



Universidades Lusíada

Vara, Inês Antunes, 1988-

O aborto e a criação de uma lei internacional

<http://hdl.handle.net/11067/2275>

Metadados

Data de Publicação	2016-04-29
Resumo	O tema é o Aborto e a Criação de uma lei Internacional. É um tema com uma polémica inacreditável, muito criticada. Habitualmente neste tipo de crime há o debate, sendo que a determinação da vida humana envolve múltiplas questões sejam estas: culturais, sociais, religiosas e políticas referentes à individualidade humana. Há diferentes dogmáticas acerca do tema. Sobressaindo concepções morais sobre os direitos fundamentais do indivíduo, que são passíveis de normatização em cada contexto. Assim nas...
Palavras Chave	Aborto - Direito e legislação, Aborto - Direito e legislação - História, Direito internacional
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-26T04:33:29Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O aborto e a criação de uma lei internacional

Realizado por:
Inês Antunes Vara

Orientado por:
Prof.^a Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa

Constituição do Júri:

Presidente: Prof.^a Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo
Orientadora: Prof.^a Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa
Arguente: Prof.^a Doutora Maria do Céu Rueff de Saro Negrão

Dissertação aprovada em: 8 de Junho de 2015

Lisboa

2015



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O aborto e a criação de uma lei internacional

Inês Antunes Vara

Lisboa

Abril 2015



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O aborto e a criação de uma lei internacional

Inês Antunes Vara

Lisboa

Abril 2015

Inês Antunes Vara

O aborto e a criação de uma lei internacional

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.^a Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa

Lisboa

Abril 2015

Ficha Técnica

Autora Inês Antunes Vara
Orientadora Prof.^a Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa
Título O aborto e a criação de uma lei internacional
Local Lisboa
Ano 2015

Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa - Catalogação na Publicação

VARA, Inês Antunes, 1988-

O aborto e a criação de uma lei internacional / Inês Antunes Vara ; orientado por Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa. - Lisboa : [s.n.], 2014. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

I - SOUSA, Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de, 1957-

LCSH

1. Aborto - Direito e legislação
2. Aborto - Direito e legislação – History
3. Direito internacional
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. Abortion - Law and legislation
2. Abortion - Law and legislation – History
3. International law
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, Academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. K5181.V37 2015

AGRADECIMENTOS

Quando terminei o curso de Direito na Universidade Lusíada de Lisboa, estava muito longe de poder reflectir a satisfação pessoal ter o privilégio de poder exercer a minha profissão neste momento como advogada estagiária num escritório. Adoro trabalhar, ajudar as pessoas a solucionar os seus problemas e no fundo dar-lhes um pouco de psicologia simultaneamente. Concomitantemente ao exercício da profissão estava numa nova descoberta que desejava a partir do momento em que conheci o Direito Penal. Assim não posso deixar de Agradecer à minha Orientadora, Maria Margarida Pereira, que na parte curricular do mestrado sempre incentivou e mostrou uma estima inigualável em querer transmitir tudo o que sabia. O Direito Penal numa outra dimensão, mais sofisticada e sempre em harmonia perante todos os alunos sem excepção, são de coração todos os agradecimentos. Auxiliou-me sempre que necessitei, mostrou-se sempre motivada e a afirmar-me para seguir em frente. Agradeço à Dra Sandra Espadana, Médica do Centro de Saúde de São Domingos de Rana que me recebeu sem marcação prévia, e disponibilizou-me toda a informação possível de que necessitei. À Dra Isabel Abecassis, sempre me apoiou no tema e sugeriu algumas mudanças. Aos meus pais que deram todo o coração nesta nova etapa na minha vida, que me ajudam financeiramente e me apoiaram nos momentos mais difíceis da minha vida, foram muito importantes em toda a força que obtive. A ti Hugo Miguel Mascarenhas, porque o teu cachecol também merece destaque, no fundo sempre me disse que ia conseguir tudo na vida. O meu AGRADECIMENTO em maiúsculas por ter muita sorte no apoio no que conquistei até agora.

“Mas se paro um momento, Se consigo
fechar os olhos, sinto-os a meu lado

De novo, esses que amei: Vivem comigo”...

Quental *apud* MARTINS, Guilherme de Oliveira - Portugal :
identidade e diferença: aventuras da memória. Posfácio [de]
Marcello Duarte Mathias. Lisboa: Gradiva, 2007.

APRESENTAÇÃO

O Aborto e a criação de uma Lei Internacional

Inês Antunes Vara

O tema é o Aborto e a Criação de uma lei Internacional. É um tema com uma polémica inacreditável, muito criticada. Habitualmente neste tipo de crime há o debate, sendo que a determinação da vida humana envolve múltiplas questões sejam estas: culturais, sociais, religiosas e políticas referentes à individualidade humana. Há diferentes dogmáticas acerca do tema. Sobressaindo concepções morais sobre os direitos fundamentais do individuo, que são passíveis de normatização em cada contexto. Assim nasce a ideia de criação de uma lei internacional, porque na convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, não se refere a esta problemática o que se pretende demonstrar é o facto de ser importante e fundamentalmente mencionada numa legislação internacional, exactamente para evitar os problemas de saúde que se tem provado em grandes números e em diversos países, sendo até mesmo catastrófico para a mulher. A preferência pelo tema seja qual for o número de Abortos em mulheres que se vêm nas estatísticas, devemos ter em atenção os casos em que as grávidas recorrem a maioria das vezes a clínicas clandestinas, o dano emocional e psicológico, decorrente dessas acções pode ser alarmante e assustador. O estudo prende-se se de facto pode ou não integrar este número no artigo numa norma internacional. No fim verifica-se que é possível, pois cumprem todos os objectivos, do Direito Internacional público e do Direito Comunitário e principalmente do Direito Penal.

Palavras-chave: Aborto, Vida, Criação de uma Lei Internacional

PRESENTATION

Abortion and the creation of a International law

Inês Antunes Vara

The theme is Abortion and the Creation of an International Law. This is a theme with incredible controversy, much criticized. Usually this type of crime there is the debate, and the determination of human life involves multiple issues are these: cultural, social, religious or political concerning human individuality. There are different dogmatic on the subject, highlighting the moral conceptions of fundamental rights of the individual, which are liable to regulation in each context. So the idea of creating an international law because the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms does not refer to this issue arises. What is to demonstrate the fact that it is fundamentally important and mentioned in international law, precisely to avoid the health problems that have been proven in large numbers and in many countries, and even catastrophic for the woman. The preference for the subject whatever the number of abortions on women who are in the statistics, we should mention the cases in which pregnant women resort to clandestine often the clinical, emotional and psychological damage caused by these actions can be alarming and scary. The study, it relates to the fact that may or may not include this number on paper in an international standard. In order that it is possible, as seen by meeting all objectives, public international law and Community law and especially criminal law.

Keywords: Abortion, Life, Creation of an International Law

SUMÁRIO

1.0 Introdução.....	3
2.0 Enquadramento Histórico da punibilidade do aborto	7
2.1. Punibilidade do Aborto desde a antiguidade até ao seculo xviii	8
2.2. Punibilidade do Aborto na Grécia:.....	10
2.3.Punibilidade do aborto em Roma	10
2.4.A punibilidade do aborto no judaísmo	11
2.5.A punibilidade do aborto no cristianismo	13
2.6.A punibilidade do aborto no islão	14
2.7.A declaração dos Direitos do Homem	16
2.8.Os Direitos fundamentais da união europeia.....	17
3.Juramento de Hipócrates	25
3.1. O código Deontológico dos Médicos	25
4.0. A ética.....	35
5.0. A Vida Humana na constituição da República Portuguesa.....	43
6. Breves notas sobre a dogmática do Direito Penal.....	53
6.1.2.A acção típica e o elemento objectivo.	67
6.2 As emoções e o crime.....	71
7. Sobre o Aborto.....	75
7.1. Há várias noções de aborto. A noção jurídica e a noção médica.	78
7.2. Tipos de aborto	78
8.0. Regime Jurídico do Aborto.....	83
9. Criação de uma lei internacional	95
9.1 Fundamentação dogmática do direito penal internacional.....	95
9.2. A NORMA INTERNACIONAL E A COMUNIDADE INTERNACIONAL – EM ESPECIAL, A REGRA PENAL.....	99
9.3. A RECEPÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.....	104
10.0. O Direito do Aborto na União Europeia	107
11.0. O Aborto na Alemanha.....	111
11.1. Brasil.....	122
11.2. Espanha.....	128
11.3. Inglaterra.....	132
12.0. Jurisprudência e evolução prática	137
13. Conclusão.....	143
14.0 Bibliografia	147

Anexos

1.0 INTRODUÇÃO

Ao elaborar a tese, a Autora destas linhas passou por períodos de intensa reflexão de todo o percurso que se fez desde a entrada na Licenciatura, até à decisão final da escolha do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais.

Nesse período objecto de reflexão, foi sempre o Direito Penal o preferido de todas as cadeiras.

Na discussão do Direito Penal, estão, pela sua natureza, intrincadas matérias políticas, filosóficas, para além da questão meramente jurídica, o que explica as mutações sofridas por este ramo do Direito, introduzidas através de leis sucessivas. Não obstante estas alterações, no Direito Penal moderno observa-se a existência de elementos de continuidade, mais fortes do que a volatilidade das alterações legislativas.

A imparcialidade e a coerência do Direito Penal, no que respeita à problemática do crime de aborto, foram as características que se tentou decifrar ao longo de todo o trabalho. Aprendeu-se a separar as emoções, as convicções pessoais sobre matéria tão polémica - do que é justo e do que é igualitário para a comunidade, recorrendo a um critério, tanto quanto possível, objectivo.

Historicamente observa-se um contexto dinamicamente muito diversificado, o qual foi progredindo até à atualidade. O presente estudo envolveu não só toda a base legislativa penal, de Portugal e de direito comparado, como também de todos os instrumentos analíticos necessários à boa compreensão deste ramo do Direito caracterizado pelo seu forte pendor dogmático.

O tema foi sempre muito complexo e com legislações e penas distintas para quem praticava o crime.

A sociedade foi progredindo e o grau de culpabilidade foi variando consoante o ciclo.

Sendo assim, importa ver se, pelo menos, inicialmente qualquer mulher poderia provocar o aborto de diversas maneiras, prejudicando, não só a sua saúde mental e física, como a mortalidade para o feto.

Começou-se, por esta razão, pela análise histórica deste tipo criminal. Foi uma escolha metodológica e de aprendizagem. Seguidamente, avançou-se para o plano

filosófico: à reflexão sobre a ação humana, no que esta consiste efetivamente, e o que é o correto ou incorreto, segundo os juízos valorativos do Direito.

Há dois conceitos que estão relacionados: a ação humana e a vida humana. Um médico que defende a vida humana, sendo este um profissional da saúde, deveria ter como características essenciais a amabilidade e a disponibilidade constante para o auxílio – deve sobretudo praticar o bem, realizando todos os esforços para salvar o “outro”.

A medicina é fenómeno médico e funda-se no juramento. Com o juramento de Hipócrates, os médicos comprometem-se a exercer a função com toda a dignidade e respeito por todos os princípios nele consagrado.

