ao menos indirectamente, na Lei Fundamental até porque esse entendimento postula um dado da ciência médica que, como tal, é aceite pelo sistema jurídico português actual que, nessa parte, não é substancialmente diverso daquele que vigorava na altura em que a Constituição foi elaborada ou revista:

a) Quer o Código Penal anterior, quer o actual, para além de estabelecerem a ilicitude do aborto, consideram-no um atentado contra a vida das pessoas, como resulta da inserção sistemática da respectiva tipificação;

b) No Código Civil, os nascituros são protegidos desde o momento da concepção para diversos efeitos, designadamente na perfilhação (artigo 1855.º), na presunção da paternidade e reconhecimento (artigos 1810.º, 1822.º, 1825.º e 1847.º) e, sobretudo, para efeitos sucessórios (artigo 2033.º).

3) Deste modo, pelo recurso à «unidade do sistema jurídico», como critério interpretativo (artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil), a expressão «vida humana», usada no artigo 24.º da Constituição consagraria a tese que defende que a «vida humana começa com a fecundação» e que com a fecundação ou a concepção se gera ou surge um ser humano. Assim, o aborto seria, por natureza, um atentado contra o direito à vida, qualquer que seja o momento ou as circunstâncias em que é praticado.

4) Por isso, a exclusão da ilicitude do aborto, ainda que limitada aos casos e condições previstas no artigo 141.º do Código Penal, na redacção proposta, infringiria

directamente o princípio da inviolabilidade da vida humana e, reflexamente, outros princípios ou normativos constitucionais, tais como:

a) O da igualdade dos direitos dos cônjuges à manutenção dos filhos, consagrado no n.º 3 do artigo 36.º, uma vez que o texto dos novos artigos 139º e 141.º do Código Penal apenas exige o consentimento da mulher grávida;

b) O da igualdade dos valores «paternidade» e «maternidade» que, por força do artigo 57.º da Lei Constitucional n.º 1/82, foram mandados inscrever como epígrafe no artigo 68.º da Constituição e consagrados, como «valores sociais eminentes» no n.º 2 desse artigo 68.º:

c) O do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 25.º, na medida em que o aborto significaria um trato cruel, degradante e desumano para a criança que é destruída e eliminada;

d) E ainda o princípio da defesa da «dignidade da pessoa humana» (artigo 1.º da Constituição), o da «realização pessoal» conferido aos membros da «família» (artigo 67.º, n.º 1), o do «desenvolvimento integral» das crianças (artigo 69º), o da plenitude dos direitos dos que sofrem de deficiência física ou mental (artigo 71.º), etc.

Acabamos de reproduzir quase *ipsis verbis* o pedido e seus fundamentos.

Ouvido o Presidente da Assembleia da República sobre o pedido e seus fundamentos, invocou o teor do debate havido no seio daquele órgão constante do respectivo Diário, 1.ª série.

II — Antecedentes próximos do diploma em apreço

Antes, porém, de entrar na sua apreciação, não será inútil falar dos antecedentes do diploma *sub judice*, ou seja um pouco da sua história mais recente.

A problemática do aborto surgiu proximamente com a apresentação, na Assembleia da República, pelo Partido Comunista dos projectos de lei n.ºs 307/II, 308/II e 309/II intitulados, respectivamente, «Protecção e defesa da maternidade», «Garantia do direito ao planeamento familiar e educação sexual» e «Interrupção voluntária da gravidez», publicados na 2.ª série do Diário da Assembleia da República, n.º 50, de 6 de Fevereiro de 1982.

Mais tarde, o Partido Social Democrata apresentou também um projecto (o projecto n.º 374/II) sobre «Direito ao Planeamento Familiar».

De 9 a 11 de Novembro de 1982 (Diário da Assembleia da República, 1.ª série, n.ºs 10 a 12, daquele mês) foram discutidos os projectos, tendo sido aprovados na generalidade e descendo à Comissão de Saúde, Segurança Social e Família somente os projectos n.ºs 307/II e 374/II sobre defesa da maternidade e planeamento familiar, respectivamente. Por sua vez, o projecto n.º 308/II foi rejeitado.

E rejeitado também foi o projecto n.º 309/II sobre interrupção voluntária da gravidez depois de discutido na sessão daquele mesmo órgão de 11 de Novembro.

Da leitura do respectivo Diário (n.º 12, de 12 de Novembro de 1982) colhem-se ou podem colher-se elementos jurídicos e outros com interesse para apreciação do objecto do pedido.

Esporadicamente, a quando da apresentação e discussão de um projecto de autorização legislativa relativo ao novo Código Penal, algumas intervenções tiveram lugar sobre o crime de aborto nele previsto (Diário, 1.ª série, n.ºs 114, 121 e 122, de 7, 17 e 20 de Julho de 1982). Discussão não despendianda também.

Na sessão legislativa subsequente, certamente por o Código Penal não ter afinal resolvido o problema do aborto nos termos assumidos no referido projecto n.º 309/II, o partido acima indicado veio a apresentá-lo de novo na íntegra (Diário, 2.ª série, n.º 1, de 1 de Julho de 1983).

Por sua vez, mais tarde o Partido Socialista veio a apresentar uma alternativa menos ambiciosa constante do projecto n.º 265/III (Diário, 2.ª série, n.º 73, de 14 de Janeiro de 1984), desistindo aquele primeiro partido do seu.

A discussão do projecto n.º 265/III veio a processar-se conforme consta daquele Diário, n.ºs 67 e 68, de 26 e 27 de Janeiro de 1984, com aprovação na generalidade desse projecto bem como de mais dois projectos do PS e do PSD sobre educação sexual e planeamento familiar e protecção da maternidade e paternidade (projectos n.ºs 267/III e 272/III, respectivamente), com rejeição dos projectos n.ºs 5 /III, 6/III e 7/III que o PCP apresentara também sobre as matérias referidas em último lugar.

A matéria relativa ao projecto referido sobre interrupção voluntária da gravidez, depois de discutido na especialidade pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, foi aí aprovada com algumas alterações.

Seguidamente, subiu a plenário para aprovação final global (Diário, 1.ª série, n.º 75, de 15 de Fevereiro de 1984), vindo a obtê-la por maioria simples. O mesmo se diga dos projectos relativos à «educação sexual e planeamento familiar» e à «defesa da maternidade e da paternidade» também objecto de aprovação final global na mesma sessão, depois de prévia discussão e votação na especialidade na respectiva Comissão Parlamentar.

Não ficará sem lembrança que o anteprojecto de Código Penal do Prof. Eduardo Correia de 1966 (Parte Especial) contemplava no seu artigo 152.º o problema do aborto terapêutico, aceitando a sua não punibilidade sob condições bastante particularizadas.

Da discussão desse preceito na Comissão Revisora, ainda naquele ano, e do respectivo relato (só publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 286, referente a Maio de 1979) consta a exposição de motivos feita pelo seu insigne autor do seguinte modo:

E o autor do anteprojecto tomou a palavra para afirmar que a solução do problema da incriminação do abono depende em larga medida da concepção do mundo e da vida que se perfilhe. Para além disso, porém, devem respeitar-se as concepções dominantes e essas atribuem ao aborto um carácter proibido, considerando-o como um acto ilegítimo de disposição da vida de outrem. Outro problema é o de saber se não haverá casos em que o aborto deve ser justificado. As possíveis causas são a indicação médica, as razões eugénicas, as sociais e as éticas. O anteprojecto admite como única causa de justificação do aborto a indicação médica (artigo 152.º: Aborto terapêutico). Excluem-se todas as outras indicações como causa de justificação embora se admita que possam eventualmente funcionar como causas de atenuação da culpa fazendo reduzir a punição aos limites do artigo 151.º

Quanto às razões eugénicas, como por exemplo a esquizofrenia do pai ou os casos dos bebés-talidomida, não se oferecem garantias quanto ao controle da sua verificação, o que desde logo impede a sua eficácia como causas de justificação. O mesmo se deve dizer das razões sociais como, por exemplo, no caso de família pobre e com muitos filhos. Além do mais, estamos sempre referidos a um Estado social, um Estado que, ante a impossibilidade dos pais deve substituir estes na assistência à família. Maiores problemas se levantam no domínio das razões éticas. Alguns códigos como, por exemplo, o brasileiro consagram-nas como causa de justificação, pelo menos em relação aos casos menos discutíveis, como, por exemplo, o caso da mulher engravidada contra a sua vontade e em consequência da prática de um crime (violação, estupro). O autor do anteprojecto manifestou todas as dúvidas que teve nesta matéria e as razões que finalmente o levaram a decidir como decidiu. Por um lado, a dificuldade em averiguar, sobretudo em relação à mulher casada, se a gravidez é devida ao autor do crime; depois, o problema da autoridade competente para autorizar o aborto; a ser o tribunal, a sua decisão poderia demorar, o que colidiria com o interesse oposto, o de estabelecer um prazo limitado para a interrupção da gravidez. Daí se conclui que a criar-se um tipo de justificação, ele teria forçosamente de ser muito limitado. Esta consideração foi mesmo a que acabou por decidir o autor do anteprojecto a eliminar o tipo de justificação em causa que, aliás, chegou mesmo a projectar com a seguinte redacção:

O aborto praticado por um médico não é punível quando possa aceitar-se que a gravidez está ligada ao crime de violação, incesto ou inseminação artificial e o tribunal a requerimento da mulher o autorizou. O requerimento deve ser apresentado ao juiz, ao Ministério Público ou à Polícia Judiciária no prazo de 30 dias contados desde o acto do crime e a vontade nele expressa pode ser revogada até ao momento da intervenção que nunca pode efectuar-se depois de decorridos mais do que vinte semanas depois do início da gravidez.

Posto isto, o artigo 149.º e a punição nele prevista devem ser conexionados com o artigo 151.º As indicações que atrás foram declaradas insuficientes para justificar o aborto podem, no entanto, atenuar sensivelmente a culpa do agente fazendo incluir a punição nos termos deste último artigo [...]

A prática normal do aborto não pode fazer esquecer nem a sua ilicitude nem a função correctiva que o direito deve assumir na sociedade em que se insere.

Também deve ser aqui notado que, na proposta de lei aprovada pelo IV Governo Constitucional, em 11 de Julho de 1979, e, em seguida, apresentada à Assembleia da República, sendo Ministro da Justiça o referido Prof. Eduardo Correia, se admitia somente a «interrupção da gravidez por indicação médica» e sensivelmente e na substância, em termos idênticos aos do referido anteprojecto da sua autoria. As diferenças são de pormenor, nomeadamente uma referência expressa agora à remoção do perigo, não apenas de «morte ou de grave e irreversível lesão da saúde ou da integridade física», mas também da «integridade psíquica» da mulher grávida. E também menos pormenores quanto às condições de que ficava dependente a intervenção médica (cf. Boletim do Ministério da Justiça, n.º 291, Dezembro de 1979). Tal proposta de lei não veio a ter andamento na Assembleia da República ao que não terão sido alheias as circunstâncias de, entretanto, ter caído o IV Governo apresentante e, um pouco mais tarde, a própria Assembleia ter sido dissolvida com a automática caducidade da mesma proposta ex vi do artigo 170.º, n.º 4, da Constituição (versão originária).

III — Diferenças entre o novo Código Penal e o diploma específico que nos ocupa. Possível explicação

Porque este precisamente vem alterar, por força do seu artigo 1.º, a redacção a três artigos do Código Penal (que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1983) ou sejam os seus artigos 139.º, 140.º e 141.º, deve perguntar-se antes de mais como se explica que, passado tão pouco tempo, sem a experiência ter fornecido quaisquer ensinamentos para a reforma das soluções que aí, bem ou mal, ficaram plasmadas, o legislador tenha sentido a necessidade de o alterar a tão breve trecho.

Como é sabido esse Código, embora atento aos ensinamentos da criminologia e da política criminal sobre a chamada despenalização de certas formas de aborto, problema que entre nós e lá fora, no último decénio, tem tido respostas específicas do tipo daquela que o poder legislativo acaba de dar, procurou resolver tal problema por uma forma genérica, suprimindo mesmo a tipificação da causa de justificação que quer o anteprojecto quer a proposta de lei referidas mantinham no que toca à indicação médica ou aborto terapêutico.

Sem deixar de punir na parte especial todas as modalidades de aborto, sem distinção, esse Código não deixou de atender, de certo modo, na parte geral, às críticas de que era alvo o velho Código.

Parece ter-se entendido que não era necessário v. g. despenalizar o chamado aborto terapêutico, [que, aliás, alguns autores já consideravam não punível v. g. no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. 43, pp. 177 e segs. e intitulado «L'interruption de la grossesse» em face da fórmula do § 4.º do artigo 358.º do Código Penal de 1866 quando pune o médico que abusando da sua profissão praticar o aborto; Prof. Figueiredo Dias, O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal, pp. 431-433; Alcides de Almeida, O Aborto consensual, pp. 137 e segs. (1)] ou qualquer dos outros tipos (aborto eugénico, aborto criminológico e até, quiçá, aborto por motivações sociais e económicas) porque as fórmulas da parte geral desse Código sob as epígrafes «direito de necessidade», «estado de necessidade desculpante» e «conflito de deveres» (artigos 34.º, 35.º e 36.º) forneciam ao julgador as respostas mais adequadas e ajustadas a cada uma dessas situações.

Por outro lado, não se terá julgado oportuno despenalizar certas formas de aborto uma vez por todas em face das concepções contrárias e tradicionais entre nós, designadamente por acção dos ensinamentos da Igreja Católica. Ou não se terá acreditado na bondade das soluções aconselhadas pela política criminal e já experimentadas em muitos países, não obstante a proclamada ineficácia da repressão penal perante a falta de reacção das chamadas instâncias sociais de controlo (polícia, médicos, comunidade social) e quiçá, et pour cause, dos próprios tribunais, que não seriam sequer chamados a castigar os infractores ou, então, quando chamados, não fariam uso das sanções penais na convicção

(1) Com maior segurança em Legislação Médica Anotada, I, a p. 51, do mesmo autor e de Miranda Duarte.

de que são sobretudo as mulheres das classes sociais mais desfavorecidas da população as que acabam por cair nas malhas da justiça, com a desigualdade relativa disso resultante (2). 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, menos severos mas, por isso mesmo, quantas vezes mais capazes de encontrar eco no coração das mulheres grávidas — dizem esses estudiosos. Sem deixar de punir as mulheres que recorram ao aborto sem as motivações do tipo das que subjazem àquelas quatro modalidades — acrescentam.

Daí o arsenal de medidas preconizadas pela ciência criminológica e ciências afins, as quais se podem englobar sob os conhecidos nomes do «planeamento familiar», «educação sexual», «defesa da maternidade e paternidade» e que a Assembleia da República, como vimos, igualmente aprovou e decretou.

