

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

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

X

[TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 85/1985]

ACÓRDÃO N° 85/85

Processo n° 95/84.

Plenário.

Relator: Conselheiro Vital Moreira.

Acordam, em sessão plenária, no Tribunal Constitucional:

1 — O pedido

1.1 — Objecto do pedido

O Provedor de Justiça (doravante, abreviadamente designado por Provedor) requereu ao Tribunal Constitucional por ofício de 18 de Junho de 1984, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 140° e 141° do Código Penal, na redacção dada pelo artigo 1° da Lei n° 6/84, de 11 de Maio, bem como dos artigos 2° e 3° desta mesma lei, todos eles respeitantes à exclusão de ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez, pois tais normas violariam várias disposições da Constituição, designadamente o artigo 24° que garante o direito à vida.

Admitido o pedido, foi a Assembleia da República solicitada, como era devido, através do seu Presidente, a pronunciar-se sobre ele, tendo-se este limitado a oferecer o «merecimento dos autos» no que concerne ao fundo da questão (ofício de 4 de Julho). Estão portanto preenchidos os requisitos para que o Tribunal se pronuncie.

1.2 — Uma questão prévia

Entretanto, no seu requerimento o Provedor suscita, a título de «questão prévia», o problema de saber se o Tribunal Constitucional pode pronunciar-se de novo sobre o assunto que lhe é agora submetido, visto que já se pronunciou sobre a questão da inconstitucionalidade das mesmas normas, em sede de fiscalização preventiva do decreto da Assembleia da República que veio a ser promulgado e publicado como Lei n.º 6/84 (Acórdão n.º 25/84). Sustenta o Provedor que esse facto não preclui a possibilidade de o Tribunal Constitucional vir a pronunciar-se de novo sobre a matéria.

Tem razão o Provedor na conclusão que tira. Mas não a tem quando fundamenta essa conclusão numa suposta «natureza de mero parecer» que, no seu entender, seria a do referido acórdão deste Tribunal, por ter sido produzido no contexto de fiscalização preventiva da constitucionalidade.

Argumenta assim o Provedor:

O facto de o Tribunal Constitucional se haver pronunciado preventivamente sobre o projecto não obsta, no entanto, a que uma vez promulgada e publicada a lei, possa vir a ser solicitada a fiscalização concreta da constitucionalidade dessa mesma lei. [A expressão «fiscalização concreta» é concerteza um lapso, em vez de «fiscalização sucessiva».]

Na verdade, afigura-se, com efeito, que o Acórdão inicialmente emitido tem a natureza de mero parecer, nos termos do n.º 1 do artigo 278.º da Constituição da República Portuguesa, nada obstando a que o Tribunal Constitucional, então, em termos de fiscalização superveniente, possa de novo apreciar e declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de uma ou mais normas da lei publicada. (Itálicos originários, salvo o da expressão «mero parecer»)

Há aqui dois equívocos que importa clarificar. Esse texto pressupõe que:

a) Os acórdãos do Tribunal Constitucional em sede de fiscalização preventiva (ao menos quando não se pronunciem pela inconstitucionalidade) teriam natureza de simples parecer, e que, só por assim ser, é que o Tribunal Constitucional poderia vir de novo a pronunciar-se sobre o mesmo assunto;

b) Aparentemente, isso só aconteceria por o mencionado acórdão ter sido tirado em fiscalização preventiva, e já assim não seria se ele tivesse sido produzido em sede de fiscalização sucessiva.

Como já se demonstrou no Acórdão n.º 66/84 do Tribunal Constitucional — onde o Provedor suscitava questão idêntica —, não tem qualquer fundamento válido tal suposição. Primeiro, os acórdãos do Tribunal Constitucional produzidos em sede de fiscalização preventiva

não são «meros pareceres»: são decisões com natureza idêntica (embora com diversos efeitos) à dos restantes acórdãos. Quando se pronunciem pela inconstitucionalidade de um diploma (melhor: das suas normas) determinam o seu veto (designadamente pelo Presidente da República), não podendo portanto ele entrar a fazer parte da ordem jurídica, salvo no caso do artigo 279, n.º 2, da Constituição (renovação da aprovação do diploma por maioria qualificada); é óbvio que se, nesse caso, o diploma vier a ser promulgado e publicado, apesar da decisão do Tribunal Constitucional, ele não é por isso menos válido, mas também o Tribunal Constitucional não fica impedido de pronunciar-se de novo, se tal se proporcionar, sobre a respectiva constitucionalidade em sede de fiscalização sucessiva.

Em segundo lugar, no caso de acórdãos que não se pronunciem pela inconstitucionalidade, o Tribunal não fica impedido de voltar a pronunciar-se sobre a mesma matéria, quer o acórdão tenha sido produzido em fiscalização preventiva, quer também o tenha sido em fiscalização sucessiva. Isso decorre directamente da natureza do controlo da constitucionalidade, que consiste em apreciar e declarar (ou não) a inconstitucionalidade, e não em declarar a constitucionalidade. Por isso, as únicas decisões do Tribunal Constitucional em matéria de controlo de constitucionalidade que impedem que a questão venha a ser novamente apreciada são as que, em fiscalização sucessiva abstracta, declaram a inconstitucionalidade; mas aí pela simples razão de que então as normas deixam de vigorar, desaparecendo portanto a possibilidade de virem a ser de novo fiscalizadas (cf. artigo 282.º da Constituição).

Enfim: a «questão prévia» levantada pelo Provedor é de resolver no sentido por ele proposto, mas não pelos fundamentos aí expendidos.

Por conseguinte, nada impede a admissão do pedido do Provedor e nada obsta a que o Tribunal Constitucional dele tome conhecimento.

Cumprе apreciá-lo.

2 — A solução

2.1 — Fundamentos do pedido

Alega o Provedor que as normas questionadas são materialmente inconstitucionais, violando diversos preceitos e princípios constitucionais, nomeadamente os dos artigos 24.º, 9.º, alínea b), e 18.º, n.º 2, da Constituição.

É do seguinte teor o requerimento do Provedor, na parte que aqui interessa:

1º Analisando a questão de fundo, conclui-se que o artigo 140º do Código Penal, na forma constante do artigo 1º da Lei nº 6/84, de 11 de Maio, viola várias disposições da Constituição da República Portuguesa.