Esses princípios têm relevância jurídica, nem que seja indirecta: destacam-se na concretização de conceitos normativos, na integração de lacunas valorativas ou na determinação dos conceitos indeterminados (não obstante, os dois sistemas – o Direito e o sistema científico da Medicina - terem campos de *operatividade* principal diversos).

O estudo incide sobre o que é a vida: o bem jurídico protegido pelo crime de aborto. Efectivamente, todo o regime jurídico-penal conexo com o crime de aborto foi analisado, com uma contribuição bastante intensa e interessante. Há diversos tipos de aborto, sendo que se impõe auscultar a opinião dos médicos para a sua qualificação.

Posteriormente ao estudo sobre o direito internacional público e o direito da União Europeia, e ainda enquadrado com o direito penal nacional, iremos apresentar o nosso contributo para a formulação de uma lei penal internacional que defende o bem jurídico que é a vida do feto.

O que se pretende é uma norma jurídica, que seja igual para a globalidade dos países. Foram escolhidos diversos países, do qual resultou um estudo comparativo muito curioso.

Por fim, baseou-se o estudo em leis, na pesquisa em centros de saúde para fundamentar a lógica do presente tema, conectando devidamente com o pensamento médico, advogados especialistas em alemão, bem como em diversas leituras de obras e artigos científicos na área do Direito Penal e longas noites de introspecção.

Numa sociedade sempre em mutação, eis um tema que merece uma renovação e mudança de âmbito mundial.

Optaremos sempre que se citar legislação de ordenamento jurídico estrangeiro, reproduzi-la no idioma de origem: desta forma se evitam eventuais deficiências e distorções de significado, risco imanente a qualquer tradução.

2.0 ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DA PUNIBILIDADE DO ABORTO

A evolução do crime de aborto tem vindo a registar um progresso desde os tempos primitivos.

Desde os primórdios da história que o tema foi sempre complexo, e com diversas legislações e penas para quem praticava o crime. A sociedade foi evoluindo e o grau de culpabilidade foi-se diversificando.

Qualquer mulher poderia provocar o aborto de diversas maneiras, prejudicando não só a sua saúde como a mortalidade para o feto (no fundo o objectivo da acção criminosa).

O aborto sempre foi praticado desde muito cedo na sociedade. Teve uma evolução e uma abordagem muito diferente ao longo dos séculos. É interessante verificar a diversidade do pensamento acerca do tipo legal de crime, o qual diverge de acordo com o contexto sócio-ético.

O papel da mulher era bastante abordado: denota-se, concluímos, uma evolução, na sua maneira de pensar ao longo dos séculos, desde a antiguidade até aos dias de hoje.

No século XVII, no século das luzes, a apologia da razão reclamava maiores conhecimentos científicos e mais desenvolvidos estudos de medicina.¹

Houve diversos períodos nos quais se constatava a realidade do aborto, consoante a sociedade em que a mulher estava inserida, motivado por fatores de índole económicos, sociais e religiosos por todo o mundo; começa pela Antiguidade, Grécia, Antiga, Civilização Romana, Idade Média e por fim a Idade Moderna.

Do ponto de vista prático, iremos analisar a punibilidade do aborto, desde a antiguidade até á idade moderna.

Na realidade o progresso científico dá-se a partir da Revolução Francesa²: um clima político e ideológico no qual se observava um ciclo de desassossego emocional, não só a nível social, como na política e na economia, propiciando, assim, a prática efetiva do aborto.

¹ Galeotti Giulia, p 21.

² *Idem*.

A Revolução Francesa assentou em princípios divergentes. Uma época de diversas personalidades intelectualmente bem formados, nomeadamente filósofos, que exteriorizaram de facto, críticas contundentes quanto aos valores e às crenças, principalmente às derivadas da religião.³

A sociedade encontrava-se em declínio, a classe média não admitia que existisse um ambiente destacado por uma crise económica e social, que atingia todas as classes sociais. O próprio pagamento de impostos e outras taxas para financiar o Estado era objecto de contundentes críticas por parte dos membros da comunidade política. Neste contexto, a miséria atingiu patamares insustentáveis.

Nessa época, os indivíduos (que reclamavam ser *cidadãos*) não contiveram o seu desagrado devido à situação e organizaram-se os primeiros grupos⁴ que se manifestaram em massa. Desenvolveu-se o protesto contra uma decisão da assembleia constituinte⁵.

Diversos factores suscitaram uma especial preocupação da comunidade política em relação aos direitos do homem e à sua efectivação. Neste contexto, a valorização e dignificação do estatuto da mulher afirmaram-se como realidades que impunham uma intervenção do Direito.

2.1. PUNIBILIDADE DO ABORTO DESDE A ANTIGUIDADE ATÉ AO SÉCULO XVIII

Interessante mencionar que o feto e a mulher eram considerados realidades próximas, quase unitárias, dada a sua ligação biológica. Neste século o feto fazia parte do corpo da mulher. Sendo assim, os legisladores concordavam com esta integração corporal: não havia nenhuma confirmação por parte da medicina, mas este era o entendimento global.

Interessante é também constatar que naquela altura a viabilidade humana era considerada como um requisito normativo para haver a ligação biológica entre mãe e feto protegida pelo Direito. O parto teria que ser efetuado de uma forma natural, senão a futura criança era considerada não nascida.

³ Miranda, Jorge, Sobre a perspectiva constitucional, Manual de Direito Constitucional, Volume I, Coimbra Editora, 2014, pp. 1798 e ss.

⁴ Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, 16ª edição, editorial Verbo, Lisboa, pp 517 à 526.

⁵ *Idem*.

Ora, sempre que se dava a interrupção do processo normal da gravidez, este era considerado um problema do foro privado. As causas para a prática do aborto eram diversas como a pobreza, prostituição ou a tentativa de salvar a vida da mulher, casos de violação e adultério⁶. A protecção do valor de reserva da vida privada sobrepunha-se a qualquer outro, levando o Estado a abster-se de intervir no caso da interrupção da gravidez por parte da mulher.⁷

No estudo de Galeotti, em que este Autor foi buscar diversas informações sobre o período considerado, afirma-se que as razões motivantes da prática de aborto variam de acordo com o ciclo histórico⁸.

As mulheres sempre que estavam insatisfeitas com o seu estado de gravidez, o que nós hoje chamamos de gravidez indesejada, recorriam a drogas e venenos utilizados muitas vezes para a prática abortiva. No século IV a.C. foram condenadas 170 mulheres⁹. A legislação teve em atenção o fenómeno (da prática abortiva) então ocorrido, relacionando-o com a bruxaria e a magia.

Um facto curioso: as mulheres não o praticavam sozinhas, sendo muitas vezes acompanhadas por outras mulheres que sabiam muito bem o que fazer e como fazê-lo. Em diversas situações, obtinham uma espécie de formação pela experiência. Eram as “Guardiãs de uma ciência secreta no que respeita à faculdade de ministrar a morte, eram olhadas pela sociedade simultaneamente com estima e terror, necessárias à vida da comunidade mas não perfeitamente integradas nela”.¹⁰

Entre os anos de 1450 e 1750, eram julgadas as chamadas parteiras e amas, porque ajudavam à prática de inúmeros abortos: eram estas as mesmas que preparavam também os defuntos. Na Grécia estas amas e parteiras eram as bruxas e donas da magia, eram vistas com desconfiança e censura. No entanto, auxiliavam, com a melhor das intenções, a mulher nas suas inúmeras necessidades¹¹.

Relativamente à punibilidade masculina deste tipo legal de crime, até ao século XVI, os homens não tinham que consentir na prática abortiva por parte das mulheres: nem tão pouco dispunham do direito subjectivo de se oporem à prática abortiva.

⁶ Galeotti Giulia, História do Aborto, Edições 70, 2007, p. 32.

⁷ Sobre a evolução da vida privada e sua relação com o Direito, é ver Delgado, Reboló, El Derecho Fundamental a la Intimidad, Madrid, Editora Dykinson, 2000, em especial, pp. 31-35.

⁸ Galeotti Giulia, História do Aborto, Edições 70, 2007.

⁹ *Idem*, pp 34.

¹⁰ Galeotti Giulia, História do Aborto, Edições 70, 2007, p.34.

¹¹ *Idem* pp. 34. O Autor acrescenta: “A partir da fase inicial da Antiguidade tardia e durante boa parte da Idade Média provem do que foi escrito e recolhido por clérigos e confesores.”

2.2. PUNIBILIDADE DO ABORTO NA GRÉCIA:

Nesta época o aborto era considerado como lícito, juridicamente. A visão mudara: o feto e mãe eram vistos como distintos ou seja a união dava-se após o nascimento¹². Ainda hoje se discute este fenómeno: constatam-se doutrinas divergentes, alicerçadas em uma argumentação de grande complexidade científica e jurídica. Os estóicos¹³ não concordavam com estas práticas abortivas: era uma interrupção que nunca deveria ser feita.

As práticas abortivas eram de uma perigosidade extrema. Utilizavam meios mortais para as mulheres, eram frequentemente usados meios tóxicos e venenos que destruíam o organismo.

A questão da viabilidade humana era, então, diferente da antiguidade: iniciava-se a partir do nascimento, considerando-se que a vida já estava no nascituro.

Quanto às leis punitivas, estas não eram consideradas pelos criadores de Direito da época, não havendo qualquer registo da sua existência. O aborto voluntário não merecia a censura penal. Como afirma Galeotti, “somente em três casos havia a exceção: a vontade, consenso por parte do marido ou patrão”¹⁴. Muitos eram os casos da queixa que os maridos exerciam sobre as mulheres, por estas lhes negarem uma descendência. Assim havia uma pena no caso do interesse do homem.

Em conclusão: o crime não visava tutelar um direito feminino, nem tutelar a vida do feto. Não se considerava ser um caso enquadrável no crime de homicídio, pois a vida do feto era indissociável da sua mãe.

2.3.PUNIBILIDADE DO ABORTO EM ROMA

O tema do aborto surge em Roma na Lei das XII Tábuas, no século V a.C. “ A mãe podia ser repudiada pelo marido por subtração de prole”¹⁵.

A lei das doze tábuas tornou-se importante para a orientação dos cidadãos na sociedade Romana, e na forma como estava organizada a sua base legislativa. Esta lei é do século V a.C., é a lei mais antiga de Roma. Teve origem nos sacerdotes

¹² *Idem*, p.35.

¹³ *Idem*, p.36.

¹⁴ *Idem*, p.36.

¹⁵ Galeotti, 2007, p. 39.

patrícios. Concisamente obteve a união de 10 magistrados para executarem uma lei de direito público e privado. Estes criaram normas que formam as 10 primeiras tábuas. Foram consideradas insuficientes e acrescentadas mais duas pelo novo decenvirato. Interessante a divisão desta lei, sendo a sua estrutura a seguinte: as três primeiras tábuas eram de matéria de Processo Civil, as quatro seguintes de Direito Civil, a oitava de Direito Penal a nona de Direito Público e a décima de matéria religiosa e as duas últimas continham matérias complementares às outras dez anteriores¹⁶.

O Direito Romano teve a sua origem (ou inspiração) no estoicismo, pelo que se considerava que o feto não detinha autonomia do corpo da mãe.