IV — Direito Comparado; Jurisprudência constitucional estrangeira

1 — Depois de uma brevíssima digressão sobre os antecedentes próximos do diploma que nos ocupa, convém também um ligeiro apontamento sobre o que há a tal respeito — para não ir mais longe — nas legislações europeias que em Portugal mais procuradas são — França, Itália e Alemanha — como pontos de referência e fonte de sugestões. Também ainda por razões de falta de tempo suficiente, seguiremos de perto o que foi escrito na muito conhecida e citada Informação-Parecer n.º 31/82, de 13 de Abril de 1982, dimanada da Procuradoria-Geral da República, e que foi publicada no já citado Boletim, n.º 320, referente a Novembro daquele ano, pp. 224-271. Aí se refere quanto à lei francesa (lei n.º 75-17, de 17 de Janeiro de 1975) o seguinte:

Que tal lei começa por garantir o respeito de todo o ser humano «desde o começo da vida» e por declarar que não é admissível qualquer atentado a este princípio senão em caso de necessidade e segundo as condições nela definidas (artigo 1.º);

Que, no artigo 2.º, declarou suspensa, por um período de cinco anos, a aplicação das disposições das quatro primeiras alíneas do artigo 317.º do Código Penal, quando a interrupção voluntária da gravidez for praticada antes do termo da 10.ª semana por um médico num estabelecimento hospitalar público ou num estabelecimento hospitalar privado que satisfaça ao disposto no artigo 176.º do Código da Saúde Pública;

Que as disposições seguintes integram um novo capítulo desse último código e fixam as condições em que pode praticar-se licitamente a interrupção voluntária da gravidez;

Que tal lei tem um dispositivo genérico para a que for praticada antes do termo da 10.ª semana de gravidez assim concebido:

A mulher grávida que, devido a esse estado se encontra em situação de angústia (détresse) pode pedir a um médico a interrupção da gravidez [...];

Que tem depois um preceito específico para o aborto por motivos terapêuticos do seguinte teor:

A interrupção voluntária da gravidez pode, a todo o tempo, ser praticada se dois médicos atestarem, após exame e discussão, que o prosseguimento da gravidez ponha em perigo grave a saúde da mulher ou que exista uma forte probabilidade de que a criança que virá

(2) Sobre a explicação para as soluções genéricas do novo Código Penal, é útil a leitura da intervenção parlamentar do Ministro da Justiça Menéres Pimentel, no Diário da Assembleia da República, 1.^a série, n.º 122, de 20 de Julho de 1982, a pp. 5106 e segs.

a nascer seja portadora de uma afecção de particular gravidade, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico;

Que o texto da referida lei contém várias disposições para os procedimentos a adoptar tanto naquela como nestas hipóteses (respectivamente, aborto até à 10.^a semana por situação de angústia, aborto a todo o tempo por motivos terapêuticos, inclusive o que outros chamam aborto eugénico), incluindo os trâmites a percorrer, os deveres da interessada e do médico, objecção de consciência, estabelecimentos autorizados, custos da hospitalização, etc.;

Que tal diploma estabelece sanções para a prática da interrupção da gravidez, quando essa tiver lugar fora das condições em que é autorizada, bem como para a propaganda ou publicidade relativas aos estabelecimentos autorizados, aos medicamentos, produtos, objectos ou métodos destinados a praticar as ditas práticas;

Que a dita lei contém ainda as medidas necessárias para a divulgação em matéria de regulação de nascimentos, nomeadamente através de centros de planificação e educação familiar, com destaque para a disposição (artigo 15.º) determinando que em nenhum caso a interrupção voluntária da gravidez deve constituir um meio de regulação de nascimentos.

Por sua vez, a lei italiana (lei n.º 194, de 22 de Maio de 1978), segundo ainda a Informação-Parecer mencionada, tem, em síntese, o seguinte conteúdo:

Começa por declarar que o Estado garante o direito à procriação consciente e responsável, reconhecendo o valor social da maternidade e tutelando a vida humana desde o seu

início com a observação de que a interrupção da gravidez não é meio para regulação dos nascimentos (artigo 1.º);

Várias disposições relativas aos deveres do Estado e de outros entes públicos em matéria de serviços sócio-sanitários e consultórios familiares para assistência e informações às mulheres grávidas;

No artigo 4.º regula a interrupção voluntária da gravidez nos primeiros 90 dias, consentida à mulher que se encontre em situação em que «a prossecução da gravidez, o parto ou a maternidade comportem um sério perigo para a sua saúde física ou psíquica, em relação ou ao seu estado de saúde ou às suas condições económicas, sociais ou familiares, ou às circunstâncias em que surgiu a concepção ou à previsão de anomalias ou malformações dos nascituros»;

Nos artigos seguintes estabelece o procedimento a observar (consulta médica, internamento em consultórios e estruturas sócio-sanitárias, pareceres médicos, pausa para reflexão, atestados, etc.);

No artigo 6.º regula a interrupção após os primeiros 90 dias (aborto terapêutico), autorizando-a em duas hipóteses específicas: a gravidez ou o parto implicarem grave perigo para a vida da mulher; ou se hajam confirmados processos patológicos, designadamente relativos a graves anomalias ou malformações do nascituro, determinantes de grave perigo para a saúde física ou psíquica da mulher;

Que nas disposições subsequentes se regulam sucessivamente a verificação dos pressupostos do aborto terapêutico, as condições em que a interrupção voluntária da gravidez, em geral, pode ser praticada (serviços hospitalares, internamentos, etc.), a objecção de consciência, o processo a seguir pelas interessadas com vista à interrupção, com preceitos particulares relativos a menores de 18 anos, interditas por enfermidade mental, etc.;

O artigo 17.º trata das sanções, diversificadas em função da existência ou inexistência do consentimento da grávida;

O artigo 19º trata das sanções para a interrupção fora das condições em que a lei autoriza;

O artigo 20.º prevê o agravamento das penas quando o crime é cometido por quem levantou a objecção de consciência;

Por fim, o artigo 20.º revoga todo o título X do livro II do Código Penal, (com a epígrafe «Dos delitos contra a integridade e a saúde da estirpe» e, cremos, ainda não alterados desde a publicação em 1930 daquele diploma — supomos nós) e ainda outras disposições do mesmo.

Finalmente, a lei alemã-ocidental introduziu (em 1974 e em 1976), várias alterações no Código de 15 de Maio de 1871, §§ 218 e 219, com o seguinte conteúdo actual.

Seguimos aqui a síntese das reformas relativas ao aborto que se contém no Tratado de Derecho Penal (Parte general), edição espanhola do original alemão de 1978 da autoria de H. H. Jescheck, p. 144, do teor seguinte:

Na secção 16 os preceitos penais sobre o aborto foram modificados primeiramente pelo Parlamento com a 5.ª lei de reforma do direito penal de 16 de Julho de 1974 no sentido de que, conformemente ao § 218a, não era punível a interrupção da gravidez realizada por um médico com o consentimento da mulher grávida, sempre que não tivessem decorrido mais de doze semanas desde a concepção (a chamada solução do prazo). Porém, este preceito, que representava a solução mais radical até agora realizada na tradicional estabilidade do direito penal alemão e na respectiva escala de valores foi declarado nulo pelo Tribunal Constitucional Federal por violação do artigo 2.º, II, 1, da Lei Fundamental (direito à vida) na sua relação com o artigo 1.º, I (dignidade humana). A regulação definitiva da questão foi realizada pela 15.a lei de reforma de 18 de Maio de 1976 com uma ampliação da solução das indicações. A principal finalidade desta lei foi impor um serviço de consulta à assistência pública e privada para impedir o mais possível a interrupção da gravidez (§ 218b). Se apesar dessa consulta, a grávida decide abortar, não é castigada, sempre que a interrupção se pratique antes que decorram doze semanas a partir da fecundação (§ 218 III, 2). Mesmo quando não tenha tido lugar a consulta e a intervenção abortiva não seja realizada por um médico, o tribunal pode isentar de pena a grávida, se esta se encontrava numa situação de especial necessidade (§ 218 III, 3). De acordo com o § 219 não se consideram aborto no sentido penal as acções cujo efeito se produza antes da nidificação ou implantação do ovo fecundado no útero. Como causas de exclusão da pena no aborto são reconhecidas a indicação médica, eugenia ética e a situação de necessidade (§ 218a).

Mas, quanto a este, é melhor transcrever o seu teor:

I — Não é punível a interrupção da gravidez feita por um médico quando:

1.º A grávida consente; e

2.º A luz dos conhecimentos médicos e tendo em conta as condições actuais e futuras da vida da grávida, a interrupção da gravidez está indicada para evitar à grávida um perigo de vida ou um perigo de grave dano para a saúde física e psíquica e esses perigos não se podem remover de qualquer outro modo que se exija que a grávida suporte.

II — Consideram-se verificados os pressupostos do n.º I, 2.º, quando, de acordo com os conhecimentos médicos:

1.º Há fortes motivos para prever que, por razões de hereditariedade ou influências danosas antes do nascimento, a criança nasceria incuravelmente atingida na sua saúde, com tal gravidade que é inexigível a continuação da gravidez;

2.º A grávida tenha sido vítima de um crime previsto nos §§ 176 a 179 e há já fundadas razões para se acreditar que a gravidez foi por ele provocada; ou

3.º Para além disso, a interrupção da gravidez é indicada para remover o perigo de um estado de necessidade que:

- a) É tão grave que não se exige que a grávida leve ao termo a gravidez; e
- b) Não pode ser evitado por qualquer outro meio tal que seja exigível à grávida que o suporte.

(Cf. Costa Andrade, «O aborto como problema de política criminal», apud. Revista da Ordem dos Advogados, n.º 39, Maio-Agosto de 1979, p. 322).

Cremos bastarem estas informações da legislação francesa, alemã e italiana, para concluir com o referido estudo que não só em Portugal se tem sentido a necessidade de tipificar as motivações que possam justificar ou isentar de pena o crime de aborto.

Remetemos para esse estudo quanto às demais informações nele contidas, inclusive as respeitantes a documentos de índole internacional com ligação e interesse para estudo mais exaustivo da protecção concedida por esses diplomas quer à vida humana dos indivíduos já nascidos, quer até da vida humana dos indivíduos já concebidos mas ainda não nascidos, v. g. a Declaração Universal dos Direitos da Criança aprovada pelas Nações Unidas (apud Boletim do Ministério da Justiça, n.º 245, pp. 338 e segs.).

2 — Não deixaremos finalmente de notar que as jurisdições constitucionais da França (Conseil Constitutionnel), Itália (Corte Costituzionale) e Alemanha-Ocidental (Tribunal Constitucional Federal) tiveram ocasião de se pronunciarem sobre a conformidade das leis referidas no n.º 1 com as constituições respectivas.

A solução a que chegou a primeira jurisdição (francesa), por decisão de 15 de Janeiro de 1975, foi negativa, isto é, não considerou inconstitucional a lei citada no número anterior deste capítulo e, por isso, ela pôde ser promulgada, estando em vigor (cf. *Le controle de la Constitutionnalité des lois en France et a l'étranger*, apud «Documents d'études», sob a direcção de Georges Burdeau, pp. 13 e 14). O Tribunal Constitucional italiano não chegou, pelo menos até hoje, a pronunciar-se sobre a lei de 1978, referida no n.º 1 deste capítulo IV. Todavia, ainda no domínio da lei velha (Código Penal de 1930), por aquela revogada na parte respeitante ao crime de aborto, pronunciou-se, na sua sentença de 18 de Fevereiro de 1975, no sentido da inconstitucionalidade do artigo 546.º desse Código, na parte em que não previa que a gravidez pudesse ser interrompida quando a prossecução da gestação implicasse dano ou perigo grave, medicamente verificado e não evitável de outro modo, para a saúde da mãe.

Fundou-se nos artigos 31.º e 32.º (protecção da maternidade e da saúde) conjugados com o artigo 2.º (direitos invioláveis do homem), da Constituição respectiva considerando que o

direito à vida por parte do nascituro não podia prevalecer sobre a vida e saúde da mãe, quando os dois valores estivessem em colisão (estado de necessidade), devendo prevalecer por superiores os da mãe, para os efeitos daquele artigo 546.º (cf. Quaderni della Giurisprudenza Costituzionale, nova série, n.º 5, pp. 327-329. ed. Giuffrè, Milano, 1976).

Finalmente, o Tribunal Constitucional Federal (1.ª secção), na sua sentença de 25 de Fevereiro de 1975, declarou nulo o § 218a, do Código Penal, tal como resultou da 5.ª lei de reforma de direito penal, por incompatibilidade com o artigo 2.º, n.º 2, alínea l) (direito à vida) conjugado com o artigo 1.º, n.º 1 (dignidade humana) da respectiva Constituição, na medida em que esse preceito da dita 5.ª lei excluía a punibilidade da interrupção da gravidez mesmo quando não existem motivos que, segundo os desenvolvimentos contidos na parte daquela sentença, relativa aos fundamentos, tinham consistência perante a ordem constitucional de valores, contentando-se apenas com o facto de o aborto ter lugar antes do termo das primeiras doze semanas de gravidez.

Mas não declarou inconstitucionais as restantes normas daquela lei, ou sejam o § 218 (punição do crime de aborto), 218b («interrupção da gravidez depois das doze semanas» quando existem motivos), nem o § 218c (sob a epígrafe «interrupção da gravidez sem informação e sem consulta»), nem o § 219 («interrupção da gravidez sem parecer»).

Não se conhece decisão do mesmo Tribunal sobre a 15.a lei que introduziu algumas modificações no artigo 218a, de harmonia com as directivas que a sentença de 18 de Fevereiro de 1975 deu ao legislador, na base de uma norma da lei orgânica desse Tribunal (3). Não seria fácil todavia, que o mesmo Tribunal declarasse agora inconstitucional tal preceito, naquela nova redacção, se esta foi concebida, como se disse, de harmonia com aquelas directivas. Como se viu no n.º 1 deste capítulo IV, o novo artigo 218a, reconhece como causas de exclusão da pena no aborto a indicação médica, eugénica e situação de necessidade.

(3) Cf. a obra já citada Quaderni della Giurisprudenza Costituzionale, com a dita sentença desde pp. 248 a 313, incluindo três votos dissidentes.

V — Limites de competência do Tribunal Constitucional nas suas relações com a liberdade conformativa do legislador

1 — Cremos ser agora de prosseguir, aproximando-nos um pouco mais do problema constitucional posto.

Tornam-se, porém, absolutamente indispensáveis considerações prévias sobre os poderes funcionais deste Tribunal, sobre os limites da sua competência, quando aprecia a constitucionalidade de uma lei que é submetida ao seu controlo.

E isso é indispensável não só para entrar no conhecimento do pedido formulado pelo Presidente da República mas também desfazer equívocos de quem quer que seja a tal respeito.

Por vezes, tem-se sentido que o Tribunal Constitucional é como que um areópago, «um conselho de sábios», que poderia corrigir os erros políticos ou de política legislativa cometidos, real ou supostamente, pelas entidades que, entre nós, detêm a competência legislativa (a Assembleia da República, o Governo, etc.).

Para tanto seria preciso que o Tribunal Constitucional possuísse não só uma competência técnica nos mais variados domínios do conhecimento, como se fosse, por exemplo, um miniparlamento, mas também competência funcional para emitir valorações (que não sejam as que a Constituição permite), para controlar os objectivos políticos do legislador quanto à sua correcção e oportunidade, bem como os prognósticos feitos pelo legislador quanto ao resultado futuro da sua obra: por exemplo, no caso, avaliar até que ponto a nova lei sobre o aborto, por si ou combinada com as leis de defesa da maternidade, planeamento familiar, etc., será capaz de realizar o objectivo de, pelo menos, diminuir as já referidas cifras negras relativas aos abortos clandestinos.

Isso não está, nem nunca esteve, no âmbito da missão dos tribunais constitucionais, até porque eles teriam então de interferir a todo o momento nos poderes legislativos da Assembleia e do Governo, o que seria contrário a um dos mais fundamentais princípios da organização política, ou seja o chamado princípio da separação dos poderes a que se refere o artigo 114.º da nossa Constituição, cuja génese remonta aos primórdios do constitucionalismo liberal.

Por várias vezes, e a diversos títulos, a Comissão Constitucional procurou chamar a atenção para as fronteiras que separavam os seus poderes e os do Conselho da Revolução face ao poder discricionário do legislador, tais as dificuldades que por vezes se levantam em traçar a linha de demarcação entre aqueles e este (4).

O mesmo se passa agora com o nosso Tribunal Constitucional, herdeiro, nesse aspecto, dos poderes daqueles dois órgãos constitucionais anteriores à lei de revisão constitucional de 1982. Para não falar do que se passa quanto às jurisdições constitucionais estrangeiras, designadamente as já referidas da Itália e Alemanha Ocidental, onde o mesmo acontece [cf. Stein, *Derecho Politico*, trad. espanhola do alemão, pp. 64 e segs.; E. Friensenhahn, apud *Actualité du controle jurisdictionel*, 1973; K. Larenz, *Metodologia do Direito* (tradução de Sousa e Brito e José A. Veloso), p. 493; Otto Bachof, *Estado de Direito e poder político: Os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*, trad. de J. M. Cardoso da Costa, separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 56 (1980); Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, II, pp. 783 e 1412].

