

SOBRE A DESPENALIZAÇÃO DO ABORTO

1. Introdução

Em Portugal, a prática do aborto, tecnicamente conhecido como interrupção voluntária da gravidez, é punido pela lei penal¹. Há, porém, três situações que excluem a ilicitude do aborto: quando a gravidez provenha de violação da mulher; quando o feto padeça de deficiência; quando haja risco para a vida e a saúde para a mãe².

¹ **CAPÍTULO II**

Dos crimes contra a vida intra-uterina

Artigo 140º

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 141º

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.

² **Artigo 142º**

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;

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 congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;

d) (*) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas.

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.

(*) Redacção da Lei n.º 90/97, de 30-07

A lei penal pune, embora diferenciadamente, quer a mulher grávida quer o executor do crime: a parteira, médico ou outro profissional de saúde (ou não), que façam a intervenção abortiva.

Como é evidente, o crime só é punível se houver culpa dos agentes, pelo que têm aqui aplicação também todas as circunstâncias desculpantes previstas na Parte Geral do Código Penal, nomeadamente o estado de necessidade³.

Em qualquer caso, face à previsível realização de um referendo sobre esta matéria em Portugal, importa clarificar qual é a posição humanista a este respeito.

2. A posição humanista

Podemos desde já adiantar que somos favoráveis à realização do referendo, dado que a consulta popular é uma forma de realização da democracia real, que para os humanistas é um ideal e uma reivindicação⁴.

Por outro lado, podemos também afirmar-nos a favor da despenalização da interrupção voluntária da gravidez. Basicamente por três ordens de razões: filosófica, jurídica e política.

Antes de desenvolvermos os respectivos argumentos, cabe aqui explicar que somos não só a favor da descriminalização do aborto como também da sua despenalização. A distinção não deixa de ser importante: descriminalizar é deixar de considerar crime; despenalizar é deixar de punir. Ora, as punições têm lugar não só quando há prática de crimes, mas também quando se cometem transgressões, contra-ordenações ou, como actualmente se chamam, contra-ordenações. Deste modo, é possível descriminalizar sem despenalizar, quando a conduta deixa de ser considerada crime, mas passa a integrar o leque de contra-ordenações. A diferença, em termos práticos, está em que só no caso dos crimes se concebem penas privativas da liberdade, já que nas contra-ordenações as sanções são maioritariamente pecuniárias (multas ou coimas). Por outro lado, poder-se-ia conceber a possibilidade de uma conduta tipificada como crime, mas não sujeita a pena. Esta é uma hipótese um tanto ou quanto estranha, mas que podia resultar, por exemplo, de uma suspensão automática da execução da pena (embora neste caso houvesse, em rigor, pena), de uma dispensa de pena (com ou sem condições) ou mesmo de ausência de pena legalmente prevista. O interesse desta figura estaria, para os seus defensores, em manter a proibição legal do aborto, ainda que com mero valor simbólico. Ora, como já se disse acima, os humanistas são a favor quer da descriminalização quer da despenalização da interrupção voluntária da gravidez, pelo menos desde que praticada dentro de certas condições.

³ **Artigo 35º**

Estado de necessidade desculpante

1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.

2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.

⁴ Cfr. Documento do Movimento Humanista. Cap. II (*in* Cartas aos Meus Amigos – 6ª Carta. Silo).

3. A concepção da vida humana

Feito este esclarecimento, entremos nos argumentos:

Para nós, a vida humana começa com o nascimento. De facto, definimos o ser humano como o ser histórico cujo modo de acção social transforma a natureza, incluindo a própria⁵. Deste modo, a vida humana começa com a abertura da intencionalidade da consciência ao mundo e com a conseqüente interacção da mesma, através do corpo, com o meio histórico-social e natural que o rodeia. Essa concepção tem também expressão na lei portuguesa: de facto, o Código Civil estabelece que a personalidade jurídica se adquire com o nascimento completo e com vida⁶. Deste modo, o feto ou nascituro não tem personalidade jurídica, isto é, não é nem pode ser sujeito de direitos ou de deveres, desde logo porque, apesar de se tratar de um ser vivo, não é completamente humano. Sendo assim, não faz sentido falar-se do direito à vida do nascituro, como se o aborto provocado fosse um crime contra um ser humano e, por tabela, uma violação do mais importante dos direitos fundamentais da pessoa humana. Esta questão tem a sua importância porque permite ser coerentemente contra a pena de morte e a favor da despenalização do aborto, dado não estar em causa em cada uma das situações o mesmo valor (a vida humana).

