



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Beatriz Moreira Soares de Oliveira

**A INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ  
EM PORTUGAL: PERSPETIVAS  
LEGISLATIVAS E JURÍDICO-  
CONSTITUCIONAIS**

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito com Menção em  
Ciências Jurídico-Criminais orientada pelo Professor Doutor Nuno  
Fernando da Rocha Almeida Brandão e apresentada à Faculdade  
de Direito da Universidade de Coimbra,

Dezembro de 2022



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA

Beatriz Moreira Soares de Oliveira

**A INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ EM  
PORTUGAL: PERSPETIVAS LEGISLATIVAS E JURÍDICO-  
CONSTITUCIONAIS**

**THE VOLUNTARY TERMINATION OF PREGNANCY IN  
PORTUGAL: LEGISLATIVE AND CONSTITUTIONAL  
PERSPECTIVES**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º. Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na Área de Especialização em Direito/Menção em Ciências Jurídico-Criminais.  
Orientador: Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão*

COIMBRA  
2022

## **AGRADECIMENTOS:**

Antes de mais, impossível seria iniciar estes agradecimentos sem uma menção honrosa ao meu querido avô, que, anos atrás deixou Portugal rumo ao Brasil, em posse de apenas uma mala, quase vazia de pertences, mas cheia de sonhos. Com muita dedicação e trabalho árduo, lutou para construir uma vida em um novo país, sem nunca esquecer e compartilhar as suas raízes. Prova viva do empenho em transmitir os valores portugueses, sua neta, hoje, realiza o grande sonho de estudar na Universidade de Coimbra. Se não fosse por meu avô, Flávio da Silva Moreira (*in memoriam*), não teria tido a grande oportunidade de realizá-lo. Obrigada por plantar em nós o orgulho do nosso sangue português.

Em segundo lugar, agradeço a minha mãe pelo incondicional apoio nesta etapa da minha vida acadêmica e por sempre acreditar no meu potencial, especialmente nos momentos em que eu mesma dele duvido.

Gostaria de agradecer à Faculdade de Direito de Coimbra e todos os seus colaboradores por nos ter dado todo o suporte necessário para que enfrentássemos, não apenas as incertezas causadas pela pandemia, mas todas os inúmeros assuntos acadêmicos que decorreram destes últimos dois anos.

Em especial, os grandes professores que tive a oportunidade de ser aluna: Doutora Anabela Miranda Rodrigues, Doutora Maria João Antunes, Doutora Cláudia Cruz Santos e Doutor Luís António Malheiro Meneses do Vale. Todo o meu agradecimento pelo conhecimento compartilhado, que com certeza caminhará comigo para o resto da vida.

Particularmente, ao meu orientador, Doutor Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão, por toda a disponibilidade e orientação. Este trabalho não teria sido possível sem todo o seu auxílio e prestatividade.

Aos colegas que a Universidade de Coimbra me concedeu: a amizade, cooperação e as memórias de ótimos momentos compartilhados ficarão para sempre em minha memória.

Por fim, agradeço carinhosamente a minha família portuguesa de Cinfães do Douro, que tão bem me recebeu e por me fazer sentir em casa.

**RESUMO:**

Pretende-se, no âmbito do desenvolvimento da presente dissertação, analisar o fenómeno da interrupção voluntária da gravidez, especificamente no tocante à sua conformidade jurídico-constitucional. Para tanto, buscaremos percorrer as questões gerais que circundam o tema, para que se possa perceber o particular relevo que assume o debate sobre o aborto nas esferas jurídicas, mais precisamente à que toca ao âmbito penal e constitucional. Investigaremos também a evolução legislativa que se deu em torno da interrupção voluntária da gravidez em Portugal, bem como o posicionamento desenvolvido pela jurisprudência constitucional nacional na matéria. Finalmente, buscaremos traçar a íntima relação que se apreende, em matéria de aborto, entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, especificamente no tocante à inviolabilidade da vida humana declarada pelo artigo nº 24º da Constituição da República Portuguesa e a constitucionalidade de sistemas divergentes da punição plena. O que se buscará, ao final desta investigação, é de esclarecer o vínculo intrínseco entre os estudos de política criminal que envolvem o tema de aborto, o respetivo incentivo que tais reflexões conferem às mudanças legislativas e a consequente necessidade de admissibilidade constitucional destas propostas, de forma que seja possível defender um sistema regulador legítimo em matéria de interrupção voluntária da gravidez. O debate em torno de um tema acalorado como se revela o aborto, ao menos na sua perspetiva jurídica, depende de estudos aprofundados e justificados para que se possa advogar em favor de qualquer solução.

**PALAVRAS-CHAVES:** interrupção voluntária da gravidez; aborto; descriminalização do aborto; tendências legislativas da interrupção voluntária da gravidez; a interrupção voluntária da gravidez no contexto constitucional.

**ABSTRACT:** The aim of this dissertation is to analyze the phenomenon of voluntary termination of pregnancy, specifically with regard to its legal-constitutional conformity. To this end, we will seek to go through the general issues surrounding the theme, so that during the development of this research, we can perceive the particular importance that the debate on abortion in the legal spheres assumes, more precisely the criminal and constitutional spheres. We will also investigate the legislative evolution around the voluntary termination of pregnancy in Portugal, as well as the position developed by the national constitutional jurisprudence. Finally, we will try to trace and reflect the intimate relationship between criminal law and constitutional law when it comes to the debate around abortion, specifically on the concern about human life inviolability declared by the Article 24<sup>th</sup> of the Constitution of Portuguese Republic and the debate around the constitutionality of systems divergent of full punishment. It will be sought in the course of this investigation the intrinsic link between the studies in criminal policy that concerns the theme of abortion, the respective incentive that such reflections confer to legislative changes and the consequent need for constitutional admissibility of such proposals in order to have a legitimate regulatory system on voluntary interruption of pregnancy so that it can be possible to defend a legitimate regulatory system on voluntary termination of pregnancy. The debate around a heated topic such as abortion, especially on its legal perspective, depend on justified studies so that one can advocate in favor of any solution.

**KEYWORDS:** Voluntary termination of pregnancy; abortion; decriminalization of abortion; legislative trends in voluntary termination of pregnancy; termination of pregnancy in the constitutional context.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**TC** – Tribunal Constitucional

**OMS** – Organização Mundial da Saúde

**PCP** – Partido Comunista Português

**PS** – Partido Socialista Português

**IVG** – Interrupção voluntária da gravidez

**AR** – Assembleia da República

**PGR** – Procuradoria-Geral da República

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I – Noções gerais do aborto e a utilização do Direito Penal</b> .....	14
<b>1.1 Breve história do aborto:</b> .....	14
<b>1.2 Meios Abortivos:</b> .....	23
<b>1.3 O aborto clandestino:</b> .....	26
<b>1.4 O aborto sob a ótica da política criminal:</b> .....	33
<b>1.4.1 O confronto dos dados trazidos pelos estudos de Política Criminal e o questionamento sobre a eficácia do Direito Penal em matéria de aborto:</b> .....	35
<b>1.5 Afinal, o Direito Penal é eficaz em matéria de aborto?</b> .....	42
<b>1.6 Que caminho seguir?</b> .....	44
<b>1.6.1 A descriminalização como caminho a ser seguido – razões para o abandono da proteção penal:</b> .....	45
<b>1.6.2 A manutenção da criminalização – os riscos do abandono da proteção penal:</b> .....	49
<b>1.7 Os Modelos Penais:</b> .....	52
<b>1.7.1 A Solução dos Prazos:</b> .....	54
<b>1.7.2 A Solução das Indicações:</b> .....	55
<b>1.7.2.1 A Indicação Terapêutica:</b> .....	57
<b>1.7.2.2 A Indicação fetopática:</b> .....	59
<b>1.7.2.3 A Indicação ética:</b> .....	60
<b>1.7.2.4 A Indicação económico-social:</b> .....	61
<b>1.7.2 O aconselhamento obrigatório:</b> .....	62
<b>1.8 O aborto deve, portanto, ser descriminalizado?</b> .....	63
<b>CAPÍTULO II – A evolução legislativa em matéria de aborto em Portugal</b> .....	65
<b>2.1 De 1852 a 1982:</b> .....	65
<b>2.2 1982-1983:</b> .....	67
<b>2.2.1 Em busca de mudanças:</b> .....	67
<b>2.2.1.2 O Projeto de Lei nº 309/II sobre a interrupção voluntária da gravidez:</b> .....	69
<b>2.2.2. O Projeto nº 374/II:</b> .....	71
<b>2.2.3. Os debates parlamentares:</b> .....	72

2.2.4 O Código Penal de 1982: .....	73
2.3 1984: .....	75
2.3.1 A Reapresentação de Projetos, em especial o Projeto nº 7/III: .....	75
2.3.2 O Projeto de Lei nº 265/III sobre a exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez: .....	76
2.3.3 Debate parlamentar dos projetos: .....	78
2.3.4. A Lei nº 6/84 de 11 de maio de 1984:.....	81
2.3.4.1 Breves comentários ao artigo 139º: .....	82
2.3.4.2 Breves comentários ao artigo 140º: .....	83
2.3.4.3 Breves Comentários ao artigo 141º: .....	88
2.3.5 As críticas às alterações trazidas pela Lei nº 6/84:.....	89
2.4 1995: .....	90
2.4.1 A reforma do Código Penal de 1995: .....	90
2.5 1996-1997:.....	92
2.5.1 O Projeto de Lei nº 177/VII sobre a interrupção voluntária da gravidez: .....	93
2.5.2 O Projeto nº 235/VII sobre a alteração dos prazos de exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez: .....	94
2.5.3 Projeto nº 236/VII sobre a interrupção voluntária da gravidez:.....	95
2.5.4 Debate Parlamentar dos Projetos: .....	96
2.5.5 Lei nº 90/97: .....	97
2.6. 1998-2006:.....	98
2.6.1 Projeto nº 417/VII sobre a interrupção voluntária da gravidez:.....	98
2.6.2 Projeto nº 451/VII sobre a exclusão da ilicitude de casos de interrupção voluntária da gravidez: .....	98
2.6.3 Os debates parlamentares e o Referendo de 1998: .....	99
2.6.4 O Referendo de 2007: .....	100
2.6.5 Lei nº 16/2007: .....	101
2.7 O crime de aborto no direito penal português: .....	102
2.7.1 Breves Comentários ao artigo 140º: .....	102
2.7.2 Breves comentários ao artigo 141º: .....	104
2.7.3 Breves comentários ao artigo 142º: .....	104
<b>CAPÍTULO III – O aborto e a problemática constitucional.....</b>	<b>107</b>
<b>3.1 A importância do direito à vida e a problemática constitucional do tratamento penal conferido ao aborto.....</b>	<b>107</b>

<b>3.2 O início da vida humana:</b> .....	112
<b>3.3 O início da tutela penal da vida humana:</b> .....	113
<b>3.4 Afinal, o artigo 24º, nº 1 da CRP compreende a vida intrauterina?</b> .....	114
<b>3.4.1 A Informação-Parecer nº 31/82 da Procuradoria-Geral da República:</b> .....	115
<b>3.4.2 A vida humana está abrangida pelo artigo 24º, nº 1 da CRP:</b> .....	118
<b>3.4.3 A posição do Tribunal Constitucional:</b> .....	121
<b>3.4.3.1 O Acórdão nº 25/84:</b> .....	121
<b>3.4.3.2 O Acórdão nº 85/85:</b> .....	125
<b>3.4.3.3. O Acórdão nº 288/98:</b> .....	127
<b>3.4.3.4 O Acórdão nº 617/2006:</b> .....	130
<b>3.4.3.5 O Acórdão nº 75/2010:</b> .....	132
<b>CONCLUSÃO:</b> .....	137
<b>BIBLIOGRAFIA:</b> .....	141

## INTRODUÇÃO

*“Cada mulher que, por vicissitudes da vida humana, seja algum dia levada a ter de ponderar a interrupção de uma gravidez é colocada, de forma inevitável, perante complexas e dramáticas interrogações.*

*A resposta final pode fundar-se em muitos e diferentes critérios, em função de convicções, valores éticos, crenças religiosas, e distintas representações do mundo e da lei. Poucas serão especialistas em direito, em filosofia ou em ética das ciências da vida, mas a nenhuma é poupado o ato de decidir.*

*Só raramente a opção estará imune a pressões psicológicas, sociais, culturais e econômicas. Demasiadas vezes, poderá faltar o acesso à melhor informação e o bom aconselhamento na hora em que seria necessário.*

*Tocando o que de mais profundo caracteriza a existência humana, uma tal ponderação, mesmo que por desventura se repita, nunca se torna mais simples ou mais fácil. É sempre uma dolorosa teia de Penélope, demasiado bem conhecida de milhões de mulheres que em todo o mundo e em todas as épocas experimentaram esse desfazer e refazer dos mais graves conflitos de valores e emoções humanamente possíveis, num <<choque de absolutos>> incessantemente renovado.*

*Cada decisão, duramente sujeita à ampulheta do tempo – e seguramente das mais difíceis para a mulher – é indelegável e pessoal. Tão concreta que não pode ser considerada em abstracto, nem estar tomada de antemão. Tão única que, uma vez assumida, vale para essa vez, não para todas as circunstâncias e tempos”.<sup>1</sup>*

Acreditamos que esta referência traduz muito bem o tema que nos dispusemos a tratar. A problemática do aborto pode ser tomada como ponto de partida dos mais variados debates e tido sob a ótica dos mais variados campos do saber. Todavia, dificilmente será percebida com simplicidade em qualquer das áreas a que se pretenda apontar. Especificamente quando emergem as demandas decorrentes do Direito Penal, as opiniões se entrelaçam suficientemente de forma a dificultar uma apreciação crítica e eminentemente jurídica.

A grande verdade é que todos nós possuímos nossas convicções pessoais sobre o tema. E, naturalmente, nossa consciência é guiada por preceitos de diversas índoles: morais, religiosas ou éticas. O grande desafio que deve ser superado, para uma investigação racional, é justamente nos desprendermos das mais íntimas ideologias que carregamos conosco e nos concentrarmos tão somente na vertente jurídica.

O debate sobre o aborto tomou diversas posições ao longo da história, mas é bem verdade que provavelmente nunca perderá a sua atualidade. Terá a sua contemporaneidade sempre presente porque, apesar dos inúmeros progressos que julgamos termos alcançado,

---

<sup>1</sup> MAGALHÃES, José (1997); Relatório e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. Diário da República, II Série-A, nº 23 de 22 de fevereiro de 1997.

um tema como o aborto provavelmente nunca passará a ser unânime. Podemos, eventualmente, até acreditar que atingimos um patamar que dificilmente será revertido, todavia a história está exatamente aí para nos recordar que as concepções médicas, biológicas, éticas, religiosas ou sociais sempre podem vir a mudar.

A título de exemplo, um leitor português que venha a se debruçar sobre este trabalho pode, porventura, achar que um tema como o da interrupção voluntária da gravidez não se revele hoje tão controvertido como o era há uns anos atrás, altura em que o debate tomou conta da atividade legislativa e social em terras lusitanas. No entanto, a investigadora que vos escreve reside em um país onde o debate sobre o aborto pouco evoluiu, podendo-se até dizer que a situação atual brasileira na questão é muito semelhante à portuguesa até 2007... e, ao menos no solo deste lado do Atlântico, não se vislumbra um horizonte passível de mudanças.

Tudo isto para dizer que a escolha deste tema se deu, fundamentalmente, pela atualidade que sempre irá revesti-lo. E, diante da importância que se confere às investigações acadêmicas, é exatamente daqui que surgirão os mais ricos debates, capazes de se transformarem, futuramente, em um panorama concreto.

Postas essas razões, no desenvolvimento desta investigação, procuramos, ao máximo, nos dedicarmos especificamente às questões jurídico-penais que derivam da questão do aborto. Todos nós, inconscientemente, temos uma resposta subjetiva sobre sermos contra ou a favor do aborto. Todavia, como juristas, nos incumbe o dever de questionar os efeitos da norma penal. É louvável o argumento de que com a criminalização do aborto se está a proteger a vida em uma fase tão necessitada de defesa. Mas, cabe a nós, estudiosos do Direito, questionarmos o verdadeiro efeito da norma na vida comum.

A presente investigação encontra-se dividida em três capítulos que buscam entrelaçar-se de forma a chegar a uma conclusão final. Em um primeiro momento, trataremos de expor a forma com que o aborto foi sentido no decorrer da história e demonstrar os interesses que podem vir a envolver a determinação de eventual criminalização da interrupção voluntária da gravidez. Em sequência, se revela apropriado mencionar as formas pelas quais se pode alcançar um aborto, de forma a ser possível confrontar as técnicas mais seguras com a verdadeira face do aborto clandestino. Certamente, ao adentrar especificamente na seara do Direito Penal, buscaremos sustentar-nos contributos trazidos pelos estudos de política criminal rumo a respostas sobre qual seria

o tratamento mais efetivo a ser concedido ao aborto. Desta forma, buscaremos responder a indagação que, desde sempre, vem afligindo os juristas: o Direito Penal é eficaz na proteção da vida intrauterina?

Progredimos o nosso estudo com a apreciação dos modelos que vem sendo adotados pelos ordenamentos jurídicos para lidar com a questão do aborto. Analisaremos as vertentes doutrinárias que advogam a favor e contra a utilização do aparato sancionatório como meio de regulação da interrupção voluntária da gravidez e aprofundaremos o debate relativo aos argumentos invocados por cada uma das vertentes.

Em um segundo momento, apreciaremos a evolução legislativa referente ao aborto no cenário jurídico português. Como é de se esperar de um tema tão acirrado, veremos que foi longo o caminho percorrido e diversas foram as considerações levantadas até que se chegasse à regulação atual em matéria de interrupção voluntária da gravidez. Trataremos de contextualizar, para além de uma apresentação meramente legislativa, todo o cunho social que esteve nos bastidores de cada Projeto de Lei apresentado à Assembleia da República.

Tudo isso, para que possamos chegar em um terceiro momento, munidos de todos os conceitos e aspetos necessários para a devida compreensão da vertente jurídico-constitucional do aborto. Como se verá ao longo do desenvolvimento desta investigação, há uma íntima relação entre os contributos de política criminal que motivam as propostas de alteração ao texto legal em matéria de aborto e a sua conformidade constitucional. Seria, de certo modo, descabido, defender uma ou outra regulação, sem se avaliar a respetiva harmonia com os preceitos enunciados na Lei Maior.

Ainda neste âmbito, percorreremos o caminho trilhado pelo Tribunal Constitucional na apreciação da constitucionalidade das legislações em causa, de forma que seja possível compreender a linha de raciocínio que foi, ao longo dos anos por este órgão criado, sempre de forma atenta aos contornos do debate internacional.

Munimos esta investigação de pesquisas bibliográficas nacionais e internacionais, além dos levantamentos de órgãos oficiais a respeito de números que eventualmente podem ser determinantes para compreender a problemática em causa.

O grande objetivo deste trabalho reside na tentativa de contribuição ao debate sobre o aborto na esfera jurídico-criminal. Especificamente no tocante à intrínseca relação entre as mudanças legislativas e a sua conformidade com o texto constitucional. Evidentemente, para que se concretize qualquer transformação no tratamento concedido à interrupção voluntária

da gravidez, necessário se faz uma adaptação normativa e constitucional para que se recebam as mudanças em consonância com as diretrizes que fundamentam o ordenamento jurídico.

Cumpre-nos finalizar dizendo que a intenção do presente estudo é esclarecer os contornos do debate político, social e legislativo em torno da interrupção voluntária da gravidez. E, uma vez compreendidos estes conceitos gerais, ansiamos que reste cristalina a intrínseca relação entre estas vertentes no que toca ao crime de aborto.

## CAPÍTULO I – Noções gerais do aborto e a utilização do Direito Penal

### **1.1 Breve história do aborto:**

No início deste estudo, mister se faz examinar algumas particularidades em torno da percepção social e jurídica face ao aborto e as suas respetivas manifestações no decorrer dos tempos. É de extrema importância compreender a forma como o tema se revela, desde os primórdios da história até os dias atuais, não raro vinculando-se a outros eventuais interesses demográficos, políticos, sociais e éticos.

Apesar de perceptível que o debate político e social em torno do aborto se encontra, muitas das vezes, polarizado entre as posturas enérgicas de grupos “pró-vida” e “pró-escolha”, daí não se pode presumir que o binômio “proibição-autorização” tenha sempre tido lugar nestas medidas. É relevante, de pronto, sublinhar que, atualmente, apesar de consistir em um tema que pode ser facilmente influenciado por questões morais, religiosas, ou éticas, durante muito tempo, o aborto não foi apenas socialmente tolerado, como reiteradamente praticado sem que houvesse lugar para questionamentos de qualquer outra natureza.

Assim, é possível, seguindo os entendimentos de Galeotti (2007), traçar uma verdadeira “história do aborto”<sup>2</sup> e delimitar momentos em que a sua prática não passava de uma “coisa de mulheres”, sem reflexos jurídico-penais significativos ou preocupações vigorosas em prol da defesa do feto, até uma altura em que a vida pré-natal é tida como uma verdadeira figura privilegiada e, conseqüentemente, necessitada da contundente proteção concedida pelos meios penais. O que é importante compreender, é que não se trata de uma mudança súbita de posicionamento, mas da consequência de toda uma construção em torno da própria percepção da maternidade em si, da natureza do produto da concepção e da motivação político-social do período em questão.

À vista disso, cumpre-nos iniciar esta exposição pela Antiguidade, onde o recurso ao aborto era frequentemente percebido como método de controle de fecundidade. Neste período, o embrião ou feto eram considerados uma mera extensão do corpo da mulher, que só adquiria autonomia após o nascimento, quando, do respirar do ar fresco, adentrava ar em seus pulmões.<sup>3</sup> Logo, enquanto inserido no ventre materno, aludia-se à ideia de um “fruto que cresce em terreno fértil” e que, enquanto não se torna maduro, “não se pode conceber

---

<sup>2</sup> GALEOTTI, Giulia (2007). *História do ab(ort)to*. Tradução Sandra Escobar. Lisboa: Edições 70. p. 21.

<sup>3</sup> *Idem*. p. 36.

separado da planta”.<sup>4</sup> Nesse período, como consequência de uma compreensão do feto como um ser inteiramente dependente da mãe, não há o que se falar em leis punitivas da prática do aborto, uma vez que caberia a mulher dispor do próprio corpo da maneira que bem entendesse.

Inclusive, na Grécia Antiga, grandes pensadores como Aristóteles e Platão, se manifestaram a favor do aborto como meio de regulação do número de filhos, em prol do bem-estar econômico da sociedade<sup>5</sup>. Aristóteles, especificamente, introduziu a ideia da animação retardada do feto, na qual julgava que a alma só lhe era infundida após o decorrer de determinados dias após a concepção (quarenta dias, no caso do sexo masculino, e oitenta dias para o sexo feminino).<sup>6</sup> Nesse sentido, firma-se uma tendência na interpretação social de que, antes desse período, quer seja o da chamada “animação” do feto, não sendo ele dotado de alma, não seria socialmente ilícita a realização do aborto.<sup>7</sup>

Já em Roma, durante todo o período clássico, o aborto também não foi tido como juridicamente proibido.<sup>8</sup> A forte influência da filosofia estoica contribuiu para a percepção do feto como parte das entranhas corpo da mulher (o também chamado “*portio viscerum matris*”), uma víscera, um apêndice, não lhe sendo, assim, atribuída qualquer autonomia. Posto isso, caberia inteiramente à mulher dispor do próprio corpo, incluindo-se aqui o produto da concepção.<sup>9</sup>

Esse cenário só veio a mudar sob o regime de Sétimo Severo, momento em que passaram-se a prever graves penas, como o exílio temporário às mulheres que tivessem abortado contra a vontade do marido; trabalhos forçados e apreensão de bens às que tivessem administrado chás, além da previsão de pena capital quando constatada a morte da mulher em decorrência das manobras abortivas.<sup>10</sup> Essa mudança de paradigma entre o aborto tido como uma mera questão privada à aplicação de sanção expressamente prevista pela lei é digna de relevância, uma vez que simboliza o início de uma perspectiva do aborto como ato

---

<sup>4</sup> *Idem* p. 25-26.

<sup>5</sup> Aristóteles e Platão temiam a superpopulação e admitiam o recurso ao aborto como um dever social. (IGLESIAS SALIS, Manuel. *Aborto, Eutanasia y Fecundación Artificial*. Barcelona: Editora Dux, 1954. p. 67).

<sup>6</sup> GRACIA, Diego (1984). “O aborto na história”. in: *O aborto à luz do dia: o risco de ser*. Coord. Valentim Marques. Coimbra. Gráfica de Coimbra. p. 21.

<sup>7</sup> *Idem*. p. 25.

<sup>8</sup> PEREIRA, Rui Carlos (1995). *O crime de aborto e a reforma penal*. Lisboa: AAFDL. p. 9.

<sup>9</sup> MARTINS, António Carvalho (1985). *O aborto e o problema criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. p. 20.

<sup>10</sup> GALEOTTI, Giulia (2007). p. 42-43.

juridicamente relevante.<sup>11</sup> Porém, é importante ressaltar que, neste período, o objetivo da incriminação não era a proteção da vida feto ou sequer a saúde da mãe, mas a ideia de pátrio poder familiar, onde o aborto aparece como uma verdadeira lesão ao direito do marido à prole.<sup>12</sup>

Com a ascensão do Cristianismo, o respeito absoluto pela vida assume posição central e, certamente, que esta filosofia refletirá em mudanças no entendimento concedido ao aborto até então<sup>13</sup>. Para Beristain, (1980), desde logo, há de se agradecer à Igreja Católica por sua mensagem de respeito à vida, transmitida em oposição ao desprezo que amplos setores da cultura greco-romana sentiam contra o nascituro.<sup>14</sup> Como relembra Martins (1985), para o Cristianismo, a prática do aborto é considerada contrária ao mandamento “não matarás”<sup>15</sup>, o que faz com que a interrupção da gravidez seja equiparada ao homicídio.<sup>16</sup> O pensamento cristão inverteu o sujeito tutelado, que agora passa a ser o próprio feto: o produto da concepção passa a ser compreendido verdadeiramente como filho de Deus e não mais um ser à inteira disposição da mulher ou do pater família. Para Hungria (1977), a grande questão para a Igreja Católica não residia apenas na proteção à vida, mas era movida também por forças de cariz religioso que entendiam o aborto como a perda de uma alma que acabava por morrer sem receber o batismo.<sup>17</sup> Por sua vez, os Concílios seguiram e reforçaram tal entendimento: o de Elvira, por exemplo, condenava à pena de excomunhão a mulher que, tendo relações ilícitas, praticasse o aborto, sendo esta mesma orientação seguida pelos concílios subsequentes.<sup>18</sup>

---

<sup>11</sup> GALEOTTI, Giulia (2007), entende que, embora o sistema já não continue indiferente, isto não altera a ideia de que o feto não é uma pessoa (*Ibidem*).

<sup>12</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1962). *Tratado de la parte especial del derecho penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. p. 481.

<sup>13</sup> LEITE, António (1975) “com a conversão dos imperadores romanos ao cristianismo, que passou a ser a religião do Estado, multiplicaram-se as leis civis contra os que praticavam e todos os que nele colaboravam”. (Legislações recentes sobre o aborto. *Rev. Scientia Iuridica*. Maio-Agosto, tomo XXII, nº 122-125. p. 385).

<sup>14</sup> BERISTAIN, Antonio (1980) Interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teológico-jurídicas. *In: II Jornadas Italo-Franco-Luso-Españolas del Derecho Penal*. Avila: Societe Internacionale de Defense Sociale. p. 89.

<sup>15</sup> MARTINS, António Carvalho (1985) p. 21.

<sup>16</sup> GALEOTTI, Giulia (2007) p. 56. Também em PEREIRA, Rui Carlos (1995). p. 14.

<sup>17</sup> HUNGRIA, Nelson (1977) *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense. p. 272. De forma a complementar este pensamento, pontua PEREIRA, Rui Carlos (1995), que “o batismo é *conditio sine qua non* do apagamento do pecado original (...), da unidade com Cristo, do ingresso na Igreja, na salvação da alma e conquista da vida eterna”. (p. 12).

<sup>18</sup> GRACIA, Diego (1984). p. 25. Também em GALEOTTI, Giulia (2007) p. 56.

Ainda assim, a Igreja Católica, por mais que no percorrer da história tenha se revelado uma fiel defensora do direito à vida desde o momento da concepção<sup>19</sup>, nem sempre entendeu que este seria o momento decisivo para a infusão da alma no feto. Apesar de grandes nomes, como Tertuliano, terem sempre defendido a ideia de infusão da alma no momento da concepção<sup>20</sup>, a distinção, de raiz aristotélica, entre feto animado e inanimado chegou a ser defendida por alguns doutores da Igreja, como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, que hesitavam em classificar como homicídio atentados aos fetos ainda não dotados de alma.<sup>21</sup>

Em resposta a estes desacordos que atingiam a Igreja Católica, em 1588, o Pontífice Sixto V, espelhando-se na orientação do Concílio de Elvira, determinou a excomunhão para todos aqueles que praticassem o aborto, *independentemente da animação ou não do feto*.<sup>22</sup> No entanto, tal determinação pareceu demasiado severa para o seu sucessor, Gregório XIV, que, três anos depois, deu como não escrita a determinação de Sixto V e restabeleceu as penas anteriormente estabelecidas e a aplicação da distinção entre fetos animados e inanimados.<sup>23</sup> De ressaltar que a solução só foi definitivamente superada no âmbito da Igreja em 1869, quando Pio IX afastou qualquer distinção entre feto animado ou inanimado existente na Santa Sé e reafirmou a equiparação do aborto ao homicídio, sendo a ele aplicável a pena de excomunhão.<sup>24</sup>

Já na idade moderna, constata-se um incremento na desarmonia entre a religião e a vida civil, de forma que diminui a influência da Igreja sobre os hábitos da sociedade. Na ausência de previsão de penas para além do âmbito religioso, na prática, a antiga distinção entre o feto animado e inanimado ainda era utilizada como parâmetro para a delimitação da

---

<sup>19</sup> GAFO, Javier (1984). Dois mil anos de acolhimento à vida. In: *O aborto à luz do dia: o risco de ser*. Coord. Valentim Marques. Coimbra. Gráfica de Coimbra. p. 107-108.

<sup>20</sup> De acordo com GALEOTTI, Giulia (2007), Tertuliano “considerará o feto um ser humano, embora ainda dependente da mãe, pois a dependência não significa que o feto seja um mero apêndice: o embrião e, mais tarde, o feto já existem enquanto entidades aos olhos de Deus” (p. 52).

<sup>21</sup> Sobre esta distinção, explicita LEITE, Antonio (1965): “Muitos médicos e teólogos, baseados nesta teoria, supunham que até aquele período [o da animação do feto] o embrião passava pelo estágio de vida meramente vegetativa, semelhante à das plantas, e depois de vida sensitiva, como a dos animais, para só depois atingir a vida humana, quando lhe era infundida a alma. Consequentemente, partidários desta teoria supunham ser menos grave o aborto realizado nos primeiros dias, enquanto não houvesse ainda vida humana. Era sim imoral, por ser a destruição de uma vida inferior, mas não podia equiparar-se ao homicídio ou ao infanticídio por o embrião ainda não ter alma.” (p. 385).

<sup>22</sup> LEITE, Antonio (1975) p. 386.

<sup>23</sup> GALEOTTI, Giulia (2007) p. 84. Também em LEITE, Antonio (1975) p. 356 e MARTINS, António (1985) p. 22.

<sup>24</sup> MARTINS, António (1985). p. 22. Também em GALEOTTI, Giulia (2007)) p. 82-89 e 121-125.

fronteira entre o aborto lícito e ilícito.<sup>25</sup> Na Inglaterra, por exemplo, o aborto foi, durante muito tempo, socialmente considerado crime apenas quando praticado após o chamado “quickening”, ou seja, antes do feto mostrar os primeiros sinais de movimento no ventre da mãe.<sup>26</sup> Como relembra Dallapenna (1979), a basear-se pela tecnologia médica então disponível, por muito adotou-se este parâmetro como ponto decisivo na delimitação social da licitude do aborto.<sup>27</sup>

A partir do século XIX surgem as primeiras leis que tratam o aborto efetivamente como crime. Em 1803, foi promulgada a primeira lei inglesa que criminalizava o aborto: o *Ellenborough’s Act*, de 1803. Este diploma legal foi responsável por distinguir as penas previstas em relação ao aborto: se a interrupção fosse realizada antes do “quickening”, as penas previstas seriam as de multa, punições corporais e prisão. Quanto às praticadas após o surgimento dos primeiros movimentos do feto no ventre da mãe, previa-se a pena de morte.<sup>28</sup> Os ventos desta inclinação se espalharam pela Europa de modo que, na França, a criminalização do aborto se deu sob o artigo 317 do Código Penal de 1810, que previa pena de prisão a ser cumprida em solitárias, tanto à mulher quanto à terceiro que realizasse a interrupção da gravidez.<sup>29</sup> Mais tarde, na Alemanha, as sessões 218 a 220 do Código Penal de 1871 previam penas de até cinco anos de prisão à mulher que provocasse o aborto em si mesma ou a quem, com o seu consentimento, a ensinasse ou nela aplicasse os meios para abortar. Para os últimos, estipulava-se pena de prisão não inferior a dez anos, podendo alcançar a perpétua, quando das manobras abortivas resultasse a morte da mulher.<sup>30</sup>

De qualquer modo, contestam-se as verdadeiras razões por detrás desta nova tendência de criminalização do aborto. É evidente que as conquistas científicas trouxeram novas ponderações em torno do fenômeno da gestação e do próprio ciclo da vida: a gravidez

---

<sup>25</sup> CAMPOS, Ana (2007). *Crime ou castigo?: da perseguição contra as mulheres até à despenalização do aborto*. Coimbra: Almedina. p. 26. Também em GRACIA, Diego (1984). p. 24.

<sup>26</sup> GALEOTTI, Giulia (2007) esclarece que o primeiro movimento do feto era o meio pelo qual este se anunciava à mãe e era a partir desse momento a gravidez passava a ser socialmente reconhecida. (p. 30).

<sup>27</sup> DALLAPENNA, Joseph W. (1979). The history of abortion: technology, morality and law. *University of Pittsburgh Law Review*, 40, nº 3. p. 378.

<sup>28</sup> SAUER, R. (1978). Infanticide and abortion in nineteenth-century Britain. *Population Studies*, Mar., Vol. 32, nº 1. p. 3. Importante ressaltar que, em 1861, com a promulgação do *Offenses Against the Person Act*, o ponto de partida do “quickening” é superado, sendo considerado crime de aborto a interrupção da gravidez em qualquer das suas fases.

<sup>29</sup> FRANÇA. Code Penal, Article 317 (1810). Disponível em: <[https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c\\_penalcode3b.html](https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode3b.html)>. Acesso em 9. Mar. 2022.

<sup>30</sup> ALEMANHA. *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, (1871). Disponível em <<https://lexetius.com/leges/StGB/Inhalt?2>>. Acesso em 5 de março de 2022.

deixou de ser um fato privado e exclusivo da mulher, para dar lugar à uma maior compreensão do desenvolvimento do feto através da ciência. Galeotti (2007) não deixa de pontuar as publicações representativas de embriões e fetos ainda no século XVIII e a primeira vez em que se escuta os batimentos do feto, em meados de 1815, como eventos científicos relevantes e que determinaram um primeiro passo rumo à reviravolta na percepção da maternidade em si, bem como da compreensão da natureza e do feto como entidade autônoma.<sup>31</sup>

Porém, a proclamação das leis punitivas em matéria de aborto vem também acompanhada de uma preocupante diminuição nas taxas de natalidade, que poderia ser traduzida na conseqüente diminuição do número de soldados, contribuintes e trabalhadores. Cunhal (1997) traz o exemplo da França que, na sua defesa imperialista, declarou uma intensa luta contra o aborto, chegando inclusive a empreender subsídios às famílias numerosas e a punição de propagandas contraceptivas em 1920.<sup>32</sup> Galeotti também pontua que, neste período de intensa preocupação com o decréscimo da população, nascimento e não nascimento se tornaram questões públicas e “quase dramas nacionais”.<sup>33</sup> Daí, muito se supõe que a verdadeira origem das normas incriminadoras não derivaram verdadeiramente de preocupações autênticas com a vida pré-natal.

E não foi apenas neste momento que se constatou que outros interesses poderiam intervir na iniciativa em escolher especificamente o Direito Penal para lidar com o aborto: é possível verificar estreitas relações entre a intensificação ou relaxamento da perseguição ao aborto e preocupações demográficas que marcaram alguns países. Em momentos de aumento significativo da população, alguns pensadores, como Malthus, no século XVIII, premeditavam que a sociedade estaria condenada à um futuro coberto por pobreza graças à desproporção entre o aumento populacional, que se dava em proporção geométrica e a riqueza, que, ao contrário, aumentava em proporção aritmética dentro de um mesmo intervalo de tempo.<sup>34</sup> Nesse seguimento, os partidários neomalthusianos foram grandes defensores da teoria de que não seria digno conferir maior valor ao feto do que sobre aqueles

---

<sup>31</sup> GALEOTTI, Giulia (2007). p. 81-82.

<sup>32</sup> CUNHAL, Álvaro (1997). *O aborto: causas e soluções*. 1ª edição. Porto: Campo das letras. p. 48.

<sup>33</sup> GALEOTTI, Giulia (2007). p. 93.

<sup>34</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (1981) Política demográfica, planificación familiar y aborto. *In: Interrupción del embarazo: responsabilidad penal objetiva*. II Jornadas ítalo-franco-luso-españolas de derecho penal. Avila-: Societe Internacionale de Defense Sociale. p. 107.

que morrem de fome<sup>35</sup>, inflamando um discurso à favor do aborto como meio de controle de natalidade.

A questão do aborto também revelou uma nova face, evidentemente perversa, durante a vigência de regimes totalitários.<sup>36</sup> Especialmente na história alemã, essa afirmação se prova após Hitler assumir o poder: os parágrafos 219 e 220 voltam a ser introduzidos no Código Penal, após a revogação e diminuição da severidade das penas em 1926,<sup>37</sup> de forma a também punir quem anunciasse ou recomendasse artigos ou procedimentos relativos ao aborto, bem como qualquer um que oferecesse ou indicasse artigos ou procedimentos abortivos.<sup>38</sup> Já em 1943, foi instituído que a pena de morte poderia ser aplicada aos profissionais que “continuamente prejudicam a vitalidade do *Volk* alemão”. Ainda, sob a vigência das Leis de Nuremberg, especificamente a Lei para a Proteção do Sangue e Honra Alemãs, em 1938 um casal de judeus foi inocentado da tentativa de realizar um aborto sob o argumento de que o parágrafo do Código Penal que punia o aborto não se aplicava para a salvaguarda dos embriões judeus.<sup>39</sup> De acordo com Muñoz Conde (1981), já em plena Guerra Mundial, com objetivos de purificação de raça, promulgou-se uma lei que permitia e fomentava o aborto de mulheres não arianas e mantinha-se a punição com graves penas às mulheres arianas.<sup>40</sup>

Também na Itália, dominada pelo fascismo, o aborto foi tido como “crime contra a integridade e a saúde da estirpe”, agravando-se as penas e ampliando o rol de condutas de forma a admitir, por exemplo, a punição para o “incitamento de práticas contra a concepção” e “instigação ao aborto”.<sup>41</sup> Na França, sob o regime Vichy, por força da Lei de 15 de fevereiro de 1942, proclamou-se que o aborto era um crime contra o Estado e seria assim punido com pena de morte.<sup>42</sup> Em 30 de julho de 1943, a parteira Marie-Louise Giraud foi guilhotinada, tornando-se símbolo da força da repressão contra o aborto.

---

<sup>35</sup> GRACIA, Diego (1984). p. 25.

<sup>36</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (1981) p. 110. ANDRADE, Manuel da Costa (1979). O aborto como problema de política criminal. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*. p. 297.

<sup>37</sup> Reichsgesetzblatt. 1926, 1: 239.

<sup>38</sup> DAVID, Henry P; FLEISHHACKER, Jochen; Hohn, Charlotte (1998). Abortion and eugenics in Nazi Germany. *Population and development Review*, Mar., vol. 14, nº 1, p. 90.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>40</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, (1981) p. 110.

<sup>41</sup> GALEOTTI, Giulia (2007). p. 112-113.

<sup>42</sup> DAVID, Henry (1992). Abortion in Europe, 1920-91: A public health perspective. *Studies in Family Planning*. Jan-Feb, Vol. 23, nº1, p. 4.

Um caso singular se revela na Rússia, onde passou-se a se atentar à uma das principais consequências da criminalização: a realidade do aborto clandestino.<sup>43</sup> Desta forma, abandona-se a legislação penal até então vigente, que condenava o aborto com penas de privação de direitos civis, exílio ou trabalho forçado<sup>44</sup> e, em 1920, autoriza-se a interrupção da gravidez por requisição da mulher, desde que realizada em hospitais públicos e durante o primeiro trimestre da gravidez.<sup>45</sup> Não obstante, apesar do pioneirismo em tema de descriminalização do aborto, a vida da permissão foi curta: logo em 1936, a União Soviética retorna à era da criminalização, mas, agora, prevendo-se exceções às interrupções praticadas por razões terapêuticas.<sup>46</sup> Apesar da vigência de tal recuo ter se prolongado por alguns anos, o panorama volta a mudar novamente em 1955, após a morte de Stalin, quando retoma-se a realidade anunciada em 1920.<sup>47</sup>

Para além da segunda metade do século XX, com o avanço dos movimentos feministas, nascem reivindicações em prol de mudanças na legislação que criminaliza o aborto. Sob o argumento da “política do corpo”<sup>48</sup>, acalora-se o debate em torno da legalização da interrupção voluntária da gravidez como um autêntico direito da mulher.<sup>49</sup> Coloca-se em evidência que a existência de uma lei penal repressiva contra o aborto não impede que mulheres busquem a interrupção da gestação por outras vias, visualizando na própria proibição o principal impulso à clandestinidade. E, quando se fala de aborto clandestino, toda uma dramaticidade envolve o tema resultando na luta enérgica daquelas que veem a descriminalização como a verdadeira resolução final.

Daí que todas essas reivindicações feministas, somadas à clarificação das péssimas condições em que eram realizados os abortos clandestinos, fomentam uma tendência de descriminalização da interrupção voluntária da gravidez. Em solo europeu, em 1967, a Inglaterra promulga o Abortion Act, que autoriza a interrupção da gravidez em determinadas

---

<sup>43</sup> CAMPOS, Ana (2007) lembra que “a legalização do aborto na Rússia em nome da saúde das mulheres confirmou que se tratava de uma intervenção segura, se realizada em condições adequadas”. (p. 43).

<sup>44</sup> AVDEEV, Alan; BLUM, Ailan; TROITSKAYA, Irina (1995). The History of abortion statistics in Russia and the URSS from 1900 to 1991. Population: *An English Selection*, vol. 7. p. 40.

<sup>45</sup> DAVID, Henry (1992). p. 4.

<sup>46</sup> AVDEEV, Alan; BLUM, Ailan; TROITSKAYA, Irina (1995). p. 42.

<sup>47</sup> *Idem*. p. 45.

<sup>48</sup>GALEOTTI, Giulia. (2007). p. 130.