Os problemas de conformidade ou desconformidade com a Constituição têm de ser confinados aos limites postos à actividade legislativa por este diploma.

(4) Além de outros, sirvam de exemplo os pareceres seguintes: n.º 13/80, de 13 de Maio (cap. III, n.º 3) e 10/80, de 8 de Abril (voto de vencido do Prof. Figueiredo Dias), apud Pareceres da Comissão Constitucional, edição da Imprensa Nacional, vols. 12.º, p. 117, e 11.º, p. 235, sobre a tão polémica questão da delimitação dos sectores económicos; parecer n.º 4/79 sobre o ensino particular (ibidem, vol. 7.º, p. 235, n.ºs 3 e 5).

Ora, não sendo a Constituição um código detalhado das relações que refere, mas apenas um código de parâmetros dentro dos quais se há-de desenvolver o poder legislativo da sua obra de conformação das relações sociais, mesmo no que toca aos direitos fundamentais, deixa a este uma margem de liberdade ou de poder discricionário mais ou menos amplo, sobretudo quando o sentido daquela é ambíguo ou equívoco e, assim, o Tribunal Constitucional só poderá censurar juridicamente tal uso quando ele contraria manifestamente a ordem constitucional de valores, quando o legislador adopte valorações inequivocamente refutáveis ou manifestamente erróneas.

Na dúvida, o Tribunal deverá fazer interpretação da lei conforme à Constituição, presumindo que o legislador respeita a Constituição (presunção de constitucionalidade das leis).

Escreve Bachoff, no lugar citado, com directo e manifesto relevo para a tarefa que nos ocupa:

Se se pode dizer assim que os tribunais constitucionais (estaduais e federal alemães) souberam em geral traçar correctamente as fronteiras entre o direito e a política, uma tal afirmação não vale, todavia, sem excepções. Objecto muito mais crítico do que de concordância foi-o, por exemplo, a decisão do Tribunal Federal Constitucional de 25 de Fevereiro de 1975, que declarou nula uma lei de 1974 que atenuava largamente e em parte eliminava a punibilidade da interrupção da gravidez. O Tribunal entendeu que a nova regulamentação ia contra a protecção da vida, consignada no artigo 2.º, n.º 2, da Lei Fundamental. Ora, pode certamente concordar-se com o Tribunal em que este preceito tem por objecto não só a protecção dos indivíduos já nascidos mas também da vida ainda por nascer.

Todavia, o problema de saber se a protecção é melhor assegurada através de outros meios (por exemplo, através de serviços de consulta e assistência, etc.), o problema de saber se a protecção começa imediatamente após a concepção ou só passadas doze semanas, o problema de saber se existem razões, e quais, que devam levar a considerar admissível excepcionalmente uma interrupção da gravidez (indicação médica, indicação eugénica, indicação criminológica, indicação social, etc.) — tudo isso são questões que não encontram resposta imediata na Constituição, e para cuja decisão o legislador há-de dispor conseqüentemente de uma larga margem de liberdade. No caso, o Tribunal invadiu esta margem de liberdade, pelo que as críticas parecem justificadas.

2 — No que se refere, propriamente, ao poder legislativo de definir os crimes e as penas atribuído pelo artigo 168.º, n.º 1, alínea c), da nossa Lei Fundamental, é de dizer, ao menos em linha de princípio, que não há imperativos constitucionais absolutos de criminalização/descriminalização/despenalização, mas tão só uma ordem de valores constitucionais (não hierarquizados) que podem pôr imperativos relativos de criminalização.

Em conferência recente no Centro de Estudos Judiciários, o docente, investigador e político de Coimbra, Costa Andrade, subordinada ao tema «O novo Código Penal e a Moderna Criminologia» (apud Jornadas de Direito Criminal, editadas por aquele Centro, 1983, vol. I, pp. 187 e segs.) pôde asseverar-se (nota 34, a pp. 227 e 228):

Tanto os conceitos de dignidade penal e carência de tutela penal como os princípios neles envolvidos ancoram directamente na Constituição de um Estado democrático, assumindo, por isso, a respectiva consistência. É o que ilustra a experiência da doutrina germânica que tem fundamentado aqueles conceitos e princípios nas normas da Lei Fundamental relativas à dignidade, liberdade, proporcionalidade, ou ao próprio Estado de Direito. [...]

E isto em termos cuja procedência no contexto jurídico-constitucional português se afigura reforçada, dado designadamente o teor do n.º 2 do artigo 18.º introduzido pela lei de revisão constitucional:

A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias [...] devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Convirá ainda sublinhar que o sentido teleológico daqueles conceitos e princípios não joga exclusivamente contra a criminalização ou a favor da descriminalização. Pelo contrário, pode também apontar para soluções de criminalização ou opor-se a soluções de descriminalização. No estado actual do pensamento político-criminal e jurídico-constitucional não será líquida a existência de imperativos absolutos de criminalização de raiz constitucional. Não se prova, com efeito, que a tutela constitucional de determinados valores vincule necessariamente à sua tutela penal.

Mas já não será arriscado sustentar que a objektive Wertordnung (Sax) constitucional implica imperativos relativos de criminalização. Parece, por exemplo, inquestionável a inconstitucionalidade de leis que descriminalizando infracções lesivas de valores pessoais mantivessem ou reforçassem a criminalização de lesões de valores patrimoniais. O mesmo se diga das leis que, pelo recorte da ilicitude ou pelo teor das sanções, subvertessem claramente a hierarquia querida pela Constituição entre aquelas ordens de valores [...]

Este entendimento das coisas revela-se prene de consequências. Tanto no plano material — a ilegitimidade constitucional de criminalizar/descriminalizar em contravenção dos princípios sumariamente expostos — como no plano orgânico-formal.

Quanto a este último, importa, acima de tudo, salvaguardar o «primado político do legislador» (Bachoff) nos espaços de discricionariedade decorrente do princípio da subsidiariedade. A subrogação de qualquer outro órgão neste domínio, designadamente o Tribunal Constitucional, representaria uma questionável transposição das fronteiras entre o jurídico o político e uma violação do princípio da separação de poderes. Como refere Bachoff, deve reservar-se ao legislador a competência para definir os objectivos políticos e os critérios de adequação, bem como assumir os riscos pelas expectativas ou prognósticos sobre cuja antecipação assentam as suas decisões normativas.

Isto foi escrito a propósito do que se diz no texto da conferência relativamente à corrente criminológica que advoga quer a descriminalização de certos crimes, como o aborto e outros, quer a criminalização de factos

ex novo.

VI — A norma ou normas arguidas de inconstitucionalidade

Podemos agora mais facilmente entrar na apreciação do pedido, começando pelo seu objecto e depois pelos fundamentos expostos no capítulo I.

1 — Registemos em primeiro lugar o que o artigo 1.º da nova lei em projecto traz de novo quanto à ilicitude ou exclusão de ilicitude no crime de aborto relativamente às soluções normativas dos artigos 139.º, 140.º e 141.º do novo Código Penal vigente.

Notemos antes de mais que o aborto consensual e não consensual continua a ser um ilícito penal, continuando, assim, a merecer protecção penal a vida intra-uterina do nascituro.

A descrição do ilícito é praticamente a mesma que figurava naqueles três artigos, agora concentrados num só (o artigo 139.º), com ligeiras alterações de conteúdo, resultantes da necessidade que houve, em pura lógica, de exceptuar das hipóteses de ilicitude as que agora ficam com essa ilicitude excluída, e do mais que se vai dizer a seguir.

Os escalões ou molduras punitivas continuam praticamente as mesmas («prisão de 2 a 8 anos», «prisão até 3 anos», «prisão até 2 anos» e «prisão não superior a 2 anos»), com

alteração do último para «prisão não superior a 1 ano», correspondente ao tipo privilegiado ou seja o tipo de aborto para «ocultar a desonra da mulher» ou, como agora se diz, «para ocultar a reprovação social da mulher». A agravação de um terço do máximo das penas para a hipótese de resultar do aborto ou dos meios empregados a morte ou grave lesão da saúde física e psíquica da mulher mantém-se (n.º 5 do novo artigo 139.º). Observa-se, no entanto, que agora se diz explicitamente que tal agravação só terá lugar se esses efeitos ou resultados de morte ou lesão grave para a saúde pudessem ter sido previstos como consequência necessária da conduta do agente, o que afasta a possibilidade de aplicação da norma geral do n.º 3 do artigo 14.º do Código Penal ou seja do que doutrinamente se chama dolo eventual (previsão dos resultados como possível), o que por si só parece manifestamente insuficiente para visualizar inconstitucionalidade (que, aliás, não está referida no pedido).

Também se mantém aquela agravação para o agente que se dedica habitualmente à prática do aborto ou que o realizar com intenção lucrativa. Deixa de se consignar que tal agravação não é aplicável à mulher (no caso de não ter morrido, é claro). Mas esta última solução terá de considerar-se mantida a fortiori dado o sentido de maior «benevolência» do novo diploma no seu conjunto em relação à solução explícita até agora do Código Penal.

As inovações contêm-se, assim, fundamentalmente na nova redacção do artigo 140.º, concebido nos termos seguintes:

1) Não é punível o aborto efectuado por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida quando segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

a) Constitua o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física e psíquica da mulher grávida;

b) Se mostre indicado para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física e psíquica da mulher grávida, e seja realizado nas primeiras doze semanas de gravidez;

c) Haja seguros motivos para prever que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação, e seja realizado nas primeiras dezasseis semanas da gravidez;

d) Haja sérios indícios de que a gravidez resultou da violação da mulher e seja realizado nas primeiras doze semanas da gravidez;

2) A verificação das circunstâncias que excluem a ilicitude do aborto deve ser certificada em atestado médico escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, o aborto é realizado;

3) A verificação da circunstância referida na alínea d) do n.º 1 depende ainda da existência de participação criminal da violação.

Analisando este preceito no conjunto dos seus vários números e alíneas, e à luz das fontes criminológicas, de política criminal e de direito comparado já referidas, nele se tipificam três causas de exclusão da ilicitude do aborto consensual da mulher grávida, a saber acolhem-se os chamados aborto terapêutico [n.º 1, alíneas a) e b)], o aborto eugénico [n.º 1, alínea c)] e o aborto criminológico [n.º 1, alínea d)]. Note-se que naquele primeiro tipo há duas modalidades, uma, a do aborto independente de prazo e outra, a do aborto nas primeiras doze semanas.

Não teve acolhimento o que naquelas fontes é conhecido pela designação de aborto por causas sociais e económicas, que, tanto quanto se sabe, é o que de longe é mais frequente e praticado em grande escala, a ele sobretudo se devendo as chamadas cifras negras desta modalidade de delinquência. Tanto o aborto terapêutico como o eugénico são muito menos frequentes, tanto quanto se pode saber, e não seriam por si sós suficientes para a criminologia e para os políticos se preocuparem com a procura e implementação de medidas não penais para o combate ao chamado flagelo do aborto.

Ponto será que os médicos (não pondo de lado as restantes instâncias de controlo) saibam respeitar, deontologicamente, como lhes cumpre, as regras da sua arte — permita-se que se diga de passagem.

Se assim acontecer, mantendo-se, como se mantém o princípio da ilicitude do aborto, tanto o que é consentido (o mais frequente), como o não consentido pela mulher (hipótese rara) continuando esse ilícito a merecer a tutela do direito penal, só se dando abertura àqueles três tipos excepcionais, não se pode falar de descriminalização, mas apenas de despenalização parcial ou limitada.

É assim, pelo menos, no plano teórico, não se podendo aqui dizer que na prática vai acontecer o contrário, ou seja que aquela pequena abertura se vai converter em abertura total, em liberalização ou descriminalização (tout court). Mais longe foram outras legislações europeias da mesma família jurídica, sem que os tribunais constitucionais (ou órgãos equivalentes, como o Conselho Constitucional francês) pudessem reagir ou reagissem, como já vimos em capítulo anterior — não significando que este Tribunal aprove ou desaprove, de outros pontos de vista, noutros planos, estas novas medidas legislativas, o que estaria fora da sua missão, da sua competência funcional, tal como a que lhe é atribuída pela Constituição. Mais adiante se verá, no plano constitucional, o único em que se pode mover, a opinião ou solução deste Tribunal.

Fechemos este parêntesis para continuar na análise do conteúdo das novas normas abrangidas no âmbito do pedido feito nos termos referidos no capítulo I para depois podermos passar à Constituição e ver até que ponto ela protege a vida humana, na fase intra-uterina.

Assim, consideremos a nova redacção dada ao artigo 141.º do Código Penal pelo artigo 1.º do decreto da Assembleia da República. Segundo este, aquele fica assim redigido:

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

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

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

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

Transcrito o preceito, cujo apuramento técnico não tem aqui lugar, é de concluir apenas, no objectivo que o Tribunal tem de prosseguir, que se trata de uma norma tornada necessária em consequência de se dar abrigo ao aborto consensual pelas motivações já referidas.

Norma do mesmo tipo se encontrava, quer no anteprojecto do novo Código Penal, antes e depois do trabalho da respectiva comissão revisora, quer no projecto de lei apresentado à Assembleia da República em 1979 pelo IV Governo Constitucional, por, em ambos, se prever também um tipo de aborto consensual, o aborto terapêutico, como se viu no capítulo 11, para não falar das leis estrangeiras.

Dada a gravidade da intervenção para os interesses da mulher, a necessidade de preservar a sua vontade e dar-lhe alguma segurança, os termos do seu consentimento foram regulados.

Observa-se que normalmente ela terá um prazo de reflexão de três dias, pelo menos. Supletivamente, por incapacidade da mulher, seja qual for a sua causa, procura-se no preceito transcrito um consentimento de substituição, v. g. o do marido.

5 — Ficou-se, assim, à quem de soluções que, lá fora, e cá (pelo menos nos últimos dez anos), têm sido defendidas, não se acolhendo o aborto por situação de necessidade económico-social.

E defendidas não só em termos de política criminal, mas até ao nível jurídico-constitucional. Para não falar já do projecto de lei que o Partido Comunista apresentara na Assembleia da República em 1982, com o ulterior apoio de outros partidos já no âmbito da sua discussão na generalidade, como na sua repriminção na legislatura em curso, diremos que tal tipo não era afastado, pelo menos afoitamente, pela nossa doutrina. Se não atraioamos o seu pensamento, iam nesse sentido os estudos do Prof. Figueiredo Dias nos seguintes trabalhos (e, porventura ainda outros que não pudemos consultar, pelo breve ou brevíssimo prazo que é consignado pela Lei Orgânica deste Tribunal em sede de fiscalização preventiva, prévia á promulgação): «A reforma do Direito Penal Português. Princípios e orientações fundamentais», apud Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. 48 (1972), Os novos rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português, Lisboa, 1983, pp. 14, 27 principalmente; «Lei Criminal e controlo de criminalidade», separata da Revista da Ordem dos Advogados, maxime pp. 23 e 28; «Direito Penal e Estado-de-Direito material», separata da Revista de Direito Penal, Forense, Rio de Janeiro, 1982. Podem ainda citar-se o Prof. Costa Andrade, já no citado estudo O aborto como problema da Política Criminal e outros estudos já citados em V. 2.

6 — Cremos que não fica o aborto desprovido de sanção (v. g. penal), mantendo-se a sua reprovação social, tão importante no seu fim pedagógico ou correctivo.

E isto é de considerar aqui ao menos para tranquilizar tanto quanto possível as consciências que se guiam na vida por motivos éticos e religiosos, neste ponto e em tantos outros, e para esclarecimento de que as leis ou o Direito não cobrem, em toda a extensão, o conteúdo das normas éticas, mesmo quando elas se deixam guiar por um «mínimo ético», como sucederá no domínio penal. Não vale a pena citar nomes ilustres do pensamento cristão que, de um modo geral, aceitam e até recomendam que as leis não devem estabelecer sanções penais para todas as acções más daquele ponto de vista (ético), contentando-se com as sanções morais ou religiosas. De um modo geral, dissemos, porque quanto ao aborto, todos sabemos que não é essa a doutrina da Igreja no momento que passa e que vem de mais longe, não obstante as hesitações em épocas passadas, em que as descobertas da ciência e da medicina eram praticamente nulas.