Quanto ao aborto em Roma, esta prática não era punível: o feto era “propriedade do corpo feminino”¹⁷. Ao contrário do que Galeotti afirma, houve uma mudança de pensamento - e o crime de aborto começaria a ser punido. Atente-se que a primeira sanção penal do mundo romano foi datada no período de 193-217, prevendo duas sanções penais contra a prática do aborto:

Exílio temporário para divorciadas ou casadas que tivessem abortado contra a vontade do cônjuge;

2) Trabalhos forçados nas minas e exílio numa ilha com apreensão dos bens para quem tivesse administrado chás ou filtros amorosos. No caso da morte da mulher era a pena capital¹⁸. A punibilidade do aborto era reconduzida à classificação de tipo criminal *Crimina extraordinária*, ou seja não havia sanções classificadas. A instituição jurídica da custódia do ventre defendia o interesse do feto, caso em que era nomeado um guardião do ventre para a mulher não correr o risco de abortar.¹⁹

2.4.A PUNIBILIDADE DO ABORTO NO JUDAÍSMO

No judaísmo o aborto e o infanticídio eram objecto de censura jurídico-criminal. O judaísmo defendia uma presença de Deus na vida dos cidadãos, uma presença protectora. Ter um filho era realmente uma bênção, um fenómeno extraordinário de natureza divina. As pessoas deviam “dar graças” ao momento, e não pôr em causa o

¹⁶ Enciclopédia Luso-Brasileira pp. 1769 e 1770.

¹⁷ Galeotti, p. 40

¹⁸ Galeotti, p. 43.

¹⁹ *Idem*, p. 44.

respeito e a dignidade do feto e da mulher. Juridicamente, no entanto, o feto não tinha personalidade jurídica própria²⁰.

Todas as culturas têm um Deus ou uma entidade que está fora do alcance humano. Entidade em que os indivíduos acreditam, em que fundam as suas crenças e depositam a fé e as rezas.

Para *Zohar*,: quem matar um feto, está a destruir a crença de Deus. É Deus que proíbe o abortamento²¹.

Diz²², no que respeita ao crime do aborto, que o feto não pode ser considerado pessoa. “Nem as Escrituras nem Halakah (tradição Jurídica) consideram o feto, um ser vivo e, por conseguinte o aborto- ainda que imoral e ilícito é nitidamente distinguindo do homicídio”. Só adquire o estatuto de pessoa depois do parto: é interessante investigar a diferença de culturas quanto ao momento em que é considerada pessoa, mesmo ao longo da história.

E nos casos em que se põe em causa a saúde da mãe ou até haver elevados riscos de mortalidade, a legislação é bastante direta e afirma ser obrigatória a prática abortiva quando se trata de salvaguardar bens jurídicos protegidos da mãe.

No caso do aborto culposos, a culpa era da mãe (é esta – e só esta - que pode conceder a vida); era mãe, que gera a morte do feto e, logo, a perda de uma vida humana; perder um feto originava um dano, e logo, havia lugar a uma indemnização (verificam-se os pressupostos da responsabilidade civil). Portanto considerava que a mãe, que recorria ao aborto, não tem em consideração o sofrimento provocado ao feto²³, cabendo jurisprudentes responder e repor a Justiça com a sua sensibilidade jurídica.

No que diz respeito ao Direito Rabínico, houve uma mudança legislativa e no fim do século I d.C. a lei pune não só quem pratica o aborto a outrem como a própria que o provocar²⁴.

²⁰ *Idem*, p.46.

²¹ *Idem*, p.47.

²² *Idem*, p.46

²³ *Idem*, p.48

²⁴ *Idem*, p.48

Conclusão: inicialmente o mundo Hebraico tinha um pensamento do modo como aplicava a pena ao tipo legal de aborto – entendimento esse que acabaria por mudar rapidamente. Primeiro era necessário que se praticasse, e que pusesse em causa a vida da mãe. Entretanto diversas doutrinas explicavam o contrário: chegados aos anos 70 já não seria mais punível o crime de aborto como homicídio.

Não era permitido que se praticasse tal acto em situações de insuficiência económica. O fundamento para abortar reconduzia-se exclusivamente a situações que provocassem graves consequências para a saúde da mãe. Se eventual e inesperadamente houvesse situações de violência, incesto, malformações, ou problemas equiparados, o caso em concreto era submetido ao exame de uma autoridade rabínica²⁵.

2.5.A PUNIBILIDADE DO ABORTO NO CRISTIANISMO

A punibilidade do aborto no cristianismo registou alterações face às experiências históricas atrás descritas.

Este julgava o aborto como crime de homicídio. Revelava uma preocupação com o feto, assim, a mulher ao abortar, estava definitivamente a retirar uma vida. Não havia nenhum estágio inicial ou final que marcasse a decisão de abortar. Assim, considerava o feto já uma pessoa, uma alma: “Conceito de animação, porquanto identifica o momento em que Deus infunde a alma do nascituro²⁶”.

Atualmente a solução dada à questão do feto, e do momento em que se deve ou não praticar o aborto, também é bastante criticada, havendo opiniões divergentes – o que revela a influência do Cristianismo, e suas concepções, na discussão hodierna sobre a matéria.

Torna-se, ainda, interessante notar o facto de existir, a partir desta época, discussão acerca do estado de desenvolvimento do feto e quando será o momento relevante para se poder tornar pessoa.

Diversas culturas possuíam uma legislação base, na qual os cidadãos podiam e deviam orientar as suas condutas, prevendo sanções para os factos subsumíveis nos tipos de crime. As penas variavam de acordo com a brutalidade do crime. A legislação

²⁵ *Idem*, p.48.

²⁶ *Idem*, p.51.

cristã tinha como orientação um documento: a doutrina dos doze apóstolos (ou Didaché) que se fundamentava em duas vertentes, a vida e a morte²⁷.

Girolamo afirmava: “ São lançadas ao inferno, rés de três crimes: suicídio, adultério, em relação a cristo, parricídio de um filho ainda não nascido²⁸. Entre 300 e 303 C., realizou-se o Concílio Plenário de Elvira, no qual a legislação ditou normas em relação à matéria do aborto. Este estava dividido em 81 cânones.

O cânone 63 evidencia a pena para a mulher em caso de esta abortar:

“63. Se uma mulher concebe em adultério e, em seguida, e depois do crime matasse o filho ela não pode comungar novamente, mesmo que a morte se aproxima, porque ela pecou duas vezes”²⁹. É visível o grau de culpabilidade pela conexão das duas culpas acima referidas, o crime de adultério e o crime de aborto. A pena do aborto independentemente de haver ou não feto já formado, “ a pena canónica é intermédia entre a do homicídio voluntário (perpétua) e a do homicídio involuntário (cinco anos) ”³⁰.

É de salientar a importância e a proteção que os cristãos davam à vida do ser humano.

2.6.A PUNIBILIDADE DO ABORTO NO ISLÃO

É pertinente mencionar como os cidadãos questionavam a importância da vida. Assim proibiam o aborto, porque era uma prática, no fundo, que delimitava a continuação da vida humana, no entanto, tinham uma exceção: caso fosse necessário para salvar a vida da mãe³¹. A ideia sustentava-se nas fases de gestação do feto. Para saber o desenvolvimento das fases do feto, havia que recorrer ao Alcorão (23,12-14)³².

Estes também atendem à animação, como critério para classificar como prática abortiva ou não abortiva. Se esta ocorrer num período anterior à prática, pode ser feita por prudência. Se for posterior à animação já é considerada como homicídio se

²⁷ *Idem*, p.52.

²⁸ *Idem*, p.53.

²⁹ <http://faculty.cua.edu/pennington/Canon%20Law/ElviraCanons.htm> pesquisado no dia 02 de Novembro de 2013, às 14h28 min.

³⁰ Galeotti, p. 57.

³¹ Galeotti, p.68.

³² *Idem*, p.69.

exceder, o centésimo vigésimo dia após a concepção, havendo, ainda, a exceção do aborto terapêutico³³.

A partir do momento em que o feto tem a sua alma, sua vida tem o mesmo valor que a vida da mãe: é uma decorrência do princípio da dignidade humana. No caso de haver risco de vida para os dois, resolve-se este conflito de valores pelo princípio do mal menor, sancionado pela lei islâmica³⁴.

No caso de julgamento, porque ambos careciam de proteção, deveria prevalecer a vida que apresentasse um maior valor hierárquico: na maioria dos casos, tutelava-se a vida da mãe em prejuízo da vida do feto. Isto porque a mãe apresentava um elevado estado de desenvolvimento humano, pois poderia ser uma fonte de vida futura³⁵. Esta apresentava, assim, maiores possibilidades de continuidade de vida, sendo também um pilar seguro e forte de família.

No que diz respeito ao aborto terapêutico, a opinião divergia, na medida em que se pretendia dar ênfase à proteção da vida do feto e nada demonstrava que houvesse lugar ao sacrifício de um para dar vida a outro³⁶.

No Direito Muçulmano Clássico instituiu-se um valor indenizatório pelo dano que o aborto provocava: o critério era a animação ou não do feto, critério acima utilizado de conceito de animação. Se o dano ocorresse após a animação, previa-se o valor máximo, sendo igual à pena de um homicídio adulto. Se eventualmente o feto saísse morto do ventre materno, a mãe teria que pagar uma quantia mínima³⁷.

Atualmente na lei islâmica, o aborto é permitido, podendo ocorrer no período anterior ao quarto mês e se se verificar uma das seguintes condições: se presenciarem motivos mais que justificadores e se for condição para salvar a mãe³⁸.

Por fim na “Arabia Saudita o aborto é proibido, exceto se for realizado para salvar a vida da mulher”³⁹, se entretanto for efectuado nos quatro primeiros meses e se a

³³ *Idem*, p.69.

³⁴ *Idem*, p.69.

³⁵ *Idem*, p.69.

³⁶ *Idem*, p.69.

³⁷ *Idem*, p.70.

³⁸ *Idem*, p.70.

³⁹ *Idem*, p.70.

certeza for a de que a continuação da gravidez apresenta graves riscos para a mulher⁴⁰.

Quanto à tradição xiita, no seu código penal afirma:

“No que diz respeito à tradição xiita, no Irão, o código penal de 1982 (atualizado em 1990) prevê uma casuística a propósito da quantia de dinheiro a pagar à pessoa que sofreu o dano. Por exemplo, para o aborto de um «grumo de sangue» o valor é de 40 dinares, para o aborto do feto animado deve pagar-se a soma de 1000 dinares se for do sexo masculino, e 500 se for do sexo feminino. A mulher nunca pode, em todo o caso, decidir autonomamente sem o aval do pai ou do marido”⁴¹.

A mulher não detinha autonomia de decisão: se o aborto de um feto for efectuado – no sentido de decidido - por um homem (se for um aborto pelo elemento masculino), pode ter uma pena superior á feminina.

2.7.A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

Historicamente, a Declaração dos Direitos do Homem foi adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948. No preâmbulo é possível compreender as causas da origem desta Declaração, tão marcante.

Nos seus trinta capítulos coexiste a divisão por temas, auxiliando o intérprete quando estas tenham problemas com diversas temáticas, que são comuns em todas as sociedades.