<sup>49</sup> CAMPOS, Ana (2007). p. 48.

circunstâncias<sup>50</sup> e as remetem à verificação de admissibilidade pelos médicos.<sup>51</sup> Nos Estados Unidos, em 1973, uma decisão da Suprema Corte veio a reverter a situação do aborto em território nacional, entendendo que durante o primeiro trimestre de gestação não cabe ao Estado proibir o aborto, sob pena de violação do *right of privacy*.<sup>52</sup> Na França, em 1975, a Lei nº 75-17 suspende pelo período de cinco anos a aplicação do artigo 317º do Código Penal a que se referia o aborto, quando a interrupção da gravidez fosse praticada até a décima semana de gestação, por um médico e em estabelecimento hospitalar autorizado.<sup>53</sup>

O caso particular da Alemanha merece um importante destaque porque revela como a questão do aborto é capaz de mobilizar grandes questões políticas, além de evidenciar a importância do para além de questões criminais. Ao fim da guerra, em 1950, a Alemanha Ocidental aprovou a “Lei para a Proteção da Mãe e Filhos e Direitos da Mulher”, que anulava a então sessão 218 do Código Penal, de forma a permitir o aborto em determinadas situações de necessidade.<sup>54</sup> Foi-se ainda mais longe, em 1974, na Alemanha Oriental: o mesmo parágrafo 218 foi modificado de forma a permitir o aborto realizado por requisição da mulher, desde que praticado por um médico e durante o primeiro trimestre da gravidez. Tendo em vista estas duas concepções distintas em matéria de aborto, surgia a dúvida de qual das legislações deveria regular a matéria após a unificação. Nas discussões da reunificação em 1990, o acordo podia firmar-se apenas após um compromisso nesta matéria. No deslinde destes acontecimentos, uma vez que Alemanha Ocidental e a Alemanha Oriental não conseguiram entrar em um acordo sobre qual lei deveria prevalecer, restou definido que, após a unificação, o novo legislador alemão teria de propor uma nova normativa sobre a interrupção voluntária da gravidez até o final de 1992, enquanto, até lá, as duas legislações permaneciam em vigor em seus respectivos territórios.<sup>55</sup>

De qualquer modo, o panorama legislativo do aborto, a partir desse momento, vai se modificando: países que tipificavam o aborto em suas respectivas normas penais, passam a abrir algumas exceções que, caso constatadas no caso concreto, tornam a interrupção da

---

<sup>50</sup> Nomeadamente quando a continuação da gravidez envolva risco à vida da gestante, ou risco à sua saúde física ou mental, ou quando haja risco substancial de que a criança a nascer seja portadora de anormalidades. (REINO UNIDO. Abortion Act, § 1, (1) a e b (1967).

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> BUELL, Samuel W. (1991) Criminal Abortion Revisited. *New York Law Review* 66. p. 1800

<sup>53</sup> MARTINS, António (1985). p. 34.

<sup>54</sup> HARSCH, Donna (1997) Society, the State and Abortion in East Germany, 1950-1970. *The American Historical Review*, Feb., vol. 102, nº 1. p. 57.

<sup>55</sup> ESER, Albin (1993). Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de derecho comparado. *Actualidad Penal*. p. 55.

gravidez não punível.<sup>56</sup> A princípio, ainda asseguram o respeito à vida do nascituro, mas entendem que determinadas situações podem colocar em conflito os direitos do feto e os direitos da mulher grávida, tendo o primeiro que ceder em relação ao segundo. Daí vão se alterando os prazos em que o aborto pode ser realizado, os procedimentos relativos ao consentimento da mulher grávida para a realização da intervenção e os deveres médicos. Até o momento em que, através de argumentos de cariz social e político criminal, autoriza-se a interrupção da gravidez, por mera requisição da mulher, sem que seja necessária qualquer comprovação de índole médica, desde que realizado em um determinado prazo e em determinadas circunstâncias.

Como é de se esperar de um tema tão acalorado, como se revela o aborto, essas mudanças se desenvolvem sem que se aquiete o debate em torno do tema: a Igreja Católica continua a se revelar uma forte entidade na luta pela defesa da vida, compreendendo que a vida humana começa a partir da concepção e reiterando que qualquer atentado à vida do embrião ou do feto é atentatória à vida humana em si e o debate político se torna acalorado nas discussões parlamentares que visam a implementação de novidades legislativas na matéria. A conclusão a que se chega é que, provavelmente, a discussão ainda muito se prolongará no decorrer dos anos, com a única certeza de que, como vimos no decorrer do desenvolvimento histórico, tais concepções podem mudar, a depender dos interesses em jogo.

A conclusão a que se chega é que, por muito, a temática do aborto tem sido tratada como um verdadeiro “tabu”, onde não há meio-termo: ou se é a favor, ou se é contra. Porém, para que seja tomada qualquer posição, rumo a qualquer direção, é necessário compreender como o tema tem sido tratado ao longo dos anos. É necessário reconhecer que, desde os tempos mais remotos, o aborto sempre existiu e, provavelmente, sempre existirá. O que resta é compreender como questões aparentemente alheias ao tema podem nele se refletir para que se possa tomar uma posição racional.

## **1.2 Meios Abortivos:**

Como vimos nas páginas anteriores, o ato de interromper a gravidez remonta dos tempos mais remotos. Seja pela crença de que o aborto funciona como um meio de controle

---

<sup>56</sup> Geralmente, a interrupção da gravidez, nesse primeiro momento, é condicionada a um parecer médico que ateste a verificação das situações previstas em lei.

de natalidade, ou por se julgar que aborto não é um ato condenável pelo fato de o feto não ser dotado de alma durante determinado período após a concepção, ou, ainda, por motivos pessoais, econômicos e sociais... fato é que as mulheres, em todos os momentos da história, sempre recorreram ao aborto para pôr fim a uma gravidez que, por qualquer das razões, resulte indesejada.

Para se provocar um aborto, diversas são as formas ao dispor. Resta, inclusive, perceptível a evolução dos métodos utilizados, como que numa verdadeira passagem entre a prática de atos brutais e causadores graves riscos à saúde da mulher, até a utilização de métodos mais seguros e eficientes para tal finalidade. Ana Campos (2007) relembra que a contraceção mais antiga que se tem notícia, um medicamento abortivo citado em um texto médico chinês, remonta da data de 2700 A.C.<sup>57</sup> Na Grécia Antiga, era comum o uso de plantas, especialmente o salgueiro como método abortivo.<sup>58</sup> Em Roma, métodos intravaginais eram regularmente utilizados, como tampões e substâncias acidificantes.<sup>59</sup> Na era cristã, os mesmos fármacos que eram utilizados indiscriminadamente para a contraceção, também eram utilizados como abortivos, refletindo um senso comum de que a concepção durava por quarenta dias, tornando substâncias contraceptivas ou abortivas frutíferas para ambos os efeitos.<sup>60</sup> Nessa continuidade e, claramente, com a contribuição decisiva dos avanços científicos e da medicina, os meios abortivos vão se modificando em prol de procedimentos que melhor acautelam a saúde da mulher e que prometem êxito no resultado almejado.

É importante que, num primeiro momento, se compreenda as formas de se prosseguir com um aborto, uma vez que para o devido desenvolvimento deste trabalho é de extrema importância a devida percepção das diferenças existentes entre a interrupção de uma gravidez realizada de forma segura e aquela que é praticada no âmbito clandestino. Uma vez conhecidos os métodos à disposição, resta ainda mais latente os riscos que compreendem os abortos inseguros à vida e à saúde da mulher.

Para tal finalidade, seguiremos a conceituação trazida por França (2008), que divide os meios empregados para a realização do aborto em *tóxicos* e *mecânicos*.<sup>61</sup> Os meios *tóxicos*

---

<sup>57</sup> CAMPOS, Ana (2007). p. 15.

<sup>58</sup> *Idem.* p. 16.

<sup>59</sup> *Idem.* p. 17.

<sup>60</sup> *Idem.* p. 20.

<sup>61</sup> FRANÇA, Genival Veloso de (2008). *Medicina Legal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. p. 282

reúnem diversas substâncias de *origem vegetal* ou *mineral* que provocam a intoxicação do organismo materno, ocasionando a morte do feto ao penetrarem a circulação placentária.<sup>62</sup> Um dos riscos da ingestão indiscriminada dessas substâncias é que a intoxicação da mulher grávida pode leva-la à óbito sem que sequer se verifique o aborto.<sup>63</sup> Nesta mesma categoria, quer seja a dos meios *tóxicos* com a finalidade de induzir o aborto, incluem-se também a utilização de determinados fármacos em doses elevadas para que se alcance efeitos abortivos. Landrove Diaz (1976) menciona entre as drogas mais utilizadas para este fim a penicilina e prostaglandinas.<sup>64</sup>

Quanto aos meios *mecânicos*, estes podem dividir-se em *diretos* ou *indiretos*. Os primeiros são aqueles utilizados diretamente: na *cavidade vaginal*, como os tamponamentos, as duchas alternadas de água fria e quente ou as cópulas repetidas; no *colo do útero* através de esponjas ou dilatadores mecânicos com a finalidade de dilatar o canal cervical; ou na *cavidade uterina*, geralmente através da punção das membranas por instrumentos como agulhas de crochê, sondas de borracha, palitos de picolé, entre outros, com o intuito de causar o desprendimento da membrana e o consequente esvaziamento do útero pela curetagem, pela aspiração ou histerotomia. Finalmente, quanto aos *meios mecânicos indiretos*, incluem-se aqueles de utilização extragenital como traumatismos abdominais, massagens ou compressas no ventre.<sup>65</sup>

Atualmente, dá-se prioridade aos métodos considerados seguros pela Organização Mundial da Saúde. É o caso da sucção, onde insere-se um tubo de aspiração através do colo do útero, de forma a aspirar o feto para fora do ventre da mãe.<sup>66</sup> Destaca-se também o papel que cumpre a interrupção medicamentosa, método amplamente utilizado e considerado, da mesma forma, seguro e eficaz, que consiste na prescrição de fármacos que atuam no bloqueio do hormônio responsável pela manutenção da gravidez e provocam as contrações do útero e, finalmente, a expulsão do conteúdo uterino.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> FRANÇA, Genival Veloso de (2008) cita, entre as substâncias *tóxicas* de *origem vegetal*, o sene, a arruda, o quinino, quebra-pedra, entre outros. Entre as substâncias *tóxicas* de *origem mineral*, as de emprego mais largo foram o fósforo, o arsênico, bário, chumbo e mercúrio. (*Ibidem*)

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Idem*. p. 39-40.

<sup>65</sup> FRANÇA, Genival Veloso de (2008). p. 282.

<sup>66</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (2013). Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. 2ª ed. p. 40-41.

<sup>67</sup> *Idem*. p. 42.

É importante ressaltar que *todo* aborto induzido, assim como qualquer procedimento médico, comporta riscos.<sup>68</sup> Sobre este ponto, Costa (1984) reforça que a doutrina médica distingue as complicações provenientes do aborto entre *precoces* e *mediatas*. Quanto às primeiras, ou seja, as que podem derivar do próprio procedimento, tem-se como comum o aparecimento de graves infeções, perigo de hemorragia, perfuração do útero e doenças renais. Quanto às segundas, é possível mencionar que a realização de um aborto, por si só, aumenta a probabilidade de a mulher sofrer, no futuro, de esterilidade, partos prematuros nas gravidezes seguintes, gravidezes ectópicas e patologias pélvicas.<sup>69</sup> De um modo geral, o aborto se resume em uma intervenção em que não são esperadas graves complicações, mas a direção de um médico competente e a realização em um estabelecimento adequado são determinantes para que o cenário ocorra sem grandes imprevistos.

De qualquer modo, uma vez munidos das informações necessárias sobre os métodos abortivos, e, sabendo que qualquer aborto provocado compreende, por si só, alguns riscos à saúde da mulher, é possível realizar uma diferenciação entre as interrupções realizadas de maneira segura, sob a supervisão de um médico qualificado, em estabelecimentos de saúde preparados para atuar diante de qualquer eventualidade, daqueles que não seguem critérios de higiene, de capacidade médica e de possibilidade de resposta diante eventuais adversidades do procedimento. Na sessão seguinte deste trabalho, analisaremos a questão do aborto clandestino e como ele se distancia de uma realidade minimamente segura para as mulheres que decidem abortar. Em países onde a interrupção da gravidez pode ser realizada sem ameaça de sanção penal, as mulheres que decidem abortar se submetem a procedimentos considerados seguros, em estabelecimentos reconhecidos e sob a direção de médicos regidos pela *leges artis*. Uma realidade bem diferente é evidenciada nos países que punem a prática: a mulher que não deseja prosseguir com uma gravidez percorre um caminho tortuoso para abortar, restando evidenciadas vulnerabilidades inquestionáveis que colocam à prova as verdadeiras consequências da norma penal incriminadora.

### **1.3 O aborto clandestino:**

Para a adequada compreensão das consequências da criminalização da interrupção voluntária da gravidez, se faz necessário percorrer a questão do aborto clandestino, um

---

<sup>68</sup> SANTOS, Agostinho Almeida (1984) *IN: O aborto à luz do dia: o risco de ser*. Coord. Valentim Marques. Coimbra. Gráfica de Coimbra. p. 73.

<sup>69</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985). p. 44.

cenário pouco condescendente com a mulher toma a decisão de abortar. Trazemos a conceituação de Silva (2017) que define o aborto clandestino como “o recurso a meios não legalizados para o cometimento desses atos, realizados, na maioria das vezes, em condições de risco para a mulher grávida, exposta a atuação não habilitada de quem se dedica a esta prática como forma de enriquecimento”.<sup>70</sup>

Nessa orientação, a legislação penal, ao tipificar o aborto como um crime, direciona toda mulher grávida que, por qualquer das razões, decide interromper a gravidez, a percorrer um caminho encoberto. Em cada face desta relação temerária, dois sujeitos muito desiguais: de um lado, uma mulher emocionalmente fragilizada com a descoberta de uma gravidez não desejada e que, por receio dos potenciais julgamentos e represálias que pode vir a sofrer nas esferas sociais e familiares, bem como na criminal - caso descoberta -, permanece, muitas das vezes, só; e, de outro lado, um serviço que não está sujeito a qualquer regulamentação sanitária, incapaz de assegurar a qualificação dos profissionais que ali atuam, que é movido por finalidades meramente lucrativas e demonstra, muitas vezes, pouca preocupação com o caráter humanitário e de acolhimento da mulher que os procurou.

Evidentemente, a realização de abortos no terreno da clandestinidade contribui para o incremento no risco de complicações, uma vez que é praticado, muitas das vezes, em condições precárias e por pessoas inexperientes. Como satisfatoriamente pontua Huerta Tocildo (1977), o aborto clandestino converte uma operação que, como todas as intervenções cirúrgicas, deveria estar guiada pela *lex artis*, em um meio lucrativo orientado por leis de oferta e demanda.<sup>71</sup>

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, as repercussões de um aborto inseguro à saúde da mulher dependem da habilidade do profissional que o realiza, o método empregado e o tempo de gravidez,<sup>72</sup> sendo seguro que quanto mais tardia a interrupção, maiores os riscos que comporta.<sup>73</sup> Entre as práticas comuns no aborto inseguro, a OMS expõe a inserção de uma substância ou objeto no útero, a dilatação e curetagem feitos de modo incorreto por profissionais incapacitados, a ingestão de preparados caseiros ou a

---

<sup>70</sup> SILVA, Fernando (2017). Direito Penal Especial. Os crimes contra as pessoas: crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física. 4ª ed., rev. e actual. Lisboa: Quid Juris?. p.192.

<sup>71</sup> HUERTA TOCILDO, Susana (1977). Criterios para la reforma del delito de aborto. *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 2, 1977. p. 3.

<sup>72</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (2013). p. 19.

<sup>73</sup> BRITO, Teresa Quintela de (2004). Interrupção voluntária da gravidez e exclusão da ilicitude. *Direito e Cidadania*, vol. 6, nº 20/21. Praia: Cabo Verde. p. 115.

aplicação de uma força externa, onde profissionais espancam fortemente o abdômen da mulher, o que pode causar a rutura do útero e conseqüente morte da mulher.<sup>74</sup>

Com o surgimento de qualquer das complicações precoces provenientes da realização do aborto na ilegalidade, não raramente as mulheres são deixadas em estado crítico em hospitais. Também não resta incomum que, das eventuais complicações, suceda-se o mais grave de todos os contratempos de uma atuação malsucedida no aborto clandestino: a morte da mulher. Como destaca Cunhal (1997), através de uma frase relevante e essencial: “a morte é o preço por que muitas mulheres pagam a sua impossibilidade de terem filhos que, noutras condições, desejariam ter”.<sup>75</sup>

Nos estudos de Boaventura de Sousa Santos (2010), na tentativa de se traçar um retrato do aborto clandestino em Portugal, uma das profissionais de saúde entrevistadas descreve a situação em que mulheres adentravam nos hospitais em busca de tratamento para as complicações do aborto clandestino. A entrevistada relatou, *in verbis*:

“(...) Ah, claro que acabaram por morrer lá mulheres! Como é evidente! Operadas, e miúdas de 20/21 anos sem útero, porque eram todos despedaçados, perfurados, triturados, tripas despedaçadas porque fazia-se com tudo o que se pudesse para pôr lá para dentro. Sangrias enormes porque se usava uma coisa que se chamava permanganato de potássio, que apenas fazia corrosão nas paredes da vagina, o que significava que abria ali crateras na parede da vagina, digamos assim. Aquilo sangrava, sangrava, sangrava, mas não tinha feito nada porque não tinha chegado ao útero. Portanto, as mulheres punham aquilo e achavam que sangrando estavam a abortar. Portanto, são coisas inimagináveis nos tempos que correm (...)  
Sim, pés de salsa, andar no autocarro 35 cá atrás, tudo se arranjava, o que só mostrava realmente que uma mulher que queria abortar fazia tudo o que pudesse para fazer abortar. Como vê, em risco da própria vida, algumas em detrimento da própria vida, faziam tudo”.<sup>76</sup>

Além das conseqüências físicas que podem suceder-se de um aborto, inegável também a forma preocupante que afligem a saúde *psíquica* das mulheres. Fernandez (1984), ao tratar das repercussões psicológicas decorrentes de qualquer interrupção provocada da gravidez, refere-se a uma “situação de crise psicológica, semelhante à experiência de dolo ou perda” capaz de modificar as relações interpessoais da mulher.<sup>77</sup> Ao transportar essa situação, traumática por si só, à realidade do aborto clandestino, a pressão emocional se

---

<sup>74</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (2013). p. 19.

<sup>75</sup> CUNHAL, Álvaro. (1997). *O aborto: causas e soluções*. Porto: Campo das Letras. p. 73.

<sup>76</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa [et al.] (2010). *Cometi um crime?: representações sobre a (i)legalidade do aborto*. Porto: Afrontamento. p. 200.

<sup>77</sup> FERNANDEZ, Pedro Guillo (1984). Repercussões psicológicas do aborto provocado. In: *O aborto à luz do dia: o risco de ser. op.cit.* p. 55.

intensifica: a mulher grávida, que, muitas das vezes, já se encontra em uma situação angustiante, quando submetida às condições da clandestinidade, testemunha o agravamento da sua aflição diante de um serviço pouco capaz de acolhê-la.<sup>78</sup>

Além do mais, Landrove Diaz (1976) recorda que, a atmosfera da clandestinidade decorrente da criminalização do aborto, não raras as vezes propicia a ocorrência de outros crimes como a exploração sexual e chantagens<sup>79</sup>. Resta aqui evidenciada mais uma das duras consequências da lei penal que pune o aborto: a mulher, certamente vivenciando um momento delicado de sua existência, com remorsos e lamentações que a própria decisão de abortar comporta, ainda acaba por se expor à possibilidade de figurar como vítima de outras formas de exploração.

É também no âmbito do aborto clandestino que restam latentes certas desigualdades sociais. As mulheres com melhores recursos financeiros têm a oportunidade de realizar a interrupção da gravidez em clínicas particulares e sob a direção de médicos qualificados. Este grupo de mulheres também têm à disposição a opção de custear uma viagem a um país do exterior cuja legislação seja permissiva na matéria e realizar a interrupção da gravidez de forma segura e satisfatória.<sup>80</sup> No sentido oposto, as mulheres com menores capacidades econômicas ficam sujeitas ao único mercado a elas disponível: o clandestino, que, como vimos, oferece avultados riscos à sua saúde física e psíquica. A este respeito, oportuna a citação de Grosso (1984) que traz à tona a desproporção latente na questão do aborto na Itália antes da entrada em vigor da liberalização do aborto em 1978:

“(...) quem possuía dinheiro, abortava no exterior ou lograva abortar na Itália em clínicas complacentes onde, através do pagamento de grandes valores, a interrupção da gravidez era praticada às escondidas; quem não tinha dinheiro, era obrigada a confiar nas “aborteiras” ou usar meios abortivos empíricos e não garantidos, que colocavam em risco sua saúde e sua vida”.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> ANDRADE, Manuel da Costa (1979): “Desde a fase inicial da decisão, da procura e negociação até a sua consumação, o aborto clandestino obriga a mulher a uma interação em condições de isolamento emocional, de bloqueamento das suas relações mais pessoais e de completa degradação moral. Compelida a uma retórica de encobrimento em relação à sociedade que lhe distribuía a sua respeitabilidade de todos-os-dias, ela tem ao mesmo tempo de se abrir e de negociar com uma organização desconhecida, mais ou menos rudimentar e artesanal, mais ou menos sofisticada. E isto em uma nítida desvantagem: enquanto do seu lado se transaciona o que pode ser a experiência mais densa da sua vida, joga-se de outro lado apenas mais um caso de rotina <profissional>”. (p. 310).

<sup>79</sup> LANDROVE DÍAZ (1976). p. 104-105.

<sup>80</sup> É o que a doutrina correntemente chama de “turismo abortivo”.

<sup>81</sup> GROSSO, Carlo Frederico (1984). *La interrupción voluntaria del embarazo. Doctrina Penal: teoría e práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, v. 1, 25-28. p. 24.

Por outro lado, alegada desigualdade manifesta-se também através do risco em sentido jurídico,<sup>82</sup> isto porque mulheres das camadas sociais mais necessitadas acabam por ficarem mais expostas à descoberta da realização do aborto e podem despertar mais facilmente a atuação das instâncias formais de controle. Como vimos, mulheres pertencentes a estratos sociais mais elevados que decidem abortar, conseguem arcar com o valor de um serviço menos arriscado no sentido das técnicas utilizadas, que pode ter lugar no seu próprio país ou em outras nações em que a prática é regulamentada. Na maioria das vezes, realizam o procedimento através de técnicas menos brutais e com segurança quanto ao seu encobrimento. Já as mulheres que não conseguem suportar financeiramente o valor de uma intervenção nessas condições, ficam sujeitas a técnicas que comportam maiores probabilidades de intercorrências e que só podem ser posteriormente tratadas em estabelecimentos de saúde. Desta forma, enquanto mulheres de classes abastadas podem desprender altas quantias que prometem de uma melhor forma a conservação da sua discricção, as mais necessitadas ficam sujeitas a técnicas que comportam maiores probabilidades de intercorrências que, dada a gravidade, as obrigam a buscar tratamentos oficiais e as expõem a denúncias. A desigualdade em sentido jurídico, portanto, revela a maior probabilidade de descoberta da prática e consequente cominação de pena a estas mulheres.<sup>83</sup>

Todos os graves riscos e consequências do aborto clandestino que foram expostos até o momento sempre foram usados como fortes argumentos pelos defensores de mudança da legislação penal em matéria de aborto. Nos debates que se sucederam na esfera social e legislativa, sempre foram apontados altíssimos números de abortos clandestinos.<sup>84</sup> Em Portugal, em 1982, chegou-se a levantar uma média de 100.000 a 300.000 abortos clandestinos realizados anualmente, o que corresponderia a uma entrada, em cada meia hora, de mulheres com complicações provenientes de acidentes pós-aborto em hospitais centrais

---

<sup>82</sup> LANDROVE DÍAZ (1985). El aborto y el futuro código penal. *Anales de Derecho*, nº 7. p. 117.

<sup>83</sup> ALMEIDA, João Alcides (1964). *O aborto consensual: estudo de direito penal e de política criminal*. Lisboa: Escola da Cadeia Penitenciária de Lisboa. p. 127.

<sup>84</sup> Para um panorama mundial sobre os números de abortos clandestinos frequentemente levantados e eventuais contestações sobre tais valores, cf. PIÑERO, Alberto (1984). “O aborto na geografia mundial”. *In: O aborto à luz do dia: o risco de ser*. Coord. Valentim Marques. Coimbra: Gráfica de Coimbra, p.28.

de Lisboa, Porto e Coimbra.<sup>85</sup> Acompanhado destes números, também auferem-se uma alta taxa de mortalidade decorrente dos abortos clandestinos.<sup>86</sup>

Tais números, apesar de alarmantes, são de difícil precisão. É de extrema importância destacar que existem algumas razões factuais que justificam a dificuldade na obtenção de números efetivamente precisos sobre o real montante de abortos clandestinos executados: primeiro de tudo, desde a busca do serviço até a conclusão da interrupção da gravidez, é de intenção dos intervenientes que a prática não seja descoberta com o intuito de permanecer de fora do campo de visão das instâncias formais de controle. Os casos que, eventualmente, vem a ser descobertos, resultam da entrada da mulher em estabelecimentos hospitalares em busca de tratamento para as complicações do procedimento.<sup>87</sup> Em segundo lugar, argumenta-se que a falta de um consenso social sobre o aborto ser um crime merecedor de sanção, faz com que sejam poucos o que chegam a denunciar a prática caso saiba de sua ocorrência.<sup>88</sup> Finalmente, há que se mencionar a dificuldade da prova no crime de aborto. Sobre este ponto, Almeida (1964) recorda que, das práticas abortivas, resulta o desaparecimento do objeto material do crime<sup>89</sup>, ou seja, resta árdua a prova da existência prévia da gravidez, uma vez que, quando bem-sucedida, os vestígios desaparecem em poucos dias.<sup>90</sup>

Como consequência da falta de dados seguros sobre a realização de abortos clandestinos, os números veiculados, para alguns, se mostram exagerados e não condizentes com a realidade. Almeida Costa (1984), por exemplo, em um simples confronto entre as taxas de fertilidade em Portugal e o coeficiente das gravidezes interrompidas, naturais ou provocadas, acredita que o número total de abortos clandestinos não excede o número de 30.000 no ano em que se alegavam cifras muito superiores.<sup>91</sup>

---

<sup>85</sup> Preâmbulo do projeto de Lei nº 309/II. p.1034.

<sup>86</sup> ANDRADE, Manuel da Costa (1979) fala em cerca de 2.000 mortes como resultado do aborto clandestino. p. 310. A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (2013) revela que, anualmente, aproximadamente 47.000 mortes se dão em decorrência de complicações do aborto inseguro e a 5 milhões de mulheres restam disfunções físicas e/ ou mentais. (p. 17).

<sup>87</sup> *Idem.* p. 309.

<sup>88</sup> HUERTA TOCILDO, Susana (1977). p. 2.

<sup>89</sup> ALMEIDA, João Alcides (1964). p. 113.

<sup>90</sup> É o que se depreende do caso ocorrido em Aveiro no ano de 2003, onde 17 arguidos e arguidas, incluindo-se aqui mulheres que supostamente teriam realizado abortos, um médico, funcionários e parentes das mulheres, foram acusados e consequentemente absolvidos por não restarem provados os abortos, ou sequer a existência prévia da gravidez. Para aprofundar a questão dos casos de aborto em Portugal que causaram comoção pública, cf. PENICHE, Andrea (2007). *Elas somos nós: o direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã*. Porto: Edições Afrontamento. p. 44-47; SANTOS, Boaventura de Souza [et. al] (2010) p. 237-258.

<sup>91</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985). p. 9-12.

De qualquer modo, independentemente da precisão ou não na divulgação dos números, o que resta irrefutável é a veracidade do aborto clandestino nas condições dramáticas aqui expostas. Mulheres que não desejam prosseguir com a gravidez em países em que a prática do aborto é criminalizada, só encontram na clandestinidade o meio para atingir tal objetivo. Arriscam a vida, a saúde e a sanidade para se desvencilhar de uma gravidez não planejada e escapar da repressão penal. Como sublinha Quintano Ripóllés (1962), os perigos derivados do aborto são infinitamente maiores quando praticados na clandestinidade que obrigam os sistemas de rigor proibitivo.<sup>92</sup> Daí a razão pela qual muitos advogam a favor da legalização do aborto: para que este possa ser realizado, pelas mulheres que o desejam, em condições adequadas, por profissionais especializados e através de um tratamento humanitário.

A realidade do aborto clandestino faz com que o tema do aborto, muito além de uma questão social ou jurídica, se torne também uma preocupação de social. Talvez seja exatamente neste ponto que ambos os lados desse debate acirrado sobre a legalização ou proibição do aborto, realmente encontram uma zona de consenso: o aborto, por si só, é um mal, mas o aborto clandestino é uma catástrofe,<sup>93</sup> um verdadeiro flagelo. Como diria Muñoz Conde (1981), o aborto se converteu em um problema social exatamente por ser uma tragédia para mulheres que, em circunstâncias dramáticas, têm de recorrer a ele como a única solução possível ao seu problema.<sup>94</sup>

Esse terreno de concordância entre dois lados opostos, quer seja da realidade dramática do aborto clandestino como causador de desigualdades e de traumas às mulheres, aqui se encerra. Enquanto os defensores da manutenção da criminalização defendem que a própria norma penal é capaz de acautelar a prevenção ao aborto clandestino através do agravamento das penas quando verificada a habitualidade do agente e o resultado morte ou lesão para a mulher, os defensores da descriminalização do aborto entendem que a única forma efetiva de combate a este mal é a regulamentação da prática para que mulheres possam recorrer a intervenções seguras e autorizadas.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1962) p. 505.

<sup>93</sup> CUNHAL, Álvaro (1940). p. 74.

<sup>94</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (1981). p. 112-113.

<sup>95</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo (1985). La tímida despenalización del aborto em España. *Estudios penales y criminológicos*, nº 10, p. 216.

Os dramas decorrentes do aborto realizado nessas circunstâncias, de despreparo e imperícia, e os riscos que ocasionam às mulheres levam ao questionamento do papel do direito penal para repressão da prática. Como visto anteriormente, o tema do aborto pode ser o gerador de graves desigualdades entre a população feminina e responsável pela facilidade na prática de outros crimes em que a mulher figura como vítima. Além disso, da criminalização do aborto acaba por guiar as mulheres ao terreno imprevisível da clandestinidade, comprometendo a sua saúde física, mental e enfrentando riscos reais de morte. Sendo assim, se a existência da norma penal transfere as mulheres aos caminhos imprevisíveis da clandestinidade, de que forma o Direito Penal é o instrumento eficaz para a prevenção da prática do aborto?

#### **1.4 O aborto sob a ótica da política criminal:**

É de todo certo que se pode tomar o aborto como ponto de partida dos mais variados campos do saber. A interrupção voluntária da gravidez pode se revelar digna de estudos profundos nas ciências médicas, teológicas, bioéticas, sociais. Neste trabalho, nos atentaremos a tratar especificamente dos reflexos do aborto em matéria de política criminal<sup>96</sup>, sem deixar de reconhecer e, eventualmente, mencionar, os contributos desenvolvidos por outras áreas do conhecimento.

Como já bem disse Costa (2006), a questão da despenalização do aborto é um problema jurídico, mais precisamente de política criminal, uma vez que se resume à indagação de se a interrupção voluntária da gravidez deve ser punida penalmente.<sup>97</sup> A grande questão do crime de aborto é certamente delimitar, sob a ótica da política criminal, qual a forma mais efetiva de enfrentamento ou seja, o método mais próspero para a obtenção de resultados favoráveis na proteção da vida intrauterina. Daí que seja necessário questionar: a norma penal que tem o aborto como crime é efetiva na repressão da prática? A lei penal cumpre devidamente a sua função de tutela do bem jurídico? No caso concreto, há inconvenientes decorrentes da incriminação? As instâncias formais de controle conseguem desempenhar o seu papel na investigação e, eventualmente, na condenação dos sujeitos que

---

<sup>96</sup> Partiremos do pressuposto hoje majoritariamente defendido da autonomia da política criminal como ciência capaz de direcionar os fins do direito penal e a sua funcionalidade. (cf. DIAS, Jorge de Figueiredo (1983). Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 1. Lisboa. p. 12).

<sup>97</sup> COSTA, Eduardo Maia (2006). Despenalização da interrupção voluntária da gravidez: uma perspectiva político-criminal. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 27, nº 108, out.-dez. p.6.

praticam a conduta? São essas algumas das questões que se colocam em termos de política criminal em relação ao crime de aborto.

Cabe aqui fazer uma pequena ressalva sobre a importância dos estudos de política criminal para a eficiência de todo o sistema penal: especificamente no crime de aborto, todos os dados empíricos trazidos pela investigação político-criminal se mostram de grande valia e dignos de importantíssimos contributos aos questionamentos que são colocados a respeito deste comportamento. Posto isso, digno de se mencionar, ainda que brevemente, algumas definições e atribuições da política criminal como um todo para que, posteriormente, melhor se compreenda a ampla colheita dos frutos trazidos por esta área do saber.

Por política criminal, trazemos a definição desenvolvida por Zaffaroni; Pierangeli (2010), que a entendem como a ciência de selecionar os bens que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e determinar os caminhos para efetivar respectiva tutela.<sup>98</sup> Também de grande relevo a afirmação de Faria Costa (2010) quando reitera que, através da política criminal é possível verificar se, à luz dos dados empíricos, os meios para a prossecução e alcance dos objetivos (a contenção da criminalidade) são ou não adequados”.<sup>99</sup>

Desse modo, os preceitos de política criminal visam atestar a legitimidade da perseguição criminal de determinado comportamento, utilizando-se de critérios de utilidade e operacionalidade da punição aplicada.<sup>100</sup> Ao averiguar se determinada norma é efetiva em sua tarefa de salvaguardar um bem jurídico, se esse objetivo pode ser alcançado por outras vias menos gravosas e as consequências práticas da criminalização em si, é possível chegar a desfechos significativos sobre a eficácia de determinada norma proibitiva e os métodos mais acertados para enfrentar determinado comportamento.

Sintetizando, o grande contributo da política criminal em tema de aborto é indagar a legitimidade da incriminação, a eficácia da norma penal (sob o prisma de sua finalidade preventiva e êxito na aplicação da norma), e se o aparato repressivo penal é o instrumento

---

<sup>98</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique (2010). *Manual de direito penal brasileiro*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 118.

<sup>99</sup> COSTA, José de Faria (2010). *Noções fundamentais de direito penal. (Fragmenta iuris poenalis)*. 2ª ed. Reimp Coimbra: Coimbra Editora. p. 77-78.

<sup>100</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985). Aborto e direito penal: algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 44, dez. p. 52.

mais adequado para combatê-lo e a forma mais efetiva de proteger o bem jurídico em causa.

101

As perguntas que derivam desse panorama exposto de existência de uma norma penal que pune a prática do aborto e a conseqüente evasão de mulheres para realizá-lo na ilegalidade são as seguintes:

- *A norma, apesar da existência significativa de abortos realizados na clandestinidade, é eficaz para a prevenção do crime?*

- *O Direito Penal é a melhor forma disponível no Direito para tratar da questão do aborto?*

Tendo em mente essas duas considerações, avançaremos o nosso estudo para nos debruçar mais profundamente sobre a questão da utilização do Direito Penal como forma de repressão ao aborto.

#### **1.4.1 O confronto dos dados trazidos pelos estudos de Política Criminal e o questionamento sobre a eficácia do Direito Penal em matéria de aborto:**

Como visto na sessão anterior, as estatísticas apontam no sentido de o aborto, mesmo quando tido como fato digno de repressão penal, restar frequentemente praticado à margem da lei. É repetidamente sustentado que da incriminação derivam sérias preocupações de cunho social e de saúde pública, uma vez que conduziria mulheres ao controverso âmbito da clandestinidade, o qual, como visto, se revela digno de inquietações das mais diversas índoles. Que o aborto clandestino existe e é um mal que deve ser encarado através de soluções que ultrapassam a questão do âmbito moral da conduta, é inegável. No entanto, cabe ainda tecer algumas considerações que vão além das adversidades do aborto inseguro e enfatizar outros aspetos que decorrem da criminalização da conduta.

Não raro, o debate sobre o aborto acaba por ser reduzido em um mero antagonismo entre a necessidade da proibição ou permissão da conduta. De um modo geral, natural que todos nós tenhamos nossas convicções pessoais sobre o tema e que a posição assumida por nós, como seres humanos, reflita também outros juízos de caráter filosófico, moral ou religioso. Porém, quando tomamos a posição de juristas e nos propomos a tratar de um assunto tão sensível como é o da interrupção da gravidez, evidente que nossos argumentos

---

<sup>101</sup> Inclusive, DIAS, Jorge de Figueiredo (1983) alerta que “uma ciência jurídico-penal que não tenha nada a oferecer às necessidades entendidas da política criminal, não só se torna em peça decorativa inútil, como é falsa”. (Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 1. p. 12).

devem refletir, predominantemente, fundamentos jurídicos. Para embasar qualquer raciocínio, imprescindíveis os estudos de política criminal. Em função disso, estruturaremos nas páginas seguintes as alegações que envolvem a questão do aborto especificamente através dos contributos trazidos pelos estudos de política criminal. Buscaremos, ao final desta sessão, responder a seguinte pergunta: *a norma penal é eficaz na proteção da vida intrauterina?*

De início, trazemos alguns dados relativos à aplicação da norma penal ao crime de interrupção voluntária da gravidez. A título de elucidação sobre o panorama de inquéritos e processos procedentes do aborto em Portugal, trazemos os dados mencionados no Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos e Garantias, a respeito das informações fornecidas à Assembleia da República no ano de 1997, época em que o aborto, em regra, situava-se previsto como crime, exceto em situações especiais que poderiam justificar causas de exclusão da ilicitude. A nível nacional registrou-se, de acordo com o Ministério Público, entre os anos de 1990 e 1997, um total de 97 processos de aborto, destes, os quais: 46 em Lisboa, 34 no Porto, 10 em Coimbra e 7 em Évora. Já os números fornecidos pela Polícia Judiciária sobre os casos de aborto investigados pelo órgão se davam na seguinte proporção: 17 em 1990; 24 em 1991; 29 em 1992; 21 em 1994; 19 em 1995 e 11 em 1996.<sup>102</sup> De forma complementar, cumpre também mencionar o ofício encaminhado pelo Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, como resposta à requisição elaborada pelo movimento “Independentes pelo Não”, onde refere-se que, entre os anos de 1997 a 2005, 37 mulheres foram constituídas arguidas em processos relativos à prática de aborto, das quais 17 restaram condenadas.<sup>103</sup>

Dos dados fornecidos, é notória a baixa aplicação da lei penal. O número de efetivas condenações pela prática do crime se revela insignificante diante da estimativa do montante de abortos realizados na vida cotidiana.<sup>104</sup> Certamente, é possível contestar a fidedignidade das informações referentes à realidade do aborto clandestino, porém tal já não se sucede com os dados relativos ao funcionamento do sistema de justiça, que, como bem pontua Magalhães (1997), logram em serem equacionados com singular exatidão.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> Diário da Assembleia da República. II Série-A, nº 23 de 22 de fevereiro de 1997. p. 358-(5) a 358-(6).

<sup>103</sup> Ministério da Justiça. Gabinete do Ministro. Referência P.º 65/2004 de 11 de janeiro de 2007..

<sup>104</sup> Cf. p. 30-31 deste trabalho.

<sup>105</sup> Diário da Assembleia da República. II Série-A, nº 23 de 22 de fevereiro de 1997. p. 358-(6).

O desencontro em relação ao montante de abortos que se estimam serem realizados e quantos, dentre eles, restaram devidamente investigados ou perseguidos pelo sistema sancionatório penal nos leva a tecer considerações sobre até que ponto a lei incriminadora se mostra eficaz para a proteção do bem jurídico “vida intrauterina”. Para tanto, questiona-se se a criminalização do aborto teria se convertido em um tipo penal digno de ser considerado “letra morta”, em que o comportamento tido como ilícito é praticado reiteradamente, porém escassos são os casos levados a juízo.<sup>106</sup> Evidentemente que a norma penal é revestida de uma função maior que a de figurar como um mero símbolo, restando totalmente destituída de razão lógica a permanência de um tipo penal no ordenamento que não se faz cumprir.

Para que seja dada uma resposta precisa, não apenas a estes, mas também aos futuros questionamentos a serem levantados nesta investigação, cumpre, primeiramente, recapitular algumas questões fundamentais sobre a finalidade da pena criminal sob o manto da *teoria da prevenção geral da pena*. Sobre a importância deste tópico, trazemos o raciocínio de Beleza (1998) que percebe que através do manto da “teoria dos fins das penas” se está verdadeiramente a tratar de “como é que um certo sistema do Direito Penal deveria ser construído, a fim de atingir determinadas finalidades”.<sup>107</sup>

Ao tipificar um comportamento como ilícito e determinar a sua punição através de sanções criminais, as mais gravosas à disposição do ordenamento jurídico, o legislador, muito além de pretender se utilizar da pena como uma retribuição negativa ao agente pelo mal causado pelo crime,<sup>108</sup> faz uso também de objetivos utilitaristas que visam a expansão dos efeitos da pena para além da figura do delinquente. Isto é o que a doutrina chama de *teoria da prevenção geral*. De acordo com Dias (2002), através desta ideia, atribui-se à pena criminal a finalidade de evitar que potenciais delinquentes pratiquem crimes no futuro, seja

---

<sup>106</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (1989), a respeito da criminalização do aborto em solo espanhol sustentou que, diante dos altos números de abortos ilegais, a criminalização do aborto constava como um mero símbolo, cuja lei se aplicava ocasionalmente a alguma mulher ou colaborador que por pura eventualidade tinha a infelicidade de cair nas redes da administração da justiça. (Delitos contra a vida humana dependente. *Fascículos de ciências penais*, v. 2, n° 9. Porto Alegre. p. 142).

<sup>107</sup> BELEZA, Teresa Pizarro (1998). *Direito Penal*. vol. I, 2ª edição. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito. p. 269-270.

<sup>108</sup> É o que a doutrina chama de *teoria absoluta* ou *retributiva* que, carregada de virtude histórica, entende a pena como uma compensação pelo mal causado pelo crime.

por meio da intimidação sobre o conjunto da sociedade, seja pelo reforço da confiança no sistema penal que restou abalada pelo crime.<sup>109</sup>

Nesse sentido, a ideia da pena como instrumento de prevenção geral doutrinariamente divide-se em duas modalidades, a *negativa* e a *positiva*. A *prevenção geral negativa* ambiciona que a aplicação de uma pena ao sujeito delincente sirva de meio intimidatório, a fim de evitar que outros sujeitos venham a praticar, no futuro, a conduta punida. Tratar-se-ia aqui de uma coação psíquica que atua através da simples constatação, pelos indivíduos da sociedade, de que o crime não compensa e estes, conseqüentemente, abstenham-se de praticá-lo, por temor de eventual aplicação de pena a si mesmos.<sup>110</sup> Já a *prevenção geral positiva* se revela através de uma abordagem de transmissão de confiança à sociedade quanto à utilização do Direito Penal como meio apto para proteger bens jurídicos. Segundo Dias (2007), nesta modalidade, concebe-se da pena como instrumento destinado a revelar perante a comunidade que, apesar de todas as violações, a ordem jurídica é inabalável, além de também ser útil para reforçar comportamentos conforme às normas.<sup>111</sup>

Desse modo, compreende-se que, da aplicação de uma pena criminal ao delincente, buscam-se finalidades que transcendem a sua figura individual e buscam alcançar a sociedade como um todo. Persegue-se, através do exemplo da aplicação da pena, a prevenção de crimes futuros, quer pela dissuasão, quer pelo estímulo a um determinado padrão de comportamento. Sobre tal finalidade, sintetiza Hassemer (2005) que “o futuro injusto não pode ser esperado somente daquele que já pecou uma vez, senão também de todos os outros. Estes outros são o ponto de referência da teoria da prevenção geral da pena”.<sup>112</sup>

Uma vez concluídas estas considerações, cumpre as transpor para o crime específico do aborto, com o objetivo de questionar se a finalidade de prevenção geral, é efetivamente executada no que diz respeito a este tipo legal. Primeiramente, cumpre-nos indagar se a existência da lei penal que tipifica e impõe pena àqueles que realizam um aborto é efetiva na sua concepção de prevenção geral fazendo a seguintes indagações: *os indivíduos deixam*

---

<sup>109</sup> DIAS, Augusto Silva (2002). *Apontamentos de direito penal I. Parte Geral*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Lusíada. Fasc. IV.37.

<sup>110</sup> HASSEMER, Winfried (2005). *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. p. 403-404.

<sup>111</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo (2007). *Direito Penal: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. p. 51.

<sup>112</sup> HASSEMER, Winfried (2005). p. 403.

*de praticar o aborto por temor da imposição de pena? A aplicação da pena aos que praticam o aborto reforça comportamentos em conformidade com as normas?*

Para responder estas perguntas, primordial voltar nossos olhares às estatísticas, que revelam a alta incidência de abortos realizados na clandestinidade e escassos os casos levados ao conhecimento das instâncias formais de controle.

***- Os indivíduos deixam de praticar o aborto por temor da imposição de pena?***

Iniciando este debate, cumpre trazer alguns argumentos defendidos por parte da doutrina que compreende, da análise e confronto dos dados, que a criminalização do aborto falha no cumprimento de sua finalidade preventiva. Para esta posição, a história, por si só, mostraria que a repressão contra o aborto, através da previsão de graves penas, não se revelou capaz de conter a prática do ato: as mulheres realizavam, realizam e continuarão a realizar um aborto diante de uma gravidez indesejada, independentemente da pena prevista pelo ordenamento.