VII — As normas ou princípios constitucionais invocados como fundamentos da inconstitucionalidade

1 — Antes de mais são invocadas no pedido as normas ou princípios constitucionais do artigo 24.º, n.º 1 («a vida humana é inviolável») e do artigo 25.º, n.ºs 1 e 2 («1 — A integridade moral e física dos cidadãos é inviolável»; «2 — Ninguém pode ser submetido a tortura nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos»), a interpretar de harmonia com o princípio da «dignidade da pessoa humana» (artigo 1.º).

Temos aqui na devida conta a Informação-Parecer da Procuradoria-Geral da República já citado atrás por ter analisado exaustivamente o problema da constitucionalidade do projecto 309/II e não poder deixar, assim, de analisar não só essas como outras normas e princípios constitucionais. Não podemos, porém, segui-lo *pari passu* por representar repetição ociosa.

Chegou-se à conclusão de que tais normas e princípios não permitiam com segurança concluir que neles estivesse abrangida a «vida humana» intra-uterina, socorrendo-se de todos os meios de que dispõe o intérprete, o jurista, para interpretar o direito.

Cremos, porém, que se pode e deve concluir que também essa vida humana intra-uterina está abrangida nesses preceitos e princípios que lhes subjazem. O que daí não resultará é a conclusão de que, então, se impõe ao direito, penal ou civil, tutelar essa vida, como veremos adiante.

Para tanto não será necessário recorrer à metafísica, como alguns pretenderiam.

Se assim fosse, não poderia o direito conferir tutela mesmo à vida humana já nascida. Também há uma metafísica ou pode haver centrada na pessoa humana com plena capacidade jurídica de direitos e deveres. Para não cair nela, há que deixar a preocupação de conceituá-la desse ângulo ou ponto de vista metafísico. Todo o direito é para o homem e não este para aquele, tendo de contentar-se com as realidades da vida individual ou social, tal como são entendidas para os fins práticos, mesmo empíricos, a alcançar na regulação (jurídica) dessas realidades.

A expressão «vida humana» está aí na linguagem vulgar e na linguagem científica (ciências que se baseiam na observação dos sentidos, com ou sem o recurso aos instrumentos mais sofisticados de que dispõe a ciência e a medicina). Está aí, digamos, na natureza das coisas apreensível pelos sentidos e pela intuição sensível. Nesse sentido torna-se evidente, sem necessidade de demonstração conceitual ou racional.

Também assim para a vida humana, na fase intra-uterina, anterior ao nascimento. Os progressos da ciência, designadamente da genética, embriologia, fetologia são hoje tão conhecidos que dispensam aqui desenvolvimentos ou demonstrações de qualquer outra ordem. Sem necessidade de mais ou melhor tem sido possível à ciência jurídica abrir-se à compreensão

disso e caminhar no sentido da atribuição de verdadeiros direitos ao nascituro, mais recuadamente do direito de suceder ou capacidade sucessória, mais recentemente o direito à perfilhação ou reconhecimento judicial de filiação, etc.

A objecção de que esses direitos dependem do nascimento, extraída do artigo 66.º, n.º 2, do Código Civil, não tira validade ao argumento, pois sempre se poderá dizer que são direitos potenciais, sob condição suspensiva, mas direitos.

A ideia de uma capacidade jurídica apenas restrita do «nascituro» perde, em minha opinião o carácter chocante, se se considera que o nascituro, enquanto já concebido, é já um ser vivo humano, portanto, digno de protecção, mas enquanto «não nascido» não é ainda um indivíduo autónomo e, nesta medida, é só um «homem em devir» (K. Larenz, Metodologia do Direito, p. 241, nota 11, tradução da 2.ª edição, 1969, do original alemão por José de Sousa e Brito e José António Veloso, ed. da Gulbenkian).

Este pensamento pode receber, de certo modo, confirmação entre os nossos juristas, mesmo entre os defensores da tese abortista.

Entre estes pode citar-se Figueiredo Dias, que, no já citado estudo «Lei Criminal e controlo da criminalidade», teve ocasião de escrever: «Temos para nós não pertencer razão aos que negam que atrás do aborto se possa delinear um bem jurídico com sentido jurídico-penal: qualquer que seja, uma vez mais, a posição que se tome relativamente a saber o que seja o feto do ponto de vista físico e espiritual, não temos dúvidas que à vida fetal pertencem os atributos indispensáveis para o qualificar como bem jurídico penalmente relevante» (p. 23 da separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1976).

Mas, entre os não abortistas, temos por exemplo o Dr. Bigotte Chorão, docente da UCP, o qual escreveu em Democracia e Liberdade, n.º 15, p. 43, a propósito da expressão do artigo 25.º citado:

Não têm faltado intérpretes deste preceito a pretender que ele não abrange a vida antes do nascimento e que, portanto, nada tem a ver com o aborto.

Um argumento de estirpe formal e positivista poderia abonar um tal entendimento: os direitos pressupõem a personalidade jurídica do titular, e esta só se adquire, conforme a lei, aliás, expressamente declara (artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil), «no momento do nascimento completo e com vida».

A conclusões diferentes levará obviamente, uma hermenêutica conforme com a «natureza das coisas».

É que a vida humana existe a partir da concepção podendo com Tertuliano asseverar-se que já é um homem quem está em vias de o ser (homo est et qui est futurus), como também todo o fruto existe já na semente (Gabriel dei Estai, Derecho a la vida e institucion

familiar, Madrid, 1979, p. 66 e seguintes, 246). O feto vivo não é, pois, uma coisa (res), simples parte do corpo da mãe (portio viscerum matris), mas verdadeiro ser humano. Cabe, enfim, falar de um «direito ao nascimento», que, pela natureza das coisas, não pode deixar-se na dependência do nascimento [cf. Unione Giuristi Catollici Italiani, Difesa dei diritto alia nascita (Atti dei Convegno Nazionale di Studio, Roma, 7-9 Dicembre 1972, Milão, 1975)].

Terá sido também um pensamento radicado na natureza das coisas e da ciência que o Tribunal Federal Alemão asseverou com verdade apodíctica que em idêntica expressão «natureza humana» do artigo 2.º, 1, conjugado com o artigo 1.º, 1, da Constituição alemã-ocidental, estava incluída a vida humana anterior ao nascimento.

Nessa estrita medida tal asserto não terá encontrado críticas a avaliar pelo que nos diz Bachof, na já conhecida posição manifestada na conferência que fez na América do Norte, em Portugal, e, porventura, em outros países, e cuja tradução se deve a J. M. Cardoso da Costa (cf. cap. V, n.º 1 in fine).

Todavia, a expressão que aparece em tal Constituição na medida em que diz «Todos têm o direito à vida e à integridade física», não permitiria tão facilmente como a nossa que diz simplesmente «a vida humana é inviolável», sem o empecilho que a palavra «todos» pode constituir.

A interpretação constitucional é, aliás, mais objectiva que subjectiva, por se referir a um diploma de cuja maior rigidez se não pode duvidar e que pode tornar mais necessária uma interpretação actualista e, portanto, mais objectiva, de maior adequação às circunstâncias do momento em que haja de servir de padrão à feitura da legislação subordinada.

É também a interpretação que, para nós, melhor se harmoniza com o princípio jurídico fundamental regulativo da própria interpretação das normas constitucionais, designadamente as referentes aos «direitos, liberdades e garantias, como são os chamados direitos da personalidade, a saber o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição).

Todos os direitos fundamentais têm a sua base e a sua unidade de sentido a partir dele, especialmente os «direitos, liberdades e garantias» (cf. J. C. Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, 1983, pp. 97 a 141).

Propendemos, assim, para dar uma certa inflexão a todo o pensamento da referida informação-parecer da Procuradoria-Geral da República num sentido mais afirmativo, o que, aliás, como logo advertimos, não nos parece ter uma necessária consequência no sentido da inconstitucionalidade das normas que estão em causa, como veremos.

2 — Quanto às demais normas constitucionais invocadas pelo Presidente da República, embora tão só como adjuvantes da interpretação do artigo 24.º, n.º 1, concordamos, em suma, com as conclusões a que chegou a referida informação-parecer.

As normas do artigo 68.º, n.º 2, mesmo com o acrescento da lei de revisão, segundo o qual a «paternidade e maternidade são valores sociais eminentes», do artigo 67.º, n.º 1, «realização pessoal dos membros da família», do artigo 69.º (desenvolvimento integral das crianças) e do artigo 71.º (gozo pleno dos cidadãos física ou mentalmente deficientes) não podem, na verdade, valer senão como reflexos do princípio da dignidade humana e mesmo do direito à vida, já que sem este todos os demais direitos, v. g. os enunciados, ficariam sem base ou suporte.

Uma palavra mais referente ao princípio da igualdade de ambos os cônjuges à manutenção dos filhos (artigo 36.º, n.º 3, da Constituição): não é infringido pela nova redacção dada aos artigos 139.º e 140.º que apenas exigem o consentimento da mulher grávida como condição das intervenções cirúrgicas agora nele previstas.

Os nascituros, em qualquer fase do seu desenvolvimento uterino, embora «alimentados» pela corrente sanguínea da mãe, não têm, apesar disto, um direito a alimentos no sentido que esta expressão tem no sistema jurídico. Titular deste direito a alimentos contra o pai teria sempre de ser a mãe, durante toda a fase de gestação (cf. também o artigo 158.º do Código Penal vigente quanto ao consentimento em matéria de intervenções médicas ou cirúrgicas).

3 — Face ao exposto nos números anteriores, poderia parecer, perante um preceito que qualifica a vida humana «inviolável», que a lei que excluísse ainda que em parte a tutela do direito penal, como a lei que estamos apreciando, seria materialmente inconstitucional por «violiar» tal vida.

De notar é, porém, que a palavra «inviolável» serve também outros «direitos, liberdades e garantias» consignados na Constituição.

Assim sucede com os artigos 25.º («a integridade moral e física dos cidadãos é inviolável»), 34.º («O domicílio e o sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada são invioláveis»), 41.º, n.º 1, («A liberdade de consciência, da religião e de culto é inviolável»).

Outras constituições usam idêntica expressão. Assim a Constituição Alemã-Occidental emprega-a no artigo 1.º, n.º 2, 2.º, n.º 2, 4.º, 10.º, 13.º; a Italiana, nos artigos 2.º, 13.º, 14.º, 15.º; e também, de certo modo, a Francesa, quer no seu Preâmbulo A), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, quer no Preâmbulo B).

No entanto, a expressão sugere que tais direitos, liberdades ou garantias que a Constituição qualifica como «invioláveis», são constitucionalmente mais fortes, mais vinculativos para as entidades públicas e privadas.

Tal, porém, não significa que hajam de valer com tal grau de vinculação em todas as situações.

No caso — situações conflituais entre os valores ou interesses da mãe e os relativos ao nascituro — o novo Código Penal remeteu-as, essas e outras do mesmo tipo, para cláusulas gerais de exclusão de ilicitude, estado de necessidade desculpante e conflito de deveres (artigos 34.º, 35.º e 36.º).

Por sua vez, a nova lei tipifica com maior amplitude (embora) tais cláusulas gerais na sua aplicação às situações conflituais que prevê.

Será que esta tipificação é inconstitucional, v. g. por falta de precisão, a reflectir-se na dificuldade que, porventura, os médicos terão na sua interpretação e aplicação de modo a orientarem-se na consulta que lhes seja dirigida pelas grávidas e na subsequente passagem dos atestados exigidos?

Será que ela retira aos tribunais o poder de uma apreciação caso por caso, quer da ilicitude, quer da culpa, que são poderes como que conaturais à sua função jurisdicional de administrar justiça que a Constituição lhes atribui?

Durante os debates parlamentares da lei (Diário da Assembleia da República, 1.ª série, n.º 68, de 27 de Janeiro de 1984, maxime pp. 2908, 2909, 2916, 2917, 2918, 2921, 2960 e segs., 2992 e segs., 3057 e segs., 3060 e segs., etc.) houve intervenções que focaram esse (além de outros) aspectos jurídicos.

Se bem que, num aspecto de técnica jurídica, se concorde com tais objecções à lei, não nos parece, todavia, que resida aí inconstitucionalidade por falta de precisão na descrição dos tipos legais justificativos (artigo 29.º da Constituição em conjugação com o princípio do Estado de Direito, com as suas implícitas exigências de precisão na descrição do ilícito penal) ou por invasão dos poderes jurisdicionais cometidos pela Constituição exclusivamente aos tribunais (artigos 206.º e segs. da Constituição).

O facto de os normativos em causa se dirigirem, antes de mais, às pessoas que os invoquem a seu favor, aos médicos que hajam de proceder às verificações exigidas para a passagem dos atestados, aos estabelecimentos oficiais ou oficialmente reconhecidos, sem excluir os próprios médicos que hajam de intervir por meios médicos ou cirúrgicos, e terem, por isso, de ser interpretados e aplicados por todos com o rigor exigível em matéria de tão extraordinária delicadeza sob pena de sanções criminais e disciplinares, não depõe a favor da solução de que tais normativos violem aqueles preceitos e princípios constitucionais.

Nada impede que, no âmbito do direito sanitário, deontológico e, porventura, ainda outros, a lei seja objecto de uma regulamentação que facilite tal tarefa, e cremos mesmo que ela será necessária, não estando mesmo excluída pelo diploma em apreço, por em certa medida ser por ele sugerida, quer quando dilata a sua entrada em vigor para 90 dias após a sua publicação (artigo 6.º), quer quando refere que os estabelecimentos de saúde se «organizarão de forma adequada para o efeito» (artigo 3.º, n.º 2), etc. Uma das melhores intervenções parlamentares a

tal respeito, por partir de um médico, a tal aspecto se referiu com certa amplitude (cf. Diário citado, p. 3057 e segs.) fazendo acreditar na necessidade sentida pelos médicos de tal regulamentação.

Além disso, o princípio da legalidade na descrição dos tipos de ilicitude penal, por si ou conjugado com as exigências da certeza e segurança nesse campo, ditados pelo princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da Constituição), não exigirá uma precisão ao nível da linguagem empírica, por ser incompatível com a natureza do ilícito penal que, além de elementos descritivos da conduta punível, tem, a cada passo, hoje mais do que no passado, necessidade de elementos normativos e, portanto, valorativos.

Aliás, tal precisão é exigida ao nível constitucional e legal mais para a definição do crime do que para a descrição das causas de exclusão de ilicitude ou de culpa, como é sabido por todos aqueles que se dedicam a estes problemas.

Também não vemos que seja retirada de facto ou de direito aos tribunais a sua competência constitucional quando chamados a pronunciarem-se sobre qualquer caso de intervenção abortiva que saia fora das condições em que a nova lei a permite. Pode dizer-se até que a possibilidade da sua intervenção será, quiçá, agora mais facilitada pela maior possibilidade de controlo das instâncias formais e não formais de controlo com a consequente maior eficácia da sua acção, na medida em que as intervenções terão de ser feitas para não serem penalmente sancionadas em estabelecimento oficial ou oficialmente reconhecido...

4 — A matéria relativa à colisão ou situação conflitual que pode gerar-se entre os valores ou interesses do nascituro e os da mãe merece ser aprofundada um pouco mais, à luz da Constituição portuguesa e da doutrina respectiva.

O problema deve ser enquadrado em sede de colisão de direitos ou deveres constitucionalmente protegidos. É nesse quadro que a citada informação-parecer dimanada da Procuradoria-Geral da República coloca a matéria.

É também nesse quadro que os nossos constitucionalistas parecem colocar o problema, v. g. com certa explicitude, embora sem dar uma resposta específica, Vieira de Andrade, na obra já citada «Os direitos fundamentais...», p. 221, quando faz, além de muitas outras, a seguinte pergunta: «Poderá ser absoluta a proibição do aborto?»