2º Ao despenalizar o aborto terapêutico, o aborto eugénico e o criminológico o preceito em causa viola, antes de mais, o artigo 24º da Constituição porque exclui a ilicitude de uma conduta que se traduz na destruição de uma vida humana, que aquela disposição qualifica como inviolável.

Na verdade, no próprio Relatório do Acórdão [o já referido Acórdão nº 25/84, do Tribunal Constitucional] se reconhece que esta disposição constitucional protege toda a vida humana, incluindo a extra-uterina [sic]. Cito «Cremos, porém, que se pode e deve concluir que também essa vida humana intra-uterina está abrangida nesses preceitos e princípios que lhe subjazem» (nº VII do Acórdão).

3º Ofende também o preceituado na alínea b) do artigo 9º, pois, ao invés de garantir um direito fundamental (consignado no artigo 24º), desrespeita-o.

4º Também se tem de considerar violado o nº 2 do artigo 18º na medida em que se restringe um direito — o direito à vida — o qual só poderia ser restringido «nos casos expressamente previstos na Constituição».

5º É certo que o mencionado nº 2 do artigo 18º, permite a restrição de direitos desde que se limite «ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» mas só no caso do aborto terapêutico, isto é, quando estão em causa a vida da grávida e do feto se enfrenta uma situação de conflito de interesses equiparados.

Nesta hipótese, porém, deverá levantar-se o problema da natureza e de função do direito penal e dos meios que deve utilizar para alcançar os fins que lhe cabe realizar.

Como pertinentemente se põe em evidência no voto de vendio do Exmo Conselheiro Fernandes Afonso (p. 2993 da 2ª série do Diário da República de 4 de Abril de 1984) «... o legislador não podia subsumir a interrupção voluntária da gravidez a causa da justificação do facto. Na verdade, tal interrupção na medida em que representa a eliminação de uma vida humana, a que, obviamente, não pode imputar-se qualquer culpa no surgir do conflito, deve considerar-se ilícita, podendo eventualmente verificar-se apenas, isso sim, a existência de estado de necessidade desculpante, de previsão do artigo 35º do Código Penal».

Acresce, como se refere ainda, no mesmo voto, «que considerando que o compromisso deontológico dos médicos lhes confere o direito de praticarem o aborto terapêutico nas condições estabelecidas no seu código deontológico, não se vislumbra a mínima razão de necessidade de estatuição de tal causa de exclusão da ilicitude do aborto».

6º Faltando por completo no conflito de direitos — quando exista —, os requisitos de proporcionalidade, necessidade e adequação que justifiquem a primazia que foi dada à mulher grávida, situação relativamente à qual o douto parecer [sic] não deixa de expressar dúvidas «cruciantes» não se vê como possa reconhecer-se como constitucionais as normas em apreciação,

visando a protecção de situações meramente eventuais em troca do sacrifício da vida de quem vai nascer.

7º Nestes termos, tendo em conta os fundamentos doutamente expressos em todos os votos de vencido e ainda a que Portugal é um Estado de direito democrático que respeita como valor supremo a «dignidade da pessoa humana» (artigo 1º da Constituição) e se baseia na «garantia dos direitos e liberdades fundamentais» (artigo 2º.), requeiro que esse Venerando Tribunal declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade dos artigos 140º e 141º do Código Penal com a redacção que lhe foi introduzida pelo artigo 1º da Lei nº 6/84, de 11 de Maio, e como consequência dessa declaração a insubsistência dos artigos 2º e 3º da mesma lei, dado o seu carácter instrumental.

Como se verifica, a questão de constitucionalidade que é presente ao Tribunal é em tudo idêntica à que motivou o Acórdão nº 25/84. Não há elementos novos, nem quanto ao âmbito das normas questionadas, nem quanto aos parâmetros constitucionais alegadamente infringidos.

E também não são apresentados, para fundamentar a alegação de inconstitucionalidade, outros argumentos, senão os que o Tribunal Constitucional considerou na sua anterior decisão e que desenvolvidamente constam dos votos de vencido então juntos ao acórdão (e a que, aliás, o requerimento recorre expressamente).

Não considerou então o Tribunal Constitucional que tais argumentos fossem de molde a conduzir a uma decisão favorável à tese da inconstitucionalidade, pelo que fez vencimento, por maioria, uma decisão contrária. Não existe agora nenhum elemento novo que leve a uma alteração dessa posição. Nem o Tribunal Constitucional encontra razões para reavaliar os argumentos anteriores, de forma a inverter o sentido da decisão. Os dados da questão não mudaram; também não pode mudar a solução.

2.2 — Fundamentos da decisão

Postas as coisas nestes termos, não se torna necessário (nem se justifica) reexplorar, repetindo-as, todas as considerações que fundamentaram a convicção do Tribunal e que determinaram a sua decisão, extensamente apoiada em numerosas referências doutrinárias, jurisprudenciais e de direito comparado. Basta pois sumariá-las, pondo em relevo as suas grandes linhas. É o que se fará, sem com isso adoptar necessariamente a mesma sistematização ou valorizar de forma absolutamente idêntica os vários fundamentos.

São duas, fundamentalmente, as ideias determinantes da posição que colhe apoio dominante no Tribunal. Por um lado, entende-se que a vida intra-uterina compartilha da protecção que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucional objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do direito à vida propriamente dito — que só cabe a pessoas —, podendo portanto aquele ter de ceder, quando

em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos. Por outro lado, independentemente da natureza da protecção constitucional da vida intra-uterina, nada, porém, impõe constitucionalmente que essa protecção tenha de ser efectivada, sempre e em todas as circunstâncias, mediante meios penais, podendo a lei não recorrer a eles quando haja razões para considerar a penalização como desnecessária, inadequada ou desproporcionada, ou quando seja possível recorrer a outros meios de protecção mais apropriados e menos gravosos.

Considere-se cada uma destas ideias com mais alguma detença, prescindindo porém de supérfluos desenvolvimentos, designadamente de desnecessárias referências doutrinárias ou jurisprudenciais, remetendo nessa parte também para o anterior acórdão.