Nesse sentido, o que dificulta a concretização das finalidades preventivas da pena no tocante ao crime de aborto é o reduzidíssimo número de agentes que resta efetivamente notado pelas instâncias formais de controle. Já bem disse Silva (2001) que não é tanto a gravidade das penas que atua como efeito dissuasivo, mas a certeza ou a grande probabilidade da sua aplicação.<sup>113</sup> Uma vez que as condenações se revelam excepcionais, restaria então prejudicado qualquer intuito de dissuasão da prática da conduta através do exemplo da aplicação da pena. É o que defende Martins (1985) quando afirma que não se pode falar em exemplaridade quando o risco de cair na malha penal resulta na proporção de 2/1000, na melhor das hipóteses.<sup>114</sup>

Além disso, acreditamos ser de grande valia o pensamento de Ferrajoli (2003) quando afirma que “a punição do aborto é o único caso em que se penaliza a omissão, (...) não de um simples ato, mas de uma opção de vida: a de não querer ser mãe.”<sup>115</sup> Supomos ser essa, mais uma das razões pela qual a criminalização pode transparecer ineficaz em sua

---

<sup>113</sup> SILVA, Germano Marques da (2001). *Direito Penal Português: introdução e teoria da lei penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora. p. 46.

<sup>114</sup> MARTINS, António Carvalho de (1985). p. 45.

<sup>115</sup> FERRAJOLI, Luigi (2003). A questão do embrião entre direito e moral. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 24, n. 94. p. 21; No mesmo sentido, ZAPATERO, Luis Arroyo (1980). Prohibición del aborto y constitución. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 3, p. 215. COSTA, Eduardo Maia (2006) p. 33. e QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1962) p. 502.

finalidade preventiva: uma mulher, que descobre uma gravidez indesejada, caso siga os ditames legais e prossiga com a gravidez, não assume uma responsabilidade momentânea ou um simples obstáculo que, durante o decorrer do tempo se esgota, mas encarrega-se de uma incumbência para toda a vida. Improvável que uma mulher decidida a interromper a gravidez arriscaria uma vida inteira de compromissos que não deseja assumir pelo receio de, por mero acaso, cair na malha penal.<sup>116</sup> Provavelmente, depositará todas as suas forças em garantir o sucesso do encobrimento da conduta, já que a falta de aplicação da lei contribui na transmissão da ideia de “crime não punido”.<sup>117</sup> Toda particularidade que reveste este tipo penal, que demanda uma escolha entre o reconhecimento de uma responsabilidade perpétua ou uma pequena chance de vir efetivamente a responder pelo delito praticado, contribuiria para a fraqueza de qualquer hipótese de cumprimento da função de prevenção geral da pena.

Também é importante destacar um outro argumento que corrobora com o ponto de vista de não cumprimento da função de prevenção geral da pena no delito de aborto: o desacordo entre o aborto ser tido como crime pela legislação penal e o verdadeiro sentimento da sociedade em relação a este ato. A questão da criminalização do aborto encontra-se longe de figurar como consenso na sociedade. Uns, se utilizam da percepção do feto à inteira disponibilidade da mãe, enquanto outros, defendem que há vida desde o momento da concepção, não cabendo à mulher o poder de dispor da vida alheia. De qualquer forma, muitas vezes dominado por questões que não necessariamente integram o âmbito do Direito Penal e caminham em direção a questões morais e religiosas, a realidade é que a percepção do aborto como um crime não é unânime.

Dessa forma, Eser (1994) compreende que o abismo entre a lei severa e a opinião social liberal pode ser sentido através da percepção pública dos grandes processos, que habitualmente foram percebidos como arbitrários por grande parte da opinião popular.<sup>118</sup> Para Ripollés (1962), “a velha ideia romana de ser o feto uma espécie de víscera materna, de absoluta disponibilidade da mulher, se encontra arraigada nas mentes, sendo difícil a sua substituição pela abstração de ser o nascituro uma pessoa portadora de direitos e suscetível

---

<sup>116</sup> HUERTA TOCILDO, Susana (1977) defende que quando a mulher decide abortar é porque, no seu entender a continuação da gravidez é mais gravosa do que a sua interrupção e a balança não volta a se equilibrar pelo fato de pensar em uma eventual pena. (p. 3).

<sup>117</sup> SILVA, Fernando (2017). p. 193.

<sup>118</sup> ESER, Albin (1994). Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de derecho comparado. *Actualidad Penal*, v. 1, 1/26 Madrid. p. 66.

de plena proteção.”<sup>119</sup> Essa concepção social que questiona a legalidade da criminalização da interrupção da gravidez também contribui para que a função de prevenção geral ao crime reste prejudicada.

Feitos esses esclarecimentos, conclui-se que, para parte da doutrina, a lei não é dotada de efeitos preventivos, de forma que as mulheres não se abstêm de realizar um aborto por receio da aplicação de pena.<sup>120</sup> Seja por questões atinentes à carga vitalícia da maternidade ou à diferença na percepção da conduta como digna de repressão penal, um comportamento que é tido como crime pela lei, mas que falha na sua perseguição, redundando na fragilidade dos efeitos de prevenção geral referentes ao tipo penal.

***- A aplicação da pena aos que praticam o aborto reforça comportamentos em conformidade com as normas?***

Feitos estes esclarecimentos, cumpre agora apontar a convicção de uma segunda vertente da doutrina, que entende que as altas cifras negras<sup>121</sup> que se verificam no crime de aborto não significam, necessariamente, que a prevenção geral da pena, especificamente na sua vertente positiva, resta comprometida. Para esta posição, apesar de mulheres, muitas das vezes, não deixarem de praticar um aborto por receio da imposição de pena, a criminalização, por si só, já seria suficiente para reafirmar a valoração negativa de qualquer atentado contra a vida intrauterina. Evidentemente que há aqui o reconhecimento de que a função preventiva da pena resta debilitada<sup>122</sup>, haja vista o incontestável coeficiente de cifras negras, mas dessa constatação não se pode concluir a favor da absoluta confirmação de que a norma penal é incapaz de prevenir futuros crimes.

Nesse sentido, Pato (2005) entende que papel pedagógico da pena independe do número de condenações, sendo o recurso ao Direito Penal efetivo no sentido de orientação e reforço da conscientização do valor da vida humana.<sup>123</sup> Nessa lógica, também Loureiro

---

<sup>119</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1962). p. 502.

<sup>120</sup> ANDRADE, Manuel da Costa (1979) p. 313. FERRAJOLI, Luigi (2003). p. 20. ZAPATERO, Luis Arroyo (1980) p. 195. MUÑOZ CONDE, Francisco (1981). p. 113.

<sup>121</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo (1976), conceitua “cifras negras” a “diferença entre os crimes efetivamente cometidos e aqueles que chegam ao conhecimento dos órgãos oficiais encarregados da administração da justiça criminal”. (p. 81)

<sup>122</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995). *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora. p. 372. Também em PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). O sentido da criminalização do aborto: ajustar a lei sem sacrificar os princípios. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15, nº 1 (jan/mar). p. 58.

<sup>123</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 53. Também CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995) p. 381.

(1998), em prol da ideia de eficácia da tipificação penal do aborto, acredita que prova disso seria a indagação de quantas pessoas atentariam contra a vida pré-natal caso não houvesse a prossecução penal da conduta.<sup>124</sup> Em defesa de uma fraca, porém viva função de prevenção geral na incriminação do aborto, Cunha (1995) reitera que muito se fala sobre as estimativas do montante de abortos realizados, mas pouco se trata daquelas mulheres que, efetivamente, deixaram de interromper a gravidez por esta ser um ato digno de repressão penal.<sup>125</sup> Logo, a simples constatação de que o ato configura um crime digno de imposição de pena já seria suficiente para sustentar-se a favor da concretização da função de prevenção geral.<sup>126</sup>

### **1.5 Afinal, o Direito Penal é eficaz em matéria de aborto?**

De qualquer modo, independentemente do rumo que a tomada de decisão sobre a eficácia da finalidade preventiva da pena no tocante ao crime de aborto acabe por levar, incontestável que a questão do aborto se encontra tomado por um emaranhado de questões particulares a este tipo penal que acabam por prejudicar o pleno cumprimento de ditos objetivos.<sup>127</sup> A questão reside no fato de que à disposição do ordenamento também se encontram outras formas de enfrentamento a conteúdos sociais complexos que, inclusive, podem se revelar ainda mais eficientes que a própria criminalização. Não é porque a sanção penal é da mais gravosa que, daí, logicamente, se tira a conclusão de que é a melhor proteção que há ao bem jurídico.

Quando mencionamos em capítulos anteriores a importância dos estudos de política criminal, era exatamente neste ponto que lográvamos chegar. A política criminal, especificamente no domínio do crime de aborto, oferece importantes elementos para se questionar sobre a verdadeira eficácia da norma incriminadora. Seria superficial tirar uma conclusão instintiva de que todos os tipos penais existentes no ordenamento logram êxito na defesa do bem jurídico que pretendem salvaguardar apenas pela mera tipificação da conduta.

---

<sup>124</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). Aborto: Algumas questões jurídico-constitucionais (a propósito de uma reforma legislativa). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº 74. p. 355.

<sup>125</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995). *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora. p. 380-381.

<sup>126</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 58. Para CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995), “a eficácia ou aptidão da lei penal não significa frequência da perseguição. Mesmo uma lei que raramente é obedecida pode ser efetiva, criando condutas desejadas, mais do que a mera anulação”. (p. 376).

<sup>127</sup> O aborto se revela um crime de inúmeras dificuldades no tocante à prova da materialidade e autoria.

Daí que o confronto de dados seja tão imprescindível para a escolha do melhor rumo a se tomar em relação a determinados tipos penais.

Ademais, o confronto dos dados trazidos entre a estimativa de abortos realizados clandestinamente e o número de investigações e condenações que dele decorreram, trazem uma perspectiva importante e que não deve ser redundado através de fórmulas relativas de ser a favor ou contra o aborto. O debate em causa ultrapassa uma visão individual sobre o fato de ser ou não correto o ato da interrupção da gravidez: é digno indagar, através do estudo dos dados apontados, se a norma incriminadora é, de facto, efetiva na proteção do bem jurídico que visa salvaguardar. E, diante de tantos impasses, é digno questionar se o bem jurídico é protegido de forma suficiente através do aparato criminal.

De forma a responder à pergunta que nos propusemos no início deste capítulo, a de se a norma penal é eficaz na proteção da vida intrauterina, acreditamos que as estatísticas aqui apresentadas não mentem: apesar da dificuldade em se apurar precisamente quantos abortos são, de facto, realizados à margem da lei, evidente que a aplicação da norma se mostra incapaz de atingir um número satisfatório em termos de persecução da conduta. É de conhecimento coletivo que mulheres interrompem uma gravidez das mais diversas formas e, raramente é possível identificar alguma que restou precisamente condenada pela prática do crime.

Para sustentar que a lei penal protege de forma efetiva a vida intrauterina, seria necessário a verificação da redução do número de abortos em razão da previsão da conduta como crime. Contudo, não é esta a realidade que nos parece restar evidenciada no caso concreto. Apesar de válido o argumento de que a criminalização do aborto reforça o valor conferido pela ordem jurídica à vida intrauterina, mulheres que entendem perfeitamente este valor, bem como a ilicitude da conduta, ainda assim, interrompem a gravidez. Em outras palavras, a mulher sabe que o comportamento é valorado negativamente, não exclusivamente pela lei, mas também por determinados estratos sociais, certamente não queria estar em uma situação em que tenha de praticar a conduta e, não obstante, a executa mesmo assim. Não vemos a interrupção da gravidez como um proceder em que a eliminação do feto apeteça à mulher, mas como uma circunstância em que talvez esta seja a única opção a ela disponível. Evidentemente que, exceto em casos infrequentes de egoísmo puro, em que as razões para a realização do aborto não sejam justificáveis por qualquer conflito de

interesses meritório, não sentimos que há realmente uma *ânsia* em destruir o produto da concepção, mas uma *necessidade*.

É muito provável que o dolo da mulher em interromper a gravidez seja diferente da intenção de outros tipos penais: no caso específico do aborto, provavelmente a mulher não pretendia estar em tal situação, não engravidou unicamente com o objetivo de futuramente aniquilar o feto. Mas, por circunstâncias naturais da vida, de uma relação sexual resultou uma gravidez que, por qualquer das razões, não se desejava. Daí que a mulher humildemente acredite que não lhe resta outra opção senão a interrupção da gravidez e não será uma norma que é pouco aplicada que vai lhe fazer reconsiderar a sua decisão.

Por tudo, acreditamos que o crime de aborto carrega consigo peculiaridades que dificultam qualquer função de prevenção geral da pena, razão pela qual entendemos que ela se revela ineficaz para proteger a vida intrauterina. Não há como fazer uma justa relação entre a previsão do comportamento como crime e a conseqüente redução na frequência em que é praticado. Se o objetivo da incriminação é a preservação da vida do feto, a existência dos abortos clandestinos transparece a inefetividade da norma penal para impedir a destruição do feto.

### **1.6 Que caminho seguir?**

Destas considerações, independentemente da posição que se tome, quer seja a da eficácia ou não da norma penal que tipifica o aborto, os dados são incontestáveis: o aborto é praticado em larga escala, restando diminutos os casos que mobilizam as instâncias formais de controle. Dessa constatação, surge uma questão fundamental: *afinal, como lidar com a baixa aplicação da norma penal?* Como bem pontua Cunha (1995), é possível verificar a diferença entre os fatos praticados e os que chegam ao conhecimento das instâncias formais de controle em todos os tipos penais, sendo que há duas opções político-criminais disponíveis ao legislador para aprimorar a eficácia da norma: a eliminação do tipo legal ou o incremento da persecução penal referente ao crime.<sup>128</sup> A doutrina diverge sobre essa escolha especificamente em relação ao crime de aborto: uns, se utilizam do argumento da ineficácia da norma para defender a descriminalização do aborto; outros, partem do mesmo ponto para invocar motivos pelos quais não se pode deduzir que a norma é inteiramente eficaz, devendo prevalecer a criminalização da conduta.

---

<sup>128</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995) p. 373.

Em todo o caso, são diferentes perspectivas sobre um mesmo fato estatístico, que convergem em relação à ponderação entre os custos e os benefícios que derivariam de um eventual afastamento do Direito Penal em relação à conduta do aborto. Para aqueles que defendem a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, os benefícios resultantes do abandono da proteção penal seriam superiores aos custos da manutenção da criminalização, já que dela derivam o aborto clandestino e uma reduzida proteção ao bem jurídico “vida intrauterina”, exatamente por não se revelar capaz de impedir que abortos sejam realizados. Para os que se apegam à criminalização por verificarem alguma eficácia da lei penal na afirmação de valores, os custos de aumento do número total de abortos realizados e a possibilidade de desvalorização do bem jurídico em causa, seriam indicadores da necessidade de se descartar qualquer possibilidade de não utilização do Direito Penal como meio de proteção ao bem jurídico.

Trataremos, nas páginas seguintes, das fundamentações trazidas por essas duas correntes, de forma a colaborar para uma futura tomada de decisão sobre as vantagens e desvantagens da utilização do Direito Penal no tocante ao crime de aborto.

### **1.6.1 A descriminalização como caminho a ser seguido – razões para o abandono da proteção penal:**

Primeiramente, cumpre tecer algumas considerações sobre o próprio termo “descriminalização”: descriminalizar uma conduta significa deixar de puni-la criminalmente.<sup>129</sup> A tendência em direção à defesa da descriminalização de certos tipos penais vem, geralmente, associada à constatação político-criminal das vantagens que podem ser auferidas do afastamento de certos comportamentos da competência do Direito Penal, de forma que o aparato repressivo possa concentrar-se em condutas que necessitam, imprescindivelmente, do peso da sanção criminal para a proteção do bem jurídico em causa.

Como se sabe, o legislador penal não é livre na decisão de quais condutas lhe cabe criminalizar ou descriminalizar, devendo agir sempre guiado pela noção de proteção de bens jurídicos como delimitadores da atividade punitiva estatal. No entanto, tem-se defendido a ideia de que, a respeito de certos tipos penais, restaria legítimo o abandono da proteção penal em prol de outros meios de controle que, além de menos gravosos, ainda sinalizam a uma

---

<sup>129</sup> Cumpre aqui recordar que “descriminalização” não se confunde com “despenalização”: o instrumento de despenalização diz respeito à diminuição da penalidade prevista a determinado tipo penal.

eficácia superior na proteção do bem jurídico em causa.<sup>130</sup> Para justificar a descriminalização de determinados comportamentos, advoga-se no sentido de que a extensa utilização da norma penal como meio de controle acaba por sobrecarregar o sistema de justiça criminal, muitas das vezes, de forma inconveniente, impedindo-o de manter-se focado na prevenção e repreensão da criminalidade violenta.<sup>131</sup>

Nas lições de Figueiredo Dias (1976), algumas condutas, em especial, podem justificar o processo de descriminalização: as tipificações meramente morais, que não colocam em causa um bem jurídico delimitável; as modalidades de delinquência em que o tratamento através do direito penal apresenta múltiplos inconvenientes e uma reduzida eficácia reparadora; bem como os tipos penais que possuem efeito de intimidação geral reduzido.<sup>132</sup> Não por acaso, o crime de aborto tem sido objeto de demandas em prol da sua descriminalização: para muitos, trata-se de uma incriminação revestida de dogmatismos morais, capaz produzir um ínfimo efeito de intimidação geral e, além do mais, é carregado inúmeros prejuízos por conduzir mulheres à temerosa clandestinidade.

De pronto, como primeiro argumento a favor da descriminalização do aborto, sustenta-se que o verdadeiro motivo para a permanência, no ordenamento jurídico-penal, de uma norma revestida de ineficácia é o juízo de que é fundamental tutelar-se a moralidade. Daí que se retorna à questão da necessidade de se retirar da esfera criminal condutas puramente imorais, incluindo-se aqui o caso específico do aborto: há um claro consenso de que o aborto é, por si só, algo mal, mas dessa constatação não deriva necessariamente a sua criminalização.<sup>133</sup> Para Andrade (1979), “tudo está em saber se a criminalização não importará em um custoso desserviço à causa da própria vida e, se o apego indiscutido à ideia da criminalização pode vangloriar-se de algo mais além de um enunciado capaz de assegurar uma tranquilidade de consciência”.<sup>134</sup>

Insiste-se, portanto, que a criminalização do aborto, nos termos em que se dá, geralmente associada à diminuta aplicação da lei penal, apenas se justificaria através de um ponto de vista moral, que depreende a negatividade intrínseca da conduta como razão

---

<sup>130</sup> VASSALI, Giuliano (1973). In: *Ministério da Justiça. Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia*, nº 31. 3º Colóquio Interassociações de 7 a 12 de maio de 1973 – Descriminalização. p. 178-179.

<sup>131</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo (1976). p. 84. Também em VASSALI, Giuliano (1973). p. 179.

<sup>132</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo (1976). p. 78-84.

<sup>133</sup> ANDRADE, Manuel da Costa (1979). p. 298. Também em MARTINS, António Carvalho (1985) p. 50 e CUNHAL, Álvaro (1997) p. 71.

<sup>134</sup> ANDRADE, Manuel da Costa (1979). p. 299.

suficiente para a repreensão penal. cabendo, agora, apenas ressaltar que alguns doutrinadores se utilizam desta premissa para justificar a urgência da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez: a tipificação do comportamento em causa seria justificável apenas por uma idealização de proclamação da moralidade,<sup>135</sup> que não beneficia de qualquer vantagem no caso concreto.

E, para aqueles que relutam em perceber o aborto como digno de descriminalização, dada a gravidade da conduta, afirma-se que descriminalizar não significa aprovar o comportamento ou que este deixe de ser passível de sanções de outra natureza.<sup>136</sup> Para Figueiredo Dias (1976), descriminalizar apenas significa que, “num plano integrado de luta contra a delinquência, se considera inconveniente ou inútil continuar a ver aquele comportamento como passível de reações criminais”.<sup>137</sup> Portanto, é perfeitamente possível que uma conduta seja moralmente reprovável sem que seja tipificada como crime. Tratar-se-ia apenas da constatação de que a conduta, quando reprimida pela norma penal, derivam-se consequências inoportunas que poderiam ser evitadas caso o comportamento fosse objeto de outro tratamento jurídico.

Em segundo lugar, em prol da descriminalização do aborto, surge o argumento da ineficácia da lei repressiva na proteção efetiva ao bem jurídico “vida intrauterina”: expõe-se que a vida pré-natal pode restar protegida de maneira mais efetiva através de outros meios de controlo social, distintos do direito penal. A este respeito, Muñoz Conde (1981) contesta o fato de que ao se falar em proteção à vida humana apenas se pense na proteção através do Direito Penal, como se este fosse o único recurso protetor de bens jurídicos disponível pelo ordenamento.<sup>138</sup>

Para essa parcela da doutrina, a criminalização da interrupção da gravidez, numa ponderação entre os “efeitos positivos e eventuais consequências patológicas perversas” da criminalização<sup>139</sup>, derivam-se mais desvantagens do que proveitos. Nesse sentido, evidencia Roseira (2006) que “uma norma penal que não previne a realização do crime, que perversamente fomenta um negócio criminoso e faz a discriminação sexual e social daquelas

---

<sup>135</sup> FERRAJOLI, Luigi (2003). p. 20. Também em MUÑOZ CONDE, Francisco (1980). p. 115.

<sup>136</sup> VASSALI, Giuliano (1973). p. 179. Também em MARTINS, António Carvalho (1985) p. 50.

<sup>137</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo (1976). p. 81.

<sup>138</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (1981) p. 113.

<sup>139</sup> COSTA, Eduardo Maia (2006). p. 7.

a quem se aplica, não pode ser uma boa norma de Direito Penal e é, com certeza, uma péssima norma em termos de política criminal”.<sup>140</sup>

O mais expressivo desses elevados custos sociais que derivam da concessão de um tratamento penal ao aborto seria, precisamente, a própria existência do aborto clandestino. Assim, a criminalização é vista como a causa do rumo das mulheres à clandestinidade que, como visto anteriormente, se revela um terreno repleto de inconvenientes adicionais que o tornam uma questão digna de transcender a esfera do direito criminal e trazer sérias preocupações de saúde pública e problemas sociais.<sup>141</sup>

À vista disso, reafirma-se uma verdadeira relação de causa e efeito entre a criminalização da conduta e os altos custos sociais que derivam de uma prática que, apesar de ilegal, é frequentemente praticada em condições indignas. Martins (1985) entende que, em certos domínios, a lei criminal é a “causa do crime”, uma vez que apoia a livre oferta de bens e serviços, convertendo-a em um evento altamente favorecedor do delinquente.<sup>142</sup> Inclusive, Ferrajoli (2003), relembra que “o direito penal só se justifica quando tenha capacidade para prevenir danos contra as pessoas, sem causar efeitos ainda mais prejudiciais do que aqueles que é capaz de impedir”.<sup>143</sup> O raciocínio segue no sentido de que, se a norma não possui o efeito intimidador necessário para dissuadir mulheres de praticarem o aborto, e, ainda, é capaz de promover sérios danos sociais em oposição à efetiva proteção do bem jurídico, é digno defender a descriminalização do comportamento.

Para que se trate desta questão com o rigor necessário, Andrade (1979) adverte que é necessário resistir à tentação de perspetivar a contraposição ‘criminalizar-descriminalizar’ como se ela equivalesse a ser-se contra ou a favor do aborto. Para o autor, na verdade, do que verdadeiramente se trata a descriminalização da interrupção da gravidez é da substituição dos operadores ilícitos por médicos qualificados; da eliminação de um serviço que envolve implicações humanas e éticas às condições problemáticas do mercado negro em prol da sua submissão à transparência do ordenamento jurídico e dos códigos deontológicos.<sup>144</sup> Também Martins (1985) indaga se não seria legítimo, de forma a evitar os altos e conhecidos custos sociais do funcionamento do sistema clandestino, descriminalizar

---

<sup>140</sup> ROSEIRA, Maria de Belém (2006). *IN: Prefácio da obra “História do Ab(orto)”*. p. XVII.

<sup>141</sup> Cf. Capítulo 1.3 deste trabalho.

<sup>142</sup> MARTINS, António Carvalho (1985). p. 51.

<sup>143</sup> FERRAJOLI, Luigi (2003). p. 20.

<sup>144</sup> ANDRADE, Manuel da Costa (1979). p. 312.

todo aborto praticado em hospital oficial, por médico especializado e a esta realidade adicionar-se ainda medidas complementares de política e assistência social.<sup>145</sup>

E é nesse mesmo sentido que defendem diversos doutrinadores: a interrupção voluntária da gravidez, quando desprendida do carácter ilícito que a reveste, subordina a sua prática ao zelo do Estado, tornando-o apto a assegurar a capacidade técnica dos intervenientes e segurança dos serviços prestados.<sup>146</sup> Evidentemente que as mulheres não *escolhem* realizar um aborto na clandestinidade, mas recorrem a ele pela falta de outras opções para se interromper a gravidez. Uma vez regulamentado o exercício seguro e acessível, submetido às regulações e fiscalizações estatais, certamente se assistiria ao esgotamento de qualquer possibilidade de espaço para o desenvolvimento do mercado ilegal.

Em suma, os defensores da descriminalização do aborto defendem que o tratamento penal conferido à conduta é dotado de inconvenientes que poderiam ser remediados caso a conduta fosse tida como lícita. Advoga-se aqui em favor da separação da moralidade do Direito Penal, no sentido de que é unânime a valoração negativa do aborto, mas disso não decorre necessariamente a criminalização. As consequências da criminalização do aborto são graves e dignas de serem consideradas verdadeiros obstáculos de saúde pública, dada a dimensão de mulheres que arriscam a vida e a saúde na clandestinidade.

### **1.6.2 A manutenção da criminalização – os riscos do abandono da proteção penal:**

Em contrapartida, outra ala da doutrina defende que não há razões suficientes para se afirmar que a criminalização do aborto é, de todo, ineficaz na proteção do bem jurídico “vida intrauterina”. Para esta vertente, da mesma ponderação de custos e benefícios de eventual descriminalização da conduta, entendem restar prevalentes os inúmeros prejuízos decorrentes do abandono da proteção penal.

De pronto, vimos que os defensores da utilização do Direito Penal como meio apto à proteção da vida intrauterina insistem que a existência de cifras negras relacionadas ao crime de aborto, por si só, não implica, necessariamente, a completa ineficácia da norma.<sup>147</sup> Logo,

---

<sup>145</sup> MARTINS, António Carvalho (1985). p. 51. Para MUÑOZ CONDE, Francisco (1981), estas medidas iriam no sentido de “montar serviços de planeamento familiar, assessorar e educar convenientemente as pessoas ao uso de sua sexualidade, evitar qualquer tipo de discriminação social, laboral ou profissional de mulheres grávidas, casadas ou solteiras, ajudar a mulher na gravidez e na criação de seus filhos, criar creches, respeitar a liberdade da mulher no uso de seu corpo e na decisão de ter ou não filhos, etc”. (p. 115).

<sup>146</sup> MARTINS, António Carvalho (1985). p. 51. Também em ANDRADE, Manuel da Costa (1979). p. 312.

<sup>147</sup> Capítulo 1.6.1 deste trabalho.

tendo-se em vista que a norma penal cumpre outros objetivos, este argumento não deveria conduzir à defesa da descriminalização da conduta. Nesse sentido, Cunha (1995) sustenta que quando se está em causa a criminalização de condutas que salvaguardam os bens jurídicos mais fundamentais, é incomum que algum outro meio de proteção não penal detenha força similar à que exerce o Direito Penal na proteção geral. Para tal, a autora relembra que apenas estaria justificada a desproteção penal do bem em causa diante da *completa* ineficácia da intervenção penal e caso esta causasse maiores danos do que benefícios. Em todas as outras situações, deve-se dar preferência à criação de novas medidas penais para ampliar a eficiência da proteção.<sup>148</sup> Nesse mesmo sentido, também Patto (2005) entende que, estando em causa práticas que não podem prescindir da criminalização – dado o elevado valor do bem jurídico que visa tutelar – o alto número de cifras negras conduz a advogar-se pela intensificação da proteção penal.<sup>149</sup> Para o autor, a ausência de consenso social acerca da gravidade dos comportamentos que colocam em causa bens jurídico-constitucionais de extrema relevância, pode ser tido como o sintoma de uma crise de conscientização de valores, restando ainda mais crucial a utilização do Direito Penal para conter esta crise.<sup>150</sup>

Seguindo esta mesma lógica, Costa (1984) sustenta que o fenômeno das cifras negras é detetável na generalidade das infrações penais, não devendo ser a descriminalização apontada como solução quando esta impõe maiores custos sociais dos que decorrem da manutenção da conduta de ilícito penal.<sup>151</sup> Alega-se que existem outros crimes que também carregam um alto coeficiente de cifras negras, mas, nem por isso, a eles se propõem a descriminalização, dado o elevado custo social provenientes de tais infrações, que aconselham o correspondente sancionamento jurídico-penal.<sup>152</sup>

Para além disso, os defensores da criminalização do aborto também refutam a validade do argumento segundo o qual a descriminalização do aborto comportaria na verdadeira eliminação do aborto clandestino. Nesse sentido, Costa (1984) aponta estudos que sugerem que o mal do aborto clandestino não desaparece com a descriminalização,<sup>153</sup>

---

<sup>148</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995). p. 375.

<sup>149</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 53.

<sup>150</sup> *Idem.* p. 47-48.

<sup>151</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985). p. 63.

<sup>152</sup> *Ibidem.* Também CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995) p. 383-384 diz que, devido às particularidades do crime de aborto, defende-se a descriminalização, enquanto em outros casos em que também se verificam elevadas cifras negras se faça apelo à intensificação da persecução.

<sup>153</sup> *Idem.* p. 58-59.

uma vez que por motivos atinentes à privacidade, muitas mulheres ainda incorreriam à sua procura a fim de temer a publicidade do seu ato, caso realizado em hospitais públicos ou legalmente autorizados.<sup>154</sup> Nesse seguimento, as cifras totais referentes à prática do aborto resultariam ainda mais elevados, uma vez que equivaleriam à soma daqueles realizados de forma legal, acrescidos dos clandestinos.<sup>155</sup> Persistindo a existência do mercado negro neste domínio, não seria este um argumento válido para a retirada do tratamento concedido ao aborto pelo Direito Penal.<sup>156</sup>

Em relação aos custos e perigos da descriminalização do aborto, também se argumenta que a descriminalização do crime de aborto acarretaria, eventualmente, a desvalorização do bem jurídico “vida intrauterina”. Para Loureiro (1998), uma eventual retirada do crime de aborto dos ilícitos penais contribuiria para a difusão da ideia de que o aborto, afinal, não é mais uma conduta digna de censura.<sup>157</sup> Miranda (1985) vai ainda mais além e afirma que a descriminalização carregaria consigo um forte indício de que a ordem jurídica deixou de conferir à vida humana a proteção que até agora lhe tinha prestado e transmitiria a ideia de que não toma-se mais a vida como valor primordial e digno de ser salvaguardado antes de todos os outros.<sup>158</sup>

Para além destes riscos, a descriminalização do aborto não significaria apenas que o Estado se absteria de punir a conduta, mas ainda além: que viria a cooperar com a sua prática. Nesse sentido, Patto (2005) defende que a descriminalização do aborto levaria o Estado a com ele colaborar *diretamente*, por meio de financiamentos e mediante a utilização dos hospitais públicos e, ainda, *indiretamente*, mediante a autorização legal que seria concedida as clínicas privadas na realização da interrupção voluntária da gravidez.<sup>159</sup> Essa cooperação estatal na execução da interrupção voluntária da gravidez, diante da falta de

---

<sup>154</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 57. Para LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998), “um número significativo de pessoas continua a preferir o aborto clandestino, entre outros motivos, por razões de anonimato, revelando assim que reconhecem um desvalor da conduta e/ou então, em muitos casos, das circunstâncias em que ocorreu a gravidez, sobretudo nas comunidades de pequena dimensão”. (p. 376).

<sup>155</sup> Este mesmo argumento é também defendido por LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 374-375. e PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 55.

<sup>156</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995) p. 377. GOUVEIA, Jorge Bacelar (2009) p. 26-27. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 375.

<sup>157</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 356. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995) p. 380.

<sup>158</sup> MIRANDA, Jorge (1985). Intervenções. In: *Aborto: debates parlamentares e os textos do Colóquio “o aborto e os direitos humanos: um projecto, uma experiência*. Vol. 1. Lisboa: Oficinas Gráficas da Rádio Renascença, Lda. p. 26.

<sup>159</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 40.

concordância geral sobre o tema do aborto, levaria amplos setores da população a não se reconhecer em um Estado que assim atua e para o qual contribuem.<sup>160</sup>

Em síntese, para os defensores da criminalização do aborto, o abandono da proteção penal sinaliza a um cenário ainda mais preocupante do que aquele assegurado através da manutenção dos recursos do Direito Penal. Esta parte da doutrina admite que é possível vislumbrar certos inconvenientes decorrentes da perseguição criminal do ato, porém os riscos que derivam da eventual descriminalização são suficientemente expressivos para não justificar a colocação em perigo do bem jurídico em causa. E, ainda mais, por se tratar de um bem jurídico tão fundamental como o da vida intrauterina, seria imponderado deixá-lo à margem da proteção conferida pelo Direito Penal, que ainda se revela o mais forte instrumento para impedir a realização de comportamentos em desconformidade com a lei.

### **1.7 Os Modelos Penais:**

Como visto anteriormente, o tratamento penal concedido ao aborto não se revela imutável: é possível verificar alternâncias entre períodos em que o aborto era um comportamento jurídico penalmente irrelevante, inexistindo a aplicação de penas a quem o cometesse, bem como períodos em que se percebe a intensificação da prossecução penal em prol das mais variadas causas, aqui incluídas as preocupações demográficas e avanços e transformações na compreensão biológica em torno da vida pré-natal.<sup>161</sup>

Nesse seguimento, também nos concentramos em trazer as diferentes perspectivas que circundam o debate sobre eventual descriminalização do aborto: para alguns, se afigura necessário, diante dos malefícios decorrentes da criminalização, abandonar, sob certos limites, o uso do aparato criminal no tocante à interrupção voluntária da gravidez. Por outro lado, também são evidenciados certos inconvenientes que poderiam vir a derivar de uma descriminalização na matéria, revelando-se mais prudente que se mantenha a competência do Direito Penal em prol da efetiva salvaguarda da vida intrauterina.<sup>162</sup>

O que é importante ressaltar é que esta discussão não fica apenas no papel: os diversos ordenamentos possuem as mais diversas tratativas em relação à interrupção voluntária da gravidez. Alguns reconhecem um verdadeiro “direito ao aborto” concedido à mulher, de forma que a ela é permitida a realização da interrupção da gravidez, em

---

<sup>160</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 47.

<sup>161</sup> Cf. Capítulo 1.1 deste trabalho.

<sup>162</sup> Cf. Capítulo 1.6. 2 deste trabalho.

determinado período, por intermédio estatal, sem a necessidade de se alegar qualquer motivo. Outros, ao contrário, apenas compreendem que certas situações de conflito possam justificar a interrupção da gestação.

Nos períodos de incremento da perseguição penal, em que todo aborto era tido como ilícito pelo ordenamento, independente das motivações que, eventualmente, poderiam o justificar, foi possível constatar o surgimento de eventuais conflitos entre os direitos da mulher grávida e aqueles reconhecidos à vida pré-natal e que não se resolviam com a mera compulsão à maternidade a que implica a norma incriminadora.<sup>163</sup> Como bem relembra Muñoz Conde (2021), não haveria nada a se objetar em favor à uma proteção absoluta da vida dependente se a gravidez não afetasse também outros bens jurídicos dignos de proteção.<sup>164</sup>

A situação particular do tipo penal do aborto, quer seja a relação de dependência entre o feto e a mulher grávida<sup>165</sup> é capaz de fazer insurgir situações em que se questiona a legitimidade de se impor à mulher a continuação da gravidez indesejada. Em certas condições, a manutenção da gestação pode afetar direitos constitucionalmente previstos da mulher, como o seu direito à vida, à saúde, ao livre desenvolvimento à personalidade, à liberdade pessoal, à maternidade consciente e à autodeterminação. Nesses casos específicos, dada a delicadeza da circunstância, entende-se que seja legítimo o direito à vida pré-natal do feto ter que ceder em prol dos direitos da mãe já nascida e efetiva titular desses direitos.

Assim, a tendência legislativa rumou em direção à abertura de espaços a outros modelos, distintos da perseguição plena, em favor de outras soluções intermediárias que têm em consideração o eventual aparecimento desses conflitos que podem vir a derivar da continuação da gravidez. Eser (1993) defende que, assim como ocorre a qualquer bem jurídico, a proteção penal da vida não nascida não é absoluta<sup>166</sup>, podendo ter de ceder diante de outros interesses igualmente merecedores de tutela.

---

<sup>163</sup> Para ZAPATERO, Luis Arroyo (1980), a proibição do aborto pode vir a se tornar uma compulsão à maternidade, sendo que o Estado acaba por negar a liberdade da mulher para configurar suas condições de vida. (p. 215).

<sup>164</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (2021). *Derecho Penal: parte especial*. 23ª ed. rev. e atual. Valência: Tirant lo Blanch. p. 87.

<sup>165</sup> COSTA, Eduardo Maia (2006) destaca que da gravidez confluem dois seres: a mulher, titular de direitos constitucionalmente previstos e o feto em gestação, com vocação de autonomia, mas ainda inteiramente dependente da vontade da mãe para que ela se efetive. (p. 8).

<sup>166</sup> ESER, Albin (1994) p. 57. Também em MUÑOZ CONDE, Francisco (1989) p. 149.

Nesse sentido, a tradição jurídica ocidental, numa tentativa de ponderar os interesses da mulher grávida com a proteção da vida pré-natal rumo à novas soluções para a questão do aborto, bem como na tentativa de superar o sistema de punição plena e seus inconvenientes, parte de dois modelos básicos: a solução das indicações, e a solução dos prazos, que serão aprofundadas a seguir.

### **1.7.1 A Solução dos Prazos:**

Na denominada “solução dos prazos”, parte-se do pressuposto que, em um período legalmente determinado – o qual geralmente remete aos três primeiros meses de gravidez–,<sup>167</sup> a mulher grávida pode realizar um aborto sob a direção de um médico e em centros hospitalares ou autorizados, sem a necessidade de ter de invocar qualquer conflito entre os seus direitos e à proteção da vida pré-natal. No modelo dos prazos, cabe inteiramente à mulher a decisão de interromper a gravidez, restando juridicamente irrelevante o motivo pelo qual o realiza.<sup>168</sup>

Durante este intervalo estipulado legalmente, resta impune a conduta da mulher, desde que obedecidos os requisitos legais, que geralmente decretam que a intervenção deve se dar sob a direção de um médico e em condições hospitalares.<sup>169</sup> Findo este prazo, o aborto só poderá ser levado à cabo quando sucederem-se indicações médicas<sup>170</sup>, que indiquem que a manutenção da gravidez coloca a vida da mulher em perigo. Haja vista a necessidade de percorrer as determinações legais que buscam conferir segurança à IVG, todo aborto clandestino, realizado fora dos parâmetros legais, restará punido.<sup>171</sup>

A execução desta regulação face ao aborto se justifica através da compreensão de que, nos estágios iniciais da gravidez, o direito à vida do feto deve ceder face à vontade da mulher. Entende-se que os conflitos possivelmente existentes entre uma gravidez indesejada

---

<sup>167</sup> A razão de ser do prazo de 3 meses, remete ao fato de que durante este período não resta completamente formada a estrutura cerebral do feto, bem como do reconhecimento de que abortos levados à cabo em estágios mais avançados da gravidez são mais suscetíveis a complicações. Cf. SILVA, Fernando (2017) p. 210-211; Em contrapartida, para MUÑOZ CONDE, Francisco (1989), tal prazo “é tão arbitrário quanto qualquer outro, mas tem a vantagem de resolver muitos problemas sem ter de recorrer ao Direito Penal, ou a argumentos justificativos, mais ou menos hipócritas, para impedir a sua intervenção nos três primeiros meses da gravidez”. (p. 149).

<sup>168</sup> Para LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998), trata-se do “princípio da equivalência das razões do aborto”, em que todas têm o mesmo valor. (p. 357).

<sup>169</sup> Nesse sentido, como afirma ANDRADE, Manuel da Costa (1979), enquanto perdurar a existência deste prazo inicial, a liberalização que vigora é praticamente total. (p. 314).

<sup>170</sup> ROXIN, Claus (2006). *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar. p. 172.

<sup>171</sup> HUERTA TOCILDO, Susana (1977). p. 5.

e a obrigação legal de ter de prosseguir com a gravidez para que não lhe seja aplicada uma pena criminal, interfere de modo irremediável no direito à autodeterminação da mulher, devendo este prevalecer<sup>172</sup> - daí que surja a figura de um verdadeiro “direito ao aborto” do qual a mulher é titular.<sup>173</sup>

As críticas a este sistema se movem no sentido de deixar, à inteira disposição da mulher, sem a necessidade de se invocar qualquer conflito de interesses que justifique a interrupção da gravidez, a decisão de abortar. Seria uma modalidade de “aborto a mero pedido” que causaria a completa desproteção dos direitos à vida do feto nos primeiros meses da gestação.<sup>174</sup>

### **1.7.2 A Solução das Indicações:**

No sistema de indicações, o ordenamento jurídico considera, em regra, o aborto um ato ilícito, reforçando a dignidade constitucional da vida pré-natal.<sup>175</sup> Contudo, tem o aborto como impunível quando diante de situações taxativas.<sup>176</sup> Huerta Tocildo (1977) classifica esse sistema como de “regra-exceção”,<sup>177</sup> uma vez que o aborto é, em princípio, ilegítimo, exceto diante de circunstâncias excepcionais, mais ou menos amplas – a depender das justificações previstas pelo ordenamento em questão –, em que restam privilegiados outros direitos da mulher grávida em desfavor da vida pré-natal.

Neste modelo, ao contrário do que se verifica no modelo dos prazos, o que justifica a interrupção da gravidez não é o tempo em que este é levado à cabo, mas a existência real das causas de justificação previstas pelo ordenamento. Para garantir que o aborto seja realizado apenas nos casos em que estejam presentes qualquer das situações legalmente previstas, opera-se através de um controle preventivo que condiciona a intervenção à comprovação de uma indicação por um terceiro, geralmente, um médico.<sup>178</sup> Eventualmente,

---

<sup>172</sup> ZAPATERO, Luis Arroyo (1980) p. 214-215. COSTA, Eduardo Maia (2006) p. 10. ESER, Albin (1994) p. 58.

<sup>173</sup> ANDRADE, Manuel da Costa (1979) p. 314. Também em ESER, Albin (1994) p. 58.

<sup>174</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (2021) p. 90.

<sup>175</sup> ESER, Albin (1994) p. 60. COSTA, Eduardo Maia (2006) p. 10.

<sup>176</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (1980) p. 114.

<sup>177</sup> HUERTA TOCILDO, Susana. p. 6.

<sup>178</sup> ESER, Albin (1994) p. 60.

restando dúvidas sobre a legalidade deste processo, pode ter lugar também um controle ulterior.<sup>179</sup>

Esse modelo de tratamento jurídico face ao aborto é sensível às situações conflituantes que podem advir da relação entre a mulher e o feto por compreender que, em determinadas situações, a continuação da gravidez é juridicamente inexigível.<sup>180</sup> Para Muñoz Conde (1989), a devida resolução do cenário colidente entre os direitos da mulher grávida e o direito à vida do feto, poderia ser dada através de uma ampla interpretação da eximente referente ao estado de necessidade. Todavia, em prol da segurança jurídica e em atenção à relevância do tema, o legislador viu-se compelido a disciplinar expressamente as hipóteses de conflito mais frequentes e significativas.<sup>181</sup>

É importante ressaltar que todo aborto realizado fora das condições previstas, quer seja da obediência aos requisitos formais, que geralmente remetem à necessidade de a intervenção ser realizada por um médico, em um estabelecimento de saúde autorizado e em um determinado período da gestação, quer da constatação da indicação no caso concreto, restará tido como ilícito.

As críticas ao sistema de indicações vêm, usualmente, associadas à subordinação da realização da intervenção à autorização de um terceiro, de forma a retirar da mulher qualquer autonomia na decisão de não prosseguir com a gestação. Apesar de poder ser considerada uma solução menos rigorosa que a punição total ao aborto, especificamente por prever situações em que a IVG possa ser realizada, continua sem dar uma resposta efetiva à questão da autodeterminação da mulher na tomada de decisão. Ademais, sendo certo que a maioria dos abortos realizados têm como motivação questões alheias às indicações comumente enumeradas pela lei, a solução das indicações não ofereceria qualquer solução ao grave problema social do aborto clandestino.<sup>182</sup>

---

<sup>179</sup> CUERDA ARNAU, Maria Luisa (2010). Tratamiento jurídico-penal del aborto consentido: propuestas de reforma. *Revista Penal*, nº 25, jan. p. 25.