Tal como afirma o preâmbulo dos Direitos do Homem não sendo nenhuma inovação, todos os cidadãos gozam de igualdade de direitos, com vista á liberdade, justiça e paz na sociedade onde habitam.

Há atos considerados bárbaros. É de mencionar que aqueles atos que não possuem justificação, mesmo não estando consagrados na Declaração dos Direitos do Homem, mas que pela sua gravidade deveriam estar, merecem a censura do Direito Penal Internacional.

⁴⁰ *Idem*, p.70.

⁴¹ *Idem*, p.70.

Mais adiante se irá desenvolver um capítulo, totalmente dedicado à criação de uma lei internacional sobre a temática do aborto, visando diversos objetivos e limites para a prática do ato. Difícil, mas não impossível, de o consagrar numa norma jurídica única para que todos os cidadãos possam beneficiar de uma lei igual para todos, conduzindo ao objetivo da Declaração dos Direitos do Homem. Mais precisamente ao objectivo do seu artigo 3.º “Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Apesar de afirmar “vida”, a Declaração Universal dos Direitos do Homem não aborda a questão do ataque à futura vida. O conceito de vida é complexo: torna-se bem reveladora do grau de dificuldade que este tema poderá comportar. Não sendo esta tese sobre o que é a vida, convém abordar um pouco esta questão, que adiante será tratada noutra capítulo: a vida Humana na Constituição da República Portuguesa.

2.8.OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Importa, de seguida, analisar o quadro de protecção dos Direitos Fundamentais no contexto da inserção de Portugal na União Europeia.

Os povos da Europa estabelecem uma união e uma coesão para poderem determinar o futuro global, baseado em princípios e valores que são igualmente importantes.

Evidentemente todos os estados membros possuem valores, condutas, princípios, culturas e vivências diferenciados.

A Carta Dos Direitos Fundamentais representa o sedimento dos princípios e valores que, apesar de diferenças culturais, são património civilizacional comum.

“Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar, um futuro de paz, assente em valores comuns. Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção”⁴²

⁴²Silveira Alessandra; Canotilho Mariana; - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada, Edições Almedina, Almedina, 2013, p.11.

Portugal faz parte da Europa, integrando numa união cada vez mais assente em paz, justiça e valores morais cada vez mais precisos. É existente uma coesão fundada no nosso património comum assente na dignidade da vida humana, liberdade, igualdade e solidariedade⁴³.

O ser humano é o centro desta união. Para que servirá esta união? Na prática, é muito simples, é precisamente para conservar o melhor que o cidadão tem em si, na sociedade em que se insere, na proteção dos seus valores, com base no respeito comum entre todos. Pretende-se sempre aspirar ao melhor desenvolvimento individual que a sociedade politicamente organizada pode proporcionar. Nunca é de mais relembrar que o homem é um ser social, um animal político – um *zoon politikon*.⁴⁴

Daí ser conferida uma importância à Carta, porque tem como objetivo último: “reforçar a proteção dos Direitos Fundamentais, não esquecendo o progresso cada vez mais contínuo, em todas as áreas, que se vive atualmente. A evolução é crescente, desde a medicina ao progresso social, passando pela tecnologia”⁴⁵.

A importância histórica é aqui atribuída, no que toca à garantia dos direitos fundamentais, desde a segunda guerra mundial⁴⁶.

O processo de integração foi feito por ciclos, muitos deles caracterizados por inúmeros períodos difíceis, no fundo para uma integração económica e política⁴⁷.

O preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais, atualmente em vigor, mostra uma *reflexão da consciência*, atendendo à excelência dos valores morais. Pretendia-se alcançar uma paz envolvente, favorável a todos os estados membros, intenção defendida por uma organização bem estruturada, que se propõe ao desenvolvimento global em todos os aspetos da vida numa sociedade comum, para uma união cada vez mais em progresso⁴⁸.

“Preâmbulo

⁴³ Canotilho Mariana, Silveira Alessandra, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, Almedina, 2013 p. 11.

⁴⁴ Amaral, Diogo Freitas do, Manual de Introdução ao Direito, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 5 – 16 e do mesmo Autor, História do Pensamento Político Ocidental, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 20-28.

⁴⁵ Carta dos Direitos Fundamentais p. 11.

⁴⁶ *Idem*, p 12.

⁴⁷ *Idem*, p 12.

⁴⁸ Carta dos Direitos Fundamentais p. 24. Prêambulo.

Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns.

Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.

A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local; procura promover um desenvolvimento equilibrado e duradouro e assegura a livre circulação das pessoas, dos serviços, dos bens e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento.

Para o efeito, é necessário conferir-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”.

A ideia principal é a protecção em toda a sociedade, não só europeia mas também internacional, conforme já se referiu anteriormente, muito difícil na sua prática, contudo primordial é a criação da lei internacional. As diferenças culturais e jurídicas reconhecidas impõem, contudo, que tal lei se vá erguendo por etapas.

A primeira etapa emerge com a Carta dos Direitos Fundamentais. E posteriormente com a Declaração dos Direitos do Homem.

A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Neste contexto, a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros tendo na devida conta as anotações elaboradas sob a autoridade do *Praesidium* da

Convenção que redigiu a Carta e actualizadas sob a responsabilidade do *Praesidium* da Convenção Europeia.

O gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras.

Assim sendo, a União reconhece os direitos, liberdades e princípios a seguir enunciados⁴⁹.

Tal como se afirma no preâmbulo, os princípios da Carta foram consagrados com vista à defesa e elevação da dignidade do ser humano.

Qual o conceito de dignidade na linguagem comum? Iremos principiar precisamente, por responder a esta questão para estimular a ponderação e a lançar, desde já, pistas de reflexão que nos ajudarão a perceber mais cabalmente o que está em causa na punição (ou inexistência dela) da prática de aborto.

Num dicionário *online da Porto Editora*, o significado de Dignidade é o seguinte:

“Qualidade moral que infunde respeito; respeitabilidade; autoridade moral” e “consciência do próprio valor;” outro significado comum importante: dignidade humana “valor particular que tem todo o homem como homem, isto é, como ser racional e livre, como pessoa” e moral da dignidade humana. “Doutrina segundo a qual o princípio ético fundamental é o respeito da pessoa humana em si mesma e nos outros”⁵⁰.

Porquanto o primeiro pensamento é este. Isto para se poder chegar à dignidade do ser humano consagrado na carta dos Direitos Fundamentais.

O aborto e a dignidade da pessoa humana: a relação entre estes dois valores é um dilema complexo, porque a dignidade do ser humano é um Direito Fundamental e a liberdade ou domínio sobre o próprio corpo tem sido entendido como integrando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no artigo 27.º, da Constituição da República Portuguesa⁵¹. Portanto:

Quanto ao artigo primeiro, a sua epígrafe é a seguinte:

⁴⁹ *Idem*, p. 24.

⁵⁰ <http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa/dignidade>, 4 de Novembro às 17h04.

⁵¹ Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, é ver Novais, Jorge Reis, Os Princípios Estruturantes da República Portuguesa, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

Título I

Artigo 1º

Dignidade

“A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”.

É de atentar que, para além de constituir um direito fundamental, é base de todos os direitos fundamentais. Conjugando este artigo 1º, com o artigo 2º, do Tratado da União Europeia no qual consta: “ A união funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana⁵², temos que a dignidade tem que ser preservada, ou seja, não pode ser violada nem lesada em circunstância alguma. Esta é igual em todas as pessoas, não sendo discriminatória para nenhuma, entrando na categoria do princípio da igualdade.

Relação da dignidade com o artigo 2º Direito à Vida na carta dos Direitos Fundamentais: o princípio da inviolabilidade da dignidade humana.

Artigo 2º

“Direito à vida

1-Todas as pessoas têm o direito á vida.

2-Ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado”.

O direito à vida não está somente evidenciado nesta carta dos direitos fundamentais da União Europeia, mas igualmente, de outros textos internacionais, tais como a convenção de Oviedo sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, adotada a 4 de abril de 1997⁵³.

“Aprova, para ratificação, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano, face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997, e o Protocolo Adicional Que Proíbe a Clonagem de Seres

⁵² *Idem*, p.33.

⁵³ *Idem* p. 47.

Humanos, aberto à assinatura dos Estados membros em Paris, em 12 de Janeiro de 1998”⁵⁴.

Nesta convenção, são evidenciados aspetos fundamentais para a realização deste tema, e que reforça nomeadamente a dignidade humana, “convencidos da necessidade de respeitar o ser humano, simultaneamente, como indivíduo e membro pertencente à espécie humana e reconhecendo a importância de assegurar a sua dignidade”⁵⁵;

O uso impróprio da ciência: “Conscientes dos actos que possam pôr em perigo a dignidade humana pelo uso impróprio da biologia e da medicina”⁵⁶;

E uma forte preocupação com o futuro: “Afirmando que os progressos da biologia e da medicina devem ser utilizados em benefício das gerações presentes e futuras”⁵⁷;

Artigo 1.º da Convenção de Oviedo:

Objeto e finalidade

“As Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais, face às aplicações da biologia e da medicina. Cada uma Partes deve adotar, no seu direito interno, as medidas necessárias para tornar efetiva a aplicação das disposições da presente Convenção”.⁵⁸

Retira-se deste artigo a importância dada à dignidade do ser humano e ao respeito pelos direitos fundamentais, principalmente ao direito à vida.

Outro texto internacional a ter em consideração: Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) é o Pacto de San José da Costa Rica⁵⁹.

Vejamos o seu preceito mais relevante em sede de protecção do valor “vida humana”.

⁵⁴http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1644&tabela=leis& dia 10.11.2013 às 12h38.

⁵⁵http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1644&tabela=leis& dia 10.11.2013 às 12h38.

⁵⁶http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1644&tabela=leis& dia 10.11.2013 às 12h42.

⁵⁷ *Idem* dia 10.11.2013 às 12h42.

⁵⁸ *Idem* dia 10.11.2013 às 12h51.

⁵⁹ Carta dos Direitos Fundamentais p. 47.

Artigo 4º - Direito à vida

1-“Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Este número em especial, é o único que defende, o direito á vida e no qual deve ter proteção jurídica nomeadamente desde o momento da concepção.

Contudo, o ordenamento jurídico da União Europeia não se resume aos actos emanados do seu órgão legislativo e executivo. A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem constituído uma real e efectiva “força motriz” da unidade e coesão entre os Estados-membros e de garantia das liberdades individuais dos cidadãos europeus. O TJUE assume-se mesmo como o *guardião da cidadania europeia*.

Vejamos algumas das decisões mais marcantes do TJUE em matéria de resolução de conflitos de valores impostos pela medicina, avanços da ciência e vida humana.

Os Acórdãos X c. R.U de 13 de Maio de 1980 e H.c. Noruega de 19 de Maio de 1992 têm, falado bastante acerca da progressão científica da medicina e no que atenta ao início da vida⁶⁰. Contudo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem recusou-se a delimitar se há efetivamente um direito ao aborto⁶¹.