Quanto à primeira ideia, ela começa por admitir que a vida intra-uterina não é constitucionalmente irrelevante ou indiferente, sendo antes um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da protecção conferida em geral à vida humana enquanto bem constitucional objectivo (Constituição, artigo 24º, nº 1). Todavia, só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais — pois não há direitos fundamentais sem sujeito —, pelo que o regime constitucional de protecção especial do direito à vida, como um dos «direitos, liberdades e garantias pessoais», não vale directamente e de pleno para a vida intra-uterina e para os nascituros.

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.

Esta distinção é de primacial importância, sobretudo no que respeita a conflitos com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Sendo difícil conceber que possa haver qualquer outro direito que, em colisão com o direito à vida, possa justificar o sacrifício deste, já são configuráveis hipóteses, em que o bem constitucionalmente protegido que é a vida pré-natal, enquanto valor objectivo, tenha de ceder em caso de conflito, não apenas com outros valores ou bens constitucionais, mas sobretudo com certos direitos fundamentais (designadamente os direitos da mulher à vida, à saúde, ao bom nome e reputação, à dignidade, à maternidade consciente, etc.).

É assim que, como expressão desta doutrina, se pode ler no citado Acórdão nº 25/84:

Em todo o caso, sempre seria de acentuar que no confronto de um valor não juridicamente subjectivado — o da vida intra-uterina — com outros valores juridicamente subjectivados na mulher grávida, com natureza de direitos fundamentais, é lícito admitir a possibilidade de sacrifício daquele... (Cap. VII, in fine. Itálicos acrescentados.)

A solução de um conflito pode, a todas as luzes, ter um desfecho compreensivelmente diverso, conforme ele seja protagonizado pelo direito fundamental de um homem à sua vida ou, diferentemente, apenas pelo bem constitucional objectivo que é a vida fetal.

É também desse acórdão a seguinte passagem:

E assim o conflito de dois bens ou valores pode ter uma solução diferente se o conflito se desenhasse após o nascimento. Para o demonstrar basta a tradição jurídica nacional, que, como é sabido, nunca equiparou o aborto ao homicídio. (Idem, ibidem. Itálicos originários.)

Analisados os preceitos impugnados, designadamente o artigo 140º do Código Penal, que define os casos de exclusão da ilicitude (a saber: perigo de morte ou para a saúde física e psíquica da mulher, previsível doença ou malformação incurável do nascituro, gravidez resultante de violação), forçoso é verificar que tais casos configuram situações típicas de conflito entre, por um lado, a persistência da gravidez e a correlativa garantia da vida intra-uterina e, por outro lado, certos direitos fundamentais da mulher grávida ou outros valores ou interesses constitucionalmente protegidos (direito à vida e à saúde, direito a uma maternidade consciente, incluindo a escolha do pai dos seus filhos, etc.). Há-de admitir-se que em nenhuma dessas situações de colisão é ilegítima ou inaceitável, em termos constitucionais, a solução legal de não penalizar o aborto que nessas circunstâncias seja praticado para fazer prevalecer os direitos e interesses constitucionalmente legítimos da mulher, sobretudo quando, como ocorre em três das quatro situações contempladas — as previstas nas alíneas b), c) e d) do nº 1 do artigo 140º do Código Penal —, a exclusão da ilicitude só abrange os abortos praticados nos primeiros meses de gravidez (sendo certo que não é indiferente, à luz da consciência cultural e jurídica, a fase de desenvolvimento do feto, reclamando este uma tutela tanto maior quanto mais próximo estiver o nascimento).

Quanto à segunda das ideias acima referidas, determinantes da convicção que fundamenta a decisão do Tribunal, ela tem a ver sobretudo com o melhor entendimento do estatuto constitucional da lei e da sanção penais.

Os bens ou valores constitucionalmente protegidos em geral, tenham ou não a natureza de direitos fundamentais, exigem do Estado (a começar no legislador) pelo menos duas coisas:

- a) Que ele mesmo não atente contra eles;
- b) Que os proteja dos atentados de outrem.

Enquanto bem constitucionalmente protegido, também a vida intra-uterina 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.

A verdade é que o recurso a meios penais está constitucionalmente sujeito a limites bastante estritos. Consistindo as penas, em geral, na privação ou sacrifício de determinados direitos (maxime, a privação da liberdade, no caso da prisão), as medidas penais só são constitucionalmente

admissíveis quando sejam necessárias, adequadas e proporcionadas à protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido (cf. artigo 18º da Constituição), e só serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e essa protecção não possa ser garantida de outro modo. Existe aqui, sem dúvida, ampla margem de discricionariedade legislativa, na opção por meios penais ou por outros. Mas parece evidente que é 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... Em princípio, a norma penal, sobretudo quando recorre a penas privativas da liberdade, deve constituir uma última instância dos meios de tutela estaduais dos valores constitucionalmente protegidos.

No caso do aborto e da garantia da vida intra-uterina, outros meios de tutela e de combate ao aborto existem, que devem preceder os meios penais (medidas de educação sexual que previnam os casos de gravidez indesejada, medidas de aconselhamento, de facilidades laborais e de apoio económico e social que ajudem a mulher a assumir a gravidez e a desejar levá-la a termo) e cuja ausência ou insuficiência só torna mais gravosas e desproporcionadas as normas penalizadoras.

Sob um ponto de vista jurídico-constitucional, a tutela penal há-de ser a ultima ratio das medidas culturais, económicas, sociais e sanitárias, e não um sucedâneo para a falta delas.

A verdade é que, não só não se tem por adquirido que a protecção da vida intra-uterina exija em geral e em absoluto o instrumento da penalização, como nem sequer se tem por indiscutível (para dizer o menos...) que a penalização geral seja instrumento adequado para combater eficazmente o aborto.

Como quer que seja, o Tribunal considera que, nos casos contemplados pelas normas em discussão — e só eles estão aqui em causa —, não é sustentável uma obrigação constitucional de penalização. Afigura-se estar-se perante situações de conflito, de tal natureza e gravidade, que 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.

Em suma, não se vê existirem razões que levem a censurar, no plano jurídico-constitucional (e só desse se pode versar aqui), as normas que excluem a ilicitude em certos casos de interrupção voluntária da gravidez.