<sup>180</sup> COSTA, Eduardo Maia (2006) p. 11. Também em MUÑOZ CONDE, Francisco (1989) p. 149. Trazemos aqui as concisas palavras de SILVA, Fernando (2017) ao afirmar que o sistema das indicações “parte de um princípio que, num quadro axiológico relativo, se revela preferível o recurso ao aborto, do que forçar a continuação da gravidez e o nascimento da criança, uma vez que a danosidade social deste fenômeno se manifesta mais grave” (p. 212).

<sup>181</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (1989) p. 149-150.

<sup>182</sup> De acordo com ROXIN, Claus (2006), “(...) a solução das indicações fica, de início, só no papel. Ela é ineficaz se a mulher de qualquer maneira decida abortar. A história prova que isso ocorre e tais fatos podem ocorrer sem perigo pois aquilo que é praticado em segredo, dificilmente pode ser descoberto”. (p. 174).

De qualquer modo, é digno que passemos, agora, ao estudo das indicações que podem justificar a interrupção da gravidez em um sistema de indicações, de forma a possibilitar uma melhor compreensão da solução em causa.

### **1.7.2.1 A Indicação Terapêutica:**

Sob a denominação “indicação terapêutica”, também frequentemente chamada de “indicação médica”, afiguram-se as situações em que a continuação da gravidez implica graves perigos para a vida ou a saúde da grávida. Em determinadas circunstâncias médicas, a própria gestação ameaça o bem-estar da mulher, tornando a recomendação da interrupção da gravidez o recurso indicado para eliminar este risco. Em suma, sob esta indicação respondem os casos em que, em qualquer estágio da gravidez, resta impreterível a destruição do feto para salvar à vida ou a saúde da mãe.<sup>183</sup>

Trazemos aqui, nas palavras de Martins (1985), a completa descrição das circunstâncias que justificam o aborto terapêutico: “(...) ele sempre surgirá quando um diagnóstico sério e correto indique que a mulher grávida corre, ou pode correr, um grave perigo com o desenvolvimento da gravidez, de tal maneira que se não realizar o aborto, poderá morrer ou ficar com a sua saúde grave e irremediavelmente afetada”.<sup>184</sup>

De acordo com Quintano Ripollés (1962), esta é a indicação que retrata a mais óbvia das hipóteses de impunidade, razão pela qual é a mais reconhecida no direito comparado<sup>185</sup>: precisamente porque, em tais circunstâncias, não seria exigível que a mulher sacrificasse a sua própria vida ou saúde para evitar a ameaça de uma pena criminal.<sup>186</sup> A imposição de pena à mulher que interrompe a gravidez nessas circunstâncias seria como exigir dela um comportamento homérico,<sup>187</sup> sem que sequer se possa garantir a sobrevivência do feto.

Nessa sequência, Almeida Costa (1984) aponta que certas doenças cardíacas, pulmonares ou nefrológicas que afetam à mulher podem ocasionar esse tipo de complicações. Também se incluem neste rol os casos de gravidez ectópica e de câncer de útero.<sup>188</sup> É de todo certo que o avanço das ciências médicas muito contribuiu para a redução

---

<sup>183</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1962) p. 506.

<sup>184</sup> MARTINS, António Carvalho (1985) p. 104-105.

<sup>185</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1962) p. 506.

<sup>186</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo (1985). p. 220.

<sup>187</sup> Para LANDROVE DÍAZ, Gerardo (1985), não é exigível um sacrifício importante e duradouro da saúde da mulher sobre a ameaça de uma sanção criminal. (p. 220)

<sup>188</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 17.

do rol de doenças que podem vir a acometer a mulher e a continuação da gravidez desta forma, reduzindo-se, conseqüentemente, a necessidade de interrupção da gravidez.<sup>189</sup>

A Organização Mundial da Saúde define “saúde” como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.<sup>190</sup> Ao transpor esta significação para o âmbito do aborto terapêutico, pode-se optar por determinações mais ou menos estreitas em relação às situações que podem justificar a realização da interrupção voluntária da gravidez. A depender da adoção ou não desse conceito, abrem-se possibilidades para a verificação da impunidade do aborto quando se esteja perante causas em que a gravidez afete não apenas à vida e a saúde, mas também o bem-estar mental e social da mulher.<sup>191</sup>

Apesar de cristalino o conflito entre bens jurídicos de igual valor quando se está em causa a vida ou a saúde da grávida em oposição à vida do feto, é altamente debatida a questão da inclusão da saúde psíquica da mulher na indicação terapêutica. Nesse sentido, em certos casos, uma gravidez indesejada pode afetar negativamente a saúde mental da mulher de forma a desencadear psiconeuroses como a esquizofrenia, transtornos maníaco-depressivos, além de contribuir para o aumento do número de suicídios.<sup>192</sup> Para uma parte da doutrina, o rol de indicações médicas deve abranger também a impunidade do aborto quando constatado que a causa do desenvolvimento de tais psicopatologias se dá com a existência da gravidez. Em contrapartida, os defensores de uma aceitação parcial do entendimento de saúde trazido pela OMS, questionam se a inclusão da saúde psíquica da mulher no tocante à indicação terapêutica não abriria às portas para a concretização de um verdadeiro “aborto a pedido”.

No tocante à indicação terapêutica, o conflito entre os bens jurídicos se dá, numa aceção menos alargada do conceito de saúde trazido pela Organização Mundial da Saúde, entre o direito à vida do feto e a vida ou a saúde da mulher, especificamente nos casos em que resta impossível a sua conciliação.

---

<sup>189</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo (1976) afirma que as enfermidades que podem representar uma grave ameaça à vida da mãe sofreram modificações graças ao aperfeiçoamento das técnicas obstétricas e à redução da frequência destes transtornos (p. 59). ALMEIDA, João Alcides (1964), cita algumas doenças que, dada a maior abrangência concedida ao tratamento, desapareceram da lista das enfermidades que impunham a interrupção da gravidez. A exemplo a diabetes, à mercê da insulina e certas doenças infecciosas graças à descoberta dos antibióticos. (p. 143-144).

<sup>190</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION (1948). *First World Health Assembly*. Palais des Nations, Geneva.

<sup>191</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo (1976) p. 59; MARTINS, António Carvalho (1985) p. 222.

<sup>192</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 22.

### 1.7.2.2 A Indicação fetopática:

A indicação fetopática, também chamada de “eugênica” ou “embriopática”, remete aos cenários em que, quando da realização do diagnóstico pré-natal, detetam-se malformações congênitas no feto.<sup>193</sup> Nos estágios atuais da medicina, métodos como a amniocentese e a ecografia<sup>194</sup>, tornam possível a identificação precoce de deformidades ou deficiências do feto enquanto este ainda ocupa o ventre da mãe.

De início, cumpre destacar que a indicação em causa, como já bem pontuou Brito (2004) é a mais discutível de todas.<sup>195</sup> Isto porque, como bem relembra Souto de Moura (1994), “eugenismo”, tomado à letra, carrega um cariz negativo por significar “caminhar para o melhoramento da raça”.<sup>196</sup> Não raras as vezes, o aborto fetopático veio associado a argumentos de que a interrupção da gravidez levada à cabo nestes casos, objetivaria, meramente, impedir o nascimento de um ser humano portador de deficiências físicas ou psíquicas.<sup>197</sup>

Inegável, e a história prova, que, sob determinados regimes totalitários, utilizou-se do recurso ao aborto a fim de se alcançarem objetivos de superioridade rracica.<sup>198</sup> Porém, muito se tem defendido na doutrina que, na atualidade, a permissão para a realização do aborto nestes casos não remete à morte do feto por suas deformidades, mas leva em conta a infelicidade de um ser nascido portador de anomalias, razão pela qual Quintano Ripollés (1962) afirma que “o problema se avizinha à eutanásia operada sobre o feto”.<sup>199</sup>

Ademais, também se leva em conta nesta indicação o bem-estar da família, que pode sofrer abalos de diversas índoles com a chegada de um ente anormal<sup>200</sup>, bem como a estabilidade psíquica da mulher e o bem-estar da família.<sup>201</sup>

---

<sup>193</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 28.

<sup>194</sup> VIDAL, Marciano (1984). O “ABC” do aborto. *In: O aborto à luz do dia: o risco de ser*. Coord. Valentim Marques. Coimbra: Gráfica de Coimbra. p. 13.

<sup>195</sup> BRITO, Teresa Quintela de (2004) p. 128-129.

<sup>196</sup> SOUTO DE MOURA, José (1994). O diagnóstico pré-natal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 4, nº 3. jul./set. Coimbra. p. 326.

<sup>197</sup> DIAS, Francisco de Oliveira (1985) questiona, como argumento contrário ao aborto fetopático, se o que se pretende é voltar atrás a respeito à vida dos doentes, antes e depois do nascimento. *IN: Aborto: debates parlamentares textos do colóquio...* p. 9.

<sup>198</sup> Cf. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1962) fala especificamente sobre o aborto eugênico sob o regime nazista (p. 512).

<sup>199</sup> *Idem.* p. 511.

<sup>200</sup> SOUTO DE MOURA, José (1994) relembra os custos econômicos que derivam dos cuidados de portadores de anomalias p. 331.

<sup>201</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 28. Também em LANDROVE DÍAZ, Gerardo (1985) p. 229.

Evidentemente que, pelas razões expostas e, de forma a afastar o conteúdo negativo do vocábulo, neste trabalho tomamos a posição defendida por Figueiredo Dias e Nuno Brandão (2012) no sentido de que restaria infundado denominar essa indicação de *eugênica* por motivos de não se estar em questão realmente preocupações eugênicas, mas sim os interesses da grávida e o sofrimento que possa causar a continuação da gravidez e o nascimento de uma criança lesada na sua saúde ou no seu corpo.<sup>202</sup>

Solucionada a questão etimológica, cumpre trazer a afirmação de Landrove Dias (1985), ao relacionar que a origem das más formações que podem justificar a realização do aborto fetopático pode ser da mais variada índole, incluindo-se aqui anomalias hereditárias ou derivadas de um acidente, exposição à radiação, efeito de determinadas drogas, da rubéola que acomete à mãe, etc.<sup>203</sup>

Em suma, cumpre aqui ressaltar que o conflito de bens jurídicos que a indicação fetopática busca resolver se dá entre o direito à vida do feto e o objetivo de preservar a estabilidade psíquica da mulher e o bem-estar da família. Para além disso, como mencionado, ainda se argumenta que a impunidade do aborto realizado nestas circunstâncias se justificaria para evitar a futura infelicidade de um ser nessas condições.

### **1.7.2.3 A Indicação ética:**

A indicação ética, também conhecida como “criminológica”, “sentimental” ou “humanitária”, deriva dos casos em que a gravidez é resultante de crime de violação. Como ressalta Martins (1985), em todas as situações em que a mulher engravidou em consequência de relações tidas contra a sua vontade, restará presente a referida indicação.<sup>204</sup> Trata-se de uma previsão contida na grande maioria dos ordenamentos jurídicos em razão do entendimento de que seria inexigível a manutenção da gravidez em tais circunstâncias.

Os argumentos mais enaltecidos pela doutrina vão no sentido de que, se a lei punisse a realização de um aborto nestes casos, a mulher figuraria como vítima pela segunda vez.<sup>205</sup> Assim, a previsão desta indicação reflete um sentimento de empatia face à imensurável perturbação que resulta da figuração como vítima de crimes sexuais permitindo-se que, caso

---

<sup>202</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno (2012). Artigo 142º. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012. p. 286.

<sup>203</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo (1985) p. 229.

<sup>204</sup> MARTINS, António Carvalho (1985) p. 122.

<sup>205</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1962) p. 514.

a gravidez resulte de um crime sexual praticado contra a mulher, ela possa recorrer à interrupção da gravidez para evitar o constante reviver de um acontecimento traumático.<sup>206</sup>

Nesse sentido, o conflito de bens jurídicos na indicação ética, quer seja entre a dignidade, integridade e intimidade da mulher e o direito à vida do feto, se resolve com a prevalência dos últimos,<sup>207</sup> caso seja do interesse da mulher não prosseguir com a gravidez.

#### **1.7.2.4 A Indicação económico-social:**

A indicação socioeconômica do aborto traduz os casos em que a interrupção da gravidez se dá por carência de recursos econômicos para o sustento do futuro filho. Quintano Ripollés (1962) trata desta motivação sob uma dupla vertente: o aspeto estritamente individual relativo à situação econômica angustiante da mãe e a dimensão político-social do problema que se vê agravada por implicações demográficas e de miséria coletiva.<sup>208</sup>

Trata-se aqui da indicação que resta menos frequente nos ordenamentos jurídicos, apesar de contemplar a motivação que justifica a maioria dos abortos realizados. Almeida Costa (1964) defende que nos casos abrangidos pela indicação económico-social, o objetivo do aborto não é salvaguardar o bem-estar físico ou mental da mulher, mas o seu bem-estar social.<sup>209</sup> Assim, a indicação em análise se revelaria sensível aos impactos econômicos que a chegada de um filho causa na relação familiar. Viver uma situação precária seria, por si só, muito angustiante à mulher e tal sentimento se agravaria exponencialmente com a chegada de mais um ser que requer assistências que, muitas das vezes, a grávida já mal consegue prover a si mesma.

Esta indicação é frequentemente questionada pela doutrina, especificamente pela inexistência de um conflito de bens jurídicos delineável, de forma que não se poderia igualar em valores o direito à vida do feto e o perigo que o nascimento de um filho pode causar às condições patrimoniais da mulher e da família. Nesse sentido, Alcides de Almeida (1964) relembra que nas motivações terapêuticas, fetopáticas e éticas, há uma valoração dos fatores de natureza psicológica da mulher, o que não se verifica em relação à motivação econômica.<sup>210</sup>

---

<sup>206</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 35.

<sup>207</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo (1985) p. 225.

<sup>208</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1962) p. 516.

<sup>209</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 40.

<sup>210</sup> ALMEIDA, João Alcides (1964). p. 155.

### 1.7.2 O aconselhamento obrigatório:

Como já bem lembrou Loureiro (1998), essa lógica bipolar entre o modelo dos prazos e o modelo das indicações restou questionada pela doutrina alemã por não se enquadrar à disciplina legislativa de vários países. Nesse sentido, deve-se incluir também um terceiro modelo: o da necessidade com base em autoavaliação.<sup>211</sup> Também conhecido como “modelo do assessoramento”, este sistema se conecta com os dois outros modelos indicados:<sup>212</sup> mantém-se as indicações que tornam a interrupção da gravidez impune, mas abre-se espaço para a realização do aborto a pedido da mulher dentro de um determinado período de gestação, que geralmente circunda os três meses.

Para que possa ter lugar a intervenção, a mulher grávida deve comparecer, obrigatoriamente, a uma consulta de aconselhamento que tratará de lhe informar os benefícios sociais dos quais ela pode valer-se caso decida por prosseguir com a gravidez, os riscos decorrentes do aborto e os lugares em que este realizar-se.<sup>213</sup> O objetivo principal desse aconselhamento é ajudar a mulher a alcançar a solução da sua situação de forma consciente e responsável.<sup>214</sup> Apenas após o decorrer de um certo número de dias, reservados para que a mulher possa refletir melhor sobre a decisão a ser tomada em consideração todo o auxílio informacional que lhe foi prestado, a grávida, se ainda assim desejar, poderá interromper a gravidez.

Cabe destacar que a decisão final sobre a realização ou não do aborto nesta solução cabe inteiramente à mulher. O auxílio estatal que lhe é conferido se baseia na orientação e informação para que a mulher possa ponderar sobre a questão neste período de reflexão, mas, se ainda assim decidir pelo prosseguimento da interrupção da gravidez, não precisará invocar nenhum motivo para que este seja realizado.<sup>215</sup>

Especificamente sobre a consulta de aconselhamento, Loureiro (1998) apela para a existência de dois modelos de orientação: o “basicamente de informação” e o de “aconselhamento voltado para a defesa da vida pré-natal”. O primeiro fornece as

---

<sup>211</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 337.

<sup>212</sup> ROXIN, Claus (2006) trata do aconselhamento obrigatório como um “compromisso entre a solução dos prazos e das indicações”. (p. 172)

<sup>213</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 363. ESER, Albin (1994) menciona que com o assessoramento “a mulher grávida tem que ser posta em condições de pensar no todo relativo aos graves problemas que interessam ao estado atual, senão também ao futuro e como tem de comportar-se em relação a ele.” (p. 64).

<sup>214</sup> ROXIN, Claus (2006) p. 172.

<sup>215</sup> *Idem.* p. 173.

informações necessárias à mulher sem um objetivo expresso de proteção à vida pré-natal, enquanto o segundo compreende que tais elementos devem seguir o objetivo específico de servir à defesa da vida intrauterina,<sup>216</sup> encorajando a grávida a prosseguir com a gravidez.<sup>217</sup>

Por fim, neste modelo que privilegia o aconselhamento anterior à realização do aborto, restam passíveis de aplicação de pena a violação das regras procedimentais.<sup>218</sup>

### **1.8 O aborto deve, portanto, ser descriminalizado?**

Uma vez expostos os argumentos favoráveis e os contrários à descriminalização do aborto, nos cabe agora tomar uma posição acerca de qual postura acreditamos ser a mais adequada para tratar das questões atinentes à interrupção voluntária da gravidez.

É evidente que os meios penais se revelam, de certo modo, custosos no tocante ao crime de aborto, especificamente porque impulsionam à clandestinidade e acabam por tornar a justiça penal seletiva neste domínio: as mulheres continuam a interromper a gravidez, apesar da proibição legal e, para tal fim, têm de colocar em risco a vida e a saúde ao se submeterem às intervenções perigosas de um mercado ilegítimo. Para além disso, como vimos, apenas a parcela mais desfavorecida cai efetivamente na malha penal, de forma que a norma incriminadora apresenta eficácia reduzida diante da análise das estimativas do número de abortos realizados à margem da lei. Nesse seguimento, concluímos que há custos sociais significativos que derivam da criminalização da conduta que poderiam ser evitados através de uma maior complacência jurídica perante o aborto.

Porém, acreditamos não ser possível tomar uma posição sobre a viabilidade da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez sem, antes, submeter o tema ao crivo constitucional. Diante dos argumentos que legitimam uma eventual descriminalização, de início pode transparecer se tratar de uma decisão simples a ser tomada: descriminaliza-se o aborto para erradicar a clandestinidade e, já que a norma não se mostra eficaz em suas finalidades preventivas, seria digno autorizar as mulheres a se submeterem ao procedimento de interrupção da gravidez – que já realizariam de qualquer forma –, através da atuação de médicos capacitados e em locais seguros. Permitir legalmente a interrupção voluntária da gravidez não obrigaria ninguém a fazer o aborto, apenas conduziria a questão ao juízo individual de forma que seja criado um caminho mais seguro para aquelas que desejam

---

<sup>216</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 362-370.

<sup>217</sup> ROXIN, Claus (2006) p. 172.

<sup>218</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 337.

abortar.<sup>219</sup> Estes argumentos podem parecer manifestos, todavia, inicialmente, é necessário verificar se a desproteção penal da vida intrauterina não afronta um princípio constitucional de máxima importância, exposto e declarado pela Constituição: o da inviolabilidade da vida humana.

Daí que não acreditamos ser possível desvincular o debate sobre a descriminalização da gravidez sem antes debruçar-nos sobre as questões constitucionais que envolvem a proteção da vida humana. Nesse sentido, é de máxima importância a avaliação de se o abandono da proteção penal, que há tempos vem sendo conferida à vida humana, apesar dos benefícios que se advogam, não redundaria em uma solução inconstitucional. É necessário compreender toda a trajetória sobre a função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos e a sua íntima relação com a Constituição para que se possa advogar a favor ou contra determinado recurso. Qualquer opção de política criminal deve verificar, antes do mais, a sua compatibilidade constitucional.

No caso português, o artigo 24º, nº 1 da Constituição de 1976 declara que “a vida humana é inviolável” e, deste enunciado, deve derivar qualquer tratamento conferido ao aborto. Na omissão de menção expressa sobre a particularidade da vida humana intrauterina, cabe um estudo profundo sobre se restaria compatível com tal disposição o abandono da proteção da vida pré-natal pelas vias penais.

Daí que seja inevitável, para uma tomada de decisão precisa e, acima de tudo, constitucional, a análise das propostas de alterações legislativas em matéria de aborto e os contributos consequentemente trazidos pelas decisões do Tribunal Constitucional a respeito da constitucionalidade dessas normas. Como bem pontua Palma (2006), é em “um eventual controle de constitucionalidade em fiscalização preventiva ou na aplicação do Direito Penal que se suscita o problema dos limites de aplicabilidade de sanções penais”.<sup>220</sup>

---

<sup>219</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo (1985) p. 193.

<sup>220</sup> PALMA, Maria Fernanda (2006). *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Edições Almedina. p. 15.

## CAPÍTULO II – A evolução legislativa em matéria de aborto em Portugal

### 2.1 De 1852 a 1982:

O Código Penal de 1852 foi o responsável por consagrar, pela primeira vez no ordenamento jurídico-penal português, o aborto como um crime autónomo, rompendo com a até então ausência de uma clara distinção entre os crimes de aborto e de homicídio.<sup>221</sup> Previa-se, na redação do então artigo 358º, que “aquele que de propósito fizer abortar uma mulher pejada, empregando para este fim violências, ou bebidas, ou medicamentos, ou qualquer outro meio, se o crime for cometido sem consentimento da mulher, será condenado na pena de prisão maior temporária com trabalho”.<sup>222</sup>

Tal diploma legal codificado veio a ser substituído com a promulgação do Código Penal de 1886: no tocante ao crime de aborto, a sua autonomia em relação ao crime de homicídio se manteve, vislumbrando-se apenas uma ligeira alteração das penas.<sup>223</sup> Como se conclui da leitura do artigo 358º, independentemente da motivação do agente, a interrupção da gravidez seria sempre tida como passível de aplicação de pena. É digno de se concluir, portanto, que, durante mais de um século de vigência<sup>224</sup>, a lei penal punia o aborto, independentemente das circunstâncias motivadoras do ato.

A única menção a um tratamento mais brando era reconhecida ao aborto *honoris causa*, elencado no §3º, ou seja, quando se recorria ao aborto para ocultar a desonra da mulher.<sup>225</sup> Em contrapartida, de acordo com o preconizado pelo §4º do artigo 358º, aos médicos ou farmacêuticos que concorriam voluntariamente para a realização de um aborto,

---

<sup>221</sup> Cf. SANTOS, Ary. (1935). *O crime de aborto*. Lisboa: Livraria Clássica Editora. p. 26-27. SILVA, Fernando. (2017). p. 194.

<sup>222</sup> PORTUGAL. Decreto de 10 de dezembro de 1852.

<sup>223</sup> **Art. 358º.** Aquele que, de propósito, fizer abortar uma mulher pejada empregando para este fim violências ou bebidas, ou medicamentos, ou qualquer outro meio, se o crime for cometido sem consentimento da mulher, será condenado na pena de prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, na pena de prisão maior temporária.

**§1º.** Se for cometido o crime com consentimento da mulher, será punido com a pena de dois a oito anos de prisão maior celular, ou, em alternativa, com a de prisão maior temporária.

**§2º.** Será punida com a mesma pena a mulher que consentir e fizer uso dos meios subministrados, ou que voluntariamente procurar o aborto a si mesma, seguindo-se efetivamente o mesmo aborto.

**§3º.** Se, porém, no caso do parágrafo antecedente, a mulher cometer o crime para ocultar a sua desonra, a pena será a de prisão correccional.

**§4º.** O médico ou cirurgião ou farmacêutico que, abusando da sua profissão, tiver voluntariamente concorrido para a execução deste crime, indicando ou subministrando os meios, incorrerá respectivamente nas mesmas penas, agravadas segundo as regras gerais.

<sup>224</sup> O Código Penal de 1886 foi substituído apenas em 1982.

<sup>225</sup> Para as devidas considerações sobre o aborto *honoris causa*, cf. ALMEIDA, João Alcides (1964) p. 93-95.

previa-se a agravação de pena, nos termos das regras gerais. A razão de ser deste tratamento mais rígido se dá em razão do entendimento de que estes profissionais possuíam conhecimentos específicos e, portanto, poderiam ser mais frequentemente requisitados para a realização de interrupções da gravidez,<sup>226</sup> tornando-se necessária a intensificação das penas para efeitos de prevenção geral.

A ausência de causas expressas de impunibilidade mostrou-se capaz de suscitar algumas preocupações. Como já bem pontuou Andrade (1984), durante a vigência do Código Penal de 1886, apesar de a regra geral ser a criminalização total do aborto, seu regime jurídico só era simples em aparência: nas palavras do autor, na realidade, se revelava “particularmente drástico”.<sup>227</sup> Isto porque, especialmente nas situações de evidente conflito de bens jurídicos, a falta de uma previsão legal cristalina de impunibilidade se revelava digno de incertezas.

Assim, especificamente nos casos em que a continuação da gestação colocava em perigo a vida da mãe, diversos doutrinadores buscavam uma forma de compatibilizar a criminalização total com a possibilidade de se realizar a intervenção. Alcides de Almeida (1964) defendeu que a expressão “abusando da sua profissão” presente no §4º do artigo 358º, por si só, legitimaria a realização do aborto quando se estivesse em causa a vida da mulher, uma vez que o médico que realizasse tal intervenção não estaria de qualquer forma a exceder-se no exercício de sua profissão, mas apenas a honrar os seus deveres profissionais.<sup>228</sup> Figueiredo Dias (1999) lembra que parte da doutrina passou a lançar mão do disposto no artigo 358º para construir uma verdadeira impunibilidade do aborto terapêutico socorrendo-se às justificações do estado de necessidade ou conflito de deveres.<sup>229</sup>

É digno ressaltar que, em 1966, o Anteprojeto do Código Penal elaborado pelo Professor Eduardo Correia buscava resolver a questão, ao prever, expressamente, no então artigo 152º, a não punibilidade do aborto terapêutico.<sup>230</sup> A redação do respectivo nº 1 do

---

<sup>226</sup> ALMEIDA, João Alcides (1964). p. 96.

<sup>227</sup> ANDRADE, Manuel da Costa (1984). El aborto en el Derecho Penal Portugués. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. 25/28, v. 7. Buenos Aires. p. 3-5.

<sup>228</sup> ALMEIDA, João Alcides (1964). p. 77-78.

<sup>229</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo (1999). Artigo 132º. Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial – Tomo I – Artigos 131º a 201º. Coimbra Editora. p. 167.

<sup>230</sup> **Artigo 152.º** (Aborto terapêutico)

**1.** O aborto praticado por um médico, com o devido consentimento, não é punível quando, segundo o estado dos conhecimentos e a experiência da medicina, tal intervenção é o único meio de remover um perigo de morte ou de uma grave e irreversível lesão da saúde ou integridade física da mulher grávida.

(...)

dispositivo legal pode ser tida como a primeira tentativa de inclusão expressa da impunibilidade do aborto terapêutico no Código Penal.<sup>231</sup> Entretanto, o projeto não restou convertido em lei, perpetuando-se a discussão doutrinária a respeito da impunibilidade do aborto terapêutico, até a inclusão de uma alteração legal apta a tratar a questão de forma cristalina.

Ainda em relação ao Código Penal de 1886, outro ponto digno de destaque remete à inexistência de qualquer diferenciação de pena aos casos em que o aborto é cometido com o consentimento da mulher grávida e aquele que lhe é imposto contra a sua vontade. Além da maior gravidade do aborto realizado sem o consentimento da mulher, Almeida (1964) pontua a identificação das penas previstas na lei penal como “inadmissível”, uma vez que nestes casos, para além ofensa à vida do feto, ainda está a se atentar contra a liberdade da mulher.<sup>232</sup> Nesse sentido, como bem esclarece Martins (1963), a única diferença entre estas duas modalidades residiria no fato de a mulher grávida não ser punida caso não se verifique o seu consentimento para a interrupção da gravidez.<sup>233</sup>

Por fim, cumpre também fazer menção ao artigo 248º do Código Penal, que punia “aquele que expuser à venda, vender ou administrar substâncias venenosas ou abortivas, sem legítima autorização e sem as formalidades exigidas pelas respectivas leis ou regulamentos” com pena de prisão correccional não inferior a 3 meses e multa.

## **2.2 1982-1983:**

### **2.2.1 Em busca de mudanças:**

Em 1982, o Partido Comunista Português apresentou à Assembleia da República, em conjunto, três diferentes projetos de lei: o Projeto nº 307/II<sup>234</sup>, intitulado “proteção e defesa da maternidade”; o Projeto nº 308/II<sup>235</sup>, a respeito da “garantia do direito ao planeamento familiar e à educação sexual” e o Projeto nº 309/II<sup>236</sup> buscava introduzir mudanças no regime legal da interrupção voluntária da gravidez.

---

<sup>231</sup> COSTA, Eduardo Maia fala em “primeira tentativa de despenalização do aborto” e considera que o Projeto “consagrava uma ampla indicação terapêutica”. p. 18.

<sup>232</sup> ALMEIDA, João Alcides (1964). p. 66.

<sup>233</sup> MARTINS, Herlander Antunes. (1963). Breves considerações sobre o crime de aborto. *Scientia Iuridica*, t. 12, nº 64, Out.-Dez. Braga: Livraria Cruz. p. 10.

<sup>234</sup> Diário da Assembleia da República, II Série, nº 50, de 6 de fevereiro de 1982.

<sup>235</sup> *Ibidem*.

<sup>236</sup> *Ibidem*.

O fato destes três diferentes projetos terem sido apresentados conjuntamente, sugere uma clara tentativa de se criar todo um aparato legal apto a tratar da complexidade das questões atinentes à gravidez. Incluem-se, nestes projetos, o reforço aos direitos da mulher grávida, a criação de deveres ao Estado para que garanta suficiente apoio às famílias na questão de planeamento familiar e, eventualmente e em certas condições, a viabilidade da interrupção da gravidez. Assim, ao invés de se apresentar, de forma desatada de outras soluções relativas à maternidade, uma única lei que regulasse apenas os casos em que se pudesse dar lugar a eventual interrupção voluntária da gravidez, procurou-se mantê-la como uma espécie de “último recurso”, uma alternativa legal para os casos em que os objetivos de planeamento familiar e educação sexual falharam.<sup>237</sup>

Trataremos brevemente sobre os dois primeiros projetos, de forma a propiciar uma melhor compreensão de todo o contexto trazido pelo Partido Comunista Português para a apresentação de um projeto relativo à interrupção voluntária da gravidez.

O Projeto de Lei nº 307/II buscava garantir uma maternidade livre, consciente e responsável através da participação ativa do Estado no incremento de condições de proteção e apoio, não apenas à gestante, mas também à criança a nascer. Verificam-se previsões como as que concedem à mulher grávida a possibilidade de efetuar, gratuitamente, um exame médico pré-natal em cada mês,<sup>238</sup> o alargamento do período de atribuição do subsídio maternidade,<sup>239</sup> o direito à licença laboral de até 120 dias em decorrência do nascimento do filho<sup>240</sup> e a possibilidade de ausência remunerada ao trabalho para garantir a assistência de menores doentes.<sup>241</sup>

Já o Projeto de Lei nº 308/II se divide em dois capítulos: o Capítulo I trata dos princípios gerais da educação sexual, incluindo-se aqui o “ensino de conhecimentos

---

<sup>237</sup> “É claro que a interrupção voluntária da gravidez não é a melhor das soluções. Diria mesmo que nem sequer é uma solução. Será apenas um meio para resolver um problema social ou psicológico grave, ou para corrigir um erro da natureza. A verdadeira solução passa pelo planeamento familiar sério, pela informação, pela utilização de meios de contraceção eficazes atualmente disponíveis, pela investigação de novos meios mais aperfeiçoados. Mas tudo isso pode falhar. Falha.” (O Sr. Deputado Otávio Cunha do partido União da Esquerda para a Democracia Socialista *in* Diário da Assembleia da República, 1ª série, nº 12 de 12 de novembro de 1982. p. 47.)

<sup>238</sup> Art. 1º, nº 1 do Projeto de Lei nº 307/II.

<sup>239</sup> O artigo 20º, nº 1 do Projeto de Lei nº 307/II previa um alargamento do período de atribuição do subsídio maternidade. Para efeito deste benefício, o artigo 21º, nº 1 abrangia as mulheres trabalhadoras independentes e desempregadas.

<sup>240</sup> O art. 10º, nº 1 do Projeto de Lei nº 307/II instituía o direito de licença maternidade durante 120 dias, dos quais, 30, obrigatoriamente antes da data presumível do parto.

<sup>241</sup> O Art. 17º do Projeto de Lei nº 307/II previa o direito de faltar ao emprego até 15 dias por ano para prestação de assistência a doença de filhos.

científicos sobre anatomia, fisiologia, reprodução e sexualidade humanas”<sup>242</sup> nos programas escolares, destacando-se, ainda, a necessidade de formação dos professores dos níveis primário e secundário para promover a melhor assistência aos jovens na matéria.<sup>243</sup> O Capítulo II parte do princípio de que o artigo 67º da Constituição da República Portuguesa<sup>244</sup> impõe ao Estado uma participação ativa no estabelecimento das condições necessárias para a execução do planeamento familiar. Nesse sentido, incumbir-se-ia ao Estado “promover a informação e divulgação das regras e métodos científicos de regulação da natalidade”<sup>245</sup> e fornecimento de “informação, aconselhamento e os meios adequados à prevenção da fecundidade indesejada ou precoce”.<sup>246</sup>

### 2.2.1.2 O Projeto de Lei nº 309/II sobre a interrupção voluntária da gravidez:

Agora, analisaremos, de forma mais aprofundada, o Projeto de Lei nº 309/II, responsável por tratar, especificamente, da questão da interrupção voluntária da gravidez. Na exposição de motivos, de imediato nota-se que o argumento principal do Partido Comunista Português, quando da apresentação da proposta, era o de buscar uma solução para a realidade dramática dos abortos clandestinos. Encarado como um grande flagelo social, defende-se que o número de abortos realizados à margem da lei em Portugal se revelava vultuoso, apesar da existência da lei incriminatória. A realidade trazida à baila foi a de milhares de mulheres portuguesas que se submetiam anualmente à procedimentos para interrupção da gravidez e raríssimos os casos que acabavam no Tribunal<sup>247</sup>. No mesmo seguimento dos argumentos favoráveis à despenalização da interrupção voluntária da gravidez que nos debruçamos anteriormente neste trabalho, infere-se que, da disparidade

---

<sup>242</sup> Art. 1º, nº 2 do Projeto de Lei nº 308/II.

<sup>243</sup> Art. 1º, nº 3 do Projeto de Lei nº 308/II.

<sup>244</sup> **Art. 67º, CRP:**

**1.** A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

**2.** Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família:

(...)

**d)** Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes;

<sup>245</sup> Art. 4º, a, do Projeto de Lei nº 308/II.

<sup>246</sup> Art. 6º, nº 1 do Projeto de Lei nº 308/II.

<sup>247</sup> Na exposição de motivos, apesar da ressalva à inexistência de dados exatos sobre o número de abortos clandestinos praticados por ano em Portugal, fala-se em 100.000 a 300.000 vulgarmente apontados e 1 a 2 casos levados à juízo anualmente. Projeto de Lei nº 309/II. p. 14.

entre o número de abortos que se estimam realizados à margem da lei e os que acabaram, efetivamente, levados à juízo, a legislação que punia o aborto era ineficaz.

Assim, de forma a viabilizar e promover a saúde e a integridade da mulher, reduzindo os graves riscos e problemáticas que derivam da clandestinidade do aborto, a solução então apresentada baseava-se numa proposta de revogação do então artigo 358º do Código Penal, em prol de uma nova redação que viria a autorizar a interrupção voluntária da gravidez em determinadas circunstâncias e desde que cumpridos certos requisitos.<sup>248</sup>

O artigo 1º do Projeto de Lei 309/II, de logo, apresenta as condições em que a interrupção da gravidez poderia ter lugar, permitindo-se que mulheres grávidas pudessem solicitar a intervenção nas *doze primeiras semanas de gestação*, sempre acompanhadas pela direção de um médico e em estabelecimentos de saúde público ou privados. Para além destas exigências, remete-se também a um elenco de prazos que estipularia o lapso temporal em que o aborto poderia ser praticado dentro dos parâmetros legais.

De forma a garantir a plena aplicação do artigo 1º e, conseqüentemente, limitar as interrupções apenas àquelas que aderissem integralmente às formalidades reguladas pela lei, o artigo 8º previa pena de prisão de até 1 ano a quem levasse à cabo um aborto, com o consentimento da mulher, fora das condições previstas pela norma. A questão tão defendida pelo Partido Comunista Português de que o projeto em apreço deveria ser encarado como um meio de reduzir a abundância dos abortos clandestinos, que tanto colocavam em risco à saúde das mulheres portuguesas, se justifica claramente com esta criminalização: uma vez que se buscava a impunibilidade da interrupção, com contornos e requisitos próprios e que visavam salvaguardar a saúde das gestantes, aquele que a praticasse à margem da lei restaria passível de punição.<sup>249</sup>

Retornando ao estudo do artigo 1º, suas alíneas *a*, *b* e *c*, respetivamente, previam expressamente o aborto, terapêutico, fetopático e criminológico. A grande agitação veio com a alínea *d*, que incluía neste rol a interrupção voluntária da gravidez em casos em que “a mulher, em razão da situação familiar ou de grave carência econômica, esteja impossibilitada

---

<sup>248</sup> Art. 18º do Projeto de Lei nº 309/II.

<sup>249</sup> Importante ressaltar que restava previsto o agravamento da pena quando da interrupção resultasse a morte ou grave lesão para a saúde física e psíquica da mulher de forma que a punição passaria a ser de 8 a 12 anos de prisão. (Art. 9º, nº 1 do Projeto de Lei nº 309/II).

de assegurar ao nascituro condições razoáveis de subsistência e educação ou a gravidez seja suscetível de lhe criar uma situação social ou economicamente inoportável”.<sup>250</sup>

Em outro ponto interessante, o projeto trouxe à tona o chamado “processo de decisão” e o conseqüente “prazo de reflexão”. O “processo de decisão” se iniciaria a partir do momento em que a mulher obtivesse a confirmação da gravidez e recebesse, por intermédio do médico, as informações necessárias para que tivesse elementos suficientes para refletir sobre o prosseguimento ou não da gestação.<sup>251</sup> Uma vez fornecidos todos os elementos, entraria em cena o “prazo de reflexão”, no qual a mulher, munida de todas estas informações necessárias, só poderia realizar a interrupção da gravidez após o decurso de 7 dias de reflexão.<sup>252</sup> Desta forma, buscava-se conceder à mulher um prazo mínimo de reflexão para que pudesse ponderar e considerar suas alternativas, de forma evitar-se ao máximo decisões impulsivas e apressadas. Assim, uma vez munida de todas as informações necessárias e obrigada, legalmente, a seguir o cumprimento de um determinado período de tempo, a mulher estaria pronta para tomar a decisão de prosseguir ou não com a gravidez.

### **2.2.2. O Projeto nº 374/II:<sup>253</sup>**

Para que se entenda adequadamente as leis que foram objeto do Debate Parlamentar que se deu na Assembleia da República de 9 a 11 de novembro de 1982, importante destacar que o Partido Social Democrata apresentou o seu próprio projeto sobre o “direito ao planeamento familiar”, o Projeto de Lei nº 374/II.

Apesar de a justificação da lei ser defendida nos mesmos termos adotados pelo Partido Comunista Português quando da apresentação do Projeto nº 308/II, quer seja, o artigo 67, nº 2, alínea *d* da Constituição da República Portuguesa, o Partido Social Democrata fez interpretação diversa sobre a questão: logo em seu artigo 1º: afirma que “o planeamento familiar é “meio eficaz para a erradicação do aborto”.<sup>254</sup>

---

<sup>250</sup> Art. 1º, d, do Projeto de Lei nº 309/II.

<sup>251</sup> Nesse sentido, o artigo 2º, nº 1 incumbe ao médico o dever de informar à gestante o resultado de seus exames clínicos, os ocasionais riscos dos procedimentos de interrupção da gravidez, bem como os serviços sociais disponíveis ao seu amparo, caso decida por prosseguir com a gestação (Art. 2º, nº 1, do Projeto de Lei nº 309/II).

<sup>252</sup> Art. 3º, nº 1, a do Projeto de Lei nº 309/II.

<sup>253</sup> Diário da Assembleia da República, II série, nº 10 de 10 de novembro de 1982. p. 143 e ss.

<sup>254</sup> Art. 1º, nº 2 do Projeto de Lei nº 374/II.

### 2.2.3. Os debates parlamentares:<sup>255</sup>

Não se trata de tarefa árdua pressupor que a apresentação de um Projeto de Lei que visava legalizar a interrupção voluntária da gravidez não tenha se revelado imune às críticas. Como bem pontuou Monteiro (2012), o debate assumiu uma perspectiva moral e de moderação das forças políticas face ao peso da desaceitação da Igreja Católica.<sup>256</sup>

O debate se revelou não apenas jurídico, mas também social. Vários foram os movimentos a favor e contra a aprovação da lei em debate. De forma a clarificar esta dimensão, nas galerias da AR, mulheres defensoras da aprovação do Projeto 309/II compunham, entre si, a frase “nós abortamos”.<sup>257</sup>

Na votação do projeto, não faltaram vozes em defesa da ponderação de que a lei não deveria se distanciar demasiado dos valores da sociedade.<sup>258</sup> As principais, e mais recorrentes críticas traçadas pelos opositores do projeto apresentado pelo Partido Comunista, seguem no sentido da defesa da vida humana, desde o momento da concepção. Também foi trazido ao debate a indagação de se seria o feto uma extensão do corpo da mãe ou, ao contrário, já um ser autônomo, ao qual não caberia à mulher dispor. Muitos deputados defenderam a posição que tem o feto como um ser independente, de forma não assistir à mãe qualquer direito de dispor do corpo alheio.<sup>259</sup>

Foi também trazido à tona a posição da Ordem dos Médicos, que emitiu parecer posicionando-se contra a legalização do aborto na forma proposta pelo Projeto 309/II, chegando a alegar que a sociedade civil poderia até instituir a interrupção voluntária da gravidez, mas não teria “carrascos médicos para a executar”.<sup>260</sup>

Em contrapartida, o Partido Comunista Português alegou que os três projetos de lei apresentados estavam aptos a fornecer uma resposta global à urgência da eliminação do aborto clandestino.<sup>261</sup> Os deputados favoráveis à aprovação do projeto também muito

---

<sup>255</sup> Diário da Assembleia da República, I série, nº 12 de 12 de novembro de 1982.

<sup>256</sup> Monteiro Rosa. (2012). A descriminalização do aborto em Portugal: Estado, movimento de mulheres e partidos políticos. *Análise Social*, nº 204, vol. XLVII, terceiro trimestre. p. 12.

<sup>257</sup> PENICHE, Andrea (2007). p. 39.

<sup>258</sup> O Senhor Deputado Amândio de Azevedo do PSD. (Diário da Assembleia da República, Iª série, nº 12 de 12 de novembro de 1982. p. 365)

<sup>259</sup> Em debate parlamentar, o deputado Sr. Jorge Miranda do Partido Ação Social Democrata Independente: “A mulher não tem, nem pode ter qualquer direito sobre o feto em nome de um qualquer direito sobre o seu corpo, pois o feto é um ser diferente da mulher; está no seu corpo, depende dele, não faz parte dele”. (*Ibidem*. p. 400).

<sup>260</sup> *Revista da Ordem dos Médicos*. (1982). nº1, Janeiro. p. 24

<sup>261</sup> Deputada Sra. Odete Santos do Partido Comunista Português. (*in* Diário da Assembleia da República, Iª série, nº 12 de 12 de novembro de 1982. p. 332).

apelaram para a necessidade de desvincular-se das questões filosóficas, religiosas e morais que podem contornar a temática do aborto: clamou-se por uma votação desvinculada de outras tais convicções para que se visualizasse, com clareza, o panorama do aborto clandestino como um verdadeiro problema social e assim fosse possível reconhecer as altas probabilidades de se alcançar uma solução por meio da descriminalização.