4. O objecto do Direito Penal

Há, porém, correntes que sustentam que a vida humana começa com a concepção (fecundação do óvulo pelo espermatozóide). Contam-se entre elas, especialmente, algumas religiões, dado interpretarem a concepção como uma manifestação da graça divina, não cabendo, portanto, aos homens desfazer o que foi feito por Deus. Para estas correntes, o aborto é moralmente condenável, pelo que entendem que deve ser punido pela lei. Contudo, essa pretensão só seria sustentável se este entendimento fosse partilhado pela unanimidade ou, ao menos, uma larga maioria da população portuguesa. Ora, é claro que isso não é assim, como já demonstrou o anterior referendo sobre esta matéria, que dividiu o eleitorado em duas metades quase iguais, e como resulta da posição assumida pelos partidos políticos com representação parlamentar (só o CDS-PP está frontalmente contra, já que mesmo dentro do PSD há gente favorável à despenalização). Esta questão é extremamente relevante porquanto o Direito Penal visa proteger somente aquele núcleo de valores jurídicos considerado fundamental pela comunidade, de acordo com o princípio da tutela mínima ou de protecção do "mínimo denominador comum". Assim sendo, a questão do aborto deve ficar de fora do âmbito do Direito Penal, dado não haver um consenso social alargado para a sua criminalização, que permita concluir que a vida intra-uterina faz parte do núcleo de valores essenciais da comunidade nacional. Esta questão não impede que aqueles que assim o entendam continuem a considerar o aborto moralmente condenável e a tratar de difundir o seu ponto de vista, mas o que não podem é impor a sua concepção moral ao todo social através da lei⁷.

⁵ Silo. Cartas aos Meus Amigos – 4ª Carta. Cap. 3.

⁶ Artigo 66º, nº 1: A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.

⁷ A questão do direito à vida, habitualmente esgrimida pelos opositores à despenalização do aborto, acaba por chocar também com as situações de impunibilidade já consagradas pela lei penal, que são hoje praticamente pacíficas na sociedade portuguesa. De facto, a entender-se existir esse direito à vida, não se

Aliás, no seio da comunidade jurídica europeia, em que Portugal se insere no âmbito da sua participação na União Europeia, há também uma ampla maioria de Estados que não penalizam a interrupção voluntária da gravidez, donde ser possível concluir que a mesma não ofende a consciência ética colectiva no espaço civilizacional em que o nosso país se insere.

Por outro lado, pretender manter a proibição legal da interrupção voluntária da gravidez, ainda que a título meramente simbólico – como já se abordou mais acima – retira eficácia normativa ao Direito Penal. De facto, o Direito Penal é tanto mais eficaz quanto mais interiorizada estiver a imperatividade dos seus comandos e esta é justamente reforçada pelo mecanismo da penalização da conduta prevaricadora. Não havendo pena, a sensação de imperatividade dilui-se, enfraquecendo o efeito dissuasor que informa as normas do Código Penal. Assim sendo, também por esta via, não é aceitável manter a tipificação da interrupção voluntária da gravidez como crime, mesmo quando não se preveja ou não se aplique qualquer sanção penal.

5. Os direitos sexuais e reprodutivos

Paralelamente, importa ter em conta que a maternidade (e a paternidade), como processos humanos que são, devem poder ser vividos com liberdade e responsabilidade e não como uma imposição da natureza ou da moral. Aliás, a maternidade indesejada pode vir a ser também uma fonte de problemas, quer para a mãe quer para a própria criança, como a experiência demonstra. Deste modo, cada ser humano deve gozar de liberdade de auto-determinação sexual e reprodutiva (hoje, fala-se mesmo de direitos sexuais e reprodutivos). Assim sendo, a liberdade de escolha de levar ou não a gravidez até ao fim é uma manifestação desses direitos. Ora, no caso de colisão de direitos prevalece o que se deva considerar superior⁸ (no fundo, essa foi a consideração que ditou a despenalização do aborto nos três casos já contemplados no artigo 142º do Código Penal). Havendo colisão dos direitos reprodutivos da mulher com qualquer outro valor jurídico (diferente da vida humana) devem prevalecer os primeiros, já que se desprendem directamente da dignidade e da liberdade humanas.

6. Os limites temporais

Chegados a este ponto, impõe-se ainda assim questionarmo-nos sobre se deve haver ou não algum limite temporal para a prática legal da interrupção voluntária da gravidez. Ou dito de outro modo, se a lei deve tratar diferentemente o aborto efectuado após um determinado estágio da gravidez. Em primeiro lugar, recordemos que esta questão não se põe por estar em causa uma vida humana, já que a mesma só começa com o nascimento. Porém, parece claro que há duas razões ponderosas para tratar de forma diferenciada os

entende por que razão não haveria o mesmo de prevalecer mesmo no caso de gravidez resultante de violação, de risco para a vida ou saúde da mulher e de feto deficiente. Ora, actualmente, só uma ínfima minoria aceitaria uma solução legal desse tipo, que absolutizasse o direito à vida do nascituro e penalizasse o aborto feito em razão das circunstâncias acima apontadas.

⁸ Artigo 335º do Código Civil: 1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior.

abortos praticados após um determinado estágio de desenvolvimento da gravidez: o risco para a saúde física e psíquica da mulher e o sofrimento infligido ao embrião.

Com efeito, à medida que passa o tempo de gravidez e, portanto, quanto mais tarde se fizer a intervenção abortiva, maiores riscos corre a mulher. Deste modo, de acordo com um critério de saúde pública, é possível e conveniente balizar no tempo até quando é seguro efectuar tal tipo de intervenção cirúrgica.