O mesmo autor acentua logo: «A solução dos conflitos ou colisões não pode ser resolvido com o recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais. Não se pode sempre (ou talvez nunca) estabelecer uma hierarquia entre os bens para sacrificar os menos importantes. Os próprios bens da vida e integridade pessoal, que o n.º 4 do artigo 19.º parece positivamente considerar como bens supremos, podem ser sacrificados, total ou parcialmente (basta lembrar, em geral, os casos de rapto em que os Governos se recusam a negociar com os terroristas e proibem até as famílias de satisfazerem os pedidos de resgate)».

E, mais adiante, ao tentar a resposta a dar, em sede jurídico--constitucional, ao problema genérico do conflito de bens ou valores — ou seja a solução de recurso ao princípio da concordância prática (ver, a este respeito, também Canotilho, *Direito Constitucional*, 3.^a edição, Coimbra, 1983, pp. 503 e segs.) — acrescenta que este critério se executa através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito e exige que o sacrifício de cada um dos valores seja necessário e adequado à salvaguarda dos outros.

Acrescenta finalmente:

A questão do conflito de direitos ou valores depende, pois, de um juízo de ponderação, no qual se procura, em face das situações, [...] encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto de valores constitucionais (à ordem constitucional).

É, nessa medida, uma actividade simultaneamente de interpretação e de restrição — de interpretação restritiva —, mas que parece dever, tal como a concretização de limites imanentes, integrar-se na competência interpretativa do juiz e, em geral, dos aplicadores da Constituição.

Disto e do mais que aí se diz, inclusive na parte a seguir tratada quanto às limitações da actividade legislativa na matéria dos «direitos, liberdades e garantias», que contributos poderão resultar para a solução do problema mais concreto que nos ocupa?

Ficam testadas ou infirmadas as soluções que para trás foram sendo adiantadas?

Embora a vida humana intra-uterina do nascituro e a da mãe pareçam, *prima facie*, ter ou dever ter o mesmo «conteúdo essencial» — tanto que se afirma do lado da ciência não haver nenhuma diferença qualitativa entre uma e outra — não podemos, porém, esquecer que para o direito pode não ser assim, estando a ciência jurídica ainda longe de uma plena equiparação não obstante alguns progressos que lentamente vão sendo alcançados.

A evolução a tal respeito não é tal que se possa falar de capacidade jurídica geral, mas apenas «restrita», do nascituro e assim é impossível ou, pelo menos, muito difícil organizar a defesa da vida humana que já lhe compete constitucionalmente.

E, assim, o conflito dos dois bens ou valores pode ter uma solução diferente daquela que teria se o conflito se desenhasse após o nascimento. Para o demonstrar basta a tradição jurídica nacional que, como é sabido, nunca equiparou o aborto ao homicídio. As concepções sociais dominantes são também no mesmo sentido.

Em todo o caso, o sacrifício de uma em face da outra, embora devendo ser proporcional, adequado e necessário à salvaguarda da outra (incluindo aqui a vida e a «integridade física» ou físico-psíquica — artigo 25.º — da mãe) pode ser maior ou menor em

face da ponderação que o legislador faça no caso concreto, sempre restando, então, uma certa liberdade conformativa do legislador dificilmente controlável pelo juiz, pelo Tribunal Constitucional.

Estamos, assim, caídos, ao fim e ao cabo, com muitas ligeiras diferenças, nas soluções que a doutrina germânica tem defendido perante preceitos e princípios constitucionais idênticos, até porque neste ponto a Constituição ocidental-alemã inspirou fortemente a Constituição portuguesa, ou sejam as que em síntese ficaram referidas no capítulo V — 1 e 2.

Poder-se-á objectar que aqueles requisitos — proporcionalidade, necessidade e adequação — do sacrifício da vida humana intra-uterina parecem faltar pelo menos no aborto eugénico e criminológico.

Aqui podem as dúvidas ser cruciantes — e são-no mesmo, para o relator.

Embora possamos admitir e compreender que malformações graves do futuro filho e mesmo uma gravidez resultante de violação possam gerar situações que se reflectiam gravemente na saúde fisio-psíquica da mulher grávida e que, então, entre a doença e a morte não irá grande distância, sérias dúvidas se poderiam suscitar quanto à verificação daqueles três requisitos (proporcionalidade, necessidade e adequação).

Em todo o caso, sempre seria de acentuar que no confronto de um valor não juridicamente subjectivado — o da vida humana intra-uterina — com outros valores juridicamente subjectivados na mulher grávida, com a natureza de direitos fundamentais, é lícito admitir a possibilidade de sacrifício daquele, que não deixe de observar os aludidos três requisitos, principalmente quando tal é apenas admitido — como sucede no decreto em apreço — nas primeiras semanas da gravidez.

Como quer que seja, mesmo na constância de dúvidas insuperáveis, que o relator não pode inteiramente afastar, sempre haveria de entender-se dever prevalecer a presunção de não inconstitucionalidade.

VIII — Decisão

Assim, o Tribunal Constitucional não se pronuncia pela inconstitucionalidade das normas constantes do artigo 1.º do Decreto n.º 41/III, da Assembleia da República, relativo à «Exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez».

Lisboa, 19 de Março de 1984 — Joaquim da Costa Aroso (com ressalva das minhas convicções morais, filosóficas e religiosas) — Jorge Campinos — Luís Nunes de Almeida —

Mário de Brito — Antero Alves Monteiro Diniz — José Martins da Fonseca — Vital Moreira — José Magalhães Godinho — José Manuel Cardoso da Costa (vencido, nos termos da declaração que anexo) — Mário Augusto Fernandes Afonso (vencido, conforme declaração de voto que junto) — Raul Mateus (vencido, conforme declaração de voto junto) — Messias Bento (vencido, nos termos da declaração de voto que junto) — Armando M. Marques Guedes, vencido, com declaração de voto junto).

DECLARAÇÃO DE VOTO

1 — Tenho por seguro que o artigo 24.º, n.º 1, da Constituição da República, ao reconhecer que «a vida humana é inviolável» protege não apenas a vida «já nascida» mas também «a vida por nascer» — a vida intra-uterina. E protege-as — tenho-o igualmente por seguro — ao mesmo título, já que da mesma vida se trata: daquela que se abre a cada homem para a realização de um projecto e de um destino únicos e irrepetíveis, mas cuja potencialidade singular já se encontra inteira no próprio embrião.

Esta visão das coisas tem por si os mais modernos ensinamentos da ciência, mormente da biologia e da genética. Mas além disso é a que corresponde à concepção antropológica inscrita na longa tradição cultural inspiradora da nossa comunidade e sua matriz axiológica: a concepção do homem como portador de uma identidade pessoal absoluta, identidade que não surge com o nascimento mas vem de um momento anterior, e que leva, portanto, a incluir os próprios nascituros naquele que Vinit Haksar expressivamente chama o egalitarian club — ou seja, o conjunto dos seres que, segundo uma right-based tradition, têm direito a igual respeito e consideração (autor cit.. Equality, Liberty and Perfectionism, Oxford, 1979, passim). Dito por outras palavras — as palavras impressivas que foram as do então deputado H. Barrilaro Ruas: a concepção antropológica segundo a qual o nascituro é já «um ser humano, um daqueles para quem se criou a lei e o direito, a sociedade e o Estado; um daqueles que foram sonhados desde o fundo dos tempos e trazem já em si, pequenina e discreta, a estrela de um destino pessoal» (Diário da Assembleia da República, 1.ª série, de 12 de Novembro de 1982, p. 341).

Ora, em meu modo de ver basta que o entendimento apontado do artigo 24.º, n.º 1, da Constituição seja o conforme à concepção antropológica e à tradição cultural imperante no País para que dele deva partir-se na determinação do alcance desse princípio constitucional. Pois, se não é de bom conselho que a Constituição se ancore a postulados ideológicos muito definidos (sempre unilaterais), nem de boa hermenêutica que na sua interpretação se opere a partir dos mesmos postulados ou pontos de vista, já a sintonia da «lei constitucional» com a tradição cultural da comunidade a que respeita (a «cultura constitucional», espaciotemporalmente situada) é pedra de toque da sua mesma legitimidade e força normativa, e o arrimo a essa tradição, por conseguinte, tópico primordial da respectiva interpretação.

2 — A vida humana é protegida na Constituição em sede de direitos fundamentais e a esse título. Dispõe, portanto, da «qualificada» protecção concedida a esses direitos — que é, por assim dizer, uma protecção constitucional «reforçada» (cf., nomeadamente, artigo 18.º).

Do que antes se disse resulta que entendo não caber, a tal respeito, nenhuma acepção — nenhuma distinção essencial — entre a vida já nascida e a vida intra-uterina. Nenhuma distinção, isto é, assente na ideia de que a protecção desta última é só uma protecção menor ou parcial, que abranja apenas, v. g., a realidade (objectiva) «vida intra-uterina», mas já não o direito (subjectivo) do feto a nascer. É que, desde logo, não vejo como a protecção daquela realidade possa conceber-se sem o reconhecimento deste direito, sejam quais forem as dificuldades de enquadramento dogmático do mesmo direito que se suscitem no plano — aliás, puramente instrumental e não directamente normativo — da construção jurídica.

Entretanto, e mesmo quanto a estas dificuldades, bastará lembrar, por um lado, que não é estranho em absoluto à dogmática jurídica o reconhecimento de direitos a nascituros (cf. Código Civil, artigo 66.º, n.º 2) e, por outro, que em matéria de direitos fundamentais haverá de operar-se com um conceito amplo e, por assim dizer, bastante plástico de «direito subjectivo» (cf. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, Coimbra, 1983, p. 164) — bastará lembrar isso, para concluir que não será por insuprível falta de um suporte estrutural subjectivo da vida intra-uterina que esta deverá distinguir-se, sob o ponto de vista da protecção constitucional, da vida já nascida.

De resto, sendo a questão em apreço a da conformidade de determinadas normas com um princípio constitucional, bem pode dispensar-se na sua análise o lado subjectivo considerado, pois que há-de ser logo directamente o lado objectivo-valorativo desse princípio (o lado objectivo do «direito fundamental» em causa) a fornecer o critério da respectiva solução (cf. V. Andrade, *cit.*, p. 167). Ou, como disse o Tribunal Constitucional Federal Alemão, pronunciando-se sobre questão semelhante à nossa: «Se e, sendo o caso, em que medida o Estado está constitucionalmente obrigado à protecção jurídica da vida intra-uterina, é coisa que pode logo extrair-se do conteúdo jurídico objectivo dos direitos fundamentais» (sentença de 25 de Fevereiro de 1975, em *L'aborto nelle sentenze delle corti costituzionali*, Milano, 1976, p. 209). Ora, postas as coisas unicamente nesta perspectiva, dir-se-á então — e julgo ser o suficiente para fundamentar a afirmação, acima feita, do não cabimento de uma distinção essencial (pelo menos para os efeitos que aqui importam) entre a vida já nascida e a vida intra-uterina — que a protecção constitucional desta não tem sentido se nela não for incluída, antes de mais, a possibilidade de nascer.

3— A protecção constitucional da vida humana, incluindo a vida intra-uterina, implica para o Estado, antes de mais, o dever de abster-se de condutas que representem agressões a esse bem ou valor jurídico fundamental: expressão privilegiada desta dimensão negativa do direito à vida é, desde logo, a do artigo 24.º, n.º 2, da Constituição (proibição da pena de morte).

Ao lado dela, porém, perfila-se uma vertente ou dimensão positiva da protecção constitucional, que se traduz na obrigação para o Estado de adoptar procedimentos e tomar medidas que salvaguardem e promovam a possibilidade de cada homem viver a sua vida, na realização do projecto ou destino pessoal único que é o seu. E isto, que se diz para o direito à vida, dir-se-á também, naturalmente, para a generalidade dos direitos e valores jurídicos fundamentais.

Entre tais procedimentos conta-se evidentemente — e logo em primeiro lugar — o da conformação do ordenamento jurídico, ao nível do direito ordinário, a esses valores constitucionais, de modo designadamente a que a sua tutela fique assegurada, não só em relação ao Estado, mas ainda em relação a terceiros. Trata-se aqui, na verdade, de uma tarefa primária, e de uma tarefa a cuja realização — no domínio dos direitos, liberdades e garantias — o Estado (scilicet, o legislador) se acha adstrito num especial grau de vinculação. Ora, que papel cabe, no contexto dela, ao direito criminal?

4 — A resposta não pode deixar de ser que o direito penal tem aí um papel particularmente relevante e decisivo. E isto, não só porque o seu instrumentário continua a ser imprescindível para a tutela daqueles valores (já que, muitas vezes, pelo menos; outro se não vê capaz de substituí-lo com idêntica eficácia); como ainda porque as suas normas continuam a ser um mediador privilegiado (e em larga medida insuprível) na transposição dos valores jurídicos constitucionais para a diuturna vida jurídica e social. (E não é um indicador disso mesmo a remissão que se faz, v. g., no artigo 46.º, n.º 1, in fine, da Constituição?).

De resto, se de todos os lados se vem reclamando uma contenção do legislador penal, traduzida tanto no abandono de preocupações e objectivos puramente moralistas, como numa exigência racional de eficácia e de respeito pelos limites da exequibilidade das normas de incriminação; e se de todos os lados se vem desse modo insistindo, pondo a tónica na «subsidiariedade» do direito criminal ou no carácter de ultima ratio da tutela jurídica por ele oferecida, na necessidade de o mesmo se confinar à protecção dos valores ético-jurídicos básicos e essenciais da vida comunitária; — se é assim, não deixa, por outra parte, de justamente apontar-se a tal legislador (ao legislador penal) o quadro de normas e princípios constitucionais como aquele por onde deve orientar-se na busca desses valores ou bem jurídicos essenciais que lhe cabe especificamente proteger. A Constituição surge assim como o horizonte que há-de inspirar e por onde há-de pautar-se qualquer programa de política criminal (sobre este específico ponto, cf. Figueiredo Dias, «Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro», sep. da Revista da Ordem dos Advogados, 1983; e Costa Andrade, «Contributo para o conceito de contra-ordenação», sep. da Revista de Direito e Economia, 1980-1981, pp. 117 e segs.). E um horizonte que «não joga exclusivamente contra a criminalidade ou a favor da descriminalização», mas «pelo contrário pode também apontar para soluções de criminalização ou opor-se a soluções de descriminalização» (C. Andrade, O novo Código Penal e a moderna Criminologia, in «Jornadas de Direito Criminal», Fase I, p. 34).

Certo que das considerações precedentes não se costuma extrair, por via de regra, imperativos constitucionais absolutos de criminalização; mas extraem-se seguramente

imposições relativas (assim chamadas) de criminalizar ou de não descriminalizar. Uma imposição ou um imperativo desta ordem será o que deriva de o legislador não dispor, para a criminalização, de um sucedâneo igualmente eficaz, nomeadamente no que respeita à caracterização da conduta como ilícita — ou seja, no que respeita à «função pedagógica» (poderia dizer-se: à função de «valoração de condutas» e de «discernimento dos espíritos») que ao direito ordinário, em geral, e ao direito criminal, em particular, cabe desempenhar (sobre isto, cf. a sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão, já referida, loc. cit., p. 210 s. e 219 s.). Uma outra imposição constitucional relativa em matéria de criminalização ou descriminalização será a de que ao legislador penal se encontra vedado editar normas que acabem por subverter a ordem de valores constitucional (cf. C. Andrade, loc. cit. por último).

Entretanto, e no contexto que vem de referir-se, não deixa a doutrina de pôr em relevo que «o ónus da prova implícito no princípio da subsidiariedade joga em sentido inverso consoante se trate de descriminalizar ou antes de criminalizar ex novo (Muller-Dietz, apud C. Andrade, loc. cit.). O que não pode senão significar duas coisas: por um lado, que no primeiro tipo de casos há-de ser fornecida uma prova clara da desnecessidade ou inconveniência da criminalização, e de que para esta se encontrou um sucedâneo igualmente eficaz (no sentido acima apontado); por outro lado, que a tradição jurídica é um factor que não pode deixar de ser aí levado em conta.