Também muito se falou sobre a tendência europeia rumo à uma legislação que, seja adotando o modelo dos prazos, seja o das indicações, admite, em seus termos, a interrupção voluntária da gravidez. Utilizando-se deste mesmo ponto, os deputados que não aprovavam a redação do projeto, levantavam a falta de dados reais sobre como a mudança legislativa realmente se comportou nesses países.<sup>262</sup>

Outro ponto recorrentemente trazido pelos defensores do projeto foi o fato de o Ministro da Justiça ter requerido a realização de um parecer à Procuradoria-Geral da República para debater a constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez. Ao questionar se o direito à vida, previsto no artigo 24, nº1 da Constituição da República Portuguesa seria contrário à não punibilidade do aborto, a Informação Parecer 31/82 da Procuradoria-Geral da República<sup>263</sup> entendeu que o Projeto de Lei nº 309/II “não se afigura passível de um juízo de inconstitucionalidade, na medida em que prevê determinadas causas de justificação para a interrupção voluntária da gravidez”.<sup>264</sup>

De qualquer modo, ao fim do debate parlamentar, o Projeto nº 309/II sobre a interrupção voluntária da gravidez foi rejeitado na generalidade por 127 votos contra e 105 votos a favor. Quanto aos projetos relacionados, foram aprovados os Projetos de Lei nº 307/II sobre a Proteção e defesa da Maternidade proposto pelo Partido Comunista Português bem como o Projeto de Lei nº 374/II sobre o Direito ao Planeamento Familiar apresentado pelo Partido Social Democrata (restando conseqüentemente rejeitada a versão apresentada pelo Partido Comunista Português sobre a mesma matéria, o Projeto de Lei nº 308/II).

#### **2.2.4 O Código Penal de 1982:**

Em 1982, foi aprovado um novo Código Penal<sup>265</sup>, que entraria em vigor em 1 de janeiro de 1983. O crime de aborto passou a ser regulado pelos artigos 139º a 141º,

---

<sup>262</sup> Deputado Sr. Larcher Nunes do Partido do Centro Democrático Social. (*Ibidem.* p. 386).

<sup>263</sup> *Boletim do Ministério da Justiça*. nº 320, novembro de 1982. Lisboa.

<sup>264</sup> *Ibidem.* p. 270.

<sup>265</sup> Decreto- Lei nº 400/82 de 23 de setembro de 1982.

pertencentes agora a um Capítulo autônomo, intitulado “dos crimes contra a vida intrauterina” (Capítulo II do Título I – dos crimes contra as pessoas).<sup>266</sup> Importante ressaltar que, para além dos crimes previstos no Capítulo II, o artigo 143º também previa pena de prisão de 1 a 5 anos àquele que ofendesse o corpo ou a saúde de outrem provocando-lhe aborto, tendo também o aborto como um crime contra a integridade física da mulher grávida. Verifica-se também a manutenção da previsão de atenuação da pena ao aborto *honoris causa*, no mesmo seguimento do Código anterior.

Como se depreende da leitura dos artigos, a redação do Código Penal de 1982 não modificou a situação jurídica do aborto: manteve-se, inclusive, a ausência de previsão expressa de qualquer situação de impunibilidade. A legislação penal ainda permanecia silente, especificamente em relação ao aborto terapêutico, de forma que as soluções disponíveis para tratar a questão no código anterior se manteriam também ao novo. Portanto, pode-se dizer que o novo Código Penal, da mesma forma que o anterior, preservou a consagração do aborto como crime autônomo, e, “os contornos do regime punitivo”.<sup>267</sup>

Em contraste com a legislação anteriormente vigente, agora verifica-se a diferenciação das penas aplicadas, a depender da existência ou não do consentimento da mulher. Sobre este ponto, Silva (2017) justifica a superioridade da pena aplicada ao aborto sem o consentimento da grávida que, para além do desvalor da conduta, atinge também bens jurídicos relativos à mãe, como a sua integridade física, a expectativa da maternidade e a sua liberdade de decisão.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> **Artigo 139.º: (Aborto):** Quem, por qualquer meio e sem o consentimento da mulher grávida, a fizer abortar será punido com prisão de 2 a 8 anos.

**Artigo 140.º: (Aborto Consentido)**

1. Quem, por qualquer meio e com o consentimento da mulher grávida, a fizer abortar será punido com prisão até 3 anos.
2. Na mesma pena incorre a mulher grávida que der consentimento ao aborto causado por terceiro ou que, por facto próprio ou de outrem, se fizer abortar.
3. Se o aborto previsto nos números anteriores tiver o objectivo de ocultar a desonra da mulher, será punido com prisão até 2 anos.

**Artigo 141.º: (Aborto Agravado)**

1. Quando do aborto ou dos meios empregados resultar a morte ou uma grave lesão para o corpo ou para a saúde física da mulher grávida, o máximo da pena aplicável será aumentada de um terço.
2. A mesma pena será aplicada ao agente que se dedicar habitualmente a prática do aborto ou o realizar com intenção lucrativa.
3. A agravação prevista neste artigo não será aplicável à própria mulher grávida.

<sup>267</sup> MAGALHÃES, José. (1997). Relatório e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. In: *Diário da Assembleia República. II Série-A, nº 23 de 22 de fevereiro de 1997*. p. 358-(11).

<sup>268</sup> SILVA, Fernando (2017). p. 201.

Ademais, abandona-se a previsão anterior de pena agravada a ser aplicada ao médico ou ao farmacêutico que concorriam ao aborto: de acordo com a nova redação, a pena poderá ser agravada quando resultar, das práticas abortivas, a morte ou grave lesão à mulher, bem como ao agente que se dedica habitualmente a prática do aborto ou o realiza com intenção lucrativa.

Especificamente no que toca ao aborto agravado, cumpre tecer alguns comentários, uma vez que tal previsão subsiste até hoje no ordenamento jurídico-penal português. Primeiramente, o nº 1 do artigo 141º trata de um crime agravado pelo resultado, ou seja, um crime preterintencional, em que o agente atua com o dolo de cometer o aborto, mas a morte da mulher recai sobre si a título culposo.<sup>269</sup> Em segundo lugar, coube ao nº 2 trazer novas modalidades de agravamento relativamente às condições de habitualidade e a intenção lucrativa do agente que realiza o aborto. Para Brito (2007), a *habitualidade* corresponderia a uma “qualidade profissional do aborto”.<sup>270</sup> Já por *intenção lucrativa*, a mesma autora afirma que este refere-se ao “ânimo de lucro e de enriquecimento do agente”.<sup>271</sup> Sobre estas questões, Silva (2017) relembra que, geralmente, as duas situações de agravamento estão associadas, de forma que, aquele que se dedica à prática habitual do aborto, o faz com a intenção lucrativa, de forma a fazer-se pagar pelo serviço prestado.<sup>272</sup>

## **2.3 1984:**

### **2.3.1 A Reapresentação de Projetos, em especial o Projeto nº 7/III:**

Em junho de 1983, no primeiro dia da nova legislatura, o Partido Comunista Português reapresentou os projetos de lei anteriormente debatidos e, eventualmente, rejeitados, pela Assembleia da República em 1982. Nesse seguimento, os projetos se reproduzem exatamente nos mesmos termos daqueles apresentados dois anos antes, sob o argumento de que sua reapresentação é resultado de um compromisso que o partido assumiu perante o povo português.

---

<sup>269</sup> *Ibidem*. p. 205. Também em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora. p. 546.

<sup>270</sup> BRITO, Teresa Quintela de [et al.] (2007). *Direito Penal – Parte Especial: lições, estudos e casos*. Coimbra: Coimbra Editora. p. 440.

<sup>271</sup> *Ibidem*. p. 441.

<sup>272</sup> SILVA, Fernando (2017). p. 208.

Para fins didáticos, cumpre relacionar os projetos apresentados previamente com os números atribuídos pela nova legislatura: o Projeto nº 307/II, relativo à proteção e defesa da maternidade, agora se apresenta sob o nº 5/III<sup>273</sup>; já o Projeto nº 308/II, relativo à garantia do direito ao planeamento familiar e à educação sexual, agora passa a responder sob o nº 6/III<sup>274</sup>; finalmente, o Projeto nº 309/II, relativo à interrupção voluntária da gravidez agora surge sob o nº 7/III<sup>275</sup>.

De forma a fazer jus à concordância temporal, neste trabalho se utilizará, a partir de agora, os novos números dos projetos, apesar de inexistente qualquer mudança em seu conteúdo.

Em relação, especificamente, ao Projeto nº 7/III, o que mais importa a este trabalho por se tratar da interrupção voluntária da gravidez, o PCP reconhece que os debates, tanto os parlamentares quanto os que foram travados paralelamente pela sociedade, trouxeram novas dimensões à questão do aborto. Todavia, apresentar o projeto exatamente sob o mesmo teor dos apresentados anteriormente se mostrou prudente, uma vez que agora a Assembleia da República estava composta pela maioria dos partidos que votaram a favor do projeto em 1982.

Ademais, o partido afirma encarar a rejeição do projeto na legislatura anterior apenas como um adiamento, uma vez que urgente e necessária a aprovação de um novo regime jurídico à interrupção voluntária da gravidez em território nacional. Pontua-se, contudo, que tal adiamento acabou por custar a vida e a saúde de muitas mulheres, vítimas das fatalidades do aborto clandestino.<sup>276</sup>

Finalmente, o PCP assinala que, apesar da promulgação do novo Código Penal nesse ínterim, a situação do aborto continua a ter por regra a criminalização. Daí resulta mais uma razão para que o projeto seja reapresentado na Assembleia da República: adequar a lei à realidade, algo que não atentou o legislador na nova redação do Código Penal.<sup>277</sup>

### **2.3.2 O Projeto de Lei nº 265/III<sup>278</sup> sobre a exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez:**

---

<sup>273</sup> Diário da Assembleia da República, II série, nº 1 de 1 de junho de 1983. p. 10-30.

<sup>274</sup> *Ibidem.*

<sup>275</sup> *Ibidem.*

<sup>276</sup> *Idem.* p. 23.

<sup>277</sup> *Ibidem.*

<sup>278</sup> Diário da Assembleia da República, II série, nº 73 de 14 de janeiro de 1984. p. 1955-1957.

Em 14 de janeiro de 1984, o Partido Socialista apresentou a sua versão de projeto de lei que buscava introduzir modificações no regime de interrupção voluntária da gravidez. Importante ressaltar que, quando da votação em 1982 do Projeto nº 309/III, apresentado pelo Partido Comunista Português, o PS declarou-se favorável em sua generalidade, mas pontuou ressalvas relevantes quanto à especialidade do diploma legal. Deste modo, o partido agora apresenta uma proposta de sua autoria, que diverge em certos pontos da proposta inicial do PCP, mas que também buscava introduzir mudanças consideráveis ao tratamento penal do aborto.

Na exposição de motivos do Projeto nº 265/III, o Partido Socialista também ressalta a questão do aumento, e conseqüente generalização da prática de abortos pelo país e seu contraste com o escasso número de condenações. É também evidente a preocupação com o aborto clandestino e os seus reflexos problemáticos à vida e à saúde da gestante.

De logo, o artigo 1º do Projeto nº 265/III anuncia a proposta de alteração da redação dos artigos 139º a 141º do Código Penal de 1982. A grande inovação seria dada pela nova redação do artigo 140º, nº 1 que, em suas respectivas alíneas, enumeraria as situações que justificariam a exclusão da ilicitude do aborto. De acordo com a proposta normativa em questão, não seriam puníveis os abortos realizados por um médico, em estabelecimento de saúde e com o consentimento da mulher grávida, quando estes fossem motivados por razões terapêuticas, eugênicas e criminológicas, sempre em respeito aos requisitos temporais e formais trazidos pela legislação.

Alguns dias após a publicação do Projeto de Lei nº 265/III, o Partido Socialista, em conjunto com o Partido Social Democrata apresentou à Assembleia da República dois outros projetos: o Projeto nº 267/III<sup>279</sup>, sobre a educação sexual e planeamento familiar e o Projeto nº 272/III<sup>280</sup>, sobre a proteção da maternidade e da paternidade.

Na exposição de motivos, o primeiro projeto atenta ao fato de restar sem tradução na lei ordinária o mandamento do artigo 67, nº 2, alínea d, da Constituição da República Portuguesa. Isso porque, apesar de aprovado, o Projeto nº 374/II, proposto pelo PSD em 1982 e aprovado pela Assembleia da República, este acabou por não se converter em lei. Desta forma, apresenta o partido, agora em união com o PS, novamente um projeto de lei que visa garantir a educação sexual dos jovens nas escolas, bem como consultas gratuitas de

---

<sup>279</sup> Diário da Assembleia da República, II série, nº 75 de 20 de janeiro de 1984.

<sup>280</sup> Diário da Assembleia da República, II série, nº 77 de 25 de janeiro de 1984.

planeamento familiar, objetivando que sejam providas aos jovens “as informações necessárias para que o ato de ter filhos deixe de ser produto do acaso e passe a ser um ato voluntário, responsável e o mais possível cientificamente acompanhado”<sup>281</sup>.

O Projeto nº 272/III empenhou-se em implementar medidas de aprimoramento da situação da mulher trabalhadora, garantindo proteções e direitos nas relações de trabalho de forma a tornar dignamente viável conciliar a maternidade com o ofício. Já na exposição de motivos, é referido o projeto de autoria do PCP, classificado como “uma primeira tentativa de resposta”. Contudo, o objetivo do PS e do PSD, ao apresentar um projeto autônomo, era enquadrar a dimensão das ações protetoras à capacidade econômica e financeira da sociedade e das empresas, a qual não teria sido tida em conta no projeto da oposição. Nesse sentido, é prevista a gratuidade de exames médicos pré e pós-natais à mulher,<sup>282</sup> bem como exames à criança nascida até o primeiro ano de vida e as respectivas vacinas.<sup>283</sup> Vai além e prevê licença maternidade à mulher de 90 dias<sup>284</sup> e buscava reduzir a discriminação entre o pai e a mãe, determinando que os pais são iguais em direitos e deveres na manutenção dos filhos.<sup>285</sup>

Assim, o PS apresenta um projeto de despenalização autônomo da interrupção voluntária da gravidez, porém vinculado a outras propostas de planeamento familiar, educação sexual e proteção à maternidade em conjunto com o PSD. Da mesma forma que nos referimos ao Projeto nº 309/II de autoria do Partido Comunista Português, também aqui não se tratou de uma tentativa de alteração do regime jurídico da IVG desconexa de outras questões igualmente importantes e capazes de reduzir a incidência do aborto.

### **2.3.3 Debate parlamentar dos projetos<sup>286</sup>:**

Em 25 de janeiro de 1984, iniciaram-se os debates parlamentares sobre os projetos de regulamentação da interrupção voluntária da gravidez apresentados pelo PCP (Projeto nº 7/III) e pelo PS (Projeto nº 265/III). Em conjunto, foram também levados à votação os projetos sobre planeamento familiar, educação sexual e proteção a maternidade (convindo

---

<sup>281</sup> Diário da Assembleia da República, II série, nº 75 de 20 de janeiro de 1984. p. 1994.

<sup>282</sup> Art. 4º do Projeto de Lei nº 272/III.

<sup>283</sup> Art. 6º, nº 1 do Projeto de Lei nº 272/III.

<sup>284</sup> Art. 9º, nº 1 do Projeto de Lei nº 272/III.

<sup>285</sup> Art. 2º, nº 2 do Projeto de Lei nº 272/III.

<sup>286</sup> Diário da Assembleia da República, I série, nº 67 e 68 de 26 e 27 de janeiro de 1984.

aqui recordar que aqueles apresentados pelo PS nesta matéria contaram com a coautoria do PSD).

Diferentemente do debate que se sucedeu em 1982, quando o único projeto que versava sobre a legalização da interrupção voluntária da gravidez era aquele apresentado pelo Partido Comunista, agora estava também à disposição da Assembleia da República um outro projeto do PS. Desta forma, e também possivelmente devido aos contributos do debate anterior, a discussão parlamentar tomou novas proporções.

Aparentemente, a controvérsia não mais versava sobre a questão de se deveria ou não ser legalizada a interrupção voluntária da gravidez em território português. Ou, até mesmo, a de se seria compatível com o ordenamento jurídico-constitucional a permissão à realização do aborto. Apesar de alguns poucos partidos conservadores terem tentado enveredar o debate a este lado, levantando questões sobre a abrangência direito à vida, agora parece que a grande questão a ser discutida pelos deputados era a de se caberia aprovar um projeto mais tímido, como o do PS, ou um mais abrangente e legalizador, como o do PCP.<sup>287</sup>

Apesar de declarar que votaria a favor do projeto apresentado pelo Partido Socialista, o Partido Comunista Português não se absteve de tecer críticas a seu respeito. Em maior parte, devido à não inclusão do aborto motivado por questões econômicas e sociais no rol das situações que determinam a impunibilidade do aborto no projeto do PS. Trazendo à tona a questão de grande parte das interrupções se motivarem por tais razões, aos olhos dos comunistas, a falta de inclusão continuaria a alimentar o negócio do aborto clandestino, uma vez que mulheres ainda buscariam o serviço à margem da lei, desejando interromper a gravidez por motivos diversos daqueles admitidos pelo projeto. Ademais, critica-se o fato de a redação apresentada pelo PS atribuir todo o poder de decisão ao médico, alienando, por completo, a decisão da mulher na resolução da questão.

Em defesa do projeto de sua autoria, o Partido Socialista reconhece que, na maioria dos abortos, estão em causa problemas de natureza social e econômica. Porém, acredita-se que a prestação de serviços adequados de planeamento familiar, bem como a inclusão da educação sexual nas instituições de ensino, nos termos que foram apresentados em seus projetos em parceria com o PSD, são perfeitamente capazes de resolver, por si só, a problemática do aborto sob essas motivações. Por este motivo, a verdadeira preocupação do

---

<sup>287</sup> O projeto do PCP pode ser assim considerado por prever, além das indicações terapêutica, fetopática e criminológica, a indicação econômico-social.

PS é com aqueles casos que surgem à margem do efetivo planeamento familiar: especificamente o aborto terapêutico, fetopático e criminológico.

De uma maneira geral, os socialistas se enriquecem do fato de o seu projeto autorizar a interrupção voluntária da gravidez apenas em casos restritos e sob condições estritamente bem definidas. Isso porque trata-se de uma proposta menos radical, que limita a impunibilidade do aborto apenas àqueles casos em que o senso comum se mostra mais calmo e ordeiro. Assim, o Partido Socialista pôde se manter, de um modo geral, contra o aborto e a afirmar que o projeto não tratava sobre uma verdadeira legalização, mas apenas de atribuir um mero “poder de decisão” às mulheres que se encontram sob a dramaticidade das situações indicadas.<sup>288</sup>

Os partidos que se opuseram por completo a qualquer flexibilização da criminalização do aborto, defenderam que a imprecisão dos conceitos apresentados pelo Partido Socialista poderia levar a uma situação de legalização geral. Isto porque a admissão do aborto terapêutico por razões atinentes à saúde psíquica da grávida poderia conduzir mulheres a buscarem atestados médicos que comprovassem uma perturbação mental, na realidade inexistente, única e exclusivamente com a finalidade de se tornarem elegíveis ao aborto legal.<sup>289</sup>

Um segundo argumento muito apresentado pelos deputados desfavoráveis a qualquer modificação do sistema legal vigente foi a resistência em transformar o aborto em uma regra legal: havia aqui um temor que a aprovação de um regime jurídico que alterasse os preceitos de criminalização total do aborto conduziria, futuramente, a uma legalização.

Colocados todos os argumentos, foi dado início à votação. O Projeto nº 7/III sobre a interrupção voluntária da gravidez apresentada pelo Partido Comunista Português restou rejeitado com 128 votos contra, 44 a favor e 64 abstenções. Em contrapartida, o Projeto nº 265/III sobre a exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez apresentado pelo Partido Socialista foi aprovado, com 132 votos a favor, 102 contra e apenas 1 abstenção. Em relação aos projetos sobre planeamento familiar e educação sexual, bem como da proteção à maternidade de autoria do PCP foram rejeitados e os Projetos nº 267/III e 272/III de autoria do PS e do PSD restaram aprovados.

---

<sup>288</sup> Diário da Assembleia da República, I série, nº 67 de 26 de janeiro de 1984. p. 2195.

<sup>289</sup> Diário da Assembleia da República, I série, nº 68 de 27 de janeiro de 1984. p. 2960.

### 2.3.4. A Lei nº 6/84 de 11 de maio de 1984<sup>290</sup>:

Aprovado o Projeto de Lei nº 265/III, foi promulgada a Lei nº 6/84, que alterou os artigos relativos ao aborto do Código Penal. Nesse mesmo sentido, foram também convertidas em lei os dois projetos apresentados pelo PS e pelo PSD na Assembleia da República: a Lei nº 3/84<sup>291</sup> sobre educação sexual e planeamento familiar e a Lei nº 4/84 sobre a proteção da maternidade e da paternidade.<sup>292</sup> Em virtude da entrada em vigor da Lei nº 6/84, foi alterada a redação dos artigos 139º, 140º e 141º do Código Penal.<sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> Diário da República. I série, nº 109 de 11 de maio de 1984. pp. 1518-1519.

<sup>291</sup> Diário da República. I série, nº 71 de 24 de março de 1984. pp. 981 – 983.

<sup>292</sup> Diário da República. I série, nº 81 de 05 de abril de 1984. pp. 1149 – 1153.

<sup>293</sup> **Artigo 139.º: (Aborto)**

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

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

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

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

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

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

**Artigo 140.º: (Exclusão da ilicitude do aborto)**

**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 ou 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 ou psíquica da mulher grávida, e seja realizado nas primeiras 12 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 16 semanas de gravidez;

**d)** Haja sérios indícios de que a gravidez resultou de violação da mulher, e seja realizado nas primeiras 12 semanas de 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.

**Artigo 141.º: (Consentimento)**

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

**2** - Quando a efectivação do aborto se revista de urgência, designadamente nos casos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo anterior, é dispensada a observância do prazo previsto no número anterior, podendo igualmente dispensar-se o consentimento da mulher grávida se ela não estiver em condições de o prestar e for

Inegável que as alterações trazidas ao Código Penal pela Lei nº 6/84 representam uma expressiva mudança no quadro jurídico do aborto. Como bem relembra Magalhães (1997), 1984 tornou-se ano em que restou alterado um regime de incriminação plena do aborto que havia atravessado, intacto, a monarquia, a I República, o hiato ditatorial e um decênio de regime democrático.<sup>294</sup>

De uma forma geral, as mudanças trazidas pelas alterações ao Código Penal pela Lei nº 6/84, apesar de recuadas,<sup>295</sup> designadamente pela ausência de previsão da interrupção voluntária da gravidez a requisição da mulher, se mostram inovadoras quando comparadas ao antigo sistema vigente em Portugal. Foi significativo o salto de uma legislação que incriminava todo aborto e que, inclusive, sequer previa expressamente o aborto terapêutico, de forma a recair inteiramente ao intérprete socorrer-se das cláusulas gerais para resolver o impasse, rumo à uma nova que se revestia do modelo das indicações. Ademais, louvável o fato de tais alterações não serem introduzidas ao ordenamento desconexas de outras medidas de planeamento familiar. Sobre esta questão, Magalhães (1997) relembra que, ao contrário de outros países (e cita os Estados Unidos), em Portugal “foi criado um edifício legislativo composto por três elementos, com múltiplas e desejáveis zonas de interpenetração”.<sup>296</sup>

#### **2.3.4.1 Breves comentários ao artigo 139º:**

Especificamente em relação à Lei nº 6/84, que aqui nos convém analisar, cumpre ressaltar que a regra geral do aborto continua a ser a criminalização.<sup>297</sup> A legislação tratou de manter incriminações na nova redação do artigo 139º, divergindo apenas o *quantum* da pena a depender da existência ou não do consentimento da mulher.<sup>298</sup>

Mister se faz pontuar que, no nº 5, há a previsão de aumento de pena de até um terço, caso o aborto resulte em morte ou “grave lesão para o corpo ou para a saúde física e psíquica da mulher grávida”. Também se mantém o agravamento de um terço ao agente que se dedica

---

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.

<sup>294</sup> MAGALHÃES, José. (1997). p. 358-(11).

<sup>295</sup> COSTA, Eduardo Maia (2006). p. 19.

<sup>296</sup> MAGALHÃES, José. (1997). p. 358(4).

<sup>297</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) trata a punibilidade do aborto como regra geral e exceções as previstas no artigo 140º. p. 66-67.

<sup>298</sup> Vide a diferença das penas previstas no nº 1 e no nº 2 do art. 139º.

habitualmente à prática de abortos ou o realiza com intenção lucrativa<sup>299</sup>, bem como a atenuação ao aborto *honoris causa*.<sup>300</sup> Nesse quesito, não se distanciou da então redação do Código Penal de 1982.

Quanto às poucas modificações trazidas pela nova redação do artigo em questão, a primeira é de aprimoramento na escolha das palavras: ao invés de atribuir redução de pena aos abortos que têm como objetivo “ocultar a desonra da mulher”, prefere-se utilizar da redação “evitar a reprovação social da mulher”. A segunda é a inclusão ao rol dos que fazem jus à redução de pena àquele que “pratica o aborto por motivo que diminua sensivelmente a sua culpa”. Para ambos os casos, pronuncia-se a aplicação de pena não superior a um ano<sup>301</sup>, em contraste com o texto do Código Penal de 1982 que determinava prisão de até dois anos e exclusivamente à mulher.<sup>302</sup> Por fim, a terceira modificação trazida pela nova escrita do artigo 139º reside na previsão de aumento de um terço ao máximo da pena aplicável quando o aborto resulta na morte da mulher ou lhe causa grave lesão para o corpo ou saúde física e psíquica, que aquele que o realiza poderia ter previsto como consequência da sua conduta.<sup>303</sup> A então redação do artigo 141º, nº 1 do Código Penal de 1982, previa o mesmo aumento apenas quando constatada a “morte ou grave lesão para o corpo ou saúde da mulher grávida” e nada mencionava sobre a necessidade de verificação de previsibilidade do resultado no caso concreto.

#### **2.3.4.2 Breves comentários ao artigo 140º:**

As exceções à criminalização do aborto vieram com a nova redação do artigo 140º, nº 1, que passou a prever a exclusão da ilicitude nos casos em que a prática do aborto deriva de razões terapêuticas, fetopáticas ou criminológicas. Há aqui quatro alíneas que elencam as condições em que o aborto legal pode ser realizado: a alínea *a* e *b* preveem duas modalidades de aborto terapêutico, cujas diferenciações serão desenvolvidas a seguir. De pronto convém determinar que a alínea *c* prevê o aborto fetopático e a alínea *d* o aborto criminológico. Desta forma, pode-se dizer que o legislador português optou pelo modelo das indicações, em que

---

<sup>299</sup> Artigo 139º, nº 6.

<sup>300</sup> Artigo 139º, nº 4 do Código Penal de 1982.

<sup>301</sup> Artigo 139º, nº 4.

<sup>302</sup> Art. 140º, nº 2 do Código Penal de 1982.

<sup>303</sup> Artigo 139º, nº 5.

apenas em situações especificamente bem delimitadas, pode ter lugar a exclusão da ilicitude da interrupção da gravidez.<sup>304</sup>

Adiciona-se a isto o fato de, além da existência concreta da indicação, haver a necessidade de a interrupção ocorrer dentro de um certo tempo de gravidez. Ressalta Costa (1984) que a fixação de tais limites temporais encontra a sua razão de ser em dois aspetos: a preservação da vida da mulher, uma vez que as estatísticas comprovam sensível diminuição da taxa de mortalidade e morbidade do aborto quando este se realiza durante o primeiro trimestre da gravidez; e o entendimento de que, até o terceiro mês completo de gestação, o feto ainda não atingiu o grau de desenvolvimento suficiente para ser considerado um verdadeiro ente humano.<sup>305</sup> Sobre este ponto, Brito (2004) afirma que o estabelecimento de um prazo visa proteger a expectativa de vida, que é tanto maior quanto mais se aproxima a gravidez do seu término.<sup>306</sup>

Digno de se mencionar o fato de o corpo do artigo 140º trazer pressupostos comuns às todas as hipóteses de aborto contempladas no artigo: exige-se que a realização da interrupção voluntária da gravidez seja realizada por um médico ou sob a sua direção; que a sua execução se dê em estabelecimento oficial ou oficialmente reconhecido; necessário também a certificação dos pressupostos em atestado médico; o consentimento da mulher grávida e que as indicações sejam verificadas de acordo com a experiência da medicina.

Nesse seguimento, a lei, ao exigir que a interrupção da gravidez seja realizada por um médico, ou sob sua direção, busca garantir que a intervenção será realizada apenas por profissionais capacitados e portadores dos conhecimentos necessários para a salvaguarda da saúde da mulher. Inclusive, sob a perspectiva de Dias; Brandão (2012), a permissão para que a intervenção seja realizada apenas sob a direção do médico não representa qualquer amortecimento da exigência primária, uma vez que, mesmo sob as mãos de outro profissional, este ainda atua direta e imediatamente sob o constante controle do médico.<sup>307</sup>

Há também a necessidade de que a IVG seja realizada em estabelecimento oficial ou oficialmente reconhecido. Sobre este ponto, Dias; Brandão (2012) afirmam que tal disposição objetiva, de um lado, proteger o interesse da grávida, garantindo-lhe um serviço

---

<sup>304</sup> Cf. CUNHA, José Manuel Damião da. (1999). Artigo 141º. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial – Tomo I – Artigos 131º a 201º. Coimbra Editora. p. 147.

<sup>305</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985). p. 72.

<sup>306</sup> BRITO, Teresa Quintela. (2004). p. 115.

<sup>307</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Brandão, Nuno. (2012). p. 269.

de qualidade e de responsabilização, e, de outro, garantir o interesse estadual de que as interrupções sejam apenas realizadas em instituições dignas de confiança do Estado.<sup>308</sup>

Ademais, exige também o texto legal, no artigo 140º, nº 2, que a certificação das motivações que excluem a ilicitude do aborto deva ser atestada por escrito e assinado, antes da intervenção, por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direção, o aborto é realizado. Evidentemente que a razão de ser de tal pressuposto é a busca de prevenção de eventuais abusos e consequente garantia de que a interrupção se dará apenas nos casos previstos em lei.

Outra exigência normativa dá-se, obviamente, à necessidade do consentimento da grávida para a realização da interrupção da gravidez. Por tal razão, o legislador prevê estritamente as condições da sua prestação, bem como prevê situações em que esta pode ser suprida devido a alguma forma de incapacidade, sendo todos os pormenores regulamentados pelo artigo 141º.

#### **a. Aborto terapêutico:**

De acordo com a redação dada pela Lei nº 6/84, a alínea *a* do artigo 140º enumerou o *único* caso em que a interrupção da gravidez pode ser realizada a qualquer tempo: quando o recurso ao aborto 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. As demais situações que visam excluir a ilicitude do aborto, determinam que este seja realizado em respeito aos lapsos temporais legalmente estipulados.

É prevista também uma segunda modalidade de aborto terapêutico na alínea *b* do artigo 140º, nº 1: tal disposição dita que não é punível o aborto que “se mostre indicado para evitar o perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida”. Diferentemente da previsão anterior, a interrupção sob este argumento deve ser realizada nas doze primeiras semanas de gestação.

É importante que se faça apropriada distinção entre as alíneas *a* e *b* do artigo 140º, uma vez que, apesar de se referirem à indicação médico-terapêutica que levam à exclusão da ilicitude do aborto, há uma diferença essencial entre elas:

---

<sup>308</sup> *Ibidem.*

- *A indicação terapêutica em sentido estrito*: a primeira delas, a alínea *a*, prevê a exclusão da ilicitude do aborto terapêutico, *realizado a qualquer tempo de gestação*, quando este constitua o *único meio de remover* perigo de morte ou *irreversível lesão* para a saúde física ou psíquica da mulher grávida.
- *A indicação terapêutica em sentido lato*: a alínea *b* prevê a exclusão da ilicitude do aborto quando este se mostrar *meio 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. Estipula-se, para esta modalidade, um *prazo de 12 semanas*.

Os grifos feitos na diferenciação são para fins didáticos e para que se compreenda que, apesar da aparente semelhança entre as duas alíneas, há uma diferenciação crucial entre elas.<sup>309</sup> Distinção esta que, inclusive, justifica o fato de a primeira alínea não incluir qualquer lapso temporal para que possa o aborto ser realizado e a alínea *b* estipular que este só possa ser realizado dentro das primeiras doze semanas de gravidez.

Na primeira situação, estamos a nos deparar com os cenários em que a manutenção da gravidez constitui perigo de tal gravidade que compromete a vida da mulher. Daí a razão de seguir-se no sentido de que não há lapso temporal a se estipular: trata-se do *único* meio disponível para salvar a vida da mulher ou de *remover* uma *lesão irreversível* à sua *saúde física* ou *psíquica*. De acordo com Albuquerque (2015), para que subsista esta indicação, o perigo deve existir no momento da intervenção e não ser removível de outro modo, de acordo com a ciência médica.<sup>310</sup> Conforme preceitua Silva (2017), resta clara, nesta previsão, a ponderação de interesses e a consequente superioridade que se confere à vida da mãe em relação a do feto.<sup>311</sup>

Na segunda hipótese, apesar de ainda considerar-se grave o estado de saúde da mulher, o aborto não é mais encarado como uma forma singular de evitar perigo de morte, mas é simplesmente o *meio indicado* para que se alcance o objetivo de salvaguarda deste bem. Em outras palavras, é o meio recomendado para evitar *lesão duradoura* para o corpo

---

<sup>309</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) apresentou esta distinção em sua obra, de forma a elucidar claramente um quadro legal suscetível de dúvidas na diferenciação dos conceitos elencados pela nova redação do artigo 140º.

<sup>310</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. (2015). p. 548.

<sup>311</sup> SILVA, Fernando (2017). p. 219.

ou saúde psíquica da gestante.<sup>312</sup> Nas palavras de Costa (2006), é o meio indicado, mas não o único.<sup>313</sup> Nesse mesmo sentido, Silva (2017) relembra que o intuito desta indicação terapêutica é especialmente preventivo, de forma que a atuação é desenvolvida para evitar o perigo, o que pressupõe, ao contrário do previsto na alínea a, que o perigo ainda não exista e que o aborto se destine a prevenir a sua concretização.<sup>314</sup>

#### **b. Aborto fetopático:**

A nova redação do artigo 140º, nº 1, alínea c, estabelece não ser punível o aborto realizado quando há “seguros motivos para prever que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação”.

Como bem assinalam Dias; Brandão (2012), ao aborto fetopático torna necessário que o juízo de previsão recaia sobre uma doença ou malformação, tanto uma quanto outra, grave e incurável.<sup>315</sup> Sobre este ponto, Silva (2017) relembra que a interrupção da gravidez se torna a última possibilidade de remover a doença, uma vez que por via da cura se torna impossível.<sup>316</sup>

A redação trazida pela Lei nº 6/84 estipulou que o aborto fetopático seja realizado dentro do prazo de 16 semanas de gestação. Sobre este ponto, cabe aqui fazer uma observação: a Lei nº 6/84 entendeu por diferenciar os prazos relativos ao aborto fetopático, concedendo a este um prazo maior em relação às outras indicações. A grande razão por detrás de um prazo mais estendido se dá especificamente à medicina, que é capaz de detetar eventuais más formações do feto com maior precisão em um lapso temporal mais alargado.<sup>317</sup>

#### **c. Aborto criminológico:**

Finalmente, nos termos do projeto em apreço, a redação dada à alínea d do artigo 140º, nº 1 prevê a exclusão de ilicitude ao aborto praticado quando “haja sérios indícios de

---

<sup>312</sup> A indicação terapêutica em sentido lato prevê uma amplitude temporal mais limitada exatamente por se materializar como um alargamento dos limites da indicação médica. (DIAS, Jorge de Figueiredo; Brandão, Nuno. (2012). “Art. 142º.” Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. p. 282).

<sup>313</sup> COSTA, Eduardo Maia (2006). p. 19.

<sup>314</sup> SILVA, Fernando (2017). p. 221.

<sup>315</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Brandão, Nuno. (2012). p. 285.

<sup>316</sup> SILVA, Fernando (2017). p. 221.

<sup>317</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Brandão, Nuno. (2012). p. 286-287. SILVA, Fernando (2017). p. 221.

que a gravidez resultou de violação da mulher”. Da mesma forma que a indicação terapêutica em sentido lato, o aborto criminológico deve ser realizado dentro das doze primeiras semanas de gravidez.

Importante pontuar que, ao abrigo desta alínea, de acordo com a redação dada pela Lei nº6/84, só poderá interromper a gravidez a mulher, vítima especificamente do crime de violação. Restam excluídos outros crimes sexuais capazes de resultar em gravidez, repercutindo, portanto, na impossibilidade das vítimas de tais crimes interromperem a gestação sob o manto legal.<sup>318</sup>

Especificamente no tocante ao aborto criminológico, o nº 4 exige, ainda, a existência de participação criminal da violação.

#### **2.3.4.3 Breves Comentários ao artigo 141º:**

Finalmente, de acordo com a redação dada pela Lei nº 6/84, o então artigo 141º do Código Penal passou a regulamentar o consentimento da mulher grávida quando da realização do aborto. Nesse sentido, determina o nº 1 que a concordância da gestante deve ser prestada de modo inequívoco, em documento por ela assinado e datado, ao menos, três dias antes à data da intervenção. Tal determinação, qual seja a documentação assinada e respeito ao lapso temporal, se mostra dispensável nos casos em que a efetivação do aborto se revista de urgência que inviabilize a manifestação do consentimento pela mulher. Em tais situações (as quais a grávida não se encontra em condições de anuir com o procedimento), caso seja presumível que o faria se estivesse em pleno estado, resta dispensado seu consentimento escrito, devendo, contudo, dois médicos atestarem as circunstâncias.<sup>319</sup>

Quando se tratar de mulher grávida menor de dezasseis anos ou inimputável, a redação do nº 3 do artigo 141º determina que o consentimento para a realização da intervenção deve ser prestado pelo marido capaz não separado, pelo representante legal, pelo ascendente ou descendente capaz, ou por quaisquer parentes da linha colateral. Caso a realidade seja revestida de urgência devido ao perigo da demora à saúde da gestante e, assim, não houver tempo hábil para recolher o consentimento dos parentes enumerados neste rol, cabe ao médico a decisão, convindo socorrer-se do parecer de outros colegas.<sup>320</sup>

---

<sup>318</sup> Acórdão 75/2010 do Tribunal Constitucional. p. 30.

<sup>319</sup> Artigo 141º, nº 2.

<sup>320</sup> Artigo 141º, nº 4.

### 2.3.5 As críticas às alterações trazidas pela Lei nº 6/84:

Apesar de trazer consigo relativa mudança na legislação penal, que até então, punia o aborto em todas as circunstâncias desde 1882, a entrada da lei em vigor não foi imune a críticas. De um lado, alguns temiam que a vagueza de alguns termos facilitasse a banalização das interrupções voluntárias de gravidez, ampliando-as, na prática, para além das circunstâncias previstas em lei. Nesse sentido, Chorão (1991) tece críticas ao que denomina como “imprudência” na utilização de conceitos indeterminados como “grave e irreversível” ou “grave e duradoura lesão”, que, pela sua elasticidade, poderiam vir a causar inseguranças.<sup>321</sup>

Elaborando-se mais o argumento crítico à Lei nº 6/84, cumpre também ressaltar que a opção do legislador pelo reconhecimento de razões terapêuticas sob o espectro da saúde psíquica da mulher foi também objeto de preocupação da doutrina. De acordo com um estudo citado por Costa (1985), restou empiricamente comprovado o perigo da utilização fraudulenta de perturbações psíquicas para a realização de abortos dentro do espectro legal. Citando especificamente a experiência norte americana, o autor cita estudos que apontam que a maioria dos abortos realizados em estados como Colorado (71,5%), Oregon (97%) e Califórnia (90%) se dão sob razões de perturbações psicológicas da gestante.<sup>322</sup> Nesse diapasão, não estaria a legislação portuguesa imune às mesmas realidades.

A preocupação com a inclusão de lesão à saúde psíquica da mulher recebeu também fortes críticas quando do debate do Projeto nº 265/III na Assembleia da República. Para alguns deputados, a previsão do conceito levaria apenas à alteração do “negócio do aborto clandestino” para um “negócio do atestado psíquico”, em que mulheres, especialmente as pertencentes às classes mais favorecidas, poderiam obter atestados médicos que comprovam, inveridicamente, condições de alterações psíquicas com a finalidade única e exclusiva de praticar o aborto sob estas circunstâncias.<sup>323</sup>

Especificamente sobre este ponto, Figueiredo Dias; (2012) assume que, ao alargar a justificação terapêutica à saúde psíquica da grávida, o legislador faz incorrer o receio de uma interpretação e aplicação tão ampla que se faça coincidir praticamente com a indicação

---

<sup>321</sup> CHORÃO, Mário Bigotte. (1991). *Temas fundamentais de direito*. Coimbra: Livraria Almedina. p. 328. No mesmo sentido, COSTA, António Manuel de Almeida (1985). p. 70.

<sup>322</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985). p. 26.

<sup>323</sup> Diário da Assembleia da República. I série. Nº 67 de 26 de janeiro de 1984. p. 2890.

económico-social. Porém, ressalta que, mesmo que por esta via entrem em questão muitos dos elementos de uma indicação económico-social, ainda se trata de uma indicação terapêutica, uma vez que deve ser medicamente fundada, em nada afetando a constitucionalidade da causa de não punibilidade.<sup>324</sup>

Acrescenta-se à estas críticas, o fato de que a lei, uma vez que não estipulou a interrupção da gravidez a pedido da mulher, manteve a realidade do aborto clandestino, e, conseqüentemente, persistiriam as dificuldades de descoberta do crime pelas instâncias formais de controle, razões estas que tornariam a Lei nº 6/84 e as respetivas alterações ao Código Penal, ineficazes<sup>325</sup>, no mesmo sentido da legislação anterior.

## **2.4 1995:**

### **2.4.1 A reforma do Código Penal de 1995:**

A reforma do Código Penal, aprovada pelo Decreto-Lei nº 48/95<sup>326</sup> trouxe algumas mudanças ao panorama legal do aborto. Apesar de não inovar em relação às situações em que a interrupção não é punível, a nova redação do Código Penal passa agora a prever as disposições relativas aos crimes contra a vida intrauterina nos artigos 140º a 142º, (e não mais nos artigos 139º a 141º) e busca dar fim a alguns dos impasses relativos à aplicação da lei.<sup>327</sup>

---

<sup>324</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. (2012). “Nótulas antes do art. 142º”. *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. p. 250-251.

<sup>325</sup> Cf. SANTOS, Boaventura Souza [et al.] pp. 259-295.

<sup>326</sup> Diário da República. I série. Nº 63 de 15 de março de 1995. pp. 1350-1416.

<sup>327</sup> **Artigo 140.º (Aborto)**

**1** - Quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

**2** - Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão até 3 anos.

**3** - A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até 3 anos.

**Artigo 141.º (Aborto agravado)**

**1** - Quando do aborto ou dos meios empregados resultar a morte ou uma ofensa à integridade física grave da mulher grávida, os limites da pena aplicável àquele que a fizer abortar são aumentados de um terço.

**2** - A agravação é igualmente aplicável ao agente que se dedicar habitualmente à prática de aborto punível nos termos dos n.os 1 ou 2 do artigo anterior ou o realizar com intenção lucrativa.

**Artigo 142.º (Interrupção da gravidez não punível)**

**1** - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada 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)** Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

O artigo 140º agora trata das situações em que o crime de aborto é punido e prevê as mesmas penas do então artigo 139º da legislação anterior. Por sua vez, o artigo 141º passa agora a se ocupar do “aborto agravado”, prevendo-se, da mesma forma, o mesmo *quantum* de agravação da pena (até 1/3), bem como aos mesmos casos da legislação anterior: quando do aborto resultar morte ou ofensa à integridade física grave da mulher grávida, e ao agente que se dedica habitualmente à prática do aborto ou o realiza com intenção lucrativa.

No tocante ao artigo 142º, que agora passa a ser o responsável por prever os casos de “interrupção da gravidez não punível” coloca-se uma singela mudança: como bem pontua Brito (2007), afasta-se o modelo de “*exclusão da ilicitude do aborto*” e passa a tratá-lo como “*interrupção da gravidez não punível*”.<sup>328</sup> Para além disso, substitui-se o vocábulo “*aborto*” por “*interrupção da gravidez*”.