3 — Decisão

Nestes termos, o Tribunal Constitucional decide não declarar a inconstitucionalidade dos artigos 140º e 141º do Código Penal, na redacção que lhes foi dada pelo artigo 1º da Lei nº 6/84, de 11 de Maio, bem como dos artigos 2º e 3º desta mesma lei.

Lisboa, 29 de Maio de 1985. — Vital Moreira — Antero Alves Monteiro Diniz — Mário de Brito — Jorge Campinos — Luís Nunes de Almeida — José Magalhães Godinho — José Martins da Fonseca — António Luís Garcia da Costa Mesquita (vencido nos termos da declaração junta) — José Manuel Cardoso da Costa [vencido. Dou resposta divergente e oposta às duas questões nucleares, em que radica o problema da constitucionalidade das normas em apreço, enunciadas e debatidas no presente Acórdão, pelas razões constantes da minha declaração de voto junta ao Acórdão n.º 25/84 (Diário da República, 2.ª série, de 4 de Abril de 1984, pp. 2990 segs.), que dou aqui por reproduzida. Mantendo assim a posição que já perfilhava nessa oportunidade, pronunciei-me no sentido da inconstitucionalidade de tais normas] — Messias Bento (vencido nos termos da declaração de voto que junto) — Mário Afonso (vencido, conforme declaração de voto que junto) — Raul Mateus (vencido, segundo a declaração de voto que juntei ao Acórdão n.º 25/84, e que dou aqui por reproduzida) — Armando Manuel Marques Guedes (vencido, nos termos da declaração de voto que juntei ao Acórdão n.º 25/84, e que dou aqui por reproduzida).

DECLARAÇÃO DE VOTO

Entendo que as normas que excluem a ilicitude em casos de interrupção voluntária da gravidez violam o artigo 24.º da Constituição. Tenho como líquido que a protecção da vida exige o instrumento da penalização, nomeadamente, nos casos de impossibilidade material de defesa própria.

As normas em apreço são alguma coisa como despenalizar o homicídio relativamente a quem age, invocando a legítima defesa, contra a vida de um ser humano amarrado de pés e mãos. — Costa Mesquita.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido nos termos da declaração de voto, que juntei ao Acórdão n.º 25/84, de 19 de Março de 1984, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 80, de 4 de Abril de 1984, e de algo mais que ora se acrescenta:

As razões são, pois, as que se seguem.

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

2 — O princípio da inviolabilidade da vida humana impõe que o Estado respeite a vida em todas as circunstâncias; exige-lhe que a faça respeitar por terceiros (mãe incluída); e reclama-lhe que adopte medidas positivas para a defender.

3 — A vida humana só se defende com seriedade, se o Estado adoptar medidas conducentes a garanti-la na sua vertente mais radical e primária, que é o direito a nascer, pois que, sem a defesa deste direito, todos os demais direitos do nascituro serão puras ficções, porque vazios de qualquer sentido.

Não pode aceitar-se como válida a consideração, que fez vencimento, de que a vida intra-uterina, sendo, embora, um bem constitucionalmente protegido, só compartilha da «protecção conferida em geral à vida humana, enquanto bem constitucional objectivo», e não já da «protecção que é devida ao direito de cada homem à sua vida».

E não pode, sobremaneira quando daí, depois, se arranca para concluir que este direito — o direito à vida —, é um direito apenas do homem, da pessoa, e que, assim, ao feto, não sendo pessoa, não tem por que garantir-se qualquer direito a nascer.

Se este modo de ver as coisas fosse válido, então, a conclusão a extrair seria a de que a vida humana não tinha sempre a mesma eminente dignidade: haveria uma vida — a já nascida —, merecedora de todo o respeito e titular, por isso, de direitos fundamentais, e uma outra — a vida pré-natal —, a quem, não se reconhecendo, ao menos, o direito a nascer, não se garantia, sequer, a expectativa de vir a ser sujeito de direitos. Uma vida de primeira e uma vida de ínfima categoria, pois. De tão ínfima categoria, que nela seria difícil reconhecer já uma chispa de humanidade.

Simplesmente, quando a vida humana deixa de conceber-se como um valor absoluto, para se ver, nela, algo que se pode colocar na dependência da vontade de alguém que se encontra numa posição mais vantajosa — no caso, a mãe —, esquece-se que cada vida, por ser única e irrepetível, tem todo o valor possível.

Ora — como adverte Rafael Gomez Perez (Problemas Morais da Existência Humana, ed. CAS, 1983, p. 103) —, «se houvesse uma só vida que não fosse ' importante ', nenhuma seria importante».

A garantia do direito a nascer, é, assim, uma exigência da dignidade humana.

4 — A defesa do direito a nascer e, assim, do direito à vida, só se organiza, com um mínimo de eficácia, pelo recurso à tutela penal — pese embora o facto de, no tocante à vida intra-uterina, essa forma de protecção se ter sempre mostrado muito pouco eficaz (o aborto, conquanto punido, entre nós, há mais de um século, tem sido o campo de eleição da chamada «criminalidade oculta», apresentando elevadas «cifras negras»).

É que, o Direito Penal — que deve, é certo, limitar-se à tutela dos bens jurídicos essenciais para a livre realização e desenvolvimento em comunidade da personalidade de cada

homem, intervindo tão-só quando se mostrem insuficientes os meios não criminais de política social — tem, apesar de tudo, uma importante função pedagógica a cumprir, pois, de algumas vezes, a cominação de pena é essencial para «afinar» a consciência ética dos cidadãos.

Assim sendo, a norma penal que defina o aborto como crime, que mais não seja, sempre terá a função de servir de «avisador das consciências». Servirá, assim, para — além do mais — não deixar perder a ideia de que a interrupção voluntária da gravidez é um facto ilícito.

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

Quaisquer outras formas de tutela, se forem oferecidas num contexto social que, em certos casos, possibilite a prática legal do aborto, serão de todo ineficazes para proteger o direito à vida. Assim, por exemplo — da perspectiva da protecção da vida intra-uterina —, nada adiantará que ao nascituro se possam fazer doações, se o sistema jurídico consentir à mãe que o não deixe nascer.