5 — Dito isto — e voltando à obrigação positiva de protecção da vida humana, incluindo a vida intra-uterina, que para o Estado decorre do reconhecimento constitucional da inviolabilidade desse valor jurídico — nenhuma dificuldade haverá em concluir, cingindo-nos ao aspecto que agora importa, que esse reconhecimento impõe, decerto, a criminalização, em geral, do aborto (ou da interrupção da gravidez). Pois do que se trata, com efeito, é de proteger um valor ou bem jurídico comunitário essencial — de proteger, bem vistas as coisas, o bem jurídico supremo, aquele que é a «base vital» da dignidade humana, pressuposto de todos os outros direitos fundamentais, e fundamento mesmo do próprio sentido de uma comunidade jurídica; e de proteger esse bem jurídico pelo único modo «eficaz», nomeadamente em termos de ficar claro que a violação dele constitui um «ilícito», um acto «contrário ao direito».

E decerto também não haverá dúvida em concluir que um tal imperativo de criminalização se estende mesmo à conduta da mulher grávida — já que nem será admissível (seguramente não o é na nossa tradição cultural) invocar ela em contrário o seu «direito à privacidade», ou a «dispor do próprio corpo», nem a gravidez pode exclusivamente ser encarada na perspectiva de um direito da mulher à sua plena realização pessoal. Antes o embrião e o feto, dependendo embora do corpo da mãe, constituem um ser novo e são portadores de uma «identidade pessoal» diferente da daquela, de tal maneira que, mesmo relativamente à grávida, o aborto (ou interrupção da gravidez) se apresenta com uma indiscutível «dimensão social» (nestes termos, ainda a referida sentença do Tribunal Constitucional Federal, loc. cit., p. 209).

Mas, para além disto, deverá ainda concluir-se que o reconhecimento constitucional da inviolabilidade da vida intra-uterina — a «garantia» constitucional do direito à vida intra-

uterina e do direito de nascer — impõe a criminalização do aborto (ou interrupção da gravidez) sem reservas nem limites? A sua punibilidade em todos os casos ou circunstâncias?

Eis a pergunta primeira e crucial, à luz da qual cumpre equacionar e responder à questão concreta sub Júdice, da constitucionalidade do diploma da Assembleia da República em apreço.

Pergunta tanto mais crucial quanto não pode perder-se de vista que o direito criminal, se é um instrumento privilegiado de protecção de direitos ou valores jurídicos fundamentais, não deixa igualmente de representar, ele mesmo, uma restrição (actual ou potencial) aos mesmos direitos, ou a certos dentre eles, maxime ao direito à liberdade, e à livre realização pessoal.

Mas pergunta sobretudo crucial quando referida às situações concretas de conflito que podem ocorrer em sede de interrupção de gravidez. São conhecidas tais situações de conflito, e não é legítimo iludir o seu real e profundo dramatismo. Pois ainda aí — v. g., quando a morte do feto é condição de sobrevida da mãe, ou de remoção de lesão grave e irreversível da sua saúde; ou quando possa seguramente prever-se que o nascituro vai sofrer de malformação grave e incurável; ou quando a gravidez resultou de violação da mulher — deverá o aborto ser criminalizado ou punido? Quer dizer: ainda aí deverá o Estado intervir, com a ameaça e a eventual aplicação de uma sanção penal, para proteger a vida do feto? É essa uma exigência da Constituição?

6 — A resposta a esta pergunta — e, ao fim, à questão sub judice — passa em meu modo de ver, e antes de mais, pela consideração de que, onde as situações indicadas impliquem um efectivo conflito, se tratará de um conflito real entre dois direitos fundamentais ou, como quer que seja, entre dois valores jurídicos com idêntica dignidade e protegidos constitucionalmente ao mesmo título (supra n.º 2).

Pois bem: assente que isto é assim, a solução do conflito reclama então o recurso à ideia ou ao princípio da concordância prática, que é o proposto pela dogmática jurídico-constitucional para situações deste tipo. Um princípio que aponta, como se sabe, não para qualquer ideia de média (como que aritmética ou geométrica) dos dois bens ou valores em conflito, mas para a optimização possível de cada um deles em cada situação concreta. Esta optimização pode implicar, nalguns casos, uma compressão idêntica dos dois bens ou direitos, e pode exigir, noutros, a particular compressão só de um deles; mas o que não consente, de todo o modo, é a completa aniquilação ou destruição de qualquer deles — recte, do seu conteúdo ou núcleo essencial (sobre o ponto, cf. V. Andrade, loc. cit., pp. 222, ss.).

Ora, postas as coisas neste pé pode logo duvidar-se de que seja constitucionalmente admissível resolver em abstracto os conflitos em causa, através de normas genéricas de «descriminalização» ou «despenalização» do aborto em certas situações (normas que definam «contra-tipos» ou específicas «causas de justificação»). E isto porque dificilmente em tais normas se deixará de pôr em causa o conteúdo essencial de um dos valores constitucionais em

confronto — o do direito do feto à vida —, sacrificado de plano, como o é, ao outro valor com ele concorrente. Nesta perspectiva, será antes, e só, através do funcionamento em concreto das cláusulas gerais de exclusão da culpa, e eventualmente da ilicitude (como as dos artigos 35.º e 36.º do Código Penal), que haverão de resolver-se as situações de conflito apontadas. Será por aí que o Estado há-de parar com a punição do aborto, onde, à luz das circunstâncias do caso, tal punição se revele, afinal, como insuportavelmente «desumana».

Mas ainda que se não vá para tese tão radical, e se admita a possibilidade de o legislador proceder abstractamente à operação de «concordância prática» dos valores em conflito no tipo de situações ora em apreço, sempre haverá ele, para manter-se nos limites do constitucionalmente admissível, de proceder por maneira que nenhum dos direitos conflituantes seja por inteiro destruído. Ora, tal não acontece onde o legislador acabe por genericamente excluir a ilicitude do sacrifício de um dos valores em presença — e no caso, de novo, do direito do feto à vida. Direito ou valor este que é então integralmente destruído no seu significado constitucional, porque a conduta que o põe em causa passa a ficar revestida da marca da «juridicidade» ou «licitude». E com isto, não só a lei penal deixa de cumprir a função — para que constitucionalmente é vocacionada — de valoradora de comportamentos e de mediadora dos valores jurídico-constitucionais (cf. supra, n.º 4); como ainda, impondo uma certa «ponderação de bens jurídicos» (pois bem se sabe que é essa a matriz genérica a que se reconduzem as «causas de justificação»: cf., sobre o ponto,

Eduardo Correia, Direito Criminal, II vol., pp. 12 e segs. e 82 e segs.), acaba por subverter a ordem de valores da Constituição — a qual, sendo uma ordem não hierárquica, não considera mais valiosa (para nos confinarmos no exemplo à situação extrema) a vida da mãe do que a vida do feto (supra, n.º 2).

Nesta outra perspectiva — constitucionalmente menos exigente — já não se excluirá, porventura, toda e qualquer intervenção legislativa: ponto é, no entanto, que esta respeite o núcleo essencial do direito à vida. E assim, se uma tal perspectiva for realmente exequível, não deixará de ser legítimo ao legislador ocorrer, ele próprio, às situações de conflito atrás descritas, ou a algumas delas, não impondo designadamente um juízo punitivo do Estado onde entenda dever reconhecer o espaço para uma verdadeira — e sem dúvida dramática — «decisão de consciência». Será, no fundo, como que a confissão, pelo direito, de um non possumus — mas também não há-de ser mais. Não há-de ser a conversão do «ilícito» em «lícito» — ou, para nos socorrermos ainda uma vez das palavras de Vinit Haksar, não há-de tratar-se de retirar a uma certa conduta o carácter de something terrible que lhe é inerente (ob. cit., p. 156).

— Postas estas premissas, é tempo de concluir. E concluir no sentido de que em meu modo de ver o artigo 1.º do diploma em apreço — o Decreto n.º 41/III da Assembleia da República — viola a Constituição, nomeadamente o seu artigo 24.º, n.º 1, ao dar nova redacção ao artigo 140.º do Código Penal e, consequencialmente, ao artigo 141.º do mesmo Código.

Viola-a desde logo porque exclui clara e indiscutivelmente a ilicitude de condutas que se traduzem no sacrifício total de um bem ou valor jurídico constitucionalmente protegido, como é o da vida humana intra-uterina e, portanto, do direito do embrião e do feto a nascerem.

Eis na verdade quanto basta — á luz do que precedentemente ficou dito — para fundar a minha conclusão. E quanto me dispensa, por isso, de mais longas e árduas indagações e considerações.

8 — Concluindo como concludo, não o quero fazer, porém, sem duas observações finais.

É a primeira a de que, ao chegar a este resultado, ficam para trás não poucas e difíceis dúvidas — decerto as mesmas «dúvidas cruciantes» que acompanharam o ilustre conselheiro-relator, mas que, num sentido ou noutro, teve cada um de vencer. A questão a decidir não era seguramente daquelas — ao contrário do que muitos, decerto sinceramente, pensam — em que a solução se perfilasse com a clareza das coisas evidentes.

A segunda observação, porém, é a de que, ainda mesmo que à conclusão da inconstitucionalidade do preceito em apreço não se pudesse chegar pela via que se trilhou, sempre tal conclusão se haveria de atingir por outro lado — se não quanto a toda a nova redacção dada por esse preceito ao artigo 140.º e ao artigo 141.º do Código Penal, pelo menos à maior parte dela [maxime, as alíneas b), c) e d) do n.º 1 da primeira disposição; e o n.º 4 da segunda].

Têm de omitir-se aqui, brevitatts causa, esses outros fundamentos da inconstitucionalidade do preceito. Mas, de todo o modo, sempre se dirá que — para além das justificadas dúvidas que se suscitam quanto à violação do princípio da igualdade pelas ditas alíneas b) a d), e quanto à violação do direito à integridade pessoal pela extensão com que se admite no n.º 3 do artigo 141.º o suprimento do consentimento da grávida — tais fundamentos radicam sobretudo na considerável indeterminabilidade de quase todas as situações em que se prevê a exclusão da ilicitude do aborto, indeterminabilidade essa que, não realizando as exigências do princípio da legalidade na matéria em causa (restrição ou sacrifício de direitos ou valores fundamentais) acaba por se traduzir na violação do direito ou valor constitucional em questão. — José Manuel Cardoso da Costa.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Nos autos de fiscalização preventiva da inconstitucionalidade do artigo 1.º do Decreto da Assembleia da República n.º 41/III, de 14 de Fevereiro de 1984, que dá nova redacção ao n.º 1 do artigo 140.º do Código Penal a declarar a exclusão da ilicitude em alguns casos de aborto voluntário, votei vencido porque entendo que a referida norma é constitu-

cional, por violar o n.º 1 do artigo 24.º da Constituição da República, conjugado com o seu artigo 1.º

Passo a apresentar, por forma sucinta, os fundamentos do meu voto.

1— Entendo que o princípio da inviolabilidade da vida humana, consagrado no n.º 1 do citado artigo 24.º, abrange a vida intra-uterina, desde o momento da concepção.

Apraz-me registar o consenso unânime do Tribunal Constitucional relativamente a este ponto capital.

A vida do feto inscreve-se, pois, como direito fundamental, no capítulo «Direitos, liberdades e garantias pessoais».

A razão última deste entendimento encontra-se no princípio fundamental da «dignidade da pessoa humana», pilar e estrutura de todo o ordenamento jurídico-constitucional — artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa.

Por conseguinte, o feto é titular do direito fundamental à vida e do correspondente direito de nascer.

Pela natureza das coisas, é inaplicável o disposto no artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil.

Deste modo, ao contrário da posição assumida na parte final do acórdão, entendo que tal direito é jurídico-constitucionalmente subjectivado.

Note-se, neste pendor, que o Código Penal tutela este direito no capítulo II, intitulado «Dos crimes contra a vida intra-uterina», do título I, subordinado à epígrafe «Dos crimes contra as pessoas».

2 — Nos termos do n.º 1 do artigo 18.º da Constituição da República, «os preceitos constitucionais respeitantes a direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas».

Portanto, o direito do feto à vida impõe a todos a correlativa obrigação de não atentar contra ela.

Vincula, ainda, o Estado a conferir-lhe a necessária tutela, quer adoptando as providências necessárias à protecção da maternidade, considerada constitucionalmente como valor social eminente — artigo 68.º, n.º 1 — quer criminalizando o aborto.

Como o direito à vida se reputa como o mais relevante dos direitos fundamentais, como é óbvio, entendo que o Estado não pode deixar de lhe prestar a necessária tutela penal.

3— Este dever assumiu-o, o legislador, ao subsumir o aborto provocado ao tipo legal de crime dos artigos 139.º a 141.º do Código Penal.

4 — Poderá, o legislador, despenalizar o aborto em certos casos, erigindo determinadas razões, como no caso da lei em apreço, em causas de justificação do facto, tornando-o, nessas circunstâncias, lícito?

Entendo que não.

4.1 — Na verdade, de acordo com o n.º 3 do citado artigo 18.º, em matéria de direitos, liberdades e garantias, vigora, na Constituição, o princípio da excepcionalidade das restrições, vedando ao legislador ordinário diminuir ou comprimir o alcance do conteúdo essencial das normas constitucionais.

É evidente, assim, face aos artigos 24.º, n.º 1, e 1.º da Constituição, que o legislador não poderia descriminalizar, em absoluto, o aborto.

Em minha opinião, também se exclui dos seus poderes legislativos ordinários o estabelecimento de causas de justificação do aborto, como o fez na lei ora sindicada.

Efectivamente, o diploma em causa coloca-nos perante a problemática da colisão ou do conflito de direitos.

Não estabelecendo a Constituição uma ordem hierárquica de valores constitucionais, o conflito não se poderá resolver em abstracto, dando prevalência a qualquer dos bens em detrimento dos outros. O problema dever-se-á resolver em nome do designado «princípio da concordância prática». Este exprime-se em critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade. Assim, só se pode sacrificar um direito fundamental em benefício de outro, ou outros, quando se torne absolutamente necessário, tal sacrifício seja o meio mais idóneo e menos gravoso para a solução do conflito e exista manifesta desproporcionalidade dos interesses conflitantes no sentido de evidente desvalor do interesse sacrificado em relação ao protegido.

O que acaba de se afirmar apoia-se também no facto de o artigo 2.º da Constituição estabelecer que a República Portuguesa é um Estado de Direito democrático, baseado, além do mais, «no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais».

Embora se aceite o princípio da liberdade de conformação legislativa do legislador, certo é, porém, que a actividade deste poderá ser objecto de um juízo de inconstitucionalidade desde que afronte os mencionados pressupostos.

4.2 — O n.º 1 do artigo 140.º do Código Penal, na redacção dada pelo Decreto da Assembleia da República ora em apreço, nas hipóteses conflituais nele precisadas, optou sempre pelo sacrifício do feto em benefício da mãe.

Ora, em seu entender, os pressupostos «necessidade e idoneidade» apenas se podem reconhecer na alínea a) do mencionado n.º 1, nas expressões «constitua o único meio de remover...».

O pressuposto da proporcionalidade reputo-o arredado em todas as alíneas, excepto quando se exculpa o aborto na hipótese de conflito entre a vida do feto e a vida da mãe.

Com efeito, quanto ao aborto terapêutico contemplado nas alíneas a) e b), entendo que a vida humana — vida do feto —, cuja supressão a lei consente, assume muito maior relevância do que os bens de saúde física ou psíquica da grávida, mesmo considerando os prazos limites eleição da interrupção da gravidez.

Relativamente ao aborto eugénico, referido na alínea c), o valor «vida do feto» sobreleva quer o valor negativo das profundas angústias, ansiedades e apreensão actuais e futuras dos progenitores, quer o desvalor do previsível sofrimento futuro, físico ou moral, do próprio feto após o seu nascimento e no decurso da sua vida. Por outro lado, o Estado, pela despenalização do aborto, nesta hipótese, declinaria o dever que lhe comete o n.º 2 do artigo 71.º da Constituição.