Em relação às principais mudanças trazidas pela nova redação, destaca-se a ampliação aos “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” e não apenas a “violação” da mulher como justificadora do aborto criminológico. Desta maneira, incluem-se agora ao rol os crimes contra a liberdade sexual como a coação sexual, o abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, o abuso sexual de pessoa internada, a fraude processual e a procriação artificial não consentida.<sup>329</sup> Da mesma maneira, crimes contra a autodeterminação sexual como o abuso sexual de crianças, o abuso sexual de menores dependentes e os atos sexuais com adolescentes<sup>330</sup> agora também são aptos a justificar a

---

**b)** Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;

**c)** Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação, e for realizada nas primeiras 16 semanas de gravidez; ou

**d)** Houver sérios indícios de que a gravidez resultou de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez.

**2** - A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada.

**3** - O consentimento é prestado:

**a)** Em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção; ou

**b)** No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.

**4** - Se não for possível obter o consentimento nos termos do número anterior e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.

<sup>328</sup> BRITO, Diogo Lorena. (2007). *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Porto: Publicações Universidade Católica. p. 29.

<sup>329</sup> SILVA, Fernando (2017). p. 222-223.

<sup>330</sup> Idem.

interrupção da gravidez sob a motivação prevista pela alínea *d* do artigo 142º. Sobre tal alargamento, Dias; Brandão (2012) entendem por justificado, uma vez inexistente qualquer diferença entre os casos em que a mulher engravida por uma cópula constitutiva de violação e aqueles outros casos em que o mesmo resultado possa ocorrer por força de outros crimes sexuais capazes de conduzir à gravidez.<sup>331</sup>

Importante também ressaltar outra mudança trazida pela Reforma de 1995: a eliminação da necessidade de participação criminal para que possa ser realizada a interrupção da gravidez sob tal motivação.<sup>332</sup> Sobre este ponto, Magalhães (1997) relembra que a polêmica exigência de queixa policial era criticada por potencializar a pressão social sobre a mulher violada.<sup>333</sup> De qualquer forma, ainda exige-se a existência de “sérios indícios” de que a gravidez resultou de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Digna de se mencionar também a eliminação do aborto como crime contra a integridade física da mulher, anteriormente prevista pelo artigo 143º do Código Penal. Tal previsão suscitava alguns problemas de interpretação jurídica, que restaram solucionados com a extinção da previsão, nomeadamente às situações em que o sujeito fere a mulher grávida, que viesse a abortar na sequência. Sob a legislação anterior, questionava-se se o agente responderia pelo crime do artigo 139º, 143º, ou em concurso pela prática destes dois. Com a eliminação do artigo 139º o aborto restou mantido tão somente como crime contra a vida intrauterina.<sup>334</sup>

Finalmente, restou ausente da revisão a manutenção da cláusula atenuativa, anteriormente concedida à mulher nos casos em que o aborto fosse praticado para evitar a reprovação social da mulher (aborto *honoris causa*). Tal remoção resulta do fato de a Comissão ter compreendido que tais situações poderiam encontrar-se amparadas pelas regras gerais da atenuação da pena.

## **2.5 1996-1997:**

---

<sup>331</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. (2012). Artigo 142º. Comentário *Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*. 2ª Edição. p. 289.

<sup>332</sup> Sobre tal exclusão, Dias; Brandão (2012) pontuam que há maior interesse na observação, e no relatório médico que se sucedem logo em seguida ao crime do que efetivamente à participação criminal e relembram que o trazer da decisão de interrupção à um inquérito ainda a decorrer poderia frustrar os objetivos relativos à indicação criminal. (p. 288).

<sup>333</sup> MAGALHÃES (1997). p. 358 (16).

<sup>334</sup> MAGALHÃES (1997). p. 358 (15).

### **2.5.1 O Projeto de Lei nº 177/VII<sup>335</sup> sobre a interrupção voluntária da gravidez:**

Em junho de 1996, o Partido Comunista Português voltou a apresentar à Assembleia da República um projeto de lei que pretendia despenalizar a interrupção da gravidez sob novas motivações. Argumentou-se que a Lei nº 6/84, bem como a última alteração ao Código Penal trazidas pelo Decreto-Lei nº 48/95, não acolheram algumas das propostas que vinham sido trazidas pelo PCP desde 1982. Por este motivo, se fazia necessária a apresentação de um projeto que, para além de aproximar o país das demais legislações europeias que já rumavam no sentido de um rol mais amplo de indicações ou adoção do modelo dos prazos, não fosse omissivo em relação ao elevado montante de abortos ilegais realizados devido a falta de previsão legal de uma indicação que permitisse a interrupção da gravidez por livre decisão da mulher.<sup>336</sup>

Nesse sentido, buscava o PCP, através do Projeto de Lei nº 177/VII, alterar a redação do artigo 142º do Código Penal, a fim de incluir, em seu nº 1, uma causa de exclusão de ilicitude da interrupção voluntária da gravidez quando realizada nas primeiras doze semanas de gestação, a requisição da mulher. O objetivo almejado pela previsão seria a possibilidade de que toda e qualquer mulher pudesse requisitar a realização da interrupção voluntária da gravidez em estabelecimento e condições adequadas. Importante lembrar que a posição até então assumida pelo PCP desde 1982 versava sobre a inclusão de exclusão da ilicitude em casos de motivação económico-social. Agora, em 1996, abandona-se essa previsão de forma abranger a interrupção da gravidez quando solicitada pela mulher, independentemente das motivações.

Nesse seguimento, na redação da proposta, o então nº 2 do respetivo artigo manteria as indicações já constantes da lei penal, alargando-se apenas os prazos: de 12 para 16 semanas nos casos em que a IVG se mostrasse indicada para evitar perigo de morte ou de grave lesão à saúde física e psíquica da mulher; de 16 para 22 semanas nos casos de aborto fetopático; de 12 para 16 semanas no caso de gestações decorrentes de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual; e de 12 para 22 semanas nos casos de vítimas de crimes contra a autodeterminação sexual menores de 16 anos ou portadoras de anomalias psíquicas.

Da mesma forma, o projeto buscava incluir, no nº 3 do artigo 142º, uma previsão que distinguiu o prazo a ser aplicado à mulher toxicod dependente que desejasse interromper a

---

<sup>335</sup> Diário da República. II Série-A, nº 51 de 11 de junho de 1996. pp. 985-987.

<sup>336</sup> *Idem.* p. 985.

gravidez: pretendiam que a intervenção pudesse se realizar em um prazo alargado para as 16 semanas. A justificação para a previsão de um prazo mais amplo segue no sentido de que a mulher toxicodependente pode não se aperceber de imediato da gestação, sendo necessária a concessão de um período alargado para que possa ser tomada a decisão de interromper ou não a gravidez.

Buscava também o Partido Comunista Português a despenalização da conduta da mulher que consentisse com a interrupção da gravidez fora dos prazos, ou que realizasse o aborto em si mesma, com a consequente revogação do nº 3 do artigo 140º do Código Penal.

De uma maneira geral, o Projeto nº 177/VII buscava introduzir alterações significativas na legislação vigente, quer pelo alargamento dos prazos já previstos na legislação penal em vigor, quer pela introdução de uma nova indicação que tornasse a interrupção da gravidez não punível por solicitação da mulher, de forma não se ater apenas as justificações de ordem médica, fetopática ou criminológica. Daí a necessidade em se insistir em uma mudança legislativa que não só permitisse à mulher interromper a gravidez por requisição, concedendo-se determinado prazo para que a intervenção se realize, mas também assegurando que a ela não seria imposta pena caso realizasse o aborto fora dessas condições legais.

### **2.5.2 O Projeto nº 235/VII<sup>337</sup> sobre a alteração dos prazos de exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez:**

Em novembro de 1996, apresentou também o deputado socialista Strecht Monteiro, uma proposta de alteração à então legislação penal em vigor. Apesar de admitir-se que, em relação ao aborto, a situação portuguesa havia avançado com as últimas alterações legislativas, restavam ainda algumas imperfeições dignas de alterações, especificamente em relação aos prazos previstos.

Por conseguinte, também é proposto um sistema de alargamento dos prazos através da alteração da redação do artigo 142º, nº1 do Código Penal: de 16 para 24 semanas ao aborto fetopático e de 12 para 16 semanas no caso de vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.<sup>338</sup> Ao contrário do Projeto nº 177/VII, que previa, ainda, o alargamento para 22 semanas nos casos de vítimas menores de 16 anos ou portadoras de

---

<sup>337</sup> Diário da República. II Série-A, nº 5 de 9 de novembro de 1996. pp. 60-62.

<sup>338</sup> Art. 1º do Projeto de Lei nº 235/VII.

anomalias psíquicas, o projeto em análise não prevê alargamento ainda maior em tais situações.

Busca-se, ainda, especificamente ao aborto fetopático, a criação, em todos os estabelecimentos autorizados à prática da interrupção de gravidez, de comissões técnicas de avaliação de defeitos congênitos, competentes para emissão de parecer prévio. Tal comissão deveria ser composta por um mínimo de três e máximo de cinco médicos, dentre os quais se torna obrigatória a presença de ao menos um obstetra e um neonatologista.<sup>339</sup>

Apesar de mais tímido, e de ainda não trazer ao rol de indicações a interrupção da gravidez a pedido da mulher, o Projeto de Lei nº 235/VII, especificamente na questão de ampliação dos prazos ao aborto fetopático e criminológico, se mostrava baseado em modernas tendências, tanto da medicina, que reconhecia com maior precisão a deteção de malformações fetais em um prazo mais alargado, bem como da compreensão do estigma social imposto à mulher vítima de crime de violação, que, muitas das vezes, é tomada por um sentimento injusto de vergonha que, em conjunto com o trauma sofrido, leva a deteção tardia da gravidez.

### **2.5.3 Projeto nº 236/VII<sup>340</sup> sobre a interrupção voluntária da gravidez:**

Finalmente, mais um Projeto de Lei que propunha alterações no regime da interrupção voluntária da gravidez foi levado à discussão na Assembleia da República no mesmo ano. O Projeto nº 236/VII, de autoria da Juventude Socialista buscou um espectro mais amplo, reconhecendo o elevado número de abortos clandestinos que ainda eram realizados em Portugal.

Aproximando-se, talvez, mais ao Projeto nº 177/VII do PCP do que da própria iniciativa apresentada pelo deputado socialista Strecht Monteiro, o Projeto nº 236/VII propôs, além do alargamento dos prazos então previstos nas indicações da interrupção da gravidez, a inclusão da exclusão da ilicitude à intervenção realizada a pedido da mulher quando esta não se considerasse apta a exercer a maternidade consciente proclamada pelo artigo 67º da Constituição da República Portuguesa.

Nesse sentido, buscava-se a inclusão de uma nova alínea ao artigo 142º, nº 1, quer seja, a exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez realizada a pedido da

---

<sup>339</sup> Art. 2º do Projeto de Lei nº 235/VII.

<sup>340</sup> Diário da República. II Série-A, nº 5 de 9 de novembro de 1996. pp. 62-66.

mulher nas 12 primeiras semanas de gestação.<sup>341</sup> Em relação aos prazos, se intentava o alargamento de 12 para 16 semanas, quando a IVG fosse indicada para evitar perigo de morte ou grave lesão para o corpo ou para a saúde física e psíquica da mulher; de 16 para 24 semanas, quando em causa motivações fetopáticas; e de 12 para 16 semanas, no caso de vítimas de crimes contra a liberdade sexual, sendo este aumentado para 18 semanas caso se tratasse de vítimas menores de 16 anos ou incapazes por anomalia psíquica.

De modo inovador, também sugere um aditamento ao artigo 140º do Código Penal de forma a prever a punição, com prisão de até 2 anos ou pena de multa de até 240 dias, à realização de propaganda à interrupção voluntária da gravidez.

#### **2.5.4 Debate Parlamentar dos Projetos:<sup>342</sup>**

Em 21 de fevereiro de 1997, deu-se lugar na Assembleia da República a discussão dos projetos anteriormente mencionados que pretendiam introduzir mudanças no então regime penal relativo à interrupção voluntária da gravidez.

De uma forma geral, a maioria dos partidos reconheceu que, após 13 anos das modificações trazidas pela Lei nº 6/84, era evidente a sua inadequação à realidade que agora se apresentava. Os prazos estipulados pela redação original da lei acabaram por se mostrar problemáticos e dignos de questionamentos. De acordo com o Sr. Deputado Strecht Monteiro, do Partido Socialista e autor do Projeto nº 235/VII, “atualmente, com os prazos existentes, ou a lei não se cumpre, ou realizam-se interrupções de gravidez antes de se ter a certeza absoluta da gravidade da malformação”.<sup>343</sup>

Em contrapartida, os deputados que se mostraram contrários a qualquer alteração na legislação vigente, referiram-se à necessidade de submeter a questão a referendo nacional. Isso porque, segundo esta nova vertente – que agora passaria a integrar o debate da eventual despenalização da interrupção voluntária da gravidez em Portugal –, não caberia à Assembleia da República decidir a respeito da ampliação das circunstâncias em que o aborto

---

<sup>341</sup> Redação ao artigo 142º do Código Penal sugerida pelo Projeto nº 236/VII:

**Artigo 142º: Interrupção da gravidez não punível.**

**1.** Não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico ou sob a sua direção, em estabelecimento oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, nas seguintes situações:

**a.** A pedido da mulher nas primeiras 12 semanas de gravidez, para a preservação da sua integridade moral, dignidade social e ou maternidade consciente;

(...)

<sup>342</sup> Diário da República. I Série, nº 42 de 21 de fevereiro de 1997.

<sup>343</sup> Ibidem. p. 1486.

deveria restar não punido, devendo tal julgamento ser feito mediante a consulta ao povo português.

Como resultado do debate parlamentar, restou aprovado apenas o Projeto nº 235/VII de autoria do deputado socialista Strecht Monteiro com 115 votos a favor, 47 votos contra e 24 abstenções.

### **2.5.5 Lei nº 90/97:<sup>344</sup>**

Uma vez aprovado, o Projeto de Lei nº 235/VII converte-se na Lei nº 90/97, que altera os prazos de exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez.

Nesse sentido, ganha nova redação o artigo 142º do Código Penal, que passa a prever, em seu nº 1, alínea *c* que não é punível a interrupção voluntária da gravidez quando “houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de doença grave ou malformação congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *legis artis*, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo tempo”.

Como pode-se depreender do novo texto, ao aborto fetopático amplia-se o prazo de 16 para 24 semanas, bem como se exclui a necessidade de cumprimento de qualquer prazo quando se tratar de fetos inviáveis.<sup>345</sup> Significa dizer, portanto, que a segunda parte do artigo 142º, nº 1, alínea *c*, agora prevê mais uma situação em que o aborto pode ser realizado a qualquer tempo, não mais se restringindo às situações do aborto terapêutico em sentido estrito previstas na alínea *a* do texto legal.

Especificamente ao alargamento do prazo à interrupção da gravidez motivada por razões fetopáticas, Dias; Brandão (2012) saúdam o legislador de 1997 por reconhecer o prazo de 24 semanas, indo de acordo com o que a ciência médica reconhece como o mínimo indispensável para levar a cabo certos processos de diagnósticos e de comprovações de fetopatias. Ainda, afirmam os autores, que o legislador de 1995, ao manter o prazo das 16 semanas, correu um sério risco de incrementar as interrupções ilícitas, especificamente nos

---

<sup>344</sup> Diário da República. I Série-A, nº 174 de 30 de julho de 1997.

<sup>345</sup> De acordo com DIAS; BRANDÃO, Nuno (2012), os fetos inviáveis são aqueles que “morrerão no ventre materno ou, de todo modo não terão qualquer esperança de vida fora dele”. p. 287.

casos em que, mesmo sob o manto da indicação médica, não fosse possível confirmar a fetopatia dentro de prazo mais reduzido.<sup>346</sup>

Dando-se prosseguimento, a nova redação da alínea *d* do artigo 142º, nº 1, referente à indicação criminológica do aborto, agora estende o prazo anterior de 12 para 16 semanas, quando a gravidez resulte de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual. Nas palavras de Dias; Brandão (2012), o prazo de 16 semanas à indicação criminológica mostra-se “razoável e político-criminalmente preferível”, uma vez que a adoção de um prazo mais longo elevaria, de forma desnecessária, os riscos da interrupção.<sup>347</sup>

## **2.6. 1998-2006:**

### **2.6.1 Projeto nº 417/VII<sup>348</sup> sobre a interrupção voluntária da gravidez:**

Na legislatura seguinte, o Partido Comunista Português reapresenta projeto de lei que visa a não punibilidade da interrupção voluntária da gravidez a pedido da mulher. Sob os mesmos argumentos dos projetos de lei anteriores, bem como nos mesmos termos dos debates parlamentares que daí sucederam, o PCP reapresenta o Projeto de Lei nº 177/VII, com pouquíssimas alterações.

Agora sob o nº 417/VII, o projeto continua a perseguir o objetivo do Partido Comunista rumo à alteração da redação do artigo 142º do Código Penal de forma a incluir no rol das indicações, a possibilidade de realização de IVG a pedido da mulher durante as primeiras doze semanas de gestação.

Da mesma forma, busca-se exatamente o mesmo alargamento de prazo proposto pelo projeto anterior, excetuando-se uma única mudança: persegue-se agora um aumento de 16 de para 24 semanas quando a gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a vítima for menor de 16 anos ou incapaz por anomalia psíquica (e não mais 22 semanas como previsto no projeto precedente).<sup>349</sup>

### **2.6.2 Projeto nº 451/VII<sup>350</sup> sobre a exclusão da ilicitude de casos de interrupção voluntária da gravidez:**

---

<sup>346</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; Brandão, Nuno. (2012). p. 286-287.

<sup>347</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; Brandão, Nuno. (2012). p. 290.

<sup>348</sup> Diário da República, II Série-A, nº 3 de 17 de outubro de 1997. pp. 19-22.

<sup>349</sup> *Idem*. p. 21.

<sup>350</sup> Diário da República, II Série-A, nº 27 de 29 de janeiro de 1998. pp. 19-22.

O Partido Socialista decide, da mesma forma, reapresentar o então projeto nº 236/VII, também apresentado na legislatura anterior, mas que restou rejeitado. Agora sob o nº 451/VII, busca-se, sob os mesmos termos do projeto anterior, a impunibilidade da interrupção voluntária da gravidez, a pedido da mulher, nos casos de “preservação da integridade moral, da dignidade social e da maternidade consciente”.

Almeja-se a alteração da redação do artigo 142º do Código Penal, com diferenças do projeto anterior: agora resta previsto um prazo de 10 semanas às interrupções realizadas a requisição da mulher, remetendo-a previamente a um aconselhamento a ser executado por uma comissão no Centro de Aconselhamento Familiar (CAF). Ademais, almeja-se a inclusão de alínea ao artigo 142º do Código Penal de forma a incluir a exclusão da ilicitude da interrupção da gravidez caso esta se mostre “indicada para evitar perigo de morte ou grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, designadamente por razões de natureza econômica ou social, e for realizada nas primeiras 16 semanas de gravidez”.

### **2.6.3 Os debates parlamentares<sup>351</sup> e o Referendo de 1998:**

Em 5 de fevereiro de 1998 iniciaram-se os debates aos projetos postos em causa. O Projeto nº 417/VII apresentado pelo Partido Comunista Português foi rejeitado por 104 votos contra, 107 a favor e 9 abstenções. Já o Projeto nº 451/VII de autoria do Partido Socialista restou aprovado com 116 votos a favor, 107 votos contra e 3 abstenções.

De imediato, o projeto de lei aprovado não se converteu em lei, uma vez que deputados do Partido Social Democrata apresentaram o Projeto de Resolução nº 75/VII, que exigia a convocação de referendo nacional para que fossem consultados os cidadãos portugueses a respeito da despenalização da interrupção voluntária da gravidez a pedido da mulher. Em 20 de março de 1998 restou aprovada a Resolução da Assembleia da República nº 16/98<sup>352</sup> que, invocando os artigos 115º e 161º, alínea *j* da Constituição da República Portuguesa, encaminhou ao Presidente da República uma proposta de realização de referendo para que os eleitores respondessem a seguinte pergunta: “*Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas 10 primeiras semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?*”.

---

<sup>351</sup> Diário da Assembleia da República, I série, nº 36 de 4 de fevereiro de 1998.

<sup>352</sup> Diário da República, I Série-A, nº 76 de 31 de março de 1998. p. 1414.

Em 28 de junho de 1998, deu-se a realização do referendo e seu resultado apontou que 50,9% dos portugueses votaram pelo “não”, 49,1% votaram pelo “sim” e o índice de abstenção foi de 68,1%.<sup>353</sup> Todavia, haja vista o nível de abstenção ter envolvido mais da metade dos eleitores inscritos, o referendo não foi vinculativo, tal como preconiza o artigo 115º, nº 11 da CRP.<sup>354</sup>

De qualquer modo, o Projeto de Lei nº 451/VII, apesar de aprovado na generalidade pela Assembleia da República e, não obstante, o referendo realizado ter tido como vencedora a resposta negativa, porém desvinculado de efeito vinculativo nos termos da Constituição da República Portuguesa, não restou convertido em lei. A situação legal do aborto em Portugal continuou, portanto, a mesma de 1997, quando da aprovação da Lei nº 90/97, vindo a sofrer novas mudanças apenas no ano de 2007.

#### **2.6.4 O Referendo de 2007:**

Passaram-se alguns anos desde que a realização do Referendo de 1998 e, apesar de não ter trazido qualquer novidade legislativa, isto não significou que o debate sobre a questão da inclusão da despenalização da interrupção voluntária da gravidez a pedido da mulher tenha se acalmado.

Em 20 de setembro 2006, o Partido Socialista apresenta à Assembleia da República o Projeto de Resolução nº 148/X<sup>355</sup> no qual pretende a realização de um referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez realizada por opção da mulher nas primeiras dez semanas de gravidez.

Nesse seguimento, inclusive constando de sua pauta eleitoral a realização de um novo referendo, o PS reitera a necessidade de questionamento à comunidade portuguesa, sob os mesmos termos daquele colocado em 1998.

Em reunião plenária de 19 de outubro de 2006 restou aprovado o projeto de resolução sob o pretexto de que a decisão da Assembleia deveria ser presidida de uma consulta direta aos cidadãos. Assim, foi publicada a Resolução da Assembleia da República nº 54-A/2006<sup>356</sup>

---

<sup>353</sup> Mapa Oficial nº 2/98 da CNE. Diário da República, I Série-A, nº 183 de 10 de agosto de 1998.

<sup>354</sup> **Artigo 115º, CRP - (Referendo):**  
(...)

**11.** O referendo só tem efeito vinculativo quando o número de votantes for superior a metade dos eleitores inscritos no recenseamento.

<sup>355</sup> Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 2 de 21 de setembro de 2006.

<sup>356</sup> Diário da República, I série, 2º Suplemento, nº 203 de 20 de outubro de 2006.

que apresenta ao Presidente da República a proposta de realização de referendo, seguindo-se os exatos termos inicialmente propostos pelo Partido Socialista em 1998.

Em 11 de fevereiro de 2007 foi realizado o referendo, obtendo-se um resultado de 59,25% dos votos para o “sim”, 40,75% votos para o “não” e 56,43% de abstenções.<sup>357</sup>

### **2.6.5 Lei nº 16/2007<sup>358</sup>:**

Apesar de o Referendo de 2007, da mesma forma que o realizado em 1998, não se ter revestido de efeito vinculativo, desta vez, como resposta ao anseio do povo português que votou maioritariamente pelo “sim”, foi aprovada a Lei nº 16/2007, regulamentada pela Portaria 741-A/2007<sup>359</sup>, concernente à exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez, revogando-se expressamente a Lei nº 6/84 e a Lei nº 90/97.

Logo em seu artigo 1º, a lei altera a redação do artigo 142º, nº 1 do Código Penal ao incluir a alínea *e*, que prevê a não punibilidade de interrupção da gravidez quando esta “for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez”. O artigo 3º prevê a necessidade de comprovação de que a gravidez não exceda as 10 semanas e o artigo 4º, *b*, exige que o consentimento da mulher grávida seja prestado por documento por ela assinado, ou a seu rogo, “sempre após um período de reflexão não inferior a três dias, a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável”.

Desta forma, é introduzido no direito penal português o modelo do prazo<sup>360</sup>, haja vista a possibilidade expressamente concedida à interrupção da gravidez por mera opção da mulher nas primeiras dez semanas de gravidez. A particularidade do sistema português recai justamente na obrigatoriedade de uma consulta de aconselhamento antes de se realizar a intervenção. Na opinião de Figueiredo Dias e Nuno Brandão (2012), o aconselhamento obrigatório se mostra a forma mais eficiente de o Estado assumir o seu dever de proteção do direito à vida do embrião.<sup>361</sup>

Em síntese, o sistema penal português, a partir da nova redação dada ao artigo 142º do Código Penal pela Lei nº 16/2007, une o modelo das indicações com o modelo dos prazos.

---

<sup>357</sup> Mapa Oficial nº 1/2007 da CNE. Diário da República, I Série, nº 43 de 1 de março de 2007.

<sup>358</sup> Diário da República, I série, nº 75 de 17 de abril de 2007.

<sup>359</sup> Diário da República, I série, nº 118 de 21 de junho de 2007.

<sup>360</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. (2012). p. 267. Também em: Silva, Fernando (2017). p. 213.

<sup>361</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; Brandão, Nuno. (2012). p. 256.

De acordo com Silva (2017), acolhe-se o modelo do prazo, fazendo-o coexistir e articular com o modelo das indicações.<sup>362</sup>

De qualquer modo, apesar do prazo de 10 semanas ser um dos mais recuados da Europa, mantém-se o caráter de vitória daqueles que percorreram um longo caminho legislativo desde 1982 para que fosse incluído no sistema penal português a não perseguição criminal das mulheres que, independentemente do motivo, decidissem por interromper a gravidez. Como bem ressalta Magalhães (1997), uma vez que o tema do aborto é causador de grandes divisões de opinião, é necessário que o legislador se ampare através da busca de denominadores comuns, solidariedades e esforços conjuntos.<sup>363</sup> Por muito, se entendeu que a criminalização total à toda e qualquer forma de aborto era a solução que melhor respondia aos anseios da sociedade. Devido à certas arbitrariedades que este sistema foi capaz de gerar, abriram-se espaços à possibilidade da interrupção da gravidez em certas circunstâncias e foram sendo ajustados os prazos, levando-se em consideração às mesmas motivações. De forma a, finalmente, chegar no então falado “denominador comum” de Magalhães: a possibilidade de criminalizar o aborto nas situações em que fere indubitavelmente o direito à vida do feto, à integridade física e autodeterminação da mulher, ao mesmo tempo em que permite que, respeitados certos prazos e procedimentos, este possa ser realizado não apenas nas situações que colocam em conflito bens jurídicos, mas também aos casos em que esta seja apenas a mera manifestação de vontade da mulher.

## **2.7 O crime de aborto no direito penal português:**

Como vimos até aqui, foi longo o caminho trilhado pelo legislador português em relação ao aborto. Das alterações mais significativas às mais discretas, finalmente, a Lei nº 16/2007 trouxe alterações ao Código Penal português de forma a prever a exclusão da ilicitude do crime de aborto a pedido da mulher. As alterações trazidas pela referida lei perduram até hoje, tornando-se este o atual cenário jurídico do aborto em Portugal.<sup>364</sup>

### **2.7.1 Breves Comentários ao artigo 140º:**

---

<sup>362</sup> SILVA, Fernando (2017). p. 213.

<sup>363</sup> MAGALHÃES, José. (1997). p. 358-(2)

<sup>364</sup> Nesse sentido, a parte especial do Código Penal, em seu Capítulo II, intitulado “dos crimes contra a vida intrauterina.

O artigo 140º da atual redação do Código Penal descreve as condutas que incidirão no crime de aborto. Cunha (2012), em seu estudo sobre o artigo em questão, bem salienta que a fonte da atual redação do artigo 140º é exatamente o artigo 358º do Código Penal de 1886, podendo-se notar uma continuidade normativa típica desta relação.<sup>365</sup>

O bem jurídico tutelado pelo crime do artigo 140º é a vida intrauterina. Cunha (2012) defende que se trata de um bem jurídico penal autônomo, de forma que não se confunde com o bem jurídico vida, haja vista a diferenciação de regime de proteção face aos crimes de homicídio, seja ao nível de molduras legais ou de proteção típica.<sup>366</sup> No mesmo sentido, Silva (2017) afirma que o quadro legal traça uma diferenciação entre a vida formada e em formação, o que resulta numa diferente valoração entre ambos os bens, subsistindo a valoração superior da vida formada em relação à intrauterina.<sup>367</sup>

Há também o papel secundário de outros bens jurídicos: a liberdade, no sentido de liberdade de decisão da mulher grávida, resultando a sua ofensa em um agravamento da ilicitude do aborto (artigo 140º, nº 1), bem como a integridade física da mulher grávida que justifica a agravação pelo resultado contido no artigo 141º.<sup>368</sup> Albuquerque (2015) defende a distinção dos bens jurídicos, a depender de haver ou não o consentimento para o aborto: no caso do aborto consentido, o único bem jurídico protegido é a vida intrauterina e, no caso do aborto não consentido, além da vida intrauterina, protege-se também a integridade física da mãe.<sup>369</sup>

O tipo penal do artigo 140º exige que a ação do agente consista em “fazer abortar”, não especificando nenhum meio para atingir este fim, de forma que se torna irrelevante se o agente se utiliza de formas mecânicas, elétricas ou químicas.<sup>370</sup> Da mesma forma, exige-se a morte do embrião como resultado do crime de aborto, podendo este ocorrer dentro do útero materno, ou fora em decorrência da sua expulsão prematura.<sup>371</sup>

---

<sup>365</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (2012). p. 223.

<sup>366</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. p. 224.

<sup>367</sup> SILVA, Fernando. (2017). p. 197-198.

<sup>368</sup> CUNHA, José Manuel Damião da (2012). Artigo 140º e Artigo 141º. Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial – Tomo I – Artigos 131º a 201º. Coimbra Editora. p. 226-227.

<sup>369</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. (2015). p. 543.

<sup>370</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. (2015). p. 544. CUNHA, José Manuel Damião da (2012). p. 228. SILVA, Fernando (2017). p. 199.

<sup>371</sup> SILVA, Fernando (2017). p.

O objeto do crime de aborto é o feto ou embrião.<sup>372</sup> Subsistirá este crime a partir da implantação do embrião no útero da mulher até o nascimento com vida.<sup>373</sup>

### **2.7.2 Breves comentários ao artigo 141º:**

Haja vista o tratamento concedido ao aborto agravado ter permanecido o mesmo desde o Código Penal de 1982 (restando excluída pela Reforma Penal de 1995 apenas a previsão do então nº 3 do artigo 141º, que previa a não comunicação das condições agravantes à mulher grávida), mantém-se o que foi estudado até então nesta investigação sobre este tópico.

Cumpre-nos apenas fazer um comentário pertinente: a agravação ao aborto no sistema penal português se revelou constante ao longo dos anos, mudando-se apenas a posição do legislador a respeito das situações que seriam dignas de elevação de pena. No Código Penal de 1886, entendia-se que o agravamento deveria ser aplicado ao médico, cirurgião ou farmacêutico que, abusando da sua profissão, concorresse para a execução do aborto.<sup>374</sup> Já em 1982, com a promulgação do novo Código Penal, restou evidente que os olhos do legislador se voltaram a outras situações, igualmente preocupantes, que faziam jus ao aumento de 1/3, quer seja o resultado morte ou grave lesão para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, a habitualidade do agente e a intenção lucrativa.<sup>375</sup>

### **2.7.3 Breves comentários ao artigo 142º:**

Finalmente, o artigo 142º, com a nova redação dada pela Lei nº 16/2007, inclui a alínea *e*, que consagra mais uma causa de interrupção da gravidez não punível: quando esta for realizada a pedido da mulher nas primeiras dez semanas de gravidez. A alínea *b* do nº 4 do artigo em análise estabelece que, após a manifestação de vontade da mulher grávida em interromper a gravidez, deve ela ser encaminhada a uma consulta médica para que lhe sejam prestadas as informações necessárias para que tome a sua decisão de forma livre, consciente

---

<sup>372</sup> CUNHA, José Manuel Damiano da (2012) relembra que o crime de aborto não faz diferença entre o feto e o embrião, como cientificamente acontece. p. 227.

<sup>373</sup> Cf. Capítulo 3.3 deste trabalho.

<sup>374</sup> Art. 358º, § 4º do Código Penal de 1886.

<sup>375</sup> Art. 141º do Código Penal de 1982; nova redação dada ao art. 139º nº 5 e nº 6 do Código Penal pela Lei nº 6/84; redação ao art. 141º do Código Penal dada pelo Decreto-Lei nº 48/95; art. 141º do Código Penal dada pela Lei nº 16/2007.

e responsável.<sup>376</sup> O conteúdo das informações que serão repassadas à mulher está previsto nas alíneas do artigo 16º, nº 3 da Portaria 741-A/2007 e são alguns deles: os métodos de interrupção adequados ao caso concreto e as eventuais consequências para a saúde física e psíquica, as condições de apoio que o Estado pode dar caso decida a mulher optar pela manutenção da gravidez e a disponibilidade de acompanhamento psicológico durante o período de reflexão.

É após esta “primeira consulta” que começa a decorrer o período de reflexão de no mínimo três dias. Somente após o decurso deste período pode a mulher, caso decida por interromper a gravidez, entregar o documento por ela assinado expressando o seu consentimento para a intervenção. Após a entrega do documento no estabelecimento de saúde, a interrupção deve ter lugar em um período máximo de cinco dias, podendo este prazo ser superior a pedido da mulher, ainda subsistindo a necessidade de respeito ao prazo limite de dez semanas de gestação.<sup>377</sup>

Todos esses procedimentos a se seguir, como bem pontua Dias; Brandão (2012) constituem um “*iter procedimental*” que se revela condição essencial para a exclusão da ilicitude da interrupção da gravidez a pedido da mulher.<sup>378</sup> Como também relembra Albuquerque (2015), respondem pelo crime de aborto a mulher e o médico quando este, com o consentimento da grávida, realiza a interrupção da gravidez dentro do prazo das dez semanas, mas sem a certificação das condições legais.<sup>379</sup> Tudo isto porque, por detrás da obrigatoriedade de realização de uma consulta prévia e da exigência de respeito a um prazo mínimo de reflexão, subsiste o objetivo estatal de buscar diminuir a probabilidade de uma decisão tomada por impulso ou por carência das informações necessárias que tanto importam à mulher quando do tomar da sua decisão. Trata-se da forma encontrada pelo legislador de garantir, simultaneamente, a tutela à vida do nascituro e a autodeterminação da mulher.

Outro ponto importante de se ressaltar é que o artigo 19º, nº 3 da Portaria 741-A/2007 determina que aos estabelecimentos de saúde cabem garantir às mulheres que interrompam a gravidez a marcação de uma consulta de saúde reprodutiva/planeamento familiar, que deve ser realizada no prazo máximo de 15 dias após a interrupção da gravidez. Ou seja, busca-se

---

<sup>376</sup> O artigo 16º, nº 3 da Portaria 741-A/2007 estabelece que as informações serão fornecidas por um médico ou outro profissional de saúde habilitado. O mesmo artigo 16º, em seu nº 2 estabelece que “entre o pedido de marcação e a efetivação da consulta não deve decorrer um prazo superior a cinco dias”.

<sup>377</sup> Artigo 19º, nº 2 da Portaria 741-A/2007.

<sup>378</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. (2012). p. 291.

<sup>379</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. (2015). p. 552.

prestar apoio à mulher não apenas para que tome a sua decisão da forma mais assertiva possível, mas também se garante um acompanhamento posterior à intervenção.

## CAPÍTULO III – O aborto e a problemática constitucional

### **3.1 A importância do direito à vida e a problemática constitucional do tratamento penal conferido ao aborto.**

Como se pôde observar dos estudos trazidos pelo capítulo anterior, foi longa a trajetória da discussão sobre a interrupção voluntária da gravidez em Portugal. Ao longo deste trabalho, temos constantemente reafirmado que a temática do aborto pode ser percebida através de diversos olhares: perspectivas jurídicas, teológicas, éticas ou morais podem vir a compreender a interrupção da gravidez de formas distintas.<sup>380</sup> O que resta inevitável é que, independentemente da vertente sobre a qual o debate venha a se enveredar, toda a complexidade que contorna o desenvolvimento embrionário, mais cedo ou mais tarde, acabará por esbarrar na questão particular da “vida”. Como bem delimita Koch (2004), “a interrupção voluntária da gravidez é naturalmente um ato de terminar a vida, isto é, matar.”<sup>381</sup> E, ainda, complementando com o pensamento de Jakobs (2000), enquanto a morte de uma pessoa é usualmente considerada uma consequência de sua existência pessoal, tal já não ocorre com a morte do feto como resultado de uma interrupção voluntária da gravidez, uma vez que o nascituro não arranjou nada, sequer a gestação.<sup>382</sup>

Em outras palavras, a interrupção do processo gestacional compreende algo que transcende a descontinuação de um processo biológico: abarca, antes de tudo, a impossibilidade de o feto avançar no seu desenvolvimento, ainda dentro do ventre materno, nascer e viver uma vida plena, em virtude da deliberação de outro ser humano que, por qualquer das razões, não o deseja. Posto que a natureza se encarrega de conceber um novo ser, através de todo um processo contínuo, detalhado e preciso, questiona-se a legitimidade da interferência de terceiros a ponto de decretar a morte do feto. É compreensível que toda a profundidade em torno deste processo levantará dilemas éticos das mais variadas ordens, especificamente por se estar a lidar com questões relativas à vida e à própria existência.

---

<sup>380</sup> “Por ser, aliás, esta uma questão em que multifacetadamente se entrecruzam e defrontam diferentes convicções filosóficas e religiosas, posições éticas, perspectivas sociais, concepções jurídicas e, até apreciações de ordem científica, (...) não se admira que, nas últimas décadas, se tenha verificado em torno dela intenso debate, com reflexo em profundas mutações nos diversos ordenamentos jurídicos (...)”. (Acórdão n.º 288/98, p. 22-23).

<sup>381</sup> KOCH, Hans-Georg (2004). O princípio e o termo da vida como problemas do direito (penal) da medicina. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 14, jan./jun. p. 158.

<sup>382</sup> JAKOBS, Gunther (2000). ¿Existe um aborto lícito de personas? *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 60. p. 163.

Como vimos, pode-se questionar a legitimidade da interrupção da gravidez através de uma vertente religiosa: a Igreja Católica, por exemplo, equipara o aborto ao homicídio, por compreender que já existe vida no feto, sendo a descontinuação do processo gestacional equivalente ao ato de “matar”. Também pode-se tornar este debate sobre a questão de ser ou não o feto capaz de sentir dor e, como bem relembra Dworkin (2003), “sem dúvida, as criaturas que sentem dor têm interesse em evitá-la”.<sup>383</sup> Ou, ainda, sobre a legitimidade de se interromper este processo em prol de interesses, talvez, “menos prestigiosos”, quando confrontados com a potencialidade de um novo ser. De qualquer modo, como já foi dito, inevitavelmente, grande parte das questões relativas ao aborto acabarão por respaldar na questão da vida. E, uma vez que a vida não é indiferente para o Direito, haverá de se tratar da questão através da sua perspectiva constitucional, já que é a própria lei maior que proclama a máxima do “direito à vida”.

Assim, inelutável que a temática da interrupção voluntária da gravidez se encontre vinculada também à admissibilidade constitucional. Ao tomarmos como ponto de partida o fato de que a Constituição da República Portuguesa inaugura todo o elenco dos “direitos, liberdades e garantias” exatamente com o direito à vida,<sup>384</sup> torna-se legítimo questionar de que maneira a proclamação de tal direito pode ser compatibilizada com uma eventual descriminalização da interrupção voluntária da gravidez – que, como vimos, diz respeito ao ato de causar a morte do feto e, conseqüentemente, descontinuar um processo biológico minucioso que resultaria no nascimento com vida.

Inclusive, todo o debate que se travou no âmbito da Assembleia da República se deu, designadamente, por questões atinentes à vida do feto. Conforme eram apresentados projetos que buscavam incluir alterações aos dispositivos que tipificam o aborto no Código Penal, o Tribunal Constitucional era, conseqüentemente, convocado a se manifestar a fim de emitir um juízo de constitucionalidade dos preceitos que ali se buscavam alterar. E, naturalmente que a grande problemática do aborto tenha sempre se dado em termos tão acalorados em razão da particularidade e importância que se atribui à vida, não apenas através do ordenamento jurídico, mas nas próprias relações sociais.

Nesse sentido, é evidente que todo o simbolismo que assume a extensão do direito à vida é digno de refletir, por si só, a sua magna importância dentro do ordenamento jurídico.

---

<sup>383</sup> DWORKIN, Ronald (2003). *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Editora Martins Fontes. p. 21

<sup>384</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 339.

Como define Gouveia (2009), “eis a radicalidade da proteção da vida humana: o direito à existência, o direito a viver bem como o direito a não morrer, não podendo este resultado ser-lhe infligido, senão antijuridicamente, quer por parte do poder público, quer por qualquer outra pessoa ou entidade”.<sup>385</sup>

Uma vez proclamado pelo texto constitucional o direito à vida, diversas são as indagações que cabem se fazer a respeito da interrupção voluntária da gravidez: o Estado frustra o seu dever de proteção à vida quando se abrem espaços para permissões à sua realização no plano infraconstitucional? A pura declaração do direito à vida pela Constituição é determinante para que sejam rechaçadas quaisquer alternativas diversas da criminalização? É possível compatibilizar o direito constitucionalmente previsto à vida com soluções alternativas, como a introdução de modelo dos prazos ou das indicações?

O primeiro passo para que se tenha lugar a devida resposta à tais indagações seria questionar qual preceito, especificamente, justificaria a criminalização do aborto e se há, de acordo com a lei maior, espaços para uma eventual descriminalização (em caso positivo, também há de se indagar até que ponto o texto constitucional permitiria o abandono da proteção penal).<sup>386</sup> Em suma, tomando-se como ponto de partida a vertente prevalente na doutrina que reconhece como função do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, os quais se encontram em uma relação de analogia substancial com a Constituição,<sup>387</sup> todas as respostas que necessitamos sobre como lidar com a questão do aborto – seja através da criminalização ou da descriminalização sob certas circunstâncias –, está, inteiramente, condicionada ao socorro ao texto constitucional para a verificação de sua respetiva constitucionalidade.

Imprescindível, portanto, verificar a legitimidade de eventuais modelos diversos da criminalização. Uma vez que a vida se encontra proclamada como um direito fundamental pela Constituição – um direito de extrema valia e relevância, inclusive – qualquer modelo

---

<sup>385</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar (2009) p. 36. Também CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital (2007) pontuam que no tocante ao Estado, o direito à vida implica também uma “obrigação de proteger a vida das pessoas contra os ataques ou ameaças de terceiros”. (*Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora p. 448.)

<sup>386</sup> No mesmo sentido, PEREIRA, Rui (1995): “O que se pergunta, afinal, é se a CRP contém um programa de política criminal que define as condições de legitimidade da incriminação e, eventualmente, cria um espaço mínimo de intervenção neste ramo do direito sancionatório público”. (p. 54).

<sup>387</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo (1983) p. 16. Cf. ROXIN, Claus (2013). O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 23, nº 1. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio (1994). Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 4, nº 2.

que busque introduzir mudanças na relação entre o reconhecimento de um direito fundamental proclamado pela Lei Maior e a sua respetiva proteção através do Direito Penal, deverá ser submetida a um controle de constitucionalidade para que não se frustrate o dever de proteção estadual que uma vertente objetiva dos direitos fundamentais impõe. Nesse sentido, como bem pontua Andrade (1976), “os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos de defesa dos indivíduos frente ao Estado, mas implicam também deveres positivos aos poderes públicos”.<sup>388</sup> Cumpriria, portanto, a questão de saber se eventual abertura à descriminalização do aborto não redundaria inconstitucional por conceder ao direito à vida uma proteção insuficiente.

Em resumo, para uma investigação racional da constitucionalidade de eventuais soluções alternativas à criminalização do aborto, resta fundamental, em um primeiro momento, verificar a amplitude do direito à vida que é conferido pelo texto constitucional e, em um segundo, se o respetivo abandono da proteção penal acabaria, ou não, por resultar em uma proteção deficiente à vida humana. É exatamente sobre estas questões que trataremos nas páginas seguintes.