5 — O legislador tem, pois, obrigação de tutelar penalmente a vida humana. E a vida humana toda, intra e extra-uterina.

É certo que, no avaliar e decidir do modo como deve tutelar determinados bens jurídicos, goza o legislador de larga margem de discricionariedade, embora só deva recorrer ao arsenal das reacções criminais quando se trate de proteger bens jurídicos essenciais ao viver em comunidade e quando outros meios de tutela se mostrem insuficientes. E, além disso, tem ele a obrigação de procurar um certo «consenso comunitário» para as normas penais que editar.

Simplesmente, o que existem são acções humanas que hão-de inscrever-se sempre no «domínio penal», ainda mesmo quando haja largos sectores de opinião que não sintam os valores jurídicos violados como carecidos de tutela penal. Um desses comportamentos é, seguramente, todo e qualquer atentado injustificado contra a vida humana, pois seria, em absoluto, inadmissível que, em nome de valores como o da «tolerância», próprio de uma sociedade democrática, plural e aberta, se pudesse sequer admitir a ideia de deixar sem protecção a vida de certas pessoas (v.g. a dos doentes incuráveis, a dos velhos etc.).

A vida humana — a vida humana toda, intra e extra-uterina — é, assim, um daqueles valores que não pode ser objecto de qualquer relativização. É um valor incondicionado.

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

6 — Existe, pois, uma imposição constitucional de tutela da vida humana. E da vida humana toda, intra e extra-uterina. E essa imposição constitucional só a cumprirá o legislador socorrendo-se da tutela penal, pois só esta se apresenta com um mínimo de eficácia.

Descriminalizar certos casos de aborto provocado é, pois, subverter a ordem constitucional de valores. E é-o, muito principalmente quando se rompe com uma tradição de mais de um século, em que esses factos eram criminalmente puníveis e se não demonstra positivamente terem-se encontrado sucedâneos capazes de não deixar perder o valor da vida humana intra-uterina como um valor ético-social.

7 — O direito à vida é um direito com pretensão de absoluto, precisamente porque é o mais fundamental de todos os direitos fundamentais: é o pressuposto fundante de todos eles. Não é, porém, um direito absoluto, nem ilimitado: vivendo num contexto social, tem de conviver com os direitos de outros titulares. Há-de sofrer, por isso, as limitações impostas pela necessidade de realização desses outros direitos.

Simplemente, as normas que ora nos ocupam não contêm limitações. O que elas fizeram foi resolver em abstracto — e sempre pelo sacrifício do direito à vida do feto — as várias situações de conflito que hipotecizaram e em que aquele direito surge em colisão com outros direitos da mãe: o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à saúde, o direito à honra, o direito à intimidade...

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

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

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

8 — Com dizer isto não se ignora que, nalgum caso, haverá que compreender-se que a mulher grávida possa não levar até ao fim a sua gravidez. Tratar-se-á de situações em que ela actua

sem culpa, por não ser razoável — atentas as circunstâncias do caso — exigir dela comportamento diferente. São situações de estado de necessidade desculpante, previstas no artigo 35º, nº 1, do Código Penal: a conduta continua a ser criminalmente ilícita, mas os seus autores, tendo agido sem culpa, não serão punidos.

Esse juízo de exculpação só em concreto pode ser afirmado. Requer, por isso, uma ponderação das circunstâncias de cada caso. É, assim, tarefa para o julgador, que não para o legislador e — muito menos — para ser objecto de uma «decisão administrativa» por parte de médicos (v. artigo 140º, nº 2).

Significa isto que, do meu ponto de vista, o legislador não podia fazer como fez: hipotizou possíveis situações de estado de necessidade desculpante, «pegou» nelas e erigiu-as em «contratipos» ou «tipos justificadores» do crime de aborto, cometendo a médicos a decisão da sua verificação.

Se essa atitude do legislador fosse constitucionalmente legítima relativamente ao crime de aborto, não se vê por que o não haveria de ser também quanto ao de homicídio e de infanticídio: o bem jurídico violado é o mesmo e não é razoável pretender-se que a vida humana intra-uterina tenha menos dignidade que a vida humana extra-uterina. Entre elas não existe qualquer diferença essencial, pois se trata da mesma vida; o ser único e irrepetível, que é cada homem, existe, como tal, desde o primeiro momento de vida, reclamando, por isso e desde então, uma e a mesma protecção do Direito e do Estado (mesma, do ponto de vista qualificativo).

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

Isso justifica uma menor gravidade objectiva do crime de aborto em relação ao de homicídio e ao de infanticídio (v. artigos 131º, 137º e 140º do Código Penal). E pode servir, eventualmente, de causa de exclusão de ilicitude (v. artigos 35º e 36º do Código Penal). Já, porém, não pode justificar que, em abstrato, ao nível da lei, se sacrifique, de plano, a vida do feto a certos direitos da mãe. Ainda que estes sejam o direito à vida, à integridade física, à saúde, à honra ou à intimidade. — Messias Bento.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei vencido pelas razões que sucintamente passo a expor. 1 — O nº 1 do artigo 24º da Constituição estabelece:

A vida humana é inviolável.

O conceito de vida humana tem de ir basear-se á ciência.

Esta ensina que a vida humana existe desde o momento da concepção. Na verdade, nesse momento, o novo ser diferencia-se em absoluto, sob o ponto de vista genético, do pai e da mãe, possuindo «um programa próprio e auto-regulado de maturação e crescimento, desenvolvimento e renovação celular»; e «nada, fragmentos ou partes, será acrescido a este ser humano vivo, desde o momento da fecundação até à morte por velhice, nada excepto o alimento» — Cf. O ABORTO, de Bárbara Wilke e Jack Wilke, p. 23. Assim, «cada um de nós existiu como um todo quando da concepção; tudo o que nos acontecer desde então, tem o nome de maturação» — ib, p. 23.

Por tudo isto, entendemos que, pelos seus termos absolutos, a prescrição constitucional transcrita tem necessariamente de interpretar-se por forma a abranger a vida humana intra-uterina desde o momento da concepção.

Salienta-se que o princípio da inviolabilidade da vida humana e, conseqüentemente, da vida do próprio feto, se inscreve, como direito fundamental, no capítulo «Direitos, liberdades e garantias pessoais».