Esta questão vai ser melhor colocada na jurisprudência no capítulo principal, sendo uma matéria crucial da tese, porquanto justifica um maior desenvolvimento e uma abordagem com um propósito fundamental.⁶²

Esta perspectiva histórica que efectuámos serviu para perceber um pouco da evolução das penas, alusiva ao aborto em diferentes séculos. Aproximando aos dias de hoje e qualificando o aborto como importante Direito Fundamental. Daí o propositado subcapítulo sobre os direitos fundamentais, enquadrando-o um pouco sobre o direito internacional.

À medida que a sociedade ia evoluindo, o grau de culpabilidade foi-se diversificando. Desde muito cedo era a mulher punida, caso se fizesse abortar em qualquer

⁶⁰ *Idem*, p.47.

⁶¹ *Idem*, p.47.

⁶² Adianta-se desde já que todos os capítulos far-se-á uma breve conclusão final para que se possa entender o porquê do capítulo em questão.

circunstância: considerava-se, pois, o aborto um crime. Registavam-se diversas práticas abortivas provocadas, muitas vezes planeadas pelas mulheres com recurso a bruxaria e a magia abortiva como principais recursos. Muitas mulheres eram acompanhadas por outras mulheres que dominavam as técnicas abortivas. Eram as chamadas parteiras e amas.

Na Grécia, o aborto era, numa primeira fase, juridicamente lícito. As leis punitivas não o reprimiam.

Em Roma não era punível, registando-se, contudo, uma alteração no tratamento jurídico-penal desta matéria em fase mais avançada. No Judaísmo o aborto era um crime inaceitável. Possuía um fundamento divino: o feto era uma bênção na vida materna que não poderia ser afectada.

No Cristianismo consideravam o crime de aborto como crime de homicídio.

No Islão também puniam e proibiam o aborto, com uma excepção: o revelar-se necessário para salvar a vida da mãe.

E, por fim, a Declaração dos Direitos do Homem e os Direitos Fundamentais na União Europeia. Neste importante documento jurídico-político se consagram os Direitos do Homem, nomeadamente o Direito à vida. O direito à vida é um Direito Fundamental, relacionado com a dignidade humana.

Com estas coordenadas históricas, podemos avançar para o essencial: como é tratado actualmente, no Direito Penal e sua dogmática, as práticas abortivas?

Merece a censura penal? Em todas as latitudes? E com que fundamentos, legais e médicos? É o que veremos nos pontos subsequentes da nossa investigação.

3. JURAMENTO DE HIPÓCRATES

Começa-se por se destacar quem foi Hipócrates des Cós, para depois se relacionar o Juramento de Hipócrates com o Aborto.

Hipócrates des Cós era descendente de uma família, que se acreditava ter poderes curativos. É considerado o “pai” da Medicina. Seguiu um modelo científico na cura das doenças. Era conhecido na literatura médica e registos clínicos⁶³.

Este médico, reconhecido mundialmente, considerava que todo o médico devia respeitar princípios importantes, na relação entre médico doente⁶⁴.

São de destacar os seguintes: utilizar o melhor método, possuir uma capacidade mínima, obter destaque no combate ao mal e na injustiça instalados. Apresentar às pessoas os seus problemas e patologias, fazer todo o trabalho com calma e tranquilidade. Hipócrates exercia as suas funções médicas com as seguintes qualidades: amabilidade, doçura e muita atenção. Jamais apresentava o diagnóstico mais dramático, e por fim, indicava sempre a solução para a resolução do problema identificado, auxiliando a prática médica devidamente e ensinando ao paciente o melhor método possível e ajudá-lo na sua consciência⁶⁵.

3.1. O CÓDIGO DEONTOLÓGICO DOS MÉDICOS

Os médicos prestam juramento quando concluem os cursos de medicina. Atualmente a licenciatura tem o mestrado integrado em medicina clínica, o qual, nos diversos estabelecimentos de ensino, incide de sobremaneira na ética como os (futuros) profissionais de saúde devem exercer a sua profissão. No fundo, trata-se de favorecer

⁶³ Enciclopédia Luso-Brasileira 10, p. 230.

⁶⁴ Dr Luis Aberto Kvitko. El Corpus Hippocraticum llegó hasta nuestros días. Lo integran más de sesenta libros de Hipócrates. Entre ellos, se establecen principios claros sobre la conducta que debía observar todo médico. Medicina Legal de Costa Rica, vol. 27 (1), marzo 2010. ISSN 1409-0015. 2010.ASOCOMEFO - Departamento de Medicina Legal, Poder Judicial, Costa Rica. "Opinión la relación médico paciente hipocática" p. 2,3.

⁶⁰ *Idem*, p.3.

a inculcação de valores éticos no exercício da medicina. Ganha neste ponto importância precisamente o chamado “juramento de Hipócrates”.⁶⁶

O juramento tem a sua tradição na prática clínica e no exercício desta. É-lhe conferida importância no conteúdo disciplinar da ética da medicina.

O Juramento aparenta uma lista pormenorizada e esgotante: lista essa que não esgota a imensa relevância prática que detém e a pluralidade de situações que abrange. Ora, no que concerne às promessas, nesse juramento são as seguintes: consagrar a vida ao serviço da humanidade, independentemente da arte, que exerça sempre com consciência e dignidade. A saúde será a principal preocupação, o que inclui igualmente o respeito pelos segredos que os pacientes lhes tiverem confiado, a manutenção da honra e das tradições médicas. Todos os colegas serão irmãos; não haverá discriminações em razão da religião, nacionalidade, raça, partido político, que se interponham entre o dever médico e o doente. E, por fim (*last but not the least*), a defesa intransigente da vida humana, desde o seu início (mesmo que ainda apenas sob ameaça). O médico não fará uso dos conhecimentos médicos contra as leis da humanidade. Todos os médicos têm a obrigação de respeitar as promessas sob a sua honra⁶⁷.

Assim os médicos se confrontam com dilemas acerca da vida, essência tão frágil e sensível, e ao mesmo tempo, tão importante e tutelada pela legislação. Pelo menos, nas legislações assentes na defesa dos direitos humanos: enfim, a legislação própria do Estado de Direitos Humanos.⁶⁸ Nomeadamente nos Direitos Fundamentais, na Constituição Portuguesa: pense-se no Direito fundamental à vida. Não são só os médicos que têm que respeitar o direito à vida: o cidadão comum está, igualmente, vinculado a respeitar tal imperativo. É difícil, no entanto (reconhecemo-lo), saber gerir a vida com outros interesses axiológicos relevantes e com ela conflitante, principalmente sendo mulher e tendo o dom de ser mãe. A gravidez é encarada como que um milagre divino, pois a mulher consegue transportar na sua barriga um feto, uma futura vida.

⁶⁶ A relação entre a Ética, o Direito e a Medicina apresenta-se como de elevada complexidade, é ver o notável estudo de Rueff, Maria do Céu, Segredo Médico e VIH/Sida – Perspectiva Ético-Jurídica, *Ética Médica*, em especial, p. 458-460. Quanto à relação entre o Código Deontológico dos Médicos e o sigilo profissional, ver Rueff, Maria do Céu, Violação do Sigilo Médico, *Comentário Acta Médica/Porto*, 2010, p.143.

⁶⁷ Fórmula de Genebra Juramento de Hipócrates, adaptado pela associação médica mundial em 1983. (Anexo)

⁶⁸ Otero, Paulo, Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 112.

Para quem lê, o juramento pode tornar-se confuso, sobretudo para os leigos. Mas o juramento de Hipócrates na medicina é fenómeno médico - e o juramento dos médicos está sempre presente nas suas vidas. O problema do conceito de vida interpela estes profissionais quotidianamente. O Juramento assume-se, pois, como um conjunto integrado de palavras que interessam à ordem jurídica, sobre o que é exercer a prática médica e a sua relação com a defesa de bens jurídicos considerados essenciais da colectividade. Como tais bens que o Juramento pretende defender apresentam uma estreita sobreposição com bens que merecem a tutela jurídico-criminal, a relação entre o Juramento e o Direito torna-se mais evidente e clara.

O que se pretende demonstrar realmente, neste passo, é precisamente a interpenetração permanente entre o Direito e as práticas médicas que visam cumprir o Juramento de Hipócrates: este não é, assim, um mero elenco de técnicas médicas, guiado por orientações exclusivamente científicas, mas sim uma declaração, um compromisso firmado entre os profissionais médicos com a comunidade política.

Compromisso que passa pelo respeito e defesa da vida humana. O Juramento de Hipócrates, mais do que técnico, é um Juramento axiológico: visa defender valores, com destaque (sublinhamos mais uma vez) para a vida humana. Sendo a vida um fenómeno sensível, porque será que o aborto é debatido, nos meios científicos e mediáticos, tão subsidiariamente? Por que razão o debate científico, axiológico e jurídico-político sobre o aborto não lhe reconhece a relevância que, de facto, merece?

No nosso sistema político, concebeu-se um referendo sobre a despenalização do aborto em Portugal, no 11 de Fevereiro de 2007⁶⁹. Não se irá para já fazer a explicação deste referendo porque se irá enquadrar melhor na temática do regime jurídico do aborto. Contudo explicita-se muito sumariamente o reflexo de tal referendo no conteúdo da lei que regula actualmente a prática abortiva.⁷⁰

A lei esclarecia, que o aborto poderia ser feito legalmente, até às 12 semanas, se a mãe correr risco de vida, quer seja na saúde física ou mental.

Em casos de violação até às 16 semanas;

E até as 24 semanas se o feto tiver doenças incuráveis ou malformações.

⁶⁹ Em rigor, no nosso País, já se realizaram dois referendos sobre esta temática. No entanto, o último – realizado na data supra indicada – é o mais relevante para compreender o estado actual da questão no Direito Português.

⁷⁰ Sobre a história política e jurídica deste referendo, é ver a obra de Sousa, Marcelo Rebelo de, A história política e jurídica da revisão constitucional e do referendo à regionalização, Bertrand, 1999, p. 34.

Este referendo fez com que houvesse um caminho de resolução para este tipo de situações que ocorrem na vida das pessoas: o aborto feito pela própria mulher até às 10 semanas. Mal ou bem, concorde-se ou discorde-se, a Lei aponta agora um critério de resolução destes casos.

3.1.1. Estudo de Caso: a reforma da “lei do aborto” na prática

Não é nossa tarefa explicar, ou mesmo lançar as bases da discussão, acerca de metodologia de criação-interpretação-concretização do Direito. Cumpre apenas neste nosso estudo salientar que o Direito não é apenas, ou principalmente, um somatório de construções teórico-abstractizantes: o Direito só cumpre a sua função ordenadora em diálogo constante com a prática, formulando critérios de decisão para os casos que surgem quotidianamente na vida dos cidadãos. O Direito é um subsistema social em constante interação com outros subsistemas da vida social.⁷¹

No centro de saúde, conseguimos aceder ao contacto com diversos médicos na área de medicina geral, nomeadamente no planeamento familiar. Durante o percurso intelectual, o cruzamento, e o cuidado de abordar uma médica com bastante experiência a Sra. Dra. Sandra Espadana, que se disponibilizou, a dar a sua opinião e porventura a opinião que conhecia dos seus colegas médicos.