### **- É a vida intrauterina “inviolável” nos termos da Constituição?**

Como já temos adiantado ao longo desta investigação, a questão da IVG, de pronto, remete ao artigo 24º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa, que proclama, *in verbis*, que “a vida humana é inviolável”. No entanto, a CRP não diz explicitamente se essa “vida” que tem como inviolável inclui a vida intrauterina.<sup>389</sup> Como bem sinaliza Zapatero (1980), se o tema do aborto tivesse sido expressamente resolvido pela Constituição, a polémica constitucional se encontraria encerrada.<sup>390</sup>

Deste silêncio textual a respeito da inclusão, ou não, da vida pré-natal no tocante ao artigo 24º, nº 1 da Constituição, suscitam-se dúvidas sobre se estaria a vida intrauterina compreendida por este postulado. Nesse sentido, as questões arguidas podem se dar, na esteira de Pereira (1995), “em saber se a vida pré-natal é vida humana na sua

---

<sup>388</sup> Para ANDRADE, José Carlos Vieira de (1976). *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª ed. Coimbra: Almedina. p. 221.

<sup>389</sup> De acordo com COSTA, António Manuel de Almeida (1985), nesta máxima geral cabem, tanto a vida humana intrauterina como a extrauterina. (p. 76).

<sup>390</sup> ZAPATERO, Luis Arroyo (1980). p. 196.

inviolabilidade”<sup>391</sup> ou ainda, na de saber, como pontua Costa (1985), “se a vida intrauterina integra o elenco dos valores enunciados na CRP”.<sup>392</sup>

A depender da resposta a ser dada à esta indagação, será possível determinar se a Constituição, através de tal preceito, exige que a proteção ao bem jurídico “vida intrauterina” seja ou não fornecida especificamente através do Direito Penal. Em outras palavras, utilizando-nos da explicação dada por Brito (2007): se a interpretação dada ao artigo em questão for no sentido de que não se encontra abrangida a vida intrauterina no artigo 24º, nº 1 da CRP, nada haverá a se questionar a respeito de uma lei que permita o sacrifício desta vida; em caso contrário, uma vez compreendida a inclusão da vida intrauterina no corpo do artigo, ela não poderá ser preterida, a não ser no caso em que outras razões no plano constitucional a possam justificar.<sup>393</sup>

Por esta razão, é de máxima importância aprofundar a questão de se encontrar, ou não, a vida intrauterina abrangida pelo artigo 24º da Constituição. Nada justificaria a defesa de um determinado modelo de tratamento a ser concedido ao aborto desvinculada da análise da sua constitucionalidade.<sup>394</sup> Portanto, apesar da grande importância que os estudos de política criminal trazem no sentido de demonstrar eventuais benefícios que se podem conquistar através de mudanças normativas em matéria de interrupção voluntária da gravidez, em definitivo, não é nela que reside qualquer palavra final,<sup>395</sup> a qual só pode se dar a nível constitucional.

À vista disso, resumiremos a grande questão: *o texto constitucional, ao determinar, no respetivo artigo 24º, nº 1, que “a vida humana é inviolável”, inclui a vida pré-natal?* Para fornecer uma resposta assertiva à tal indagação, nos parece pertinente, em um primeiro momento, delimitar a que se refere o vocábulo “vida humana” no corpo legal. Se a lei proclama, *in verbis*, que “a vida humana é inviolável”, se faz necessário circunscrever a extensão desta inviolabilidade, ou seja, a partir de quando a vida humana é inviolável nos termos do preceito legal.

---

<sup>391</sup> PEREIRA, Rui (1995) p. 55.

<sup>392</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 76.

<sup>393</sup> BRITO, Diogo Lorena (2007) p. 61-62.

<sup>394</sup> Como pontua ZAPATERO, Luis Arroyo (1980): “A manutenção da proibição total vigente ou a legalização de algum sistema de interrupção voluntária da gravidez é algo que o legislador ordinário pode – e deve – resolver desde já, embora a decisão do legislador deva, evidentemente, adequar-se aos princípios e orientações que derivam do ordenamento constitucional”. (p. 198).

<sup>395</sup> ZAPATERO, Luis Arroyo (1980) p. 195.

### 3.2 O início da vida humana:

Nos parece inevitável ter de recorrer a critérios científicos para determinar, precisamente, o momento em que se dá o início da vida. Destituída de sentido racional seria tentar responder a indagação a que nos propusemos sem determinar, biologicamente, quando se dá o marco inicial da existência humana.

O questionamento sobre o início da vida humana perdura desde os tempos mais remotos: as antigas concepções, carregadas de ídoles filosóficas, que buscavam determinar o marco temporal do início da vida humana, adotando como momento crucial o da “animação”; ou até mesmo, os questionamentos sobre a amplitude da autonomia do produto da concepção em relação à mãe, que, por muito, foi tido como uma mera extensão do seu corpo, não buscavam nada além de conferir respostas à esta indagação.<sup>396</sup> Acontece que, estas considerações foram sendo, paulatinamente, substituídas pelas constatações científicas. Por seu turno, estas conquistas trouxeram novas ponderações em torno do fenômeno da gestação e do próprio ciclo da vida: a gravidez deixa de se materializar como uma realidade desconhecida, em que cabem especulações das mais diversas ídoles sobre a sua natureza, para dar lugar à uma maior compreensão do desenvolvimento embrionário através da ciência.

Daí que a grande voz na matéria deixa de ser determinada pelas suposições de ídoles múltiplas, em prol de verdadeiras comprovações científicas. Com o avanço atual da biologia, da medicina e da ciência como um todo, é possível delimitar as etapas de desenvolvimento do novo ser, que passa a ser reconhecido pela complexidade da sua evolução.<sup>397</sup>

Por isso, parece-nos evidente que, a melhor resposta a ser dada a indagação do que se considera vida humana, deverá ser baseada em critérios científicos que, há tanto, evoluíram na percepção da gravidez em si, bem como no entendimento das etapas de desenvolvimento da vida.<sup>398</sup> É de todo conhecido que, biologicamente, a vida humana começa com a fecundação, de modo que a união do espermatozoide e o óvulo dão lugar a

---

<sup>396</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (1989) p. 147-148.

<sup>397</sup> “As autoridades clássicas do passado – S. Tomás e Aristóteles – são hoje substituídos por galardoados como Prêmio Nobel”. (GAFO, Javier (1984). p. 108-109).

<sup>398</sup> Concordamos com PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 9, LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 343 e GOUVEIA, Jorge Bacelar (2009) p. 40 quando afirmam que devem ser rejeitadas teses sobre o início da vida destituídas de qualquer apoio em dados científicos.

um zigoto de código genético único, distinto geneticamente das células que o originaram.<sup>399</sup> Acreditamos ser de grande valia trazer ao texto deste artigo a definição, *in verbis*, trazida por Gafo (1985) sobre a natureza do zigoto:

“É uma realidade minúscula de 0,15 mm de diâmetro, mas nos seus 46 cromossomas estão já programados os traços do ser humano. As suas centenas de milhões de genes ou factores hereditários são os próprios da espécie humana. Neles estão programadas todas as características dum ser humano concreto. Desde o princípio, é ele que começa a dirigir o processo do seu desenvolvimento, de tal maneira que se pode dizer que é ele, num duplo sentido, o “arquitecto” de si mesmo: porque tem programados os planos do que ele mesmo vai ser e porque é ele que sintetiza, desde o princípio, as substâncias bioquímicas, as suas enzimas específicas, diferentes das da mãe, que irão moldando todo o seu desenvolvimento. Desta forma se inicia um processo contínuo, linear e sem saltos, pelo qual se constitui, com uma assombrosa rapidez, um ser cuja morfologia será humana e cujos órgãos principais já estão formados aos dois meses, altura em que o seu tamanho não excederá os 3 cm.

A partir desta data, o desenvolvimento embrionário limita-se apenas a um melhor acabamento do feto, a um notável aumento de tamanho e de peso, à aquisição da capacidade de poder viver fora do seio materno, com uma autonomia limitada, a partir do nascimento.”<sup>400</sup>

Determinado, portanto, o início da vida humana sob uma perspectiva biológica, cabe agora transpor estes conhecimentos para o âmbito do Direito Penal e delimitar quando se inicia a tutela penal da vida humana. Nesse sentido, cumpre indagar: *se os avanços científicos permitem determinar o início da vida já na concepção, deve a norma penal tutelar a vida humana a partir deste momento?*

### **3.3 O início da tutela penal da vida humana:**

Evidentemente, seguindo-se da mesma metodologia da questão anterior, também aqui não poderíamos nos desvencilhar dos importantes esclarecimentos científicos em relação ao desenvolvimento embrionário: por volta do quinto dia após a fecundação inicia-se um processo chamado de *nidação*, que nada mais é do que a implantação do óvulo fecundado no útero materno. Este processo não se encontrará findo até o 14º dia após a fecundação, sendo que há 50% de chance que o óvulo, por causas naturais, não se implante

---

<sup>399</sup> Também em GODINHO, Inês Fernandes (2013). “Problemas jurídico-penais em torno da vida humana”. *IN*: Costa, José de Faria; Kindhäuser, Urs (2013) *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. p. 60; PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 10; LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 343. GOUVEIA, Jorge Bacelar (2009) p. 40.

<sup>400</sup> GAFO, Javier (1984). p. 109-110.

no útero.<sup>401</sup> Levando em consideração a falta de estabilidade na continuidade da gestação neste período, determinado por questões meramente biológicas, para efeitos jurídico-penais somente após a nidação pode-se falar em proteção à vida intrauterina.<sup>402</sup> Nesse sentido, ainda que, biologicamente, já se possa falar em vida humana desde a concepção, para efeitos de tutela penal, só se poderá falar em vida intrauterina após a nidação.<sup>403</sup>

Para melhor elucidar a questão, trazemos aqui o pensamento de Godinho (2013), que delimita três fases da relação entre o Direito Penal e o processo de formação de um novo ser humano: uma primeira fase, entre o momento da concepção e o da nidação, durante a qual a vida humana não se beneficia de proteção penal; uma segunda fase, que compreende o período entre a nidação e o início dos trabalhos de parto, que encontra proteção penal pela enunciação dos crimes contra a vida intrauterina; e uma terceira fase, que compõe o tempo entre o início dos trabalhos de parto e a morte, que também é digna de salvaguarda penal através da previsão dos crimes contra a vida.<sup>404</sup>

### **3.4 Afinal, o artigo 24º, nº 1 da CRP compreende a vida intrauterina?**

Nos resta, agora, o dever de investigar o verdadeiro alcance do vocábulo “vida humana” incluído no texto do artigo 24º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa. A partir da determinação dada a este preceito legal, poderá se aferir a extensão da tutela que o texto constitucional concede ao ser não nascido. De forma a elucidar a questão, contaremos com a distinção doutrinária defendida por Pereira (1995) e Silva (2017), que classificam em três as respostas que são usualmente dadas à esta pergunta:<sup>405</sup>

---

<sup>401</sup> CUNHA, José Manuel Damião da (2012). p. 225. Brito, Teresa Quintela (2007) p. 426. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995) p. 365. SILVA, Fernando (2017) p. 195-196. Godinho, Inês Fernandes (2013) p. 62.

<sup>402</sup> Para CUNHA, José Manuel Damião da (2012), algumas questões de praticabilidade justificam o fato de apenas depois de transcorridos alguns dias da concepção: antes dela, dificuldades na prova em relação à certeza da existência do embrião antes da sua implantação no útero materno, bem como a conscientização da mulher sobre a sua própria gravidez. (p. 225).

<sup>403</sup> É exatamente por essa razão que a utilização de métodos impeditivos da nidação do óvulo já fecundado, como o dispositivo intrauterino ou a pílula do dia seguinte não constituem crime de aborto. (BRITO, Teresa Quintela (2007) p. 426. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995) p. 365. SILVA, Fernando (2017) p. 196. CUNHA, José Manuel Damião da (2012). p. 226).

<sup>404</sup> GODINHO, Inês Fernandes (2013) p. 62-63.

<sup>405</sup> PEREIRA, Rui Carlos (1995). p. 55. SILVA, Fernando (2017). p. 190.

### 3.4.1 A Informação-Parecer n° 31/82 da Procuradoria-Geral da República<sup>406</sup>:

Em 1982, quando da apresentação do Projeto n° 309/III, de autoria do Partido Comunista Português<sup>407</sup>, a Procuradoria-Geral da República se manifestou acerca de eventual inconstitucionalidade dos preceitos legais que autorizavam a interrupção da gravidez, em determinadas circunstâncias, quando confrontados com o artigo 24°, n° 1 da Constituição da República Portuguesa. Também foi levantada a questão de, se no âmbito do artigo 67°, d da lei maior, ao incumbir-se ao Estado o dever de “garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes” não estaria incluída a interrupção voluntária da gravidez dentro das “estruturas jurídicas e técnicas” a que se refere o artigo.<sup>408</sup>

A PGR, durante toda a argumentação desenvolvida no Parecer, admite a dificuldade em se determinar, precisamente, a abrangência do conceito “vida humana” perfilhado pelo legislador constituinte. Nesse sentido, afirma que a letra da lei, por si só, teria amplitude suficiente para também abranger a vida pré-natal para além da vida após o nascimento.<sup>409</sup>

Daí que a argumentação do órgão se baseou, essencialmente, no elemento histórico que envolveu a composição do artigo 24°, n° 1 da CRP: examina-se qual teria sido, afinal, a intenção do legislador ao declarar a inviolabilidade da vida humana e a intencionalidade da omissão expressa à inclusão da vida pré-natal no tocante ao direito à vida. Assumindo como ponto de partida o fato de que “a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir, a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo, sobretudo, em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”<sup>410</sup>, busca-se transportar à realidade do legislador constituinte quando da concepção da norma.

Nesse sentido, depreende-se o debate através de uma vertente voltada essencialmente aos antecedentes históricos que presidiram a elaboração do artigo 24° da CRP. É sustentado pela Informação-Parecer que, quando da feitura da norma em questão, já existia uma

---

<sup>406</sup> Informação Parecer da Procuradoria Geral da República n° 31/82 de 13 de abril de 1982. *IN*: Boletim do Ministério da Justiça, n° 320.

<sup>407</sup> Cf. Capítulo 2.2.1 deste trabalho.

<sup>408</sup> *Op. cit.* p. 233.

<sup>409</sup> *Idem.* p. 260.

<sup>410</sup> *Idem.* p. 260.

discussão aberta a respeito de soluções alternativas à criminalização do aborto em diversos setores. Dito isso, apreende-se que, caso fosse, realmente, da intenção do legislador constituinte consagrar o direito à vida em toda a sua amplitude, de forma a incluir a vida pré-natal no preceito, o legislador o poderia ter feito diretamente na redação do artigo em questão.<sup>411</sup>

Nesse sentido, a Informação Parecer recorreu fortemente ao elemento histórico da formação do artigo 24, nº 1 da CRP: pela análise das atas dos trabalhos preparatórios, nota-se que, para além do facto de o texto ter sido aprovado por unanimidade e sem discussão,<sup>412</sup> sequer sendo levantada a questão da abrangência, ou não, da vida pré-natal no âmbito do artigo, a única referência feita pelos deputados reside sobre a congratulação da abolição da pena de morte, que acabou por culminar na sua proibição através do nº 2 do artigo 24º do texto constitucional.<sup>413</sup>

Sendo assim, compreende-se que o legislador constituinte, quando da elaboração da norma que determina a inviolabilidade da vida humana, apenas se empenhou em esclarecer expressamente a vertente de proibição à pena de morte, não sendo levantada qualquer questão sobre a inclusão, ou não, da vida pré-natal no âmbito de proteção do artigo, ou qualquer outra referência relevante à temática do aborto.

Ora, se os ventos de mudança já culminavam em discussões doutrinárias sobre o tema do aborto, bem como da sua compatibilidade constitucional, e o legislador ordinário não se empenhou em dar uma resposta expressa à questão na redação do artigo 24º da CRP, entende-se não ser possível concluir que haja “qualquer vestígio de ligação entre o direito consagrado e o interesse na proteção do feto”.<sup>414</sup> Por seu turno, a Procuradoria-Geral da República conclui que “os critérios interpretativos utilizáveis não são decisivos para afastarem a dúvida sobre se a garantia do direito à vida, consagrada no [então] artigo 25º (...) abrange a vida humana em gestação”.

Com efeito, a PGR não afirma assertivamente que a vida pré-natal se encontra abarcada pelo conceito de “vida humana” declarado pelo artigo 24º da Constituição, mas também não o nega por completo. Na verdade, o que esta postura de incerteza reforça é o tamanho da dúvida que repousa sobre o tema. Prova disso é a seguinte passagem da

---

<sup>411</sup> *Idem.* p. 245.

<sup>412</sup> *Idem.* p. 260.

<sup>413</sup> *Idem.* p. 231.

<sup>414</sup> *Idem.* p. 266.

Informação Parecer: “em matéria assim controvertida quanto ao bem ou interesse jurídico protegido com a incriminação do aborto parece problemático afirmar com o rigor necessário que o legislador constituinte tenha pressuposto um conceito de vida humana em sentido lato”.<sup>415</sup>

A hesitação da Informação-Parecer nº 31/82, em não reconhecer, com segurança, que a vida intrauterina se encontra abrangida pelo conceito de “vida humana” referido no artigo 24º da Constituição, recebeu fortes críticas da doutrina portuguesa, especialmente pelo foco exclusivo que se deu ao elemento histórico.<sup>416</sup> Para grande parte da doutrina, o facto de o legislador constituinte não ter mencionado expressamente a abrangência da vida pré-natal no corpo do artigo não significaria, necessariamente, uma intenção em excluí-la da proteção constitucional. Para Almeida Costa (1984), a explicação mais plausível para a ausência de qualquer alusão ao problema do aborto residiu no fato de, tratando-se de uma questão muito controvertida, sobre ela não se querer tomar posição imediata.<sup>417</sup> Para Brito (2007) “não pode ser a mesma Constituição – sob pena de “manchar” a sua unidade valorativa – a proscrever, por um lado, a eliminação da vida de quem dolosa e gravemente atentou contra os valores primordiais da comunidade nacional; e a admitir – ou, pelo menos, a não rejeitar com todo o vigor –, por outro, a ausência de qualquer tutela (...) da vida de quem não pode fazer perigar qualquer valor social que seja”.<sup>418</sup>

Ademais, a fundamentação utilizada no instrumento seria dotada de uma interpretação subjetivista, que já se encontra ultrapassada em prol de interpretações objetivas da norma constitucional.<sup>419</sup> Nesse sentido, Canotilho (1993), ao abordar o princípio da máxima efetividade, sublinha que, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, deve preferir-se a interpretação que reconheça a sua maior eficácia.<sup>420</sup> No caso em epígrafe, a Procuradoria-Geral da República teria deixado de conferir à norma a devida amplitude, que deveria seguir-se no sentido de conceder a maior amplitude possível à inviolabilidade da vida humana.

---

<sup>415</sup> *Idem.* p. 245.

<sup>416</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 80. BRITO, Diogo Lorena (2007) p. 71. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 345.

<sup>417</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 79. O mesmo autor também afirma: “Não parece que a simples circunstância de os deputados apenas se reportarem à abolição da pena de morte constitua que o legislador só pretendeu dispensar a protecção à vida humana posterior ao nascimento”. (*Ibidem*).

<sup>418</sup> BRITO, Diogo Lorena (2007) p. 69.

<sup>419</sup> COSTA, Eduardo Maia (2006) p. 20. Também em COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 80.

<sup>420</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1993). *Direito Constitucional*. 6ª edição revista. Coimbra: Livraria Almedina. p. 228.

De qualquer modo, resta evidente que a Informação-Parecer nº 31/82, ao não constatar a existência de fortes motivos para se concluir que a vida humana pré-natal esteja incorporada na expressão “vida humana” consoante do artigo 24º da Constituição, foi na contramão do entendimento maioritário que compreende que a vida do feto se encontra abrangida pelo preceito constitucional que confere a inviolabilidade da *vida humana*.

### **3.4.2 A vida humana está abrangida pelo artigo 24º, nº 1 da CRP:**

Em contrapartida ao entendimento emitido pela PGR, para uma outra vertente doutrinária, a vida intrauterina encontra-se, seguramente, compreendida pelo artigo 24º, nº 1 da Constituição. Nesse sentido, José Manuel Cardoso da Costa, na argumentação do seu voto de vencido no Acórdão 25/84 do TC, afirma que a proteção constitucional da vida “não tem sentido se nela não for incluída, antes de mais, a possibilidade de nascer”<sup>421</sup>

A grande complexidade desta posição reside no fato de valorizar a inviolabilidade da vida humana em tão elevado grau, que tal deve ser equiparada à vida já nascida, devendo ser tida quase como um direito absoluto,<sup>422</sup> que não poderia ser sacrificado senão em raríssimas exceções.<sup>423</sup>

A consequência prática deste entendimento reside, nomeadamente, na resposta que será dada a um eventual conflito entre bens jurídicos que podem decorrer em situações de gravidez indesejada. Sob tal perspectiva, no caso particular do crime de aborto, inexistiria uma alternativa apta a conciliar harmoniosamente os direitos em conflito: ou protege-se a vida do feto e compele-se a mulher a prosseguir com a gravidez, ou se desampara a vida pré-natal, permitindo a sua supressão em prol de outros interesses da mãe.<sup>424</sup> Esta alternatividade, não poderia ser resolvida pelo princípio da concordância prática:<sup>425</sup> a

---

<sup>421</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 25.

<sup>422</sup> Voto de vencido do ministro Messias Bento no Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional: “A vida humana (...) é, sem margem para dúvidas, um daqueles valores que não podem se objecto de qualquer relativização”. (p. 38)

<sup>423</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 81.

<sup>424</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998), dada a específica estrutura do bem vida humana, se refere a uma lógica do “tudo ou nada” (p. 381).

<sup>425</sup> De acordo com CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1993). este princípio “impõe a coordenação e a combinação de bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de um em relação aos outros”. (p. 228).

resolução de eventuais conflitos deveria se dar, portanto, através da *ponderação abstrata* dos bens jurídicos, devendo prevalecer o de maior valor.<sup>426</sup>

Levando-se em conta este entendimento, diante do valor intrínseco e primordial que assume o direito à vida no ordenamento constitucional, e, tendo-se em conta que, em caso de conflito, deverá prevalecer o de maior valor, a vida intrauterina deve prevalecer sobre outros eventuais direitos da mulher.<sup>427</sup> A única exceção a tal regra seria, especificamente, o caso em que a *vida* da mulher esteja ameaçada com o prosseguimento da gestação. Uma vez equiparada a vida intrauterina com a vida já nascida, estaríamos diante de um conflito entre duas vidas, de dois bens de mesma valoração, o que justificaria a supressão de uma em detrimento da outra.<sup>428</sup> Como sinaliza Costa (1984), em tais situações, a questão consiste em uma alternativa, não entre salvar a vida da mãe ou do feto, mas entre perder as duas vidas ou preservar uma delas, que só pode ser a da mãe.<sup>429</sup> Portanto, tratar-se-ia, na verdade, de um conflito que poderia ser facilmente resolvido pela cláusula geral do estado de necessidade da Parte Geral do Código Penal.<sup>430</sup>

Especificamente nas situações de conflito que envolvem a indicação terapêutica que busca preservar a saúde física e psíquica da mulher, a fetopática, a criminológicas e a socioeconômica, segundo este entendimento, certamente, não haveria espaço para se permitir que o valor inerente à vida humana pudesse ser sacrificado em favor destes outros interesses da mulher que não representam a mesma transcendência que a vida humana.<sup>431</sup>

Especificamente no tocante à indicação fetopática, para além de evidente que deva prevalecer o direito à vida do feto quando em conflito com as futuras angústias dos progenitores, há quem entenda que a permissão legal para que se dê a interrupção da gravidez nestes casos violaria o princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 13º, nº 1 e 2

---

<sup>426</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 83-84. Também em PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 29.

<sup>427</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 30. e GOUVEIA, Jorge Bacelar (2009) sustentam que, diante da importância da vida no ordenamento jurídico, não restam dúvidas quanto a superioridade da vida intrauterina.

<sup>428</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 33. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995) p. 396. COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 84.

<sup>429</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 84.

<sup>430</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 84. Também em PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 33 e nos votos de vencido dos Juizes José Manuel Cardoso da Costa (p. 28), Messias Bento (p. 39) e Armando M. Marques Guedes (p. 40) do Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional

<sup>431</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1985) p. 84. Também em PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 30 e GOUVEIA, Jorge Bacelar (2009) p. 55 e no voto de vencido do Juiz Mário Augusto Fernandes Afonso (p. 31) do Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional.

da Constituição. Para Patto (2005), além desta diferenciação de tratamento ser uma forma de discriminação que não encontra fundamento racional na CRP, no caso especial da vida intrauterina, dado o seu caráter indefeso, a tutela deveria, inclusive, ser reforçada.<sup>432</sup>

Também no tocante à indicação criminológica, o conflito entre o direito à vida do feto e o estado psíquico de repúdio da gravidez por parte da mulher, deve prevalecer o primeiro. Nesse sentido, como afirma Mário Augusto Fernandes Afonso (1984) em seu voto de vencido no Acórdão nº 25/84 do Tribunal Constitucional, é “absolutamente inaceitável que o Estado legitime se esbatam as consequências indesejadas de um crime através da prática de outro crime, e este de eliminação da vida humana, cuja inviolabilidade se encontra decretada pela Lei Fundamental, e cuja tutela incumbia exatamente ao próprio Estado”.<sup>433</sup>

Também a indicação económico-social traduziria uma situação em que a vida intrauterina deve prevalecer sobre a prosperidade e estabilidade familiar. Inclusive, para Costa (1985), do conflito entre o direito à vida do nascituro e um “egoísmo confessado” por parte da mãe, seria de duvidosa justeza dar prevalência ao segundo.<sup>434</sup>

Para além destas considerações, o acolhimento da equiparação entre a vida intrauterina e a vida posterior ao nascimento também revela outra dimensão: a da imprescindibilidade de se tratar do aborto através dos meios penais.<sup>435</sup> Sendo a vida pré-natal integrante do conceito de “vida humana” tutelado pelo artigo 24º, nº 1 da CRP, da sua previsão constitucional decorreria um mandado implícito de criminalização,<sup>436</sup> que vincula o legislador ordinário a proteger o bem jurídico em questão da maneira mais eficiente possível.<sup>437</sup> Uma vez que o aparato sancionatório possui a maior força disponível ao ordenamento para a contenção de comportamentos, certamente que, diante de um bem jurídico de tamanha importância, não poderia o legislador ordinário não se utilizar do Direito Penal como forma de salvaguarda à vida humana.

---

<sup>432</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005) p. 21.

<sup>433</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 31.

<sup>434</sup> COSTA, António Manuel de Almeida (1984) p. 83.

<sup>435</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995) p. 384. Também em GOUVEIA, Jorge Bacelar (2009) p. 42. e nos votos de vencido dos Juízes José Manuel Cardoso da Costa (p. 25-26), Mário Augusto Fernandes Afonso (p. 30) e Messias Bento (p. 36) do Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional.

<sup>436</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 353 e o voto de vencido do Juiz José Manuel Cardoso da Costa (p. 26) do Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional.

<sup>437</sup> É o que sustenta COSTA, António Manuel de Almeida (1984) quando declara que a “inviolabilidade” da vida humana surgiria como um imperativo que compele o legislador a prover à vida humana, seja ela antes ou depois do nascimento, uma proteção intensificada. (p. 81).

Esta posição, apesar de contrária à tomada pela Informação-Parecer n° 31/82 no tocante ao reconhecimento da vida intrauterina como abarcada no conceito de vida humana do artigo 24°, n° 1 da Constituição da República Portuguesa, também foi objeto de críticas, especificamente no tocante à equiparação da intrauterina com a vida já nascida. Para alguns, tal paridade não se justificaria pelo simples fato de instituir um caráter absoluto ao direito à vida, de forma que não possa ser sacrificado quando em conflito com outros interesses constitucionalmente protegidos. Como pontua Pereira (1995), “a inviolabilidade da vida humana não implica que se qualifique como ilícito criminal qualquer atentado contra ela”, recordando que em determinadas circunstâncias a vida pode ser sacrificada em legítima defesa e conflito de deveres.<sup>438</sup>

Para além disso, levanta-se a questão de que o próprio ordenamento jurídico tratou de diferenciar as penas do aborto às do homicídio de forma que, embora ambos protejam o bem jurídico vida, ao segundo são previstas penas mais graves, além de não se verificar a incriminação do aborto negligente ou as ofensas à integridade do feto.<sup>439</sup> Em contrapartida, argumenta-se, pelos defensores da equiparação das vidas pré e pós-natal, que desta afirmação não pode ser retirada nenhuma conclusão legitimadora do aborto, uma vez que em casos de legítima defesa ou conflito de deveres, há a injusta agressão, condição que não pode ser atribuída ao embrião ou ao feto.<sup>440</sup> Nesse sentido, Almeida Costa (1985) entende que a inviolabilidade da vida humana preconizada no artigo 24°, n° 1 da Constituição não pretende dizer que em caso algum possa ser violada, mas que há de se punir toda conduta que contra ela atentar.<sup>441</sup>

### **3.4.3 A posição do Tribunal Constitucional:**

#### **3.4.3.1 O Acórdão n° 25/84:**

Este debate que tomou a doutrina penal e constitucional portuguesa, quer seja o de estar, ou não, a vida intrauterina abrangida no conceito de “vida humana” do artigo 24°, n° 1 da Constituição foi apreciada pelo Tribunal Constitucional em 1984. A pedido do Presidente da República, em apreciação preventiva de constitucionalidade, o Tribunal

---

<sup>438</sup> PEREIRA, Rui (1995) p. 57.

<sup>439</sup> *Idem*.

<sup>440</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). p. 27.

<sup>441</sup> COSTA, António Manuel de Almeida p. 81.

repousou sobre a nova redação que se pretendia dar ao artigo 140º do Código Penal pelo Projeto de Lei nº 265/III, que mantinha, em regra, a ilicitude do aborto, prevendo-se causas de exclusão da ilicitude nos casos de motivações terapêuticas, fetopáticas e criminológicas, uma vez cumpridos determinados requisitos formais e temporais.<sup>442</sup>

De forma inicial, e a fim de contextualizar o âmago da problemática constitucional, o Tribunal trata dos antecedentes legislativos que buscaram introduzir mudanças no tratamento do aborto em Portugal. Desta forma, relembra a apresentação de projetos pelo Partido Comunista Português já em 1982, que não restaram aprovados pela Assembleia da República<sup>443</sup> bem como o diploma em causa, de autoria do Partido Socialista, que futuramente viria a culminar na Lei nº 6/84. Também se faz menção ao Anteprojeto de Código Penal de autoria do Professor Eduardo Correia, que, já em 1966 contemplava a problemática do aborto terapêutico, e as suas respetivas discussões pela Comissão Revisora.<sup>444</sup>

De qualquer modo, o TC aponta que é preciso, primeiramente, compreender a razão pela qual, pouquíssimo tempo após a entrada em vigor do novo Código Penal de 1982, o legislador tenha sentido a necessidade de alterar o texto referente ao aborto. E o acórdão argumenta que a falta de alteração no regime legal conferido à interrupção da gravidez pelo novo código, ao não se servir dos benefícios decorridos do debate do Anteprojeto, bem como o que teve lugar na Assembleia da República em 1982, culminou na manutenção das críticas que eram imputadas ao código anterior. Como razão para a inexistência de modificações, o Tribunal aponta a possibilidade de ter-se entendido que, para os casos de conflitos, sempre se poderia recorrer às fórmulas da Parte Geral ou por “não se ter 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 (...)”.<sup>445</sup>

Mais adiante, o Tribunal Constitucional também reforça a expressividade do tema do aborto, não apenas em Portugal, mas em outras nações europeias, em particular na Alemanha, Itália e França. Todos esses países, para além das discussões legislativas que se esforçavam em introduzir mudanças no tratamento concedido à interrupção voluntária da

---

<sup>442</sup> Cf. Capítulo 2.3.2 deste trabalho.

<sup>443</sup> Cf. Capítulo 2.2.3 deste trabalho.

<sup>444</sup> Cf. Capítulo 2.1 deste trabalho.

<sup>445</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 6.

gravidez, também demandaram decisões das cortes superiores, especificamente no tocante à constitucionalidade da norma que despenaliza o aborto em determinadas circunstâncias.<sup>446</sup>

Também busca o TC elucidar a ideia de que não caberia à sua competência, em respeito ao artigo 114º da Constituição da República Portuguesa, interferir nos poderes legislativos da Assembleia da República e, por exemplo, “avaliar até que ponto a nova lei sobre o aborto, por si ou combinada com as outras leis de defesa da maternidade, planeamento familiar, etc., será capaz de realizar o objetivo de, pelo menos, diminuir as já referidas cifras negras relativas aos abortos clandestinos”.<sup>447</sup> O que lhe cabe é, diante do reconhecimento de que a Constituição é “um código de parâmetros dentro dos quais há-de desenvolver o poder legislativo (...), que deixa a este uma margem de liberdade ou de poder discricionário mais ou menos amplo, sobretudo quando o sentido daquela é ambíguo ou equívoco”, apenas “censurar juridicamente quando ele contraria manifestamente a ordem constitucional de valores, quando o legislador adote valorações inequivocamente refutáveis ou manifestamente erróneas”.<sup>448</sup> Para Brito (2007), esta argumentação é justificada pelas acaloradas discussões que se desenvolviam na sociedade portuguesa e a grande expectativa da primeira posição do TC na matéria.<sup>449</sup>

A fundamentação do Tribunal Constitucional se inicia pela afirmação de que as alterações previstas mantêm o princípio da ilicitude do aborto, apenas abrindo-se espaço a três tipos excepcionais – nomeadamente as indicações terapêutica, fetopática e criminológica – não sendo possível, portanto, falar-se em “descriminalização” da interrupção voluntária da gravidez, mas apenas de uma “despenalização parcial ou limitada”.<sup>450</sup> E, manter ilicitude do aborto como regra, de acordo com o acórdão, serve de grande valia para os fins pedagógicos da sanção penal.<sup>451</sup>

Ao adentrar especificamente no mérito da questão, quer seja, a de saber se a despenalização do aborto em certas circunstâncias é compatível com o direito à vida proclamado pelo artigo 24º, nº 1 da Constituição, o Tribunal Constitucional buscou se afastar da tese então defendida na Informação-Parecer nº 31/82 da Procuradoria-Geral da República

---

<sup>446</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 7-11.

<sup>447</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 11-12.

<sup>448</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 12.

<sup>449</sup> BRITO, Diogo Lorena (2007) p. 64.

<sup>450</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 16.

<sup>451</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 17.

ao determinar, com segurança, que a vida intrauterina se encontra abrangida no preceito constitucional<sup>452</sup>:

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.”<sup>453</sup>

A grande viragem do Acórdão 25/84 se dá no fato de, após a afirmação de que a vida intrauterina se encontra abrangida pela expressão “vida humana” presente no artigo 24º, nº 1 da CRP, restar determinado que, dessa afirmação, não decorre a impossibilidade de este direito ter de ceder em determinadas circunstâncias. De pronto, reconhece-se que o vocábulo “inviolável”, determinante do artigo em análise, transmite a ideia de que os direitos assim declarados pelo texto constitucional são “mais fortes e vinculativos para as entidades públicas e privadas”<sup>454</sup>, porém, daí não se retira que tenham que valer com este elevado grau de vinculação em todas as situações. Segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, embora a vida intrauterina e a vida da mãe aparentem ser iguais e isto, inclusive, reste confirmado pela ciência, esta resolução não seria suficiente para o Direito, que ainda as têm longe de uma plena equiparação.<sup>455</sup> Caberia, então, ao legislador ponderar o sacrifício de uma em face da outra, desde que restem respeitados os parâmetros de proporcionalidade, adequação e necessidade.<sup>456</sup> Em harmonia com o que preceitua Costa (2006), as indicações se revelam, assim, como “situações de conflito tipificadas”, em que não é desproporcionado prever certas limitações à proteção conferida à vida intrauterina.<sup>457</sup>

Daí que o Tribunal Constitucional rompe, não apenas com a posição da Informação-Parecer nº 31/82 da Procuradoria-Geral da República, ao afirmar com mais confiança que a

---

<sup>452</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 18. “Pendemos para dar uma certa inflexão a todo o pensamento da referida Informação-Parecer da Procuradoria-Geral da República num sentido mais afirmativo (...)” (p. 20).

<sup>453</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 18.

<sup>454</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 20.

<sup>455</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 23.

<sup>456</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 23.

<sup>457</sup> COSTA, Eduardo Maia (2006) p. 20.

vida intrauterina se encontra abrangida pelo artigo 24º da CRP, mas também com a vertente doutrinária que advoga a favor da equiparação da vida intrauterina e da vida nascida. Segundo o entendimento desenvolvido pelo Acórdão nº 25/84, a vida intrauterina está, sim, compreendida no vocábulo “vida humana” o qual a CRP declara a inviolabilidade, porém, é justificado e proporcionado que a primeira tenha de ceder quando em conflito com outros direitos constitucionalmente protegidos da mãe, pelo fato de não se poder garantir, a nível jurídico, uma equiparação entre a vida pré-natal e a vida nascida.

Para além disso, o acórdão também introduz uma ideia que será desenvolvida mais extensivamente na nova oportunidade que se terá o TC de apreciar este mesmo projeto de lei: afirma-se que “o nascituro, enquanto já concebido, é já um ser vivo humano, portanto, digno de proteção, mas enquanto <não nascido> não é ainda um indivíduo autónomo e, nesta medida é só um homem em devir”.<sup>458</sup> Este é apenas o primeiro passo que o Tribunal Constitucional dá em direção a uma diferenciação entre o direito à vida que se concede ao feto e o direito à vida propriamente dito do ser já nascido. Daí a justificação para que o direito à vida do feto tenha de ceder quando em conflito com outros direitos da mulher: a tutela constitucional que se concede à vida humana, apesar de compreender a vida intrauterina, não assume a mesma intensidade do direito à vida do ser humano já nascido.<sup>459</sup>

#### **3.4.3.2 O Acórdão nº 85/85:**

Em 1985, o Provedor de Justiça requereu ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 140º e 141º do Código Penal (na redação dada pela Lei nº 6/84) por suposta violação do artigo 24º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa. Nesse seguimento, restou novamente à corte superior a incumbência de determinar a constitucionalidade das mesmas hipóteses de despenalização do aborto, nos mesmos termos aresto anterior.<sup>460</sup> O pedido fundamentou-se no fato de que, uma vez determinado pelo Acórdão 25/84 que a vida humana intrauterina encontra-se abrangida na expressão “vida humana” do preceito constitucional que garante o direito à vida, não caberia a exclusão da

---

<sup>458</sup> Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 18.

<sup>459</sup> Cf. Antunes, Maria João (2011) “A Constituição e os princípios penais”. In: *Tribunal Constitucional, XII Conferência Trilateral Itália-Espanha-Portugal. Relatório Português*. Madrid, 13 a 15 de outubro. p. 11-12.

<sup>460</sup> “A questão de constitucionalidade que é presente ao Tribunal é em tudo idêntica à que motivou o Acórdão 25/84. Não há elementos novos, nem quanto ao âmbito das normas questionadas, nem quanto aos parâmetros constitucionais alegadamente infringidos”. (Acórdão 85/85 do Tribunal Constitucional. p. 4-5).

ilicitude de condutas que suprimem a vida humana qualificada como inviolável. Ressalvar-se-ia apenas ao aborto terapêutico a justificação pelo fato de se tratar de uma situação de conflito entre direitos equiparados.<sup>461</sup> Trata-se aqui de uma tentativa de fazer com que o Tribunal declarasse a inconstitucionalidade das demais indicações, acolhendo o entendimento de que o conflito entre o direito à vida do feto e outros direitos da mulher grávida devem ser equiparados, sendo, portanto, desproporcional o sacrifício da vida humana intrauterina em favor destes.<sup>462</sup>

Nesse seguimento, o Tribunal Constitucional, no Acórdão 85/85, reforça algumas posições tomadas anteriormente em sede de fiscalização preventiva de constitucionalidade, a qual resultou o Acórdão 25/84, porém introduz algumas considerações com maior precisão do que o aresto anterior.<sup>463</sup> Basicamente, a fundamentação do aresto guia-se por duas posições: primeiramente, a retomada da posição de que a vida intrauterina, apesar de ser um bem constitucionalmente protegido e abarcado pelo texto do artigo 24º, nº 1 da Lei Maior, não pode ser equiparada à vida daquele que já nasceu, sendo legítimo que aquela tenha de ceder quando em conflito com outros direitos constitucionalmente previstos à mulher grávida; em segundo lugar, estatui que não há imposições constitucionais no sentido de que a proteção da vida intrauterina tenha de se dar, impreterivelmente, por meios penais.<sup>464</sup>

Assim, quanto à primeira vertente, o Tribunal Constitucional reforçou o posicionamento desenvolvido no Acórdão nº 25/84, de que a vida intrauterina compartilha da proteção constitucional que confere a inviolabilidade da vida humana. Porém, o nascituro não pode, efetivamente, gozar de tal proteção constitucional, uma vez que a ele não é conferido o estatuto de “pessoa”, sendo legítimo ter que ceder quando em conflito com outros direitos constitucionalmente protegidos.<sup>465</sup>

“É este um dado simultaneamente biológico e cultural, que o direito não pode desconhecer e que nenhuma hipostasiação de um suposto “direito a nascer” pode ignorar: qualquer que seja a sua natureza, seja qual for o momento em que a vida principia, a verdade é que o feto (ainda) não é uma pessoa, um homem, não podendo por isso ser directamente titular de direitos fundamentais enquanto tais. A protecção que é devida ao direito de cada homem à sua vida não é aplicável directamente, nem no mesmo plano, à vida pré-natal, intra-uterina”.<sup>466</sup>

---

<sup>461</sup> Acórdão 85/85 do Tribunal Constitucional. p. 4.

<sup>462</sup> Idem.

<sup>463</sup> Para COSTA, Eduardo Maia (2006), em comparação com o Acórdão nº 25/84, este novo aresto manteve similar argumentação, só que, desta vez, de forma mais explícita e precisa. (p. 21).

<sup>464</sup> Acórdão 85/85 do Tribunal Constitucional. p. 5.

<sup>465</sup> Acórdão 85/85 do Tribunal Constitucional. p. 5.

<sup>466</sup> Acórdão 85/85 do Tribunal Constitucional. p. 5-6.

Nesta lógica, nenhuma das situações de conflito que a então redação do artigo 140º do Código Penal previa, seriam “ilegítimas” ou “inaceitáveis” em termos constitucionais porque fazem prevalecer os direitos constitucionais previstos à mulher.<sup>467</sup> Assim, uma vez presentes as situações de conflito legalmente determinadas, “não se pode defender ser apropriado ou proporcionado impor à mulher grávida, mediante instrumentos penais, que sacrifique os seus direitos ou interesses constitucionalmente protegidos a favor da persistência da gravidez”.<sup>468</sup>

A segunda vertente da decisão do Tribunal Constitucional, quer seja a de que não se aufero do texto constitucional que a tutela a ser conferida ao nascituro tenha de se dar especificamente, através de meios penais, amplia os horizontes de algo que foi brevemente mencionado no Acórdão 25/84,<sup>469</sup> mas que agora resta devidamente fundamentado:

“Enquanto bem constitucionalmente protegido, também a vida intrauterina reclama portanto a protecção do Estado. Todavia, entre afirmar isso e sustentar que essa protecção tem de revestir, por força da Constituição, natureza penal, mesmo contra a mulher grávida (que em si aloja e sustenta o feto), vai uma enorme distância, não podendo por isso partir-se do princípio de que a ausência de protecção penal equivale pura e simplesmente a desamparo e desprotecção”.

Segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, seria “bastante mais gravosa a penalização indevida do que a falta de penalização, lá onde ela deveria existir: pode haver alternativas para a penalização, não há remédio para a penalização desnecessária ou injusta”.<sup>470</sup> Nesse sentido, reforça-se outros entendimentos de política criminal que afirmam que outros meios de tutela e combate ao aborto, diversos da criminalização, podem servir de instrumentos adequados para combater o aborto de maneira eficaz.<sup>471</sup>

#### **3.4.3.3. O Acórdão n.º 288/98:**

O Tribunal Constitucional, em 1998, foi convocado a se manifestar, em sede de fiscalização preventiva de constitucionalidade, a respeito da proposta de referendo nacional que viria, futuramente, convidar os cidadãos portugueses a responder seguinte pergunta:

---

<sup>467</sup> Acórdão 85/85 do Tribunal Constitucional. p. 6.

<sup>468</sup> Acórdão 85/85 do Tribunal Constitucional. p. 7.

<sup>469</sup> Acórdão n.º 25/84 do Tribunal Constitucional. p. 20.

<sup>470</sup> Acórdão 85/85 do Tribunal Constitucional. p. 7.

<sup>471</sup> Acórdão 85/85 do Tribunal Constitucional. p. 7.