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

Por conseguinte, o feto é titular de um direito fundamental à vida, ou seja, do direito de nascer.

É óbvio, pela natureza das coisas, não ser aqui aplicável o conceito civilístico de pessoa humana definido no artigo 66º do Código Civil.

Na verdade, o direito do feto à vida constitui um direito jurídico-constitucional fundamental, como já acentuei.

Aliás, a sua extrema relevância levou o legislador a conferir-lhe tutela penal, inscrita no título I do Código Penal, sob a epígrafe «Dos crimes contra as pessoas», capítulo II, intitulado «Dos crimes contra a vida intra-uterina».

Por isso, de modo algum posso aceitar, como se fez no acórdão, que a vida intra-uterina constitua um «bem constitucional objectivo», «um valor objectivo».

Repudio este conceito pois não posso aceitar que se rotule como bem constitucional objectivo a vida de um ser humano, quando a ciência nos diz que o seu ritmo cardíaco aparece pela primeira vez entre o 18º e o 21º dia; que se podem registar ondas cerebrais (para alguns, o princípio

da vida) ao 40º dia; que é possível o electrocardiograma às 9/10 semanas; que o seu cérebro se encontra formado às 10 semanas; que, a partir dos dois meses de gestação, já se distinguem a cabeça, o tronco e os membros; que todos os aparelhos estão formados às 8 semanas, começando a funcionar às 11 semanas; que tem as cordas vocais completamente formadas às 18 semanas.

Não posso considerar este ser, cuja tutela jurídico-constitucional e penal assinala, como um simples bem constitucional objectivo só porque se encontra escondido no ventre materno.

2 — Nos termos do nº 1 do artigo 18º da Constituição, «os preceitos constitucionais respeitantes a direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas».

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

Vincula, ainda, o Estado a conferir-lhe a necessária tutela, quer adoptando as providências necessárias à protecção da maternidade, considerada constitucionalmente como valor social eminente — artigo 68º, nº 1 —, quer cominando a punição criminal do aborto.

3 — O legislador assumiu o cumprimento deste dever de tutela penal subsumindo o aborto provocado ao tipo legal de crime da previsão dos artigos 139º a 141º do Código Penal.

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

Entendo que não.

4.1 — Na verdade, de acordo com o nº 3 do citado artigo 18º, em matéria de direitos, liberdades e garantias, vigora, na Constituição, o princípio da excepcionalidade das restrições. Por isso é vedado ao legislador ordinário diminuir ou comprimir o alcance do conteúdo essencial das normas constitucionais que a tal matéria respeitem.

É evidente, assim, face aos artigos 24º, nº 1, e 1º, da Constituição, que o legislador não poderia descriminalizar, em absoluto, o aborto.

Do mesmo modo, também se exclui dos seus poderes legislativos ordinários o estabelecimento de causas de justificação do aborto, como o fez na lei ora sindicada.

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

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

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

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

4.2 — O nº 1 do artigo 140º do Código Penal, na redacção dada pela Lei nº 6/84, de 11 de Maio, ora em apreço, nas hipóteses conflituais nele precisadas, optou sempre pelo sacrifício do feto em benefício da mãe.

Ora, em meu entender, os pressupostos «necessidade e idoneidade» apenas se podem reconhecer na alínea a) do mencionado nº 1, nas expressões «constitua o único meio de remover perigo de morte [...] da mulher grávida».

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

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

4.2.2 — Relativamente ao aborto eugénico, referido na alínea c), o valor vida do feto sobreleva quer o valor negativo das profundas angústias, ansiedades e apreensão actuais e futuras dos progenitores, quer o desvalor do previsível sofrimento futuro, físico ou moral, do próprio feto

após o seu nascimento e no decurso da sua vida. Por outro lado, o Estado, pela despenalização do aborto, nesta hipótese, decline o dever que lhe comete o n.º 2 do artigo 71.º da Constituição.

De resto, como informa António Manuel de Almeida Costa, em «Aborto e Direito Penal», p. 32, separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 44 — Dezembro de 1984, nos países onde ocorreu a legislação do aborto, não se verificou a redução das taxas de nascimento de crianças anormais.

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

Por outro lado, a argumentação focada sob o ângulo do direito à maternidade consciente revela-se manifestamente inconsequente, pois seria igualmente válida para o caso da gravidez imprevista, hipótese em que, por certo, ninguém reputa justificável o aborto.

4.2.4 — Analisemos o aborto terapêutico com fundamento no perigo de morte da mãe.

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

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

A apreciação e verificação desta causa incumbirá, em concreto, à actividade jurisdicional dos tribunais, sendo constitucionalmente inadmissível se cometa a sua apreciação a entidades meramente administrativas — artigo 206.º da Constituição.

Por outro lado, a hipótese extrema de conflito entre as duas vidas, dado o actual desenvolvimento das ciências médicas, raríssimas vezes ocorre na prática, segundo os ensinamentos médicos [cf. Ibérico Nogueira, in Aborto Terapêutico, separata de O Médico, n.º 220, p. 33; Abel Sampaio Tavares, in Aborto Terapêutico, separata de Acção Médica, ano 15, n.º 57; Maria Ghera, in Osservatore Romano de 3 de Abril de 1977; Bernard Nathanson, ex-director do Centro para a Saúde Sexual e Reprodutora de Nova Iorque (CRANCH) que, em conferência de

impressa, em Lisboa, no dia 9 de Fevereiro de 1984, afirmou: «dos 75 000 abortos de que sou directa ou indirectamente responsável, apenas um foi praticado para salvar a vida da mãe. Hoje, face ao avanço da medicina, seria possível evitar o sacrifício de ambos»].

Acresce que o Código Deontológico da Ordem dos Médicos depois de no artigo 50º, nº 2, alínea a), declarar que a prática do aborto «ê expressamente proibida», diz no imediato artigo 51º, sob a epígrafe «(Interrupção voluntária da gravidez)»:

1 — Quando a única forma de preservar a vida da doente implique a interrupção da gravidez deve o médico assistente, salvo em caso de inadiável urgência, convocar, para uma conferência, dois médicos da especialidade.