Era certo que a maioria concordava com a lei atual, que estava dentro dos parâmetros, da situação frágil da mulher e que as 10 semanas, para uma decisão de insuficiência económica, por exemplo, era mais do que suficiente, não certamente para outros casos mais graves. Importante, salientar, que no decorrer de uma longa e interessante conversa, se poderia ligar a uma realidade prática que auxiliada pela lei poderia ter um efeito positivo na comunidade portuguesa.

Como exemplo a Senhora Doutora referia, que o Aborto, advinha de diversas circunstâncias e se ligava a diversos fatores específicos, e que nem todas as mulheres tinham a mesma reação.

Na experiência da Doutora Sandra Espadana, diversas mulheres queriam abortar por diversas razões: a maioria por insuficiência económica, e consequentemente devido, à atual crise económica.

⁷¹ Sobre os *inputs* e *outputs* do sistema jurídico, Teubner, O Direito como Autopoiético, Calouste Gulbenkian, Lisboa.

Como se processa clinicamente: primeiramente é feita uma primeira consulta para que possa falar abertamente com a médica sem quaisquer receios sobre a sua situação.

Posteriormente avança-se com as dúvidas e inseguranças que as afligem. Prestam-se todas as informações numa folha A4 que a Doutora disponibilizou para poder consultar. É fornecida pela Direção Geral da Saúde, Ministério da Saúde.

No título da Folha em A4, está bastante explícito e em negrito: Interrupção cirúrgica da gravidez informação à utente,

“Se pensa solicitar a interrupção da gravidez por método cirúrgico para que possa estar melhor informada, leia atentamente o seguinte: numa primeira fase prepara-se o colo do útero com medicação própria dado pelos médicos para uma primeira intervenção com todos os esclarecimentos. Antes da intervenção, se na consulta prévia lhe foi prescrita medicação para a preparação do colo do útero, esta deve ser utilizada no dia da intervenção, de acordo com as instruções que lhe forem dadas. Esse medicamento serve para facilitar a intervenção, tornando o colo do útero mais mole e dilatado, pelo que poderão ocorrer perdas de sangue que não a deverão preocupar”⁷².

No próprio dia da intervenção, tem que cumprir uma lista de instruções, para se apresentarem no hospital no dia e hora estipulados. Nunca esquecer, o impresso de consentimento livre e esclarecido, já assinado. “No dia da Intervenção, cumpra as instruções que lhe foram dadas quanto à hora e local de apresentação no hospital. Não se esqueça de levar o impresso de consentimento livre e esclarecido, já assinado”⁷³.

No dia da intervenção ainda verificam, que está planeada uma anestesia local, ou uma anestesia geral, e o que estas devem tomar antecedentemente, pelo cuidado extremo que estas têm que ter.

“Se está planeada com anestesia local ingira apenas uma refeição ligeira (chá com torradas por exemplo). Se está planeada anestesia geral não coma nem beba (inclusive água) nas 6h antes da intervenção.”⁷⁴

⁷² Folha fornecida pela Dra Sandra Espadana na consulta médica no dia 26 de Maio de 2014 perto das 13h30 e que durou sensivelmente uma hora; folha fornecida anteriormente para consulta da população **pela Direção Geral da Saúde, Ministério da Saúde.**

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Idem.*

A intervenção é realizada num bloco operatório devidamente equipado e que demora cerca de dez minutos. Posteriormente vêm, o tipo de sangue, e conforme o mesmo, tomam a decisão de administrar um medicamento, para evitar problemas, numa gravidez posterior.

“ A intervenção cirúrgica é realizada num bloco operatório equipado com material apropriado e demora cerca de dez minutos. Se o seu grupo sanguíneo é Rh Negativo, ser-lhe-á administrado um medicamento para evitar problemas numa gravidez posterior. Será, também, administrado um antibiótico para prevenir infeções”⁷⁵.

O médico poderá fazer duas abordagens consoante a intervenção seja realizada com anestesia local ou anestesia geral.

“Se está planeada anestesia local, o médico procederá à anestesia local do útero e aguardará alguns minutos para que possa atuar. Depois fará a dilatação do colo do útero que estará, facilitada pela medicação que fez anteriormente. A aspiração é de curta duração e sem dor. Logo que o útero esteja completamente vazio, contrairá, e será nesse momento, que poderá sentir alguma dor, semelhante à dor menstrual. A interrupção da gravidez estará então terminada”⁷⁶.

Muda de situação se for com anestesia geral:

“Se está planeada anestesia geral o anestesista irá fazer-lhe algumas perguntas, sobre o seu estado de saúde, com o objetivo de identificar alguns fatores que possam desaconselhar este tipo de anestesia”⁷⁷.

Há diversas complicações que podem surgir durante as IVGs, apesar de ser um método seguro, quando seja efetuado, pelos profissionais competentes, equipamentos e técnicos adequados. Contudo, é evidente um grau de risco, há em todas as intervenções cirúrgicas. Pelo que é crucial que o paciente fale abertamente, quais os medicamentos que ingeriu anteriormente⁷⁸.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Idem.*

Quais as complicações que se manifestam: retenção de fragmentos ovulares, e que posteriormente seja necessária uma nova aspiração ou curetagem, lesões do colo do útero⁷⁹.

Pode haver outro método prescrito pelo médico. Referimo-nos à interrupção da gravidez utilizando medicamentos (para esta, há um folheto bastante parecido ao anterior).

Neste se afirma em que consiste este método, qual a função dos medicamentos, o que pode acontecer futuramente após ingerir o medicamento.

O método consiste na “toma de dois medicamentos diferentes: o MIFERPRISTONE é o primeiro fármaco a tomar, e o segundo é a PROSTAGLANDINA que será administrada 36/48 horas mais tarde”⁸⁰.

Explicar-se muito sucintamente, a função destes dois medicamentos. O medicamento MIFERPRISTONE tem a função de interromper a gravidez, “bloqueia a ação da hormona necessária à manutenção da gravidez (a progesterona), favorece as contrações e a abertura do colo do útero”⁸¹.

O medicamento PROSTAGLANDINA “completa a ação do MIFERPRISTONE, aumenta as contrações do útero e provoca a expulsão do seu conteúdo”⁸².

Há diversas situações em que o medicamento MIFERPRISTONE não deverá ser utilizado: são as chamadas contraindicações do medicamento:

“Se a gravidez não estiver confirmada, quando há uma breve suspeita da gravidez ser ectópica (o que se denomina de estar fora do útero), se existe uma insuficiência suprarrenal, casos de asma grave, e em caso de alergia ao medicamento, insuficiência hepática, ou durante amamentação”⁸³.

É importante realçar que após a toma desta medicação não se verifica uma ausência total de riscos para o feto.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Idem.*

⁸² *Idem.*

⁸³ *Idem.*

Posteriormente a mulher ter tomado esta medicação, podem ocorrer diversas reacções, todas divergentes: Vómitos, perdas de sangue e dores⁸⁴.

No caso de vómitos: “Se a mulher vomitar nas 2h seguintes à toma dos comprimidos, deve contactar o médico. Talvez seja necessário uma nova dose”⁸⁵.

Nas perdas de sangue e dores: “pode começar a perder sangue como numa menstruação; raras vezes as perdas de sangue serão mais abundantes, mesmo com a saída de coágulos. Também pode sentir dores ligeiras, tipo cólico. Apesar da hemorragia, raramente o aborto poderá dar-se nesta fase”⁸⁶.

É importante que sigam sempre as recomendações médicas, para que possa tudo correr bem, na perspectiva do médico.

No caso do medicamento PROSTAGLANDINA há duas reacções, que são manifestas: dores e perdas de sangue.

Nas dores, “as contrações uterinas provocam dores semelhantes, às da menstruação, mas por vezes mais fortes. Não hesite em tomar os medicamentos analgésicos que lhe foram receitados”⁸⁷.

Perdas de sangue: “podem ocorrer logo após a administração da PROSTAGLANDINA, mas às vezes, só aparecem mais tarde”⁸⁸.

A perda de sangue não significa que a gravidez tenha terminado. Há dados estatísticos, que ajudam a perceber este alcance: “60% dos casos, o aborto ocorre nas 4 horas que se seguem, à toma deste medicamento. Em 40% dos casos, o aborto dá-se nas 24 a 72 horas seguintes”⁸⁹.

O resultado da perda de sangue, pode ter a durabilidade até duas semanas. Se após a toma do segundo medicamento e, passar das setenta e duas horas (72h) não ser detentor de perdas de sangue, tem que imediatamente contactar a equipa que a seguiu onde recebeu esses comprimidos; “ A perda de sangue pode durar até duas semanas. Se após a toma do segundo medicamento e, para além das setenta e duas

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Idem.*

horas (72h), não tiver iniciado perdas de sangue, informe a equipa da consulta onde recebeu os comprimidos⁹⁰.

É aconselhado à paciente estar em alerta nas seguintes situações: se tiver alguma dúvida ou se porventura detiver de uma febre superior a 38°C, com dores fortes, mesmo que com o auxílio de analgésicos, perdas de sangue e um mal-estar⁹¹.

A conclusão deste processo dá-se por fim numa consulta de controlo, serve para que o médico consiga perceber se o processo da IVG está concluído e para se assegurar de que está tudo controlado.

Se a expulsão eventualmente, não for a mais completa, porque há casos em que isto acontece, haverá posteriormente, uma cirurgia para extracção dos restos de fragmentos, que tenham ficado no interior do útero.

“ Se lhe for marcada uma consulta de controlo, para cerca de quinze, 15 dias após a toma do primeiro medicamento, é absolutamente necessário que compareça. O médico irá verificar o processo de interrupção da gravidez está totalmente concluído, (o risco de falha do método é de dois 2% a cinco 5 %) e assegurar-se da ausência de complicações. No caso de a expulsão ter sido incompleta, ser-lhe-á proposta uma técnica cirúrgica, para extração dos fragmentos que possam ter ficado retidos no útero”⁹².

Até à ida da consulta de controlo tem que ter o seguinte impresso⁹³:

Consulta Prévia	Período de Reflexão	Toma do MIFEPRISTONE	Toma da PROSTAGLADINA	Consulta de Controlo
__/__/__		__/__/__	__/__/__	__/__/__

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ *Idem.*

⁹² *Idem.*

⁹³ *Idem.*

Pedido de interrupção da gravidez		Entrega do consentimento livre e esclarecido;	Marcação da consulta de controlo	Comprovação da expulsão completa;
Atestado de datação da Gravidez		Marcação da Consulta para as 36 a 48h mais tarde		Verificação da contracepção
Opção Pelo método de Indução com medicamentos				Marcação da consulta de planeamento familiar.
Marcação da consulta de início de Método				

Em caso de Necessidade Contactar:

Após a explicação fornecida no Centro de Saúde, é fácil compreender, que é um processo muito bem acompanhado, seguro, e que manifesta um profissionalismo relevante para o exercício das práticas que constituem o objecto do nosso estudo. A vida da mulher é fundamental, não se dá nome de hierarquia, mas tudo o que possa comprometer ou aumentar o risco para a vida da mulher aconselha vivamente o recurso à IVG.

4.0. A ÉTICA

Devido ao contexto social em que está inicialmente ligada, o termo Ética provém do étimo latino *ethica* ou *ethice*, do grego *ethiké*, parte da filosofia que trata da moral ou da existência⁹⁴.