*“concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”*.<sup>472</sup>

Este acórdão traz, novamente, importantes argumentos ao âmbito da interrupção voluntária da gravidez. Isto porque, para além das questões constitucionais sobre a adequação da pergunta e da própria validade de apreciação da matéria por via de referendo nacional, o Tribunal Constitucional, pela primeira vez, manifestou um juízo sobre a constitucionalidade de um modelo de prazos. Enquanto nos Acórdãos nº 25/84 e 85/85 o que estava em questão era saber se seria compatível com o valor consagrado à vida humana pelo artigo 24º, nº 1 da Constituição, um modelo de indicações, agora o que está em causa é uma alteração que buscava declarar impunível o aborto realizado nas primeiras 10 semanas de gestação, por requisição da mulher grávida.<sup>473</sup>

De qualquer modo, apesar de dizer respeito a uma solução legislativa distinta das anteriores, é importante a avaliação do Acórdão 288/98 à luz dos seus predecessores porque a jurisprudência construída pelo Tribunal Constitucional em matéria de aborto segue toda uma linha argumentativa que vai se desenvolvendo gradativamente de forma a, finalmente, alcançar um posicionamento final e decisivo sobre a questão.

O primeiro indicativo de que o acórdão iria no sentido da declaração de não inconstitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez a pedido da mulher, reside no estudo de direito comparado que foi desenvolvido. O TC afirma que, a maioria dos países que partilham da ideia de direitos fundamentais da pessoa humana, ainda assim, permitem a interrupção a gravidez nos primeiros meses de gestação por opção da mulher. Inclusive, relembra que os Tribunais Constitucionais estrangeiros, quando chamados a se manifestar sobre a proteção constitucional da vida intrauterina e o juízo de constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez para além de um sistema de indicações, seguiram no sentido do seu acolhimento.<sup>474</sup>

Nesse seguimento, o Tribunal Constitucional relembra que, desde o Acórdão nº 25/84, vem sido sustentado pelo colegiado que a vida intrauterina se encontra abrangida pelo

---

<sup>472</sup> Cf. Capítulo 2.6.3 deste trabalho.

<sup>473</sup> Na visão de COSTA, Eduardo Maia (2006), o Tribunal Constitucional foi agora confrontado com uma situação mais difícil que as anteriores: a pergunta que seria submetida a referendo “apontava inequivocamente para o modelo de prazos”. (p. 24).

<sup>474</sup> Acórdão 288/98 p. 30-31.

conceito de “vida humana” a que se refere o artigo 24º, nº 1 da CRP. Esta premissa culminou reforçada pelo Acórdão nº 85/85 e complementada na fração de que o reconhecimento de um direito objetivo à vida do feto não tem de assumir, necessariamente, o mesmo grau de densificação do direito à vida subjetivado em cada ser humano nascido. Agora, o Acórdão 288/98, avança no sentido de que essa diferenciação no tratamento entre a vida intrauterina e a já nascida encontra sustentação em toda uma tradição jurídica, que frequentemente tem admitido a sua distinção: a diferenciação entre o *quantum* das penas previstas aos “crimes contra a vida intrauterina” e os “crimes contra a vida”; a autonomização sistemática dos crimes *contra a vida intrauterina* e a não punição do aborto por negligência<sup>475</sup> seriam indicações neste sentido.

Para além dessas diferenças normativas, o acórdão fortalece este argumento através da seguinte passagem, que, dada a sua relevância, cumpre-nos transcrevê-la:

“Esta tutela progressivamente mais exigente à medida que avança o período de gestação, poderia encontrar, desde logo, algum apoio nos ensinamentos da biologia, já que o desenvolvimento do feto é um processo complexo em que ele vai adquirindo sucessivamente características qualitativamente diferentes (...); e também, para alguns, na história da filosofia e da teologia moral, onde são conhecidas, por exemplo as diferenciações medievais entre o *embryo formatus* e *informatus* (...); ou, ainda, na história jurídica comparada, já que, por exemplo, até 1803, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, o aborto só era punido se o feto já se movimentasse no ventre materno.”<sup>476</sup>

Nesta afirmação, precisamente, verifica-se que, da argumentação trazida pelo Tribunal Constitucional, encontram-se os elementos que foram por nós estudados nos capítulos anteriores: justifica-se a existência de uma herança jurídica de diferenciação entre a vida intrauterina e a vida já nascida, fundamentada no próprio histórico do tratamento jurídico concedido do aborto. Ademais, para além de se valer de elementos históricos, o TC argumenta que uma tutela progressiva da vida humana encontra também sustento em um “sentimento jurídico coletivo” de que é muito mais grave o aborto realizado quanto mais próximo do nascimento, do que aquele realizado no início da gravidez.<sup>477</sup>

Nessa orientação, o Tribunal Constitucional compreende que, na verdade, a despenalização da interrupção voluntária da gravidez a pedido da mulher, também pode ser resolvido através da ponderação de interesses: durante uma fase inicial da gestação, caberia

---

<sup>475</sup> Acórdão 288/98 p. 35.

<sup>476</sup> Acórdão 288/98 p. 36.

<sup>477</sup> *Idem*.

inteiramente à mulher a decisão de prosseguir ou não com a gravidez, predominando, assim, os seus direitos. Após o decurso do prazo de 10 semanas, à medida que a gestação avança, é a tutela do feto que prevalecerá sobre os outros direitos da mulher.<sup>478</sup>

E, o eventual reconhecimento da prevalência dos direitos da mulher na fase inicial da gravidez não significa, nos termos do acórdão, que não existe qualquer valoração à vida humana intrauterina nas primeiras semanas da gestação, uma vez que os direitos do feto prevalecerão quase que de maneira integral nas últimas semanas da gestação.<sup>479</sup>

Evidentemente que a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional, para a parcela da doutrina que valora fortemente o direito à vida, incluindo-se aqui a do feto, foi objeto de críticas por estabelecer uma diferenciação na valoração entre a vida pré-natal e a vida nascida. Nesse sentido, Patto (2005) afirma que não há qualquer fase do processo de desenvolvimento embrionário em que seja possível “estabelecer uma linha de fronteira” apta a definir a qualidade da vida humana, não restando justificada qualquer distinção entre a vida nascida e a ainda não nascida.<sup>480</sup> Também Loureiro (1998) defende que aceitar-se a ideia de que qualquer direito da mãe possa prevalecer sobre a vida do embrião seria algo como “esvaziar a proteção da vida intrauterina nesta fase” e, por mais que o direito à vida não seja absoluto, há de se reconhecer que possui um peso especial por ser a condição de possibilidade de outros direitos.<sup>481</sup>

De qualquer forma, é compreensível que a parcela da doutrina que já julgava ser de duvidosa legitimidade a previsão de indicações, diversas da terapêutica em sentido estrito, que justificariam a realização do aborto, terão ainda mais dificuldade em reconhecer a constitucionalidade da abertura à um modelo de prazos.

#### **3.4.3.4 O Acórdão nº 617/2006:**

Mais uma vez, o Tribunal Constitucional foi chamado a se pronunciar a respeito da constitucionalidade e da legalidade da proposta de Referendo que viria a ser realizado em 2006. Trata-se da mesma pergunta realizada pelo Referendo de 1998, sendo agora reapresentada: *“Concorda com a despenalização da interrupção da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente*

---

<sup>478</sup> *Idem.*

<sup>479</sup> Acórdão 288/98 p. 37.

<sup>480</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005) p. 6.

<sup>481</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). p. 351-352.

*autorizado?*”. Coube ao TC a tarefa de reapreciar a constitucionalidade das respostas possíveis de serem dadas em sede referendária (“sim” ou “não”).<sup>482</sup>

Apesar de a mesma pergunta já ter sido declarada não inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, o colegiado entendeu justificável reavaliar determinados elementos presentes no Acórdão 288/98, haja vista que o decurso do tempo entre as decisões apoiariam a atualização do momento histórico-jurídico.<sup>483</sup> Especificamente no tocante ao direito comparado, o acórdão recorda que, na atual circunstância, ainda é possível verificar uma tendência rumo ao estabelecimento de soluções legislativas descriminalizadoras, não se tendo conhecimento de eventuais “retrocessos” no sentido criminalizador nos países que compartilham a estrutura de Estado de Direito democrático.<sup>484</sup>

O aresto também admite que as posições contrárias à despenalização do aborto se desenvolveram com firmeza<sup>485</sup>: nesta investigação, reforçamos os argumentos levantados pela doutrina no sentido contrário de uma descriminalização, temendo os efeitos negativos que poderiam advir da evasão do Direito Penal como meio de tutela à vida intrauterina, cabendo remetê-los a tal.<sup>486</sup>

É possível verificar um desenvolvimento aprimorado em relação ao Acórdão nº 288/98, especificamente em relação aos limites legislativos a que se encontra subordinado o legislador ordinário em matéria penal. O Tribunal Constitucional desenvolve, de uma forma mais densa, a questão da margem de liberdade do legislador quanto à criminalização ou afastamento da punibilidade da interrupção voluntária da gravidez: fortifica-se o argumento de que não é o Direito Penal um “imperativo categórico imposto ao legislador ordinário”. Ao contrário, este encontra-se, antes do mais, movido por ponderação de valores “situadas num contexto histórico e necessidades político-criminais”.<sup>487</sup> Nesse sentido, o TC desvincula-se de qualquer possibilidade na admissão de que ao legislador ordinário, em respeito ao direito à vida do feto, nunca poderia prescindir da tutela penal para a sua proteção.<sup>488</sup>

---

<sup>482</sup> Acórdão 617/2006 p. 20.

<sup>483</sup> Acórdão 617/2006 p. 6-7.

<sup>484</sup> Acórdão 617/2006 p. 7-8.

<sup>485</sup> Acórdão 617/2006 p. 9-10.

<sup>486</sup> Cf. Capítulo 1.6.2 deste trabalho.

<sup>487</sup> Acórdão 617/2006 p. 14.

<sup>488</sup> *Ibidem*.

Para além destas considerações, o acórdão declara que eventual arguição de inconstitucionalidade perante a diferenciação entre a vida intrauterina e a vida já nascida não devem prosperar. Primeiramente, porque a declaração da inviolabilidade da vida humana não impede que possa ser diferenciado “um direito subjetivo à vida de uma proteção objetiva da vida intrauterina”.<sup>489</sup> Além disso, reforça que, eventualmente, possa haver distinções entre os postulados da ciência e a sua transposição ao ordenamento jurídico: “esta perspetiva insere-se num contexto histórico, cultural e ético que recolhe informações da ciência, mas não extrai dela, por mera dedução lógica, o conceito de pessoa”.<sup>490</sup>

Assim, o Tribunal Constitucional reforça o posicionamento trazido pelo seu antecessor, (Acórdão nº 288/98), e aprofunda o argumento de que não se pode alegar que, de um sistema que permite a prevalência dos direitos da mãe sobre os do feto, tendo em conta determinado período da gestação, não implica a desproteção à vida intrauterina enquanto perdurar este lapso temporal. Um argumento nesse sentido somente seria válido “se não existissem outros meios legais de proteção da maternidade na ordem jurídica portuguesa.”<sup>491</sup> Ao contrário, uma vez que o ordenamento jurídico português, através de diversos dispositivos de natureza civil, trabalhista e constitucional reforçam a proteção à maternidade, não se pode alegar desproteção apenas pelo fato de não se recorrer exclusivamente aos meios penais para a salvaguarda do bem jurídico vida intrauterina nos primeiros estágios da gravidez. Inclusive, o TC reconhece que a criminalização da interrupção voluntária da gravidez não deve configurar como o modo preferencial de proteção jurídica, dada a especificidade do conflito vivido pela mulher grávida: “na gravidez, estabelece-se uma forte relação emocional, de proximidade e de amor pelo ser em gestação e não meramente uma <relação de respeito por um bem alheio>”.<sup>492</sup>

#### **3.4.3.5 O Acórdão nº 75/2010:**

Em 2010, um grupo de 33 deputados apresentou um pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 16/2007, alegando que, não apenas os dispositivos desta lei, mas também as legislações conexas, especialmente a Portaria nº 741-A/2007, seriam contrárias ao direito à vida proclamado pelo artigo 24º, nº 1 da CRP, bem como outros

---

<sup>489</sup> Acórdão 617/2006 p. 21.

<sup>490</sup> *Ibidem.*

<sup>491</sup> Acórdão 617/2006 p. 23.

<sup>492</sup> *Ibidem.*

dispositivos da lei maior. Uma vez que esta investigação prioriza a discussão acerca da compatibilidade constitucional da regulamentação da interrupção voluntária da gravidez especificamente ao direito à vida, trataremos dele exclusivamente, sem deixar de remeter para o aresto em questão.<sup>493</sup>

Pela primeira vez, como bem pontua o acórdão, o posicionamento acerca de eventual inconstitucionalidade reside, não em uma fiscalização preventiva de legislações que buscavam introduzir um modelo de indicações, ou, até mesmo, da análise da pergunta a ser submetida a referendo a respeito de uma norma que tinha probabilidade de vir a ser publicada.<sup>494</sup> Agora, o Tribunal Constitucional teve de residir toda a sua atenção para uma lei já em vigor que remete especificamente à regulação de um modelo de prazos face à questão da interrupção voluntária da gravidez. Como bem pontua o aresto: “com esses elementos normativos <certos> e <atuais>, e não meramente conjeturáveis como de consagração futura, fechou-se o círculo deixado em aberto pela questão dos dois precedentes acórdãos”.<sup>495</sup>

É digno também de se referir que a situação jurídica da interrupção voluntária da gravidez em território português é agora regida por um sistema “trifásico”: no período inicial da gestação, pode a mulher decidir sobre o prosseguimento ou não da gravidez; findo o prazo estipulado legalmente, a interrupção da gravidez só poderá se dar em casos de conflito pré-determinados pela norma; no último estágio de desenvolvimento do feto, fica, em princípio, sujeito à aplicação de pena criminal aquele que realizar o aborto.<sup>496</sup> De qualquer forma, numa primeira fase, a mulher, caso decida pela interrupção da gravidez, deve seguir todo um procedimento legal para que a conduta reste impune, incluindo-se aqui o comparecimento a uma consulta de aconselhamento. Daí que o Acórdão n° 75/2010 repouse a sua verificação de constitucionalidade em um sistema de prazos combinado com o aconselhamento obrigatório, cabendo agora ao Tribunal Constitucional avaliar a conformidade desta solução.

Em primeiro lugar, anteriormente, afirmamos que a determinação de estar, ou não a vida intrauterina abrangida no preceito de “vida humana” do artigo 24° da CRP seria também

---

<sup>493</sup> Acórdão 75/2010 p. 1-7.

<sup>494</sup> “O objeto da consulta a submeter ao voto dos cidadãos reportava-se a uma simples <potencialidade de nomeação futura>, visando obter uma possível reforma legislativa. Uma eventual resposta afirmativa não efetivaria, por si só, qualquer mudança na ordem jurídica, apenas legitimaria a intervenção do legislador, cabendo a este a conformação última do regime” (p. 13).

<sup>495</sup> Acórdão 75/2010 p. 14.

<sup>496</sup> Acórdão 75/2010 p. 18.

relevante para a determinação da necessidade de proteção do bem jurídico vida através de meios penais. Este acórdão, especificamente, tratará desta questão voltada à problemática da interrupção voluntária da gravidez, porém trazendo também contribuições gerais no sentido da necessidade da utilização do aparato sancionatório penal como forma de salvaguarda de bens jurídicos. Nesse sentido, de pronto, o acórdão trata de determinar que a grande questão a ser agora resolvida pelo Tribunal cumpre, nomeadamente, em saber se a solução dos prazos introduzida no ordenamento jurídico português não acabaria por deixar totalmente desprotegida a vida humana nas primeiras 10 semanas de gestação.<sup>497</sup> E, para fundamentar esta problemática, o TC retoma algumas ponderações sobre a dupla face do princípio da proporcionalidade em matéria penal: a proibição de excesso e a proibição de insuficiência.

Para melhor elucidar esta perspectiva, trataremos de resumi-la sumariamente: o Estado transita entre aquilo que é necessitado de intervenção para que restem devidamente tutelados certos direitos fundamentais, e aquilo que deve manter-se afastado, sob pena de limitar de forma excessiva as liberdades constitucionalmente garantidas aos indivíduos. Daí que surge a classificação da “dupla a face” do princípio da proporcionalidade: uma norma penal proporcionada não pune em excesso, ou além do necessário para proteger determinado bem jurídico, como também não o pode fornecer uma proteção insuficiente de forma a deixá-lo desprotegido da defesa que necessita.<sup>498</sup>

Tendo esta afirmação em consideração, é digno de se indagar a legitimidade da descriminalização de condutas: restaria contrário ao texto constitucional o abandono da proteção penal concedida a determinado bem jurídico de extrema valia que, sem a tutela penal restaria desassistido. Ou, como bem pontua Brandão (2017), a dimensão objetiva que encerram os direitos fundamentais, incumbem na “obrigação posta ao Estado de tomar as medidas necessárias para proteger eficientemente bens jurídicos de valia constitucional em relação a ameaças que possam ter a sua gênese em comportamentos dos particulares em geral”.<sup>499</sup>

---

<sup>497</sup> Acórdão 75/2010 p. 15.

<sup>498</sup> Cf. BRANDÃO, Nuno. (2017). Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico. Também em SARLET, Invo Wolfgang (2004). Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, mar./abr. e STRECK, Lenio Luiz. (2004) Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 80. Coimbra,

<sup>499</sup> BRANDÃO, Nuno. (2017). p. 246.

É evidente que existem diversas formas de proteção ao bem jurídico disponíveis ao legislador: nem sempre a utilização do Direito Penal como meio de repressão cumpre da melhor forma os objetivos de proteção. Mas é importante ressaltar que a determinação entre a utilização ou não do aparato sancionatório penal como meio de proteção a determinado bem jurídico não está a inteira disposição do legislador ordinário, senão no íntimo da própria Constituição.

O que nos restará saber é, em última análise, se eventual abandono a proteção penal conferida à vida humana pré-natal, ou, ainda, se a abertura de espaços rumo a impunibilidade do aborto, não restaria ao Estado como uma violação ao seu dever de proteção ao direito à vida.

Retornando ao Acórdão nº 75/2010, a demanda agora remetida ao Tribunal, basicamente, seria a de determinar se a despenalização da interrupção voluntária da gravidez nos primeiros 10 meses de gestação, por requisição da mulher, não acabaria por ter conduzido o legislador adentro do campo da proibição de insuficiência. Em outras palavras, a grande questão é saber se o modelo dos prazos não acabou por deixar um bem jurídico constitucional, a vida humana pré-natal, insuficientemente protegida nas primeiras 10 semanas de gestação.<sup>500</sup>

De forma a elucidar esta questão, o TC inicia a sua argumentação retomando algo que já vinha sido dito nos acórdãos anteriores a respeito da interrupção voluntária da gravidez: a estipulação de um prazo em que os direitos da mãe prevalecem sobre os do feto não implica que este reste desprotegido enquanto perdurar este período, uma vez que o ordenamento jurídico lhe concede outras formas de proteção. Só que agora, para além desta consideração, está em conta um sistema de aconselhamento obrigatório: daí que o acórdão siga no sentido de que só se poderia advogar no sentido de uma “demissão” do Direito na tutela da vida humana pré-natal nas 10 primeiras semanas de gravidez, se a grávida “fosse deixada só na sua decisão, sem qualquer tipo de interferência de representantes credenciados no interesse geral”.<sup>501</sup>

Assim, uma vez adotado pelo ordenamento jurídico um modelo de aconselhamento que condiciona a impunidade e a realização da interrupção da gravidez à uma consulta prévia, este é capaz de promover a conscientização da gravidade ético-jurídica que

---

<sup>500</sup> Acórdão 75/2010 p. 19.

<sup>501</sup> *Ibidem*.

representa a conduta.<sup>502</sup> Nesse sentido, uma regulação de base prestativa “pode criar condições para que a decisão venha a pender para o lado da vida”.<sup>503</sup>

A retirada da atuação do Direito Penal, neste primeiro estágio da gestação, seria justificada por razões de política criminal, uma vez que o tratamento repressivo da questão já demonstrou não ser eficiente na redução do número de abortos realizados. Nesse sentido, a disciplina a respeito da interrupção voluntária da gravidez, ao priorizar medidas diversas da sancionatória e criar um ambiente de acolhimento à mulher grávida, informando-a sobre pontos relevantes e abrindo um caminho de escuta e compreensão, pode alcançar melhores resultados na proteção à vida.

Nesse sentido, esta passagem do acórdão:

“(…) é defensável que o Estado, através do legislador, valere como cumprindo melhor o seu dever de proteção, numa fase inicial da gravidez, tentando “ganhar” a grávida para a solução de preservação da potencialidade da vida, através da promoção de uma decisão refletida, mas deixada, em último termo, à sua responsabilidade, do que ameaçá-la com uma punição criminal, de resultado comprovadamente fracassado (...)”.<sup>504</sup>

Nesse seguimento, o Tribunal Constitucional acaba por entender que a impunidade da interrupção voluntária da gravidez realizada em respeito aos preceitos legais e ao aconselhamento anterior, não é inconstitucional porque não conduz o Estado a uma atuação insuficiente. Há outras formas de proteção da vida pré-natal que, mesmo não se encontrando sob âmbito do Direito Penal, se mostram efetivas para a proteção do bem jurídico em causa, de forma tornar possível afirmar que este resta protegido de maneira suficiente. Uma dessas “outras formas” reside, essencialmente, no aconselhamento obrigatório que, dada a sua importância na prestação de informações e acolhimento da mulher grávida, se torna um importante instrumento de salvaguarda efetiva do direito à vida do nascituro.

---

<sup>502</sup> Acórdão 75/2010 p. 20.

<sup>503</sup> Acórdão 75/2010 p. 25.

<sup>504</sup> Acórdão 75/2010 p. 24.

## CONCLUSÃO:

Durante toda esta investigação, acreditamos que restou evidente que, eventualmente, buscaríamos responder a indagação a que nos propusemos anteriormente: *deve ser o aborto descriminalizado?*

Conforme avançávamos nos pontos necessários para que fosse dada uma resposta racional, procuramos trazer elementos que nos ajudariam nesta tarefa: em um primeiro momento, contextualizamos a temática geral do aborto para que estivéssemos munidos de conteúdo para adentrarmos no debate da criminalização ou descriminalização do aborto. Uma vez na alma da discussão, nos referimos que seria necessário, antes de mais, discutir a constitucionalidade de uma eventual descriminalização.

Em virtude do estudo realizado sobre a problemática jurídico-constitucional e, após a análise da posição emitida pelo Tribunal Constitucional, acreditamos ser possível chegarmos a uma conclusão a respeito da descriminalização, especificamente nos termos em que se deu em Portugal.

Em um primeiro momento, cumpre lembrar todo o caminho percorrido para que se pudesse chegar à regulação atual da interrupção voluntária da gravidez: diversos projetos de lei foram apresentados, cada um buscando aberturas, mais ou menos amplas, à sistemas distintos da criminalização total. Como decorrência de um tema controvertido, muitos debates foram travados a nível da Assembleia da República, argumentos das mais variadas índoles foram invocados e soluções foram sendo, gradativamente, introduzidas no ordenamento jurídico.

É primordial apreender, de todo o que foi aqui exposto durante o desenvolvimento deste trabalho, que o debate sobre o aborto pode assumir diversos sentidos, mas, a nós, juristas, cabe uma análise estritamente legal do problema. Por mais que se julgue ser determinado sistema preferível a outro por qualquer das razões, apenas terá validade uma solução que, além de preservar a sua constitucionalidade, respeite o momento histórico da sua introdução.

As propostas de mudança foram sendo apresentadas em Portugal desde 1982, sendo o debate sobre o aborto suficientemente anterior a esta dada. Só que, para além da tentativa de modificação da regulação legal, há de se ter em conta que a entrada em vigor de uma lei que altera o tratamento concedido ao aborto não está, de todo, destituído de um consenso superior. Os cidadãos ainda recorrem ao Direito Penal como o meio mais idôneo para a

conformação de comportamentos. E é natural que haja essa correspondência entre os crimes que são sentidos pela sociedade e a incessante busca por meios mais rígidos de punição. Estas perspectivas restam ainda mais acentuadas quando se está a falar sobre a vida humana, dado o caráter supremo que lhe reveste.

Sendo assim, não é destituído de sentido que tenha se levado algum tempo para se chegar a uma solução como a que rege hoje o sistema português sobre a IVG. As discussões que foram sendo travadas por todos esses anos, foram contribuindo, pouco a pouco, para uma compreensão social de que, nem sempre, o recurso ao Direito Penal é a melhor forma de se resolver uma questão. Há, sim, inconvenientes advindos da repressão penal que não podem ser ignorados... e não foram: aos poucos, as mentalidades foram se abrindo de forma a julgar, muitas vezes, como “injusta” a submissão de uma mulher a um julgamento criminal pela realização de um aborto. Digno de ressaltar que a mudança de raciocínio, para que sejam aceitas propostas de mudança, passa primeiro pela questão de que, compreender as particularidades que envolvem o crime de aborto, não significa, necessariamente ser contrário à vida.

E, exatamente neste sentido caminhou o legislador penal português: apesar de o recurso ao Direito Penal ser, muitas vezes, tentador para a solução de determinado conflito, aparentar ser o melhor recurso à disposição, sempre haverá exceções. E uma dessas reservas aplica-se especificamente ao caso do aborto. Uma vez compreendido este nexos de causalidade em que uma tomada de posição não inclui, obrigatoriamente, ter de se posicionar “contra” ou “a favor” da vida, as transformações podem vir de uma forma mais leve e natural.

Compreendido isto, para além da importância de uma conferência mais tranquilizadora em relação ao aborto, também não seria digna a proposição de mudanças que afrontam o texto constitucional. Da mesma forma que argumentos, como o da utilização abusiva do Direito Penal como contorno às relações sociais, não devem prosperar, também não devem as posições que sustentam um verdadeiro “direito ao aborto”. Também não se trata de, ao reconhecer as peculiaridades do aborto, vir a entender-se que o feto não merece qualquer respeito, ou que esteja à total disposição da mulher grávida.

Mais uma vez, reforçamos que estamos a tratar da singular virtude da vida. Nenhum debate que priorize excessivamente uma posição terá tanto valor como aquela que busca *ponderar* os conflitos que eventualmente possam surgir. E foi exatamente este o caminho

trilhado por Portugal: o da discussão, o do decorrer do tempo, o da conformidade com respeito ao intervalo que eventuais mudanças de mentalidade devem acontecer. Não foi, de qualquer modo, imposto, o recurso ao aborto a uma sociedade que o condena veementemente. Da mesma forma, em um cenário futuro, não foi tida como fora de cogitação a adoção de uma posição mais leniente.

E, uma vez justificada a conformidade constitucional de um equilíbrio entre os interesses em causa, nos termos fundamentados em que caminhou o Tribunal Constitucional em seus cinco acórdãos sobre a matéria, evidentemente que nos manifestaremos à favor da descriminalização do aborto nos termos da legislação portuguesa. A solução dos prazos, condicionada ao aconselhamento, nos parece uma forma justa de balancear os interesses em causa. Concordamos inteiramente com doutrinadores como Figueiredo Dias, quando afirma que “não se conhece forma mais efetiva ou eficiente de o Estado assumir o seu dever de proteção ao direito à vida do embrião do que através da obrigatoriedade de fazer anteceder uma consulta de aconselhamento”<sup>505</sup>, e também Claus Roxin, ao sustentar que “não se pode negar à solução do aconselhamento uma certa sabedoria prática que, por fim, acaba por me reconciliar com ela”.<sup>506</sup>

A importância do aconselhamento na tomada de decisão deve ser vista sob a perspectiva de quantas mulheres, ao receberem as informações que, provavelmente, não detinham previamente, deixaram de realizar o aborto por conseguirem verificar uma “luz ao fim do túnel”. Também há de se considerar o peso do “período de reflexão”: em circunstâncias de desespero, poderia a mulher recorrer, apressadamente, ao aborto, sendo que, com a obrigação legal de ter de esperar um determinado período para realizar a intervenção, pode melhor ponderar a sua decisão. É neste sentido que se verificará a proteção à vida pré-natal por parte do Estado.

De modo conclusivo, ressaltamos a importância do estudo do aborto através de suas perspectivas legislativas, no sentido da introdução de mudanças ao ordenamento jurídico, e constitucionais, de emissão de um juízo de constitucionalidade destas normas. São compreensões interligadas, que não podem, em um debate jurídico racional sobre a descriminalização do aborto, se desentrelaçarem. Inevitavelmente, as propostas de mudança em um tema que pressupõe questões atinentes à vida, deverá ser submetida ao crivo

---

<sup>505</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. (2012). Nótulas antes do artigo 142º. In: Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

<sup>506</sup> ROXIN, Claus (2006). Estudos de direito penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar.

constitucional para que se determine a extensão da sua legitimidade e se verifique o cumprimento efetivo do dever estadual de proteção.

## **BIBLIOGRAFIA:**

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALMEIDA, João Alcides (1964). *O aborto consensual: estudo de direito penal e de política criminal*. Lisboa: Escola da Cadeia Penitenciária de Lisboa.

ANDRADE, José Carlos Vieira de (1976). *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª ed. Coimbra: Almedina.

ANDRADE, Manuel da Costa (1979). O aborto como problema de política criminal. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados. Reprodução de Conferência proferida em 17 de janeiro de 1979*.

ANDRADE, Manuel da Costa (1984). El aborto en el Derecho Penal Portugués. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Vol. 7, nº 25/28. p. 3-14. Buenos Aires.

ANTUNES, Maria João (2011) “A Constituição e os princípios penais”. In: *Tribunal Constitucional, XII Conferência Trilateral Itália-Espanha-Portugal. Relatório Português*. Madrid, 13 a 15 de outubro.

AVDEEV, Alan; BLUM, Ailan; TROITSKAYA, Irina (1995). The History of abortion statistics in Russia and the URSS from 1990 to 1991. *Population: An English Selection*, vol. 7. pp. 39-66.

BELEZA, Teresa Pizarro (1998). *Direito Penal*. vol. I, 2ª edição. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito.

BERISTAIN, Antonio (1980) Interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teológico-jurídicas. In: *II Jornadas Italo-Franco-Luso-Espanholas del Derecho Penal*. Avila: Societe Internacionale de Defense Sociale.

BIGOTTE, Mário. (1991). *Temas fundamentais de direito*. Coimbra: Livraria Almedina.

Boletim do Ministério da Justiça. nº 320, novembro de 1982. Lisboa.

BRANDÃO, Nuno. (2017). Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico.

BRITO, Diogo Lorena. (2007). *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Porto: Publicações Universidade Católica.

BRITO, Teresa Quintela de (2004). Interrupção voluntária da gravidez e exclusão da ilicitude. *Direito e Cidadania*, vol. 6, nº 20/21. Praia: Cabo Verde.

BRITO, Teresa Quintela de.; DA MATA, Paulo Saragoça; NEVES, João Curado; MORÃO, Helena. (2007). *Direito Penal – Parte Especial: lições, estudos e casos*. Coimbra: Coimbra Editora.

BUELL, Samuel W. (1991) Criminal Abortion Revisited. *New York Law Review* 66.

CAMPOS, Ana (2007). *Crime ou castigo?: da perseguição contra as mulheres até à despenalização do aborto*. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1993). *Direito Constitucional*. 6ª edição revista. Coimbra: Livraria Almedina.

CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

CHORÃO, Mário Bigotte. (1991). *Temas fundamentais de direito*. Coimbra: Livraria Almedina. p. 328.

COSTA, António Manuel de Almeida (1985). Aborto e direito penal: algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 44, dez. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses.

COSTA, Eduardo Maia (2006). Despenalização da interrupção voluntária da gravidez: uma perspectiva político-criminal. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 27, nº 108, out.-dez.

COSTA, José de Faria (2010). *Noções fundamentais de direito penal. (Fragmenta iuris poenalis)*. 2ª ed. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora.

CUERDA ARNAU, Maria Luisa (2010). Tratamiento jurídico-penal del aborto consentido: propuestas de reforma. *Revista Penal*, nº 25, jan. pp. 455-486

CUNHA, José Manuel Damião da. (1999). Artigo 140º e Artigo 141º. Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial – Tomo I – Artigos 131º a 201º. Coimbra Editora.

CUNHA, José Manuel Damião da. (2012). Artigo 140º e Artigo 141º. Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial – Tomo I – Artigos 131º a 201º. Coimbra Editora.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995). *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora.

CUNHAL, Álvaro. (1997). *O aborto: causas e soluções*. Porto: Campo das Letras.

DALLAPENNA, Joseph W. (1979). The history of abortion: technology, morality and law. *University of Pittsburgh Law Review*, 40, nº 3.

DAVID, Henry (1992). Abortion in Europe, 1920-91: A public health perspective. *Studies in Family Planning*. Jan-Feb, Vol. 23, nº1

DAVID, Henry; FLEISHHACKER, Jochen; HOHN, Charlotte (1998). Abortion and eugenics in Nazi Germany. *Population and development Review*, Mar., vol. 14, nº 1

DIAS, Augusto Silva (2002). *Apontamentos de direito penal I. Parte Geral. Vol. 1*. Lisboa: Universidade Lusíada.

DIAS, Francisco de Oliveira (1985). Introdução. In: *Aborto: debates parlamentares e os textos do Colóquio “o aborto e os direitos humanos: um projecto, uma experiência”*. Vol. 1. Lisboa: Oficinas Gráficas da Rádio Renascença, Lda.

DIAS, Jorge de Figueiredo (1983). Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 1. Lisboa.

DIAS, Jorge de Figueiredo. (1999). Artigo 132º. Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial – Tomo I – Artigos 131º a 201º. Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo (2007). *Direito Penal: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Tomo I. 2ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. (2012). Art. 142º. *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial. Tomo I. 2ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio (1994). Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 4, nº 2.

DWORKIN, Ronald (2003). *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Editora Martins Fontes.

ESER, Albin (1994). Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de derecho comparado. *Actualidad Penal*, v. 1, 1/26 Madrid.

FERNANDEZ, Pedro Guillo (1984). Repercussões psicológicas do aborto provocado. *In: O aborto à luz do dia: o risco de ser*. Coord. Valentim Marques. Coimbra. Gráfica de Coimbra.

FERRAJOLI, Luigi (2003). A questão do embrião entre direito e moral. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 24, n. 94. pp. 9-30.

FRANÇA, Genival Veloso de (2008). *Medicina Legal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan.

GAFO, Javier (1984). Dois mil anos de acolhimento à vida. *In: O aborto à luz do dia: o risco de ser*. Coord. Valentim Marques. Coimbra. Gráfica de Coimbra.

GALEOTTI, Giulia (2007). *História do ab(ort)to*. Tradução Sandra Escobar. Lisboa: Edições 70.

GODINHO, Inês Fernandes (2013). “Problemas jurídico-penais em torno da vida humana”. *In: Costa, José de Faria; Kindhäuser, Urs. O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

GOUVEIA, Jorge Bacelar (2009). *A Vida Humana Pré-Natal, Aborto e Constituição – Perspectivas de Direito Constitucional e de Direito Regional*. Lisboa: EDIUAL.

GRACIA, Diego (1984). “O aborto na história”. *In: O aborto à luz do dia: o risco de ser*. Coord. Valentim Marques. Coimbra. Gráfica de Coimbra.

GROSSO, Carlo Frederico (1984). La interrupción voluntaria del embarazo. *Doctrina Penal: teoría e práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, v. 1, 25-28.

HARSCH, Donna (1997) Society, the State and Abortion in East Germany, 1950-1970. *The American Historical Review*, Feb., vol. 102, nº 1.

HASSEMER, Winfried (2005). *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed.

HUERTA TOCILDO, Susana (1977). Criterios para la reforma del delito de aborto. *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 2, 1977.

HUNGRIA, Nelson (1977) Comentários ao Código Penal: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense.

IGLESIAS SALIS, Manuel. Aborto, Eutanasia y Fecundación Artificial. Barcelona: Editora Dux, 1954.

JAKOBS, Gunther (2000). ¿Existe um aborto lícito de personas? *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 60.

KOCH, Hans-Georg (2004). O princípio e o termo da vida como problemas do direito (penal) da medicina. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 14, jan./jun

LANDROVE DIAZ, Gerardo (1976). *Política criminal del aborto*. Barcelona: Ed. Bosch

LANDROVE DIAZ, Gerardo (1985). El aborto y el futuro código penal. *In: Anales de Derecho*, nº 7. Universidad de Murcia. pp. 115-130.

LANDROVE DIAZ, Gerardo (1985). La tímida despenalización del aborto em España. *Estudios penales y criminológicos*, nº 10. Servizo de Publicacións de Universidade de Santiago de Compostela. pp. 187-230.

LEITE, António (1975). Legislações recentes sobre o aborto. *Rev. Scientia Iuridica*. Maio-Agosto, tomo XXII, nº 122-125.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1998). Aborto: Algumas questões jurídico-constitucionais (a propósito de uma reforma legislativa). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº 74. pp. 327-403.

MAGALHÃES, José (1997); Relatório e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. Diário da República, II Série-A, nº 23 de 22 de fevereiro de 1997.

MARTINS, António Carvalho (1985). *O aborto e o problema criminal*. Coimbra: Coimbra Editora.

MARTINS, Herlander Antunes (1963). Breves considerações sobre o crime de aborto. *Scientia Iuridica*, t. 12, nº 64, Out.-Dez. Braga: Livraria Cruz.

Ministério da Justiça. Gabinete do Ministro. Referência P.º 65/2004 de 11 de janeiro de 2007. Disponível em: <[www.oa.pt/upl/%7Ba4ee3fc1-8f08-41e9-b674-554d4d2f0cea%7D.pdf](http://www.oa.pt/upl/%7Ba4ee3fc1-8f08-41e9-b674-554d4d2f0cea%7D.pdf)>.

MIRANDA, Jorge (1985). Intervenções. In: *Aborto: debates parlamentares e os textos do Colóquio “o aborto e os direitos humanos: um projecto, uma experiência”*. Vol. 1. Lisboa: Oficinas Gráficas da Rádio Renascença, Lda.

MONTEIRO, Rosa. (2012). A descriminalização do aborto em Portugal: Estado, movimento de mulheres e partidos políticos. *Análise Social*, nº 204, vol. XLVII, terceiro trimestre.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1981) Política demográfica, planificación familiar y aborto. In: *Interrupción del embarazo: responsabilidade penal objetiva. II Jornadas ítalo-franco-luso-españolas de derecho penal*. Avila-: Societe Internacionale de Defense Sociale.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1989) Delitos contra a vida humana dependente. *Fascículos de ciências penais*, v. 2, nº 9. Porto Alegre.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2021). *Derecho Penal: parte especial*. 23ª ed. rev. e atual. Valência: Tirant lo Blanch.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (2013). *Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde*. 2ª ed.

PALMA, Maria Fernanda (2006). *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Edições Almedina.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2005). O sentido da criminalização do aborto: ajustar a lei sem sacrificar os princípios. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15, nº 1 (jan/mar).

PENICHE, Andrea (2007). *Elas somos nós: o direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã*. Porto: Edições Afrontamento.

PEREIRA, Rui Carlos (1995). *O crime de aborto e a reforma penal*. Lisboa: AAFDL.

PIÑERO, Alberto (1984). “O aborto na geografia mundial”. In: *O aborto à luz do dia: o risco de ser*. Coord. Valentim Marques. Coimbra: Gráfica de Coimbra.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1962). *Tratado de la parte especial del derecho penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Revista da Ordem dos Médicos. (1982). nº1, Janeiro.

ROSEIRA, Maria de Belém (2006). In: *Prefácio de GALEOTTI, Giulia (2007). História do aborto*. Tradução Sandra Escobar. Lisboa: Edições 70.

ROXIN, Claus (2006). *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar.

ROXIN, Claus (2013). O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 23, nº 1.

SANTOS, Agostinho Almeida (1984) *In: O aborto à luz do dia: o risco de ser*. Coord. Valentim Marques. Coimbra. Gráfica de Coimbra. p. 73.

SANTOS, Ary. (1935). *O crime de aborto*. Lisboa: Livraria Clássica Editora.

SANTOS, Boaventura Souza [et al.] (2010). *Cometi um crime?: representações sobre a (i)legalidade do aborto*. Porto: Afrontamento.

SARLET, Invo Wolfgang (2004). Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, mar./abr

SAUER, R. (1978). Infanticide and abortion in nineteenth-century Britain. *Population Studies*, Mar., Vol. 32, nº 1.

SILVA, Germano Marques da (2001). *Direito Penal Português: introdução e teoria da lei penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora. p. 46.

SILVA, Fernando (2017). *Direito Penal Especial. Os crimes contra as pessoas: crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física*. 4ª ed., rev. e actual. Lisboa: Quid Juris?.

SOUTO DE MOURA, José (1994). O diagnóstico pré-natal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 4, nº 3, jul./set. p. 321-336.

STRECK, Lenio Luiz. (2004) Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra.

VASSALI, Giuliano (1973) In: Ministério da Justiça. Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia, nº 31. 3º Colóquio Interassociações de 7 a 12 de maio de 1973 – Descriminalização. pp. 177-181.

VIDAL, Marciano (1984). O “ABC” do aborto. In: *O aborto à luz do dia: o risco de ser*. Coord. Valentim Marques. Coimbra: Gráfica de Coimbra.

World Health Organization (1948). First World Health Assembly. Palais des Nations, Geneva.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique (2010). *Manual de direito penal brasileiro*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ZAPATERO, Luis Arroyo (1980). Prohibición del aborto y constitución. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 3.

## **REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS NACIONAIS E SUPRANACIONAIS**

### **Portugal:**

Portaria 741-A/2007.

Decreto de 10 de dezembro de 1852.

Decreto-Lei nº 400/82 de 23 de setembro de 1982.

Diário da Assembleia da República, Iª série, nº 12 de 12 de novembro de 1982.

Diário da Assembleia da República, I série, nº 36 de 4 de fevereiro de 1998.

Diário da Assembleia da República, I série, nº 67 de 26 de janeiro de 1984.

Diário da Assembleia da República, I série, nº 68 de 27 de janeiro de 1984.

Diário da Assembleia da República, II série, nº 1 de 1 de junho de 1983.

Diário da Assembleia da República, II série, nº 10 de 10 de novembro de 1982.

Diário da Assembleia da República, II Série, nº 50, de 6 de fevereiro de 1982.

Diário da Assembleia da República, II série, nº 73 de 14 de janeiro de 1984.

Diário da Assembleia da República, II série, nº 75 de 20 de janeiro de 1984.

Diário da Assembleia da República, II série, nº 77 de 25 de janeiro de 1984.  
Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 2 de 21 de setembro de 2006.  
Diário da República, I série, nº 75 de 17 de abril de 2007.  
Diário da República, I série, 2º Suplemento, nº 203 de 20 de outubro de 2006.  
Diário da República, I série, nº 118 de 21 de junho de 2007.  
Diário da República, I série, nº 75 de 17 de abril de 2007.  
Diário da República, I Série-A, nº 76 de 31 de março de 1998. p. 1414.  
Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 2 de 21 de setembro de 2006.  
Diário da República, II Série-A, nº 27 de 29 de janeiro de 1998. pp. 19-22.  
Diário da República, II Série-A, nº 3 de 17 de outubro de 1997. pp. 19-22.  
Diário da República. I Série, nº 42 de 21 de fevereiro de 1997.  
Diário da República. I série, nº 71 de 24 de março de 1984. pp. 981 – 983.  
Diário da República. I série, nº 81 de 05 de abril de 1984. pp. 1149 – 1153.  
Diário da República. I Série-A, nº 174 de 30 de julho de 1997.  
Diário da República. II Série-A, nº 5 de 9 de novembro de 1996. pp. 60-62.  
Mapa Oficial nº 2/98 da CNE. Diário da República, I Série-A, nº 183 de 10 de agosto de 1998.  
Mapa Oficial nº 1/2007 da CNE. Diário da República, I Série, nº 43 de 1 de março de 2007.

### **França:**

Code Pénal, (1810). Disponível em: <[https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c\\_penalcode3b.html](https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode3b.html)>. Acesso em 9. Mar. 2022.

### **Alemanha:**

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, (1871). Disponível em <<https://lexetius.com/leges/StGB/Inhalt?2>>. Acesso em 5 de março de 2022.

### **Reino Unido:**

REINO UNIDO. Abortion Act, 1967. Disponível em < [Abortion Act 1967 \(legislation.gov.uk\)](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/37)>

### **REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS:**

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 25/84.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 85/85.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 288/98.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 617/2006.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 75/2010.