2 — Da conferência referida no número anterior deve ser elaborado protocolo circunstanciado, em quatro exemplares do qual conste o diagnóstico e as razões científicas que determinam a interrupção.

3 — Cada um dos participantes conserva em seu poder um exemplar do protocolo, o quarto é comunicado à doente podendo, contudo, do mesmo, ser omitido o diagnóstico e prognóstico, nos termos e circunstâncias do artigo 43º

4 — A doente deve dar o seu consentimento por escrito, mediante declaração que fica em poder do médico assistente.

5 — Os direitos da doente e do médico a recusar a interrupção da gravidez devem ser respeitados; no caso da recusa provir deste último, deve ele contudo tomar as medidas necessárias para que seja assegurada assistência clínica conveniente à doente.

6 — Concluída a terapêutica, deve ser remetido ao Conselho Nacional de Deontologia Médica na Ordem dos Médicos cópia do protocolo referido no nº 2, com a descrição da terapêutica realizada, mas do qual tenham sido omitidos todos os elementos de identificação da doente.

7 — O disposto nos números anteriores aplica-se nos casos graves e comprovados de lesão congénita não susceptível de terapêutica e que, pelas suas características, seja incompatível com a sobrevivência pós-natal.

As considerações anteriormente feitas levam a não se vislumbrar a mínima razão da necessidade de estatuição de tal causa justificativa do aborto.

O mesmo se diga, face a este nº 7, além do que acima se focou, quanto ao aborto eugénico.

Pelo contrário, tal estatuição, caracterizadora de um contra-tipo, importa manifesta ofensa do carácter preventivo e pedagógico inerente à tutela penal que ao legislador incumbe. Para o cidadão comum, fica tão-somente a ideia, veiculada, intencionalmente ou não, pelos meios de

comunicação social, de que o aborto já não é um facto ilícito, por se haver decretado a sua despenalização. Por outro lado, franqueiam-se as portas às maiores complacências, pois ninguém ignora — é um facto notório — a fragilidade do barro humano. Isto para não falar da previsível elasticidade dos critérios clínicos subjacentes à decisão da intervenção abortiva.

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

Além disso, atentas as razões explicitadas, essa lei colide frontalmente com o dever de garantia de direitos fundamentais, tarefa basilar de um Estado de direito democrático, em conformidade com o disposto no artigo 2º da Constituição. — Mário Afonso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

1 — Dispõe o artigo 24º da Constituição:

1 — A vida humana é inviolável.

2 — Em caso algum haverá pena de morte.

O nº 2 do artigo 24º refere-se à morte biológica. O carácter unívoco da expressão «pena de morte» não permite aqui outra interpretação.

E porque nos nº 1 e 2 desse artigo os termos vida e morte estão em oposição, a análise lógico-jurídica consequência a conclusão: é a vida biológica que aí é contemplada.

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

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

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

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

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

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

Contrariamente, o acórdão — arrancando da análise do artigo 24º da Constituição, que, repete-se, na sua epígrafe, afirma o direito à vida, e no seu nº 1, estabelece que «a vida humana é inviolável» — vem a entender «que a vida intra-uterina compartilha da protecção que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucionalmente objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do direito à vida propriamente dito — que só cabe a pessoas —, podendo portanto aquele ter de ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos».

Sic et simpliciter, sem qualquer explicação, descobre-se naquele preceito constitucional, de tom unívoco, duas realidades distintas: de um lado, a vida intra-uterina como bem constitucionalmente protegido, do outro, a vida extra-uterina como direito fundamental.

A distinção feita é arbitrária e sem um mínimo de suporte na realidade textual da norma. Faz-se apelo para o efeito, ainda que sub-repticiamente, ao conceito de pessoa jurídica, tal como o artigo 66º, nº 1, do Código Civil a define: «A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida». Partindo da lei ordinária, e agindo ao invés no campo hermenêutico, acaba por se fazer uma incorrecta interpretação do artigo 24º, nº 1, da Constituição. É que o conceito de personalidade jurídica reduz a vida humana à vida civil. Ora, não é à vida civil que aquele preceito constitucional alude, como não se refere também à vida humana, numa conceptualização

metafísica ou sócio-cultural. A ideia de vida que ali se teve por relevante foi a vida humana na sua dimensão biológica.

E este conceito biológico de vida, dada a sua extensão, não consente qualquer fractura na interpretação do artigo 24º, nº 1, da Constituição.

5 — Na sequência da impositação de que a vida fetal é apenas um bem constitucionalmente protegido, e depois de admitir, louvando-se no Acórdão nº 25/84, que «no confronto de um valor não juridicamente subjectivado — da vida intra-uterina — com outros valores juridicamente subjectivados na mulher grávida, com a natureza de direitos fundamentais, é lícito admitir a possibilidade de sacrifício daquele», escreve-se no aresto de que esta declaração de voto é parte integrante:

Analizados os preceitos impugnados, designadamente o artigo 140º do Código Penal, que define os casos de exclusão de ilicitude (a saber: perigo de morte ou para a saúde física e psíquica da mulher, previsível doença ou malformação incurável do nascituro, gravidez resultante de violação), forçoso é verificar que tais casos configuram situações típicas de conflito entre, por um lado, a persistência da gravidez e a correlativa garantia da vida intra-uterina e, por outro lado, certos direitos fundamentais da mulher grávida ou outros valores ou interesses constitucionalmente protegidos (direito à vida e à saúde, direito a uma maternidade consciente, incluindo a escolha do pai dos seus filhos, etc.). Há-de admitir-se que em nenhuma dessas situações de colisão é ilegítima ou inaceitável, em termos constitucionais, a solução legal de não penalizar o aborto que nessas circunstâncias seja praticado para fazer prevalecer os direitos e interesses constitucionalmente legítimos da mulher, sobretudo quando, como ocorre em três das quatro situações contempladas — as previstas nas alíneas b), c) e d) do nº 1 do artigo 140º do Código Penal —, a exclusão da ilicitude só abrange os abortos praticados nos primeiros meses de gravidez (sendo certo que não é indiferente, à luz da consciência cultural e jurídica, a fase de desenvolvimento do feto, reclamando este uma tutela tanto maior quanto mais próximo estiver o nascimento).