Por outro lado, embora não exista um critério científico para afirmar em que momento começa a vida humana, é possível determinar com maior ou menor precisão em que altura o feto se começa a dotar de um sistema nervoso e, por tabela, a sentir dor⁹. Para o comum dos cidadãos, essa situação não é indiferente, havendo um sentimento maioritário de reprovação da possibilidade de se interromper voluntariamente a gravidez em circunstâncias que possam ser dolorosas para o embrião.

Em qualquer caso, o tratamento diferenciado destas situações não impõe necessariamente a sua criminalização. Pode haver uma proibição legal da interrupção voluntária da gravidez, se praticada após as dez, doze ou vinte e quatro semanas de gestação (conforme o que for estabelecido), cuja violação seja reprimida por meio de sanção não penal (coima, suspensão temporária de certos direitos, imposição de curso de planeamento familiar, etc.). Ou pode haver, nestes casos, uma restrição do acesso aos cuidados públicos de saúde, ao invés do que aconteceria se a interrupção voluntária da gravidez ocorresse dentro do prazo legal.

Havendo, porém, o intuito de desincentivar e reprimir estas práticas, em nome dos valores acima aludidos, a sua tipificação como crime seria seguramente mais eficaz. Porém, nesse caso, pareceria conveniente sujeitar a uma pena apenas e só o agente abortivo e não a mulher que o peça ou que nele consinta.

De qualquer forma, a criminalização não é seguramente a melhor forma de lidar com esta problemática tão delicada e íntima. Aliás, estando garantido o acesso ao aborto até às dez ou doze semanas de gravidez, a pedido da mulher, os casos de interrupções de gravidez após esse período serão seguramente residuais.

Não obstante, estas matérias ficarão seguramente fora do referendo sobre a despenalização do aborto, dado não se estar a pensar levar tão longe a questão.

7. A saúde pública

Finalmente, há uma outra ordem de razões a considerar nesta questão.

Embora se desconheça com precisão a extensão do aborto na sociedade portuguesa, é possível dizer que ele é uma realidade clandestina. Essa situação cria um problema de saúde pública, nomeadamente decorrente das complicações pós-operatórias associadas às intervenções feitas em condições de insalubridade e por pessoas sem formação clínica. Assim sendo, do ponto de vista das políticas de Saúde, é certamente importante dar uma resposta a esta situação, que evite este tipo de problemas.

Em todo o caso, deve-se ainda equacionar se deve competir ao Estado, através do Serviço Nacional de Saúde, realizar intervenções abortivas a pedido de mulheres grávidas.

⁹ Também não é indiferente a esta questão a conformação a partir de certo estágio da gravidez de uma figura humana por parte do feto, dado que a sua semelhança com um recém-nascido suscita maiores sentimentos de identificação e de protecção em relação ao mesmo e, concomitantemente, um sentimento de rejeição da possibilidade de interrupção voluntária da respectiva gestação.

Em primeiro lugar, tal como estão as coisas, pode muito bem não haver capacidade instalada para as fazer em prazo tão apertado, face ao problema das listas de espera que existe nos hospitais públicos. Por outro lado, face ao decréscimo da natalidade em Portugal e à necessidade de uma política de promoção da mesma, pode-se considerar paradoxal que o mesmo Estado que deve incentivar a natalidade faça simultaneamente interrupções da gravidez.

Ora, desde logo, há que reconhecer que esta é uma questão diferente e autónoma da problemática da despenalização do aborto e, portanto, da questão submetida a referendo. Porém, é claro que se o Estado, através do Serviço Nacional de Saúde, não assegurar o acesso à interrupção voluntária da gravidez, o aborto continuará a fazer-se fora dos estabelecimentos hospitalares, atendendo ao custo de tal cirurgia, com todos os riscos e problemas associados a essa prática.

Assim sendo, uma solução equilibrada será que o Estado disponibilize à cidadã que solicita uma operação abortiva um serviço de apoio que verifique se é viável, do ponto de vista psicológico, emotivo e material, que essa mulher leve a gravidez até ao fim e que tipo de apoios necessitaria para esse efeito. O Estado poderá propor a essa pessoa dar-lhe os apoios em falta e deixar que a mesma decida, então, em consciência. Não poderá haver pressões, sob a forma de censura moral ou outras, num ou noutro sentido.

Paralelamente, o Estado deve encontrar as soluções administrativas para poder dar resposta aos pedidos das mulheres que queiram interromper a gravidez, quer no seio dos hospitais públicos quer em hospitais privados convencionados.

Por último, deve-se dar aos médicos e enfermeiros a possibilidade de pedirem dispensa da realização de intervenções abortivas, por razões de ordem moral ou religiosa. Porém, será importante cuidar que a objecção de consciência exercida por esses clínicos no serviço público seja também observada no serviço privado, pelo menos enquanto continuar a ser possível acumular o exercício da profissão em ambos os sectores.

Porto, Abril de 2005
Secretaria de Justiça e Democracia do PH.