Filosofia e ética vêm desde a Grécia Antiga até à atualidade, impondo-se realmente uma reflexão sobre a ação humana⁹⁵. Reflexão sobre qual será o nexos de causalidade da ação humana, o pensamento, o conhecimento, o agir, a descoberta, e a verdade de todos estes conceitos, que se exprimem em diversas mentes e ideais.

Embora seja uma questão doutrinal muito complexa, não se pode deixar de procurar alcançar a verdade. Persuadir e chegar a uma solução, até se necessário com o auxílio da ética.

Poderá ser uma vantagem para quem determina e apreende decisões. O ser humano é tão frágil, é inexoravelmente sensível e complexo. A natureza do ser é muito real: é um imperativo categórico que se mantenha e que se tenha noção da urgência (jurídica e política) desta temática.

A ética relaciona-se com a temática do aborto: pelo facto de ser praticada pela pessoa humana e envolver o sacrifício de uma vida, pelo menos de uma vida potencial. O aborto apresenta a evolução que tem ocorrido na mente dos sujeitos: pelo menos, nas suas representações sociais. É essencial reforçar que a ética se apresenta como um elemento crucial em decisões da ação humana. Pode auxiliar em diversos momentos da vida das pessoas. Está ligada à dignidade, consegue gerar a maior das veracidades não obstante o grau de pluralismo (ou mesmo relativismo) da sociedade.

“A reflexão ética visa traçar um itinerário, conducente à experiência quotidiana, da dignidade, gera necessariamente uma sabedoria, capaz de propiciar verdades para a vida, vocacionada a pensar os argumentos humanos, para o afrontamento do erro, da injustiça, da desordem e da violência”⁹⁶.

⁹⁴ Machado João, Grande Dicionário da Língua Portuguesa, Volume II, Circulo de Leitores, Lisboa, 1991;

⁹⁵ Araújo, Luís, Ética, uma introdução, estudos gerais, série Universitária, Março de 2005. P. 9

⁹⁶ *Idem*, p. 8.

Ética é dada como disciplina em diversos estabelecimentos universitários, no curso de Direito⁹⁷. Possui relevância na sociedade na qual o cidadão está inserido, e encontra-se presente em diversas situações sociais, económicas e religiosas, nas quais muitas vezes o conceito é colocado em causa. A Ética é necessária e didática para todos.

Por fim é o estudo da moralidade, das ações humanas: primeiro examina-se a imensidão interior do agir humano e seguidamente o exterior.

Os médicos detentores de uma formação académica e específica têm uma formação científica e humana, que lhes permite primeiro que a outros profissionais, reconhecer os malefícios existentes na vida humana. Para o senso comum, parece óbvio que são acrescidos de uma responsabilidade ética, tanto para si próprios, como para com colegas e pacientes.

“Os médicos estão na primeira fileira do combate pela saúde física e mental, graças à sua formação humanista e científica e à sua prática que lhes permite conhecer os males de que sofrem os indivíduos e a sociedade. Mas é preciso que as faculdades de medicina lhes tenham dado uma formação suficiente neste domínio, (...) tem por base a responsabilidade por si próprio e pelos outros é em si uma lição de civismo”⁹⁸.

Ao longo dos tempos, a medicina transforma-se, evolui nas mais diversas alterações que existem na sociedade e de acordo com as necessidades sociais e humanas que surgem. Muitas delas a pensar no ser humano e na proteção do mesmo. “ De novo no fim do século XX, sob a influência da evolução das técnicas, da mudança dos costumes, do vazio criado pela ausência de um sentido para o destino humano a medicina transforma-se”⁹⁹.

O importante na comunidade médica é “respeitar o corpo e a alma dos pacientes”¹⁰⁰.

Os médicos, mais do que qualquer ser humano, observam de perto o sofrimento das pessoas, as suas emoções e sentimentos, e todo um conjunto de fatores que o senso comum não alcança num simples exame ao outro. Obviamente, tal como todas as

⁹⁷ Pinto, Eduardo Vera Cruz, Curso de Ética e Filosofia do Direito 1ª edição Maio de 2010 Principia Editora, p.79.

⁹⁸ Prof. Tubiana Maurice, História da Medicina e do Pensamento médico” Prevenção e Proteção sempre presentes na evolução da medicina e do pensamento médico. Coleção Teorema Série especial, Traduzido por Telma Costa, impresso no mês de Outubro, ano de 2000. Flammarion, 1995. p. 447.

⁹⁹ *Idem*, p. 448.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 449.

peessoas, os sentimentos são de medo, angústia, noção de perda inevitável. Mas simultaneamente pensam de modo racional - e nunca esquecem, todos os anos de formação que obtiveram e os ensinamentos dos seus mestres.

“Face às forças obscuras do inconsciente coletivo, a luta pela racionalidade, objetividade, pela solidariedade nunca terminará. Os médicos melhor que ninguém sentem o peso da angústia na vida quotidiana, do medo do além e da tentação de fuga que dele resulta (...) se não tiver na base a experiência e a lógica”¹⁰¹.

Ora é marcante uma fé acrescida, aliada à evolução dos tempos, que consiste em acreditar, que no fundo, vão haver mais e melhores soluções para a vida humana futuramente.

Acrescente-se que os médicos não podem fazer o trabalho sozinhos, de forma asséptica: precisam de outros profissionais que não permaneçam no domínio destes. Largamente mantêm contactos com outras áreas tal como o Direito, a Filosofia, a Religião, a Política.

Alcançar as melhores soluções é o objetivo crucial. Sublinhe-se que é no pensamento que pode estar o progresso evolutivo.

“Mas havia fé no progresso, na razão, bem como uma metodologia científica, que tinha dado provas noutros domínios. Hoje os problemas são diferentes, não são mais complexos, mas a mesma coragem é precisa para os abordar. De resto, são, em larga medida, consequência dos progressos alcançados. É possível encontrar soluções. Mas para tal os médicos não podem estar sós, precisam de aliados, ou melhor de parceiros. Mas é possível. «O homem de coragem» diz um herói de Eurípedes, «é que nunca abandona a esperança.» Desesperar é cobardia.”¹⁰²

A ética no ser racional tem uma dimensão prática, de vivência concreta: o ser humano deve reter os seus ensinamentos para “viver melhor”. Na maioria das vezes as pessoas não reconhecem que viver é uma arte que nem todos dominam: a Ética aí está, então, para ajudar.

¹⁰¹ *Idem*, p.449.

¹⁰² *Idem*, p.449.

A maior sabedoria está nas pessoas mais velhas, são estas que, dada a sua experiência de vida, conseguem alcançar mais profundamente a realidade e a verdadeira das éticas. “ En nuestro capítulo jugamos con la idea de que vivir como es debido, sacar el mayor provecho de la propia vida, tal vez fuese sólo cuestión de arte o habilidade o, dicho de outro modo, de saber hacer”¹⁰³.

Os pensamentos são divergentes e contraditórios: há doutrinas que discordam, afirmando que simplesmente, não será a ética uma arte de viver.

“ Quienes recuerden los diálogos de platon reconecerán que en ellos suele preferirse de una manera bastante consistente el considerar ai la ética. En cambio, Aristóteles , a pesar de que insiste em que lo que esta disciplina estudia es cómo vivir inteligentemente , parece mudar de pronto opinión , declarando por las buenas que la moral o ética , aunque se diría que no es más que un arte de tantas, didiere em realidad de todas las otras”¹⁰⁴.

Assim é visível que os pensamentos são divergentes. Aristóteles afirma que é difícil alcançar o equilíbrio entre o excesso e o defeito. A verdadeira aprendizagem está nas regras apropriadas para qualquer caso específico, com o que é possível no quotidiano dos indivíduos, com a capacidade interior de cada um em conseguir alcançar o bem e o mal. Este problema da Ética poderá ser muito interpretativo, porque tudo isto no fundo é bastante filosófico. ¹⁰⁵

“Aun prescindiendo de la autoridade de Aristóteles y sin calentarnos por el momento los cascos en averiguar lo que significan sus palabras , no es difícil excogitar umas cuantas objeciones a la ideia de que el vivir rectamente consista sólo en aprender a mantener um justo medio entre los extremos del exceso y el defecto, cual si la ética fuese simplemente cosa de arte o de habilidade (...) arte del vivir implicaria en realidade el aprendizaje de reglas apropiadas a cosas tales como cuándo enfarse y cuándo no o en qué grado (...) cosas podemos entusiasmarlos y com qué otras no”¹⁰⁶.

A Ética e o Direito estão em conexão. É notório o imperativo de conciliação entre a responsabilidade e a culpabilidade. A culpa e a liberdade estão, no fundo no

¹⁰³ Veatch, Henry B. Ética del ser racional, nueva colección labor, editorial labor , s.a. Traducción de J.M. Garcia de la Mora, 1967. p. 63.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ Aristóteles, Ética a Nicómaco, Bertrand, Lisboa, 2009, pp. 62 e ss.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 81 e 82.

consciente humano, numa fronteira bastante extensa, e relacionada com base na experiência vivenciada por cada um.

Pela prática de um ilícito culposo, se pode ficar submetido a uma medida privativa de liberdade. “A ética surge ainda a necessidade de pensar a fronteira entre a responsabilidade e a culpabilidade em questão peculiar entre a ética e o direito, mas que é susceptível de se equacionar na perspectiva da moralidade¹⁰⁷.”

Nesta questão do aborto, a moral não é inequívoca: não mostra claramente os critérios que permitam avaliar o bem ou mal do acto ou do comportamento da mulher. Nas ações que os indivíduos praticam, seja boas ou más, estas dão lugar, a consequências, na consciência e na implicação que o próprio sujeito tem da vida.

“ Com efeito, os seres humanos, não só possuem a capacidade de formularem juízos de valor, avaliando as ações como boas ou más, como podem prever as consequências das suas ações, bem como optar, entre modos alternativos de ação, pelo que dispõem de condições que dão lugar à emergência de uma consciência ética, responsável, que é a base, para o estabelecimento de normas e valores que lhes permitem definir os traços específicos da conduta moral em ordem à retidão da vida”¹⁰⁸.

A ética é muito mais do que um estudo aprofundado, de palavras e modos de decisão.” Sin duda , que la ética consiste en algo más que en estudiar el significado de palabras y modos de decir”¹⁰⁹.

A ética por si só não tenta decifrar cada palavra no seu sentido mais abstrato ou objectivo: é um estudo aprofundado sobre os modos de reflectir. Contudo, de facto, a ética pode auxiliar nesse campo.

“No es tanto el significado de la palabra «rectitud» en el lenguaje mismo cuanto lo significa vivir rectamente em práctica”¹¹⁰.

Na verdade o que é o correto ou incorreto eticamente depende de fatores distintos, sejam políticos, religiosos, educacionais socialmente, ou principalmente os culturais. Cada país, no fundo tem a sua cultura, e a ética vai variando. O aborto depende muito

¹⁰⁷ Araujo Luis, Ética uma introdução, estudos gerais serie universitária, Março de 2005 pp 26.

¹⁰⁸ *Idem*, página, 28.