Finalmente, quanto ao aborto criminológico, constante da alínea d), do confronto entre o interesse «vida humana» e o inerente ao compreensível estado psíquico de repúdio da gravidez por parte da violada ou à preservação da sua privacidade, parece-me evidente resultar que o primeiro sobrepuja, por forma muito relevante, os segundos. Aliás, considero absolutamente inaceitável que o Estado legitime se esbatam as consequências indesejadas de um crime através da prática de outro crime, e este de eliminação de uma vida humana, cuja inviolabilidade se encontra decretada pela Lei Fundamental, e cuja tutela incumbia exactamente ao próprio Estado.

Revertamos a hipótese do aborto terapêutico para remover o perigo de morte da mãe.

Aqui há, sem dúvida, um gravíssimo conflito entre os valores vida do feto e vida da mãe, valores esses ôntica e constitucionalmente iguais.

Parece-me, todavia, que o legislador não podia subsumir a interrupção voluntária da gravidez a causa de justificação do facto. Na verdade, tal interrupção, na medida em que representa a eliminação de uma vida humana, a que, obviamente, não pode imputar-se qualquer culpa no surgir do conflito, deve considerar-se ilícita, podendo eventualmente verificar-se apenas, isso sim, a existência de estado de necessidade desculpante, da previsão do artigo 35.º do Código Penal.

A apreciação e verificação desta causa incumbirá, em concreto, à actividade jurisdicional.

Por outro lado, considerando que a hipótese extrema de conflito entre as duas vidas, dado o actual desenvolvimento das ciências médicas, raríssimas vezes ocorre na prática, segundo os ensinamentos médicos (cf. Ibérico Nogueira, in «Aborto terapêutico», separata de O Médico, n.º 220, p. 33; Abel Sampaio Tavares, in «Aborto Terapêutico», separata de Acção Médica, ano 15, n.º 57; Mario Ghera, in Osservatore Romano de 3 de Abril de 1977); considerando que o compromisso deontológico dos médicos lhes confere o direito de praticarem o aborto terapêutico, nas condições estabelecidas no seu código deontológico, não se vislumbra a mínima razão de necessidade de estatuição de tal causa de exclusão da ilicitude do aborto.

Pelo contrário, tal estatuição importa manifesta ofensa do carácter preventivo e pedagógico inerentes à tutela penal que ao legislador incumbe. Para o cidadão comum, fica tão-somente a ideia, veiculada, intencionalmente ou não, pelos meios de comunicação social, de que o aborto já não é um facto ilícito, por se haver decretado a sua despenalização. Por outro lado, franqueia-se a porta às maiores complacências, pois ninguém ignora — é um facto notório — a fragilidade do barro humano. Isto para não falar da previsível elasticidade dos critérios clínicos subjacentes à decisão da intervenção abortiva.

Em suma, numa época, como a presente, em que o avanço científico torna cada vez mais raro o dilema vida da mãe ou vida do filho; em que a Associação Médica Mundial, no seu último congresso em Veneza, em 1983, manteve no seu Código Ético o respeito pela vida humana desde o seu início — vid. Revista Ordem dos Médicos, n.º 12/83, p. 1 —, a lei em apreço não encontra qualquer justificação.

Por outro lado, atentas as razões acima expostas, essa lei colide frontalmente com o dever de garantia de direitos fundamentais, tarefa basilar de um Estado de Direito democrático, em conformidade com o artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa. — Mário Augusto Fernandes Afonso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

1— Dispõe o artigo 24.º da Constituição:

1. A vida humana é inviolável.
2. Em caso algum haverá pena de morte.

O n.º 2 do artigo 24.º refere-se à morte biológica. O carácter unívoco da expressão «pena de morte» não permite aqui outra interpretação.

E porque nos n.ºs 1 e 2 desse artigo os termos vida e morte estão em oposição, a análise lógico-jurídica consequência a conclusão: é a vida biológica que aí é contemplada.

2— Para a biologia, a vida humana começa no zigoto, já que a evolução ulterior do óvulo fertilizado não depende de um novo apporto de matéria viva: ele é biologicamente completo e, na sua aparente simplicidade, comporta uma complexa estrutura capaz de evoluir por si para a organização do ser adulto (a célula feminina fecundada — onde coexiste desde o primeiro instante o património genético do ser humano em formação — se num primeiro momento não cresce, logo denuncia a sua vitalidade, dividindo-se em duas células mais pequenas, e estas em quatro ainda mais pequenas, e assim sucessivamente, até formar, cerca de uma semana mais tarde, um conjunto de cerca de 100 células do tamanho do ovo original, mas que, após a nidação, e alimentado por difusão das matérias-primas existentes no sangue da mãe, cresce muito depressa, fabricando ele próprio todas as células necessárias à sua evolução).

3 — «O direito à vida — escreve Ruben Hernandez Valle, citado por Narciso Martinez Moran, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1979, número monográfico 2, p. 147 — está indissoluvelmente ligado ao facto biológico da existência humana, que constitui o pressuposto de tal direito. É lícito, por isso, afirmar que se tem direito a viver, porque já se vive. Por outras palavras, a existência biológica constitui a carta de naturalização do direito à vida».

Esta concepção da vida como facto que necessariamente postula o direito à vida é afinal a do artigo 24.º da Constituição, que não se limita a considerar a vida humana como inviolável; antes afirma, ao nível da sua epígrafe, um consequente direito à vida.

4 — Se a Constituição protege a vida do nascituro e o aceita como titular do direito à vida, é porque lhe reconhece a qualidade de pessoa, o que a epígrafe «direitos, liberdades e garantias pessoais» do capítulo I do título II da parte I da Constituição, onde se insere o artigo 24.º, só confirma.

A perspectiva constitucional de quem é pessoa, em matéria de direitos fundamentais, resulta decisiva. Incompatível seria, neste domínio, com a ordem constitucional, a remissão para a legislação subordinada, de forma que a esta coubesse, em termos absolutos, a definição da categoria de pessoa.

O nascituro é, pois, titular do direito fundamental à vida.

5 — É tarefa fundamental do Estado — artigo 9.º, alínea b), da Constituição — garantir os direitos e liberdades fundamentais.

O legislador dispõe, é certo, de uma certa margem de liberdade na concretização dessa tutela. Não pode, porém, sem violação do preceito constitucional, estabelecer uma tutela cuja inadequação à defesa do direito a proteger seja patente.

E se direitos fundamentais de diversos titulares entram em colisão, a tutela estadual, partindo do princípio de que todos os direitos fundamentais têm igual valor — e agora pelo crítico da situação, dispondo de um campo de escolha de meios bem mais reduzido — deve estender-se a todos os direitos em conflito, «procurando a solução no quadro da unidade da Constituição, isto é, tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes», ou seja, deve operar por forma «que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja necessário e adequado à salvaguarda dos outros» (Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, pp. 222 e 223).

O artigo 1.º do Decreto n.º 41/III da Assembleia da República, na medida em que subtrai ao campo do ilícito penal alguns casos de interrupção voluntária da gravidez, não envolverá violação dos artigos 9.º, alínea b), e 24.º, n.º 1, da Constituição?

6 — A nova redacção dada ao artigo 140.º do Código Penal, pelo artigo 1.º do Decreto n.º 4/III, importa a despenalização do crime de aborto em três situações: aborto terapêutico, aborto eugénico e aborto criminologia).

Entendi que em qualquer desses casos o Estado injustificadamente violou a obrigação de garantir o direito à vida do nascituro [artigos 9º, alínea b), e 24.º, n.º 1, da Constituição].

7— No caso da alínea á) do n.º 1 do artigo 140.º, o aborto é permitido, em qualquer estado da gravidez, desde que constitua o único meio de remover:

— perigo de morte para a mulher grávida;

— ou perigo de grave e irreversível lesão para o seu corpo ou para a sua saúde física ou psíquica.

Na primeira hipótese, existe um conflito entre dois direitos à vida: o do nascituro e o da mulher grávida. Na segunda hipótese, a colisão é entre o direito à vida do nascituro e o direito à integridade pessoal da mulher grávida, que é também direito fundamental (artigo 25.º da Constituição).

O sacrifício do direito à vida do nascituro, em qualquer das hipóteses, não está conforme, todavia, com o dever que o Estado tem, segundo parâmetros de adequação e necessidade, de tutelar os direitos fundamentais em caso de conflito. Antes de mais, porque na circunstância não é descrito um típico estado de necessidade (nem o perigo de morte, nem o perigo para a integridade psíquico-física da mulher grávida têm de ser actuais). De tal modo que a destruição total do direito à vida do nascituro por causa de um perigo não imediato, e que pode ainda ser rodeado, não se compagina com uma tutela equilibradamente repartida, que é tarefa do Estado em situação de choque de direitos fundamentais.

8 — No caso da alínea b) do n.º 1 do artigo 140.º, o aborto, realizado nas primeiras doze semanas da gravidez, é consentido desde que se mostre indicado para evitar:

— perigo de morte para a mulher grávida;

— ou perigo de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida.

As hipóteses de colisão são, tal como no caso anterior, entre o direito à vida do nascituro e o direito à vida da mulher grávida, por um lado, e o direito à vida do primeiro e o direito à integridade pessoal da segunda, por outro.

A privação do direito à vida do nascituro, numa ou noutra hipótese, não se desenvolve, num quadro de tutela de direitos fundamentais em colisão, conforme com o módulo de adequação e necessidade constitucionalmente imposto. É que a situação é agora ainda mais afastada do estado de necessidade. Nem existe perigo, mas apenas uma possibilidade de perigo. A desproporção da medida, no plano garantístico, contra o direito à vida do nascituro, é desmesurada.

9 — No caso da alínea c) do n.º 1 do artigo 140.º, o aborto, levado a cabo nas primeiras dezasseis semanas da gravidez, é permitido desde que haja seguros motivos para prever que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou mal formação.

Nesta hipótese, o direito à vida do nascituro não entra em conflito com direito fundamental de que seja titular a mulher grávida ou qualquer outra pessoa.

Para melhor delineamento da situação e porque este aborto é de tipo eugénico — como, aliás, o acórdão, de que este voto de vencido é parte integrante, o reconhece — não será descabido recordar que a eugenia, como ciência biológica aplicada, propõe «a melhoria das gerações futuras, quer favorecendo o aumento do número de filhos de pais bem dotados geneticamente, quer reduzindo o número de filhos dos menos dotados. No primeiro caso trata-se da eugenia positiva; no segundo, da eugenia negativa. Esta última pode incluir também, além do controle de natalidade, a esterilização, a proibição do matrimónio e outros processos tanto de carácter médico como de carácter social» (Enciclopédia Alfa, volume IV, p. 197).

Nestas finalidades perseguidas pela eugenia não se descortina qualquer valor com assento na Lei Fundamental.

O Estado faltou ao seu dever de proteger o direito à vida do nascituro, e isto para favorecer valores, que não só não têm moldura constitucional, como vão contra uma certa linha de solidariedade social com expressão, por exemplo, no artigo 71.º da Lei Básica.

A garantia do direito à vida do nascituro é retirada aqui sem qualquer justificação de ordem constitucional.

10 — Finalmente, no caso da alínea d) do n.º 1 do artigo 140.º, o aborto, efectuado nas primeiras doze semanas da gravidez, é autorizado desde que haja sérios indícios de que a gravidez resultou de violação da mulher.

É evidente que, com o acto de violação, o direito da mulher à sua integridade moral e física é afectado. É sustentável que a gravidez consequente, porque forçada, continua a traduzir-se em uma ofensa àquele direito da mulher (esta tem, contra-vontade, de alojar no seu próprio corpo o nascituro e de o alimentar durante todo o período de gestação).

Há, nesta perspectiva, um efectivo conflito entre o direito à vida do nascituro e o direito à integridade pessoal da mulher grávida. Importa, porém, observar que a compressão deste direito da mulher grávida não poderá ultrapassar o período da gravidez e que o momento mais grave de ataque a esse direito, o momento da violação, já de nenhum modo pode ser evitado.

No seu papel de garantir os direitos fundamentais, de os tutelar equitativamente ainda em caso de conflito entre eles, o Estado agiu desadequadamente ao anular por completo, e para sempre, um deles, o direito à vida do nascituro, em favor do direito à integridade pessoal da mulher grávida, direito este que apenas temporariamente se encontrava diminuído.

11— Resumindo o que anteriormente se expôs em análise à nova redacção dada ao artigo 140.º do Código Penal e concluindo:

— nos casos das alíneas a), b) e d) do n.º 1 o conflito de direitos fundamentais é mal resolvido: o direito à vida do nascituro é infundamentadamente desgarantizado;

— no caso da alínea c) do n.º 1, nem existe conflito de direitos fundamentais; o que se protege são valores eugénico, sem assento constitucional, e em prejuízo do direito à vida do nascituro, cuja tutela é retirada;

— o artigo 9.º, alínea b), da Constituição, em articulação com o artigo 24.º, n.º 1, foi violado, não só por o Estado ter deixado sem tutela, e sem razões válidas, o direito à vida, como ainda porque o Estado, pondo à disposição das mulheres grávidas que queiram abortar os seus estabelecimentos de saúde, (nova redacção do artigo 140.º, n.º 1, do Código Penal), criou como que uma anti-tutela em relação a um direito fundamental, que tinha o particular dever de proteger;

— padece pois de inconstitucionalidade a norma do artigo 1.º do Decreto n.º 41 /III da Assembleia da República, enquanto dá nova redacção ao artigo 140.º do Código Penal [normas constantes do n.º 1, alíneas a), b), c) e d)].

— e dado o seu carácter meramente instrumental em relação a estes preceitos, é ainda inconstitucional, reflexamente, a norma do citado artigo 1.º, na medida em que dá nova redacção aos artigos 140.º (normas constantes dos n.ºs 2 e 3) e 141.º do Código Penal. — Raul Mateus.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Do meu ponto de vista, a norma aqui em apreciação — a do artigo 1.º do Decreto da Assembleia da República n.º 41/III, de 14 de Fevereiro de 1984, na parte em que, dando nova redacção ao n.º 1 do artigo 140.º do Código Penal, veio tipificar casos de aborto provocado criminalmente não puníveis — é inconstitucional, por violação do n.º 1 do artigo 24.º, conjugado com o artigo 1.º, da Constituição.

Direi, em síntese, as razões deste meu entendimento.

1 — Tenho por seguro que o artigo 24.º, n.º 1, da Constituição, quando preceitua que «a vida humana é inviolável», protege o facto biológico do existir humano, desde o momento da concepção até ao da morte natural.

Com efeito, a ciência ensina, hoje, que cada um de nós existe como um todo, como um ser único e irrepetível, desde o momento da concepção. E, se dúvidas existissem sobre isso, deveriam elas resolver-se no sentido de extrair a máxima força jurídica do respectivo preceito constitucional, uma vez que, em matéria de direitos, liberdades e garantias, vigora o princípio da excepcionalidade da restrição (artigo 18.º, n.º 3, da Constituição).

2 — Tenho também como certo que a inviolabilidade da vida humana requer que o Estado respeite a vida em todas as circunstâncias — é a proibição da pena de morte, consagrada no n.º 2 do artigo 24.º da Constituição. Exige-lhe também que a faça respeitar por terceiros (artigo 18.º, n.º 1), — mãe incluída —, pois que esta não tem mais direitos sobre o filho, que se desenvolve nas suas entranhas, do que qualquer outro — nem enquanto embrião, nem enquanto feto, o filho é portum viscerum matris. E reclama-lhe ainda que adopte medidas positivas para defender o valor da vida humana.

3— Indiscutível é igualmente, quanto a mim, que a vida humana só se defende, com seriedade, se o Estado adoptar medidas conducentes a garanti-la na sua vertente mais radical e primária, que é o direito a nascer: sem a garantia deste direito, todos os outros direitos serão puras ficções, porque vazios de qualquer sentido. E é justamente por isso que o Código Civil coloca na espera do nascimento os direitos que, nos artigos 952.º, 1855.º, 2033.º e 2240.º, reconhece aos nacítuos (v. artigo 66.º, n.º 2).

4 — Tenho, de igual modo, por incontestável que o direito a nascer — e, assim, o direito à vida — só se defende, com um mínimo de eficácia, pelo recurso à tutela penal.