Não se pode deixar de criticar este tipo de argumentação. É que, sendo bem distintos os casos de despenalização do abono contemplados na Lei nº 6/84 («perigo de morte ou para a saúde física e psíquica da mulher, previsível doença ou malformação incurável do nascituro, gravidez resultante de violação») necessariamente que variariam, de caso para caso, os valores constitucionais a colocar no outro prato da balança em contraposição à vida fetal, considerada no acórdão como simples bem constitucionalmente protegido. No entanto, não é feita qualquer individualização, com referência a cada uma daquelas situações de exclusão da ilicitude do aborto, do valor constitucional que, em cada caso, estaria particularmente em jogo. Antes, e maciçamente para todas essas situações, algo caoticamente mesmo, se referem, a propósito, «certos direitos fundamentais da mulher grávida ou outros valores ou interesses constitucionalmente protegidos

(direito à vida e à saúde, direito a uma maternidade consciente, incluindo a escolha do pai dos filhos, etc..)» e sem que especifiquem sequer os preceitos da Constituição que lhes dão cobertura.

Designadamente do facto de se haver adoptado um tipo de exposição tão cerrada, e mesmo algo hermética, fica-se sem saber — como melhor adiante se referirá — qual o valor constitucional que, na perspectiva do acórdão, há-de ser considerado no caso do aborto eugénico, o mais inconciliável com a filosofia da Constituição, cuja tónica claramente anti-racista por certo ninguém contestará.

6 — Feita esta crítica a certos lugares do acórdão, dos quais vivamente se discorda, há que prosseguir na explanação da linha argumentativa que se vem desenvolvendo.

E assim, cabe agora acentuar que, segundo o artigo 9º, alínea b), da Constituição, é tarefa fundamental do Estado garantir os direitos e liberdades fundamentais.

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

E se direitos fundamentais de diversos titulares entram em colisão, a tutela estadual, partindo do princípio de que todos os direitos fundamentais têm igual valor, deve estender-se a todos os direitos em conflito, «procurando a solução no quadro da unidade da Constituição, isto é, tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes», ou seja, deve operar por forma «que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja necessário e adequado à salvaguarda dos outros» (Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 222 e 223). Ou, por outras palavras, o entre cruzamento de direitos fundamentais deve mediar-se e saldar-se numa justa relação constitucional.

Nesta óptica, o artigo 1º da Lei nº 6/84, de 11 de Maio, na medida em que subtrai ao campo do ilícito penal alguns casos de interrupção voluntária da gravidez, não envolverá violação dos artigos 9º, alínea b), e 24º, nº 1, da Constituição?

7 — A nova redacção dada ao artigo 140º do Código Penal pelo artigo 1º da Lei nº 6/84, importa a despenalização do crime de aborto em três situações: aborto terapêutico, aborto eugénico e aborto criminológico.

Entendi que em qualquer desses casos o Estado injustificadamente violou a obrigação de garantir o direito à vida do nascituro [artigos 9º, alínea b), e 24º, nº 1, da Constituição].

8 — No caso da alínea a) do nº 1 do artigo 140º, o aborto é permitido, em qualquer estado da gravidez, desde que constitua o único meio de remover:

- Perigo de morte para a mulher grávida;
- Ou perigo de grave e irreversível lesão para o seu corpo ou para a sua saúde física ou psíquica.

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

O sacrifício do direito à vida do nascituro, em qualquer das hipóteses, não está conforme, todavia, com o dever que o Estado tem, segundo parâmetros de adequação e necessidade, de tutelar os direitos fundamentais em caso de conflito. Antes de mais, porque na circunstância não é descrito um típico estado de necessidade [nem o perigo de morte, nem o perigo para a integridade psíquico-física da mulher grávida nos quadros do artigo 140º, nº 1, alínea a), têm de ser actuais], de tal modo que a destruição total do direito à vida do nascituro por causa de um perigo não imediato, e que pode ainda ser rodeado, não se compagina com uma tutela equilibradamente repartida, que é tarefa do Estado em situação de choque de direitos fundamentais.

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

- Perigo de morte para a mulher grávida;
- Ou perigo de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida.

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

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

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

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

Para melhor delineamento da situação, e porque este aborto é de tipo eugénico — como é reconhecido no Acórdão n.º 25/84, para cuja linha argumentativa o presente aresto expressamente remete — não será descabido recordar que a eugenia, como ciência biológica aplicada, propõe «a melhoria das gerações futuras, quer favorecendo o aumento do número de filhos de pais bem dotados geneticamente, quer reduzindo o número de filhos dos menos dotados. No primeiro caso trata-se de eugenia positiva; no segundo, da eugenia negativa. Esta última pode incluir também, além do controle de natalidade, a esterilização, a proibição do matrimónio e outros processos tanto de carácter médico como de carácter social» (Enciclopédia Alfa, vol. IV, p. 197).

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

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

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

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

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

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

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

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

— Nos casos das alíneas d), b) e d) do nº 1, o conflito de direitos fundamentais é mal resolvido: o direito à vida do nascituro é infundamentadamente desgarantizado;

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

— O artigo 9º, alínea b), da Constituição, em articulação com o artigo 24º, nº 1, foi violado, não só por o Estado ter deixado sem tutela, e sem razões válidas, o direito à vida, como ainda porque o Estado, pondo à disposição das mulheres grávidas que queiram abortar os seus estabelecimentos de saúde, (nova redacção do artigo 140º, nº 1, do Código Penal), criou como que uma anti-tutela em relação a um direito fundamental, que tinha o particular dever de proteger;

— Padece pois de inconstitucionalidade a norma do artigo 1º da Lei nº 6/84, enquanto dá nova redacção ao artigo 140º do Código Penal [normas constantes do nº 1, alíneas a), b), c) e d)];

— E dado o seu carácter meramente instrumental em relação a estes preceitos, é ainda inconstitucional, reflexamente, a norma do citado artigo 1º, na medida em que dá nova redacção aos artigos 140º (normas constantes dos nºs 2 e 3) e 141º do Código Penal, bem como as normas dos artigos 2º e 3º da Lei nº 6/84. — Raul Mateus.