É certo que, no tocante à vida intra-uterina, essa forma de protecção se tem mostrado muito pouco eficaz, pois, sendo o aborto punido, entre nós, há mais de um século, tem-se revelado ser — como, de resto, por toda a parte — o campo de eleição da chamada «criminalidade oculta», apresentando «cifras negras» muito elevadas: apenas uma pequena percentagem dos abortos presumivelmente cometidos é objecto de denúncia criminal e são relativamente raras as condenações.

Esse facto tem, de resto, levado alguns a sustentar que, devendo a política criminal orientar-se por critérios de racionalidade, adoptando soluções que conduzam a maximizar o conformismo e os ganhos sociais e a minimizar os seus custos, há que descriminalizar o aborto.

Por minha parte, penso que o instrumento idóneo para acabar com qualquer crime não é, decerto, a sua legalização: não se acaba com o flagelo da droga, legalizando o seu tráfico e o seu consumo — como é óbvio.

Ora, a legalização do aborto é o final lógico daquele tipo de argumentação, pois não será despenalizando certas espécies de aborto que os demais casos — os de aborto criminoso — que, certamente, continuarão a praticar-se clandestinamente, passarão a dar lugar a condenação. E, então, haverá também que descriminalizá-los, em nome do dito princípio da racionalidade.

Depois, pensamos que o Direito Penal — que deve, é certo, limitar-se à tutela dos bens jurídicos essenciais para a livre realização e desenvolvimento, em comunidade, da personalidade de cada homem, intervindo tão-só quando se mostrem insuficientes os meios não criminais de política social — tem, apesar de tudo, uma importante função pedagógica a cumprir. De algumas vezes, a cominação de penas é essencial para «afinar» a consciência ética dos cidadãos (basta pensar, a título de exemplo, no domínio do «white collar-crime»).

Ora, justamente, a norma penal, que defina o aborto como crime, que mais não fosse, sempre teria a função de servir de «avisador das consciências». Serviria, assim, para — além do mais — não deixar perder a ideia de que a interrupção voluntária da gravidez é um facto ilícito.

E não se tratará, aí, de «legislar moralidade», mas apenas de cumprir o dever constitucional de tentar impedir que o valor vida humana, na sua fase de vida intra-uterina, se não desvalorize e acabe por perder-se como valor ético-social.

Quaisquer outras formas de tutela — seja a protecção constante dos preceitos do Código Civil atrás apontados, seja o direito de a mãe receber assistência médica e medicamentosa gratuita, durante a gravidez, seja outra qualquer —, se forem oferecidas num contexto social que, em certos casos, possibilite a prática legal do aborto, serão de todo ineficazes para proteger o direito à vida. Pois, de nada adiantará, por exemplo — da perspectiva da protecção da vida intra-uterina —, que ao nascituro possam ser feitas doações (v. artigo 952.º Código Civil), se o sistema jurídico consentir à mãe que o não deixe nascer.

O legislador sempre teve, aliás, consciência clara da necessidade da tutela penal, para que a protecção da vida tivesse alguma consistência. É por isso que o aborto era punido no Código Penal de 1852 e continuou a sê-lo no de 1982. E, mesmo no diploma em análise, o aborto provocado — à parte as excepções constantes das alíneas a), b), c) e d) do n.º 1 do artigo 140.º do Código Penal, nesta nova redacção — continua a ser crime (v. artigo 139.º do Código Penal, na nova redacção). E, mesmo verificado o condicionalismo das citadas alíneas b), c) e d) do artigo 140.º, será também crime, quando praticado para além das primeiras doze semanas de gravidez — nos casos das alíneas b) e d) — ou para além das primeiras dezasseis semanas de gravidez — no caso da alínea, c) — [v. citado artigo 139.º].

5 — Do que acabo de dizer decorre que também tenho por líquido que recai sobre o legislador a obrigação de tutelar penalmente a vida humana. E essa tutela há-de abranger a vida humana toda. É certo que o legislador goza de larga margem de discricionariedade no avaliar e decidir da necessidade e utilidade de tutelar determinados bens jurídicos recorrendo, para tanto, ao arsenal das reacções criminais. Como exacto é também que, para além de só dever lançar mão delas — como já disse atrás — para tutelar bens jurídicos essenciais ao viver em sociedade, impor-se-lhe-á ainda procurar um certo «consenso comunitário» para as normas penais que editar, pois não deverá, em princípio, criminalizar condutas que não sejam objecto de um juízo de censura ético-social.

Existem, porém, acções humanas que, inegavelmente, não-de inscrever-se sempre no «domínio penal», ainda mesmo quando haja largos sectores da população que não sintam os valores violados como bens jurídicos carecidos de tutela penal. Um desses comportamentos é, seguramente, todo e qualquer atentado injustificado contra a vida humana, pois seria em absoluto inadmissível que, em nome de quaisquer valores, por muito respeitáveis que sejam — com o é o caso do valor tolerância, próprio de uma sociedade democrática, plural e aberta —, se pudesse, sequer, admitir a ideia de deixar sem protecção a vida de certas pessoas (v. g. a dos doentes incuráveis, a dos anormais, a dos deficientes, a dos velhos, etc.).

A vida humana — se nos quisermos ater a um critério seguro — é, sem margem para dúvidas, um daqueles valores que não podem ser objecto de qualquer relativização. E um valor incondicionado (v. artigo 19.º, n.º 4). Protegê-la da única forma minimamente eficaz — a do direito penal — é questão que não pode ser decidida por maioria: não será a sociologia que poderá esclarecer «essa maravilha misteriosa que é a vida do homem».

Se a decisão daquela questão se houvesse de deixar aos juízos mutáveis da história, cair-se-ia na maior das incertezas e abrir-se-ia a porta ao arbítrio.

Entendo, por isso, que a causa da discriminação do aborto — ainda quando a discriminação se limite a certos casos que uma parte da «*communitas civium*» considere aceitável ou, mesmo, desejável — só pode acabar por «des-servir» a causa da vida. Vida que — mesmo que ainda não nascida, mesmo que fruto de uma violação, mesmo que portadora de mal formações ou sofrendo de doença incurável — se inscreve naquele «mínimo ético» que o Direito (Direito Penal incluído) tem que tutelar.

6 — Não hesito também em afirmar que este Tribunal — embora lhe cumpra assumir sempre uma atitude de prudente auto-contenção, evitando invadir a esfera da liberdade do legislador — deve verificar se este, ao descriminalizar casos de aborto, está ou não a violar aquela imposição constitucional, que lhe exige uma tutela minimamente eficaz da vida humana.

De facto, penso que seria inaceitável que o legislador pudesse, insindicavelmente, deixar sem protecção a vida humana nascida ou por nascer.

É que, uma atitude desse tipo por parte do legislador seria, em minha opinião, manifestamente contrária à ordem constitucional de valores, que — como já disse — exige do Estado protecção penal que abarque todo o ciclo da existência humana, ou seja, desde o momento da concepção até ao da morte natural.

7— Dúvidas também não me restam de que o direito à vida — como todos os demais direitos fundamentais — não é um direito ilimitado, nem absoluto. É, evidentemente, um direito com pretensão de absoluto, justamente por ser o mais fundamental de todos os direitos fundamentais: é o pressuposto fundante de todos eles. Mas, movendo-se num contexto social, tem que conviver com os direitos de outros titulares. Há-de sofrer, por isso, as limitações impostas pela necessidade de realização desses outros direitos.

Só que, a norma que ora nos ocupa não são limitações que contém. O que ela fez foi resolver em abstracto — e sempre pelo sacrifício do direito à vida do feto — as várias situações de conflito que hipotecizou e em que aquele direito surge em colisão com outros direitos da mãe: o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à saúde, o direito à felicidade, o direito à intimidade, o direito à honra...

Ora, as situações de colisão ou de conflito entre direitos ou entre direitos e valores constitucionais não podem resolver-se, em abstracto, pelo sacrifício de um deles. Uma tal solução só seria admissível, se pudesse estabelecer-se uma hierarquia entre esses direitos e valores. Mas, a ordem de valores constitucionais não é hierárquica.

Por isso, haverá sempre que respeitar-se a protecção constitucional dos diferentes direitos e valores. E, para o conseguir, necessário é que, em concreto, se procure harmonizá-los, sem nunca afectar o conteúdo essencial de nenhum deles, distribuindo os custos do conflito, proporcionalmente, por todos, por forma a sacrificar cada um tão-só na medida do necessário e adequado à salvaguarda dos outros. (Fala-se, a este propósito, do princípio da concordância prática).

O legislador não podia, pois, renunciar, de antemão, à harmonização do direito à vida do feto com aqueles outros direitos de sua mãe e optar, de pleno — como fez —, por uma vida contra outra vida, pelo direito à integridade física ou à saúde contra o direito de nascer, pelo direito à honra, à felicidade ou à intimidade contra o direito de viver.

8 — Sei também que, nalgum caso, haverá que compreender-se que a mulher grávida possa não levar até ao fim a sua gravidez. Tratar-se-á de situações em que ela actua sem culpa, por não ser razoável — atentas as circunstâncias do caso — exigir dela comportamento diferente. São situações de estado de necessidade desculpante, previstas no artigo 35.º, n.º 1, do Código Penal. (De legítima defesa, nunca poderá falar-se neste domínio, uma vez que o feto não é, de modo nenhum, um agressor violento, que atente injustamente contra a vida de sua mãe).

Em tais casos, a conduta continua a ser criminalmente ilícita, mas os seus autores, tendo agido sem culpa, não serão punidos.

Este juízo de exculpação só em concreto pode ser afirmado. Requer, por isso, uma ponderação das circunstâncias de cada caso. É tarefa para o julgador, que não para o legislador e — muito menos — para ser objecto de uma «decisão administrativa» por parte de médicos (v. n.º 2 do citado artigo 140.º).

Com dizer isto, estou a afirmar que, do meu ponto de vista, o legislador não pode hipotecizar possíveis situações de estado de necessidade desculpante, «pegar» nelas e erigi-las em «contra-tipos» ou «tipos-justificadores» do crime de aborto, cometendo a médicos a decisão da sua verificação.

Se essa atitude do legislador fosse constitucionalmente legítima relativamente ao crime de aborto, não se vê por que o não haveria de ser também quanto ao de homicídio e ao de infanticídio: o bem jurídico violado é o mesmo e não é razoável pretender-se que a vida humana intra-uterina tenha menor dignidade que a vida humana extra-uterina.

É certo que existe uma inteira dependência do feto em relação a sua mãe. Como verdade é também que esta, quando se decide pelo aborto, o faz — sabe-se lá — ao cabo de que dramáticas e terrificantes indecisões, sendo, por isso, para ela extremamente doloroso o poder ter que ver-se na necessidade de trazer à luz do dia as razões que a levaram a essa decisão.

Isso, porém, não pode justificar que, em abstracto, ao nível da lei, se sacrifique, de plano, a vida do feto àqueleoutros direito da mãe. Justifica, isso sim, uma menor gravidade, objectiva do crime de aborto em relação ao de homicídio e ao de infanticídio (v. artigos 131.º, 137.º e 140.º, do Código Penal de 1982). E servirá, eventualmente, de causa de exclusão da culpa, nos termos do artigo 35.º, n.º 1, do Código Penal, ou de atenuação especial da pena, senão mesmo de isenção, nos termos do n.º 2 do citado artigo 35.º, ou quiçá, até, de causa de exclusão de ilicitude, verificando-se o condicionalismo do artigo 36.º, n.º 1, do mesmo Código. — Messias Bento.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido. No essencial, pelas razões seguintes:

1 — O artigo 24.º da Constituição, ao proclamar no seu n.º 1 a inviolabilidade da vida humana, não distingue entre vida intra-uterina e vida extra-uterina. Não privilegia, consequentemente, a salvaguarda de uma em relação à da outra.

A exclusão da pena de morte, que a seguir no n.º 2 decreta, tem uma razão de ser histórica: assinala o regresso ao regime da proibição absoluta, que a Constituição de 1911 pela

primeira vez instituiu (n.º 22 do artigo 3.º) mas a revisão de que foi objecto em 1916 (Lei n.º 635, de 28 de Setembro) parcialmente rejeitou, restabelecendo-a para certos crimes militares praticados em determinadas circunstâncias, situação que a Constituição de 1933 manteve. Não pode por isso o restabelecimento do regime inicialmente instaurado em 1911 ser invocado como argumento de contexto para pretender demonstrar que é apenas à segunda (a vida extra-uterina) que a inviolabilidade conclamada no n.º 1 do artigo 24.º se refere.

Tão-pouco o pode ser a destrição entre a vida considerada como valor e a vida olhada como direito, para daí concluir que à extra-uterina somente o direito de que trata o n.º 1 do artigo 24.º se reporta, por isso que todo o direito pressupõe um sujeito e só no caso da vida extra-uterina uma pessoa com capacidade actuante, valendo como sujeito, existe. A verdade é que o ordenamento jurídico português atribui direitos também aos nasciturnos (e não apenas aos nascidos) em disposições cuja coerência com a lei fundamental não foi alguma vez posta em causa — o que significa ser geral o reconhecimento de que nessas disposições se espelham princípios básicos que a Constituição não repele, e antes acolhe. Isto mostra claramente que é à luz do ordenamento jurídico português, tomado no seu conjunto, que a noção de sujeito de direito perante ele válida tem de ser construída; e que é de igual modo à luz dele, e como parte integrante dele, que o próprio n.º 1 do artigo 24.º da Constituição tem de ser entendido. Se assim se proceder, nenhuma dúvida restará de que para o ordenamento jurídico português tão legítima é a diferenciação entre a vida como valor e a vida como direito em relação à vida extra-uterina, como com respeito à intra-uterina. O momento do início da vida, como um todo, vale apenas como dado de facto que desencadeia a aplicação dos mecanismos jurídicos correspondentes a um e a outro desses aspectos, sem com eles no entanto se confundir. A sua certificação é do âmbito da biologia e da genética; como do âmbito da biologia e da genética é a certificação da morte, ou fim da vida.

2 — Ao proclamar a inviolabilidade da vida humana entendida com esta amplitude, o n.º 1 do artigo 24.º comina a ilicitude constitucional de qualquer forma de actuação que contra ela atente.

Nessa ilicitude não incorre o artigo 35.º do Código Penal, que se limita a fazer decorrer da falta de culpa a não-punibilidade de actos criminalmente delituosos relativamente aos quais se verifiquem certos circunstancialismos, que em termos típicos precisa. O artigo 35.º é aplicável à interrupção voluntária da gravidez; e continuará a sê-lo, sempre que se trate de casos que nas quatro alíneas do n.º 1 do artigo 140.º do Código, com a nova redacção proposta no artigo 1.º do Decreto da Assembleia da República n.º 41/III, se não enquadrem.

Em contraste, a não-punibilidade determinada para situações como as previstas nessas quatro alíneas do n.º 1 do artigo 140.º, na redacção dada pelo artigo 1.º do Decreto da Assembleia da República n.º 41 /III, não se reconduz à ausência de culpa; mas, como no n.º 2 de maneira expressa se diz e consta da epígrafe do artigo, à exclusão da ilicitude. Trata-se por conseguinte de uma discriminalização, ainda que circunscrita a um número limitado de situações; mas de uma discriminalização que, justamente porque o é, se cifra em obstar à ilicitude que de outro modo as feriria e que, por aí, colide com a cominação implícita do n.º 1 do

artigo 24.º da Constituição. Colisão de que resulta a sua inconstitucionalidade. O regime que lhe corresponde não é, em verdade, compatível com a salvaguarda da vida intra-uterina e extra-uterina que o n.º 1 do artigo 24.º, ao não estabelecer distinção entre uma e outra, em conjunto para ambas consagra.

O carácter prejudicial dessa incompatibilidade torna irrelevante a consideração de outros aspectos, com o carácter de simples sequelas ou de natureza meramente acessória. Por isso na sua apreciação me abstenho, deliberadamente, de entrar. — Armando M. Marques Guedes.

[documento impresso do Tribunal Constitucional no endereço URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html>]