¹⁰⁹ Veatch, Henry B. Ética del ser racional, nueva colección labor, editorial labor , s.a. Traducción de J.M. Garcia de la Mora, 1967. Pp 16.

¹¹⁰ *Idem*.

da ética médica, tal como mais adiante, se abordará no RELATÓRIO-PARECER 19/CNECV/97 sobre os projetos de lei relativos à INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ.

A dimensão ética do aborto é evidenciada no parecer, embora se provem igualmente a parte legislativa e política. Mas por uma questão de organização, abordar-se-á, somente a parte ética neste presente capítulo e posteriormente tratar-se-á da questão legislativa.

O que significa CNECV? CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, o qual elaborou um relatório- parecer 19/CNECV/97¹¹¹ sobre a problemática do aborto.

Escolheu-se o presente parecer, justamente pela problemática complexa, existente, na nossa sociedade, acerca da questão do aborto. Dificilmente há um acordo político acerca das atitudes e reflexões, que são, cada vez mais divergentes entre os cidadãos, juristas, penalistas, médicos, políticos, religiosos, das diversas culturas mundiais, nacionais.

“ O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da vida, órgão independente e lugar privilegiado de reflexão e análise das questões éticas próprias da vasta área designada por ciências da vida “¹¹².

Ora, o conselho, sendo um órgão independente, manter-se-á, longinquamente quanto a esta discussão: sobreviverá às polémicas sobre a criminalização ou despenalização do aborto. Contudo poder-se-á analisar do ponto de vista ético; o seu objetivo é precisamente o estudo profundo desta área, acerca de diversas questões, sejam jurídico-constitucionais, sejam médico-biológicos.

“O seu character isento e independente o Conselho estarão à margem de qualquer discussão ideológica ou partidária; não cuidará de analisar os textos propostos no ponto de vista jurídico, já que assim extravasaria da sua competência.¹¹³”

Não há consenso acerca desta questão na nossa sociedade. Mas numa sociedade democrática, o consenso é a excepção e o dissenso o elemento distintivo que imprime e mantém o dinamismo social e a vivacidade democrática. Esta é uma matéria

¹¹¹ Relatório parecer 19/CNECV/97

¹¹² *Idem.*

¹¹³ *Idem.*

complexa e daí as críticas e dúvidas pertinentes. Por fim, a questão ética será abordada nas diversas definições de aborto.

5.0. A VIDA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

A Constituição da República Portuguesa, está dividida por um preâmbulo, princípios Fundamentais, Parte I Direitos e Deveres Fundamentais, nos quais se enquadram, no título I os princípios gerais, no título II Direitos, Liberdades e Garantias. Assim no presente Título II, no capítulo I Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais encontra-se o Direito à vida.

Ponto fulcral da nossa investigação é a seguinte interrogação: se o conceito “vida” compreende uma pluralidade de significados, qual deve ser o seu significado normativo?

O artigo 24º da CRP, com a epígrafe “Direito à Vida”, tem a seguinte formulação:

A vida humana é inviolável.

Em caso algum haverá pena de morte.

Na Constituição Anotada¹¹⁴ do Professor Jorge Miranda e do Professor Rui Medeiros é feita referência à jurisprudência, mais concretamente ao acórdão nºs 25 /84 (aborto).

Posteriormente ir-se-á fazer, uma referência a acórdãos que abordem a questão. Mas por uma questão de organização ir-se-á, em primeiro lugar, decifrar o conteúdo do artigo.

O direito à vida é um direito fundamental: é o primeiro direito fundamental a ter em consideração.

“O artigo 24º desempenha entre os Direitos Fundamentais, um papel absolutamente ímpar (...) o Direito à Vida surge consagrado no nº1 do artigo 24º não apenas na sua dimensão puramente subjetiva, como o primeiro dos Direitos Fundamentais. Mais do que um Direito, Liberdade e Garantia, ele constitui o pressuposto fundante de todos os

¹¹⁴ Constituição Portuguesa Anotada, Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo I, 2ª edição revista, actualizada e ampliada, Maio de 2010, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora. p. 501.

demais Direitos Fundamentais. Mas como valor objetivo e como princípio estruturante de um Estado de Direito, alicerçado na Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º) ”¹¹⁵.

Já os Professores Gomes Canotilho e Vital Moreira escrevem que “ o direito à vida é o primeiro dos direitos fundamentais enunciados. É, logicamente, um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos fundamentais.”

Contudo, o direito à vida não se confunde com o direito à protecção da vida. Conforme a doutrina ensinada por tais ilustres constitucionalistas, o direito constitucional à vida abrange “não apenas a vida das pessoas, mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa. A vida intra-uterina (independentemente do momento em que se entenda que esta inicia) e a vida do embrião fertilizado.

É seguro, porém, que: a) o regime de protecção da vida humana, enquanto bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que direito à vida das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., vida, saúde, liberdade da mulher, direito dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); b) a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até a nascimento; c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate da protecção da vida intra-uterina; d) não existe um estatuto jurídico-constitucional do embrião não implantado, sendo questionável a sua subjectividade e aceitável a sua protecção objectiva”¹¹⁶.

Daqui decorre que o direito à vida não se confunde com o dever de o Estado proteger a vida humana. Podem, pois, existir valores que *in casu* podem prevalecer sobre direito à vida pré-natal, legitimando uma margem de conformação reservada ao legislador democrático para traçar as fronteiras da admissibilidade da realização de práticas abortivas. ¹¹⁷

O Ilustre Professor Gomes Canotilho, em escrito mais recente, acrescenta, sobre a relevância jurígena da dignidade da pessoa (e, logo, da vida) humana, o seguinte:

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 448.

¹¹⁷ Ver ainda Alexandrino, José de Melo, Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição da República Portuguesa, Volume II, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 102 e ss.

“A pessoa humana tem um valor próprio e uma dimensão normativa específica. Está na base, em primeiro lugar, do princípio antrópico ou personocêntrico inerente aos direitos fundamentais o direito à vida, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal direito à identidade genética”¹¹⁸

A vida e a dignidade pessoal fundamentam o princípio da igualdade. A Constituição proíbe todas as formas de discriminação. Todas as pessoas têm a mesma dignidade e todas elas são destinatárias do direito à igualdade.

“Em segundo lugar, é fundamento do princípio da igualdade, pois nos termos da Constituição (CRP art. 13.º), todos os cidadãos tem a mesma dignidade pessoal. Neste sentido, ela ganha particular relevância como princípio dotado de dimensão normativa específica, proibindo a diferenciação ou pesagem de dignidades. As pessoas portadoras de deficiência, as pessoas com comportamentos desviantes ou marginais têm a mesma dignidade da chamada pessoa normal”. Os estrangeiros, os apátridas, os refugiados, tem a mesma dignidade do cidadão nacional”¹¹⁹.

Fundamental para perceber o acolhimento constitucional – e sua tutela- do direito à vida é aludir ao Direito Convencional, o qual vincula o Estado português e, por conseguinte, tem uma projecção importante no nosso ordenamento jurídico.

Dada a importância dos fenómenos comunicativos na actualidade, e tendo em conta a polémica crescente em torno de todas as vertentes da vida humana, a sua consagração na lei fundamental requer a um tempo uma hermenéutica específica e uma abordagem dogmática rigorosa.

“A convocação da dignidade da pessoa humana em sede de constitucionalização da pessoa ganha também particular relevo perante o desenvolvimento das chamadas matrizes comunicativas anónimas (ex. tendências totalizantes de matrizes comunicativas, derivadas da concentração dos meios de comunicação social, universos globalizantes no âmbito da investigação, relações laborais precárias resultantes de práticas dos

¹¹⁸Canotilho, Gomes; - Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda Volume II, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora, Agosto 2012, p. 285.

¹¹⁹ *Idem* pp 286.

mercados). Estas matrizes comunicativas não só põem em causa a autonomia do discurso social (autonomia da arte, da ciência, da religião) como fragmentam a pessoa tornando-a indefesa perante essas matrizes totalizantes (ex. trabalho infantil na Índia, China, Indonésia, poluição do meio ambiente).¹²⁰

Como se afirmou supra, a temática do direito à vida em toda a sua complexidade é abordada nos meios de comunicação social.

Em concreto, a matéria do Aborto é inserida na questão da dignidade humana. A questão que muitas vezes se poderá colocar, é a sempre complexa conexão entre a dignidade da pessoa que quer abortar, e a dignidade da futura pessoa que nascer. Jurídico constitucionalmente, as pessoas e a sua vulnerabilidade são merecedores de protecção, constituindo qualquer atentado à sua existência, um atentado à dignidade humana.

*“Relevância especial adquire também a dignidade da pessoa humana ao ser assumida, jurídico constitucionalmente, como fundamento da legitimação para a imposição de deveres, especiais relativamente a pessoas em situações de vulnerabilidade propiciadoras de graves atentados a essa dignidade (menores, minorias, refugiados). Aqui vem entroncar a celebração de convenções internacionais destinadas a combater a violação em massa da dignidade da pessoa humana e da dignidade dos povos, assegurando a protecção individual e colectiva”.*¹²¹

A constitucionalização da pessoa representa o reconhecimento pela lei fundamental da sua importância e valor.

Ora, com toda a evolução ao redor da pessoa humana, há implicitamente a tendência cultural construtiva e a própria funcionalização.

“A constitucionalização da pessoa implica que é a pessoa humana que está activamente presente quando se fala de titularidade de direitos fundamentais. Esta nota ganha progressiva importância perante duas tendências culturais: (i) a primeira que aponta para a pessoa como uma construção artificial; (ii) a segunda que inventa novos substantivos para insinuar a funcionalização crescente da pessoa (exs: consumidor,

¹²⁰ *Idem.p.286*

¹²¹ KRIELE, Martin. *Libertação e iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem*. Edições Loyola, São Paulo, 1983, p. 65.

cliente, utente, administrado, tomador de trabalho, dador de emprego, bolseiro, decisor, parceiro contratual”)¹²² .

A dignidade da pessoa humana tem um reconhecimento intersubjectivo na medida em que existe o reconhecimento próprio dos sujeitos na sua vida de relação.

Este reconhecimento inere à identidade própria dos sujeitos e aos seus direitos fundamentais.

O princípio da dignidade advém dos tempos do cristianismo. O amor entre homem e deus é a afirmação mais vincada ao conceito da dignidade da pessoa humana.

Krielle, na obra supra-citada, defende que o princípio da dignidade humana, com o sentido universalista com que civilizacionalmente o entendem radica as suas mais fortes raízes no cristianismo. Este explica a sua posição nos seguintes termos:” *não há afirmação mais específica da ideia de dignidade humana do que a das doutrinas: 1. Deus criou o homem à sua imagem e semelhança. 2. Ele é o pai que espera, com amor, o retorno dos seus filhos. 3. O seu filho unigénito nascido antes de todos os tempos, incarnou como homem.*”¹²³ Parece, na verdade, difícil encontrar uma afirmação mais solida da dignidade humana do que esta relação estreita de semelhança, amor, e c-essencialidade entre o Homem e Deus.

A dignidade da pessoa humana evidencia-se também em cada pessoa concreta na sua vida. O homem ser relacional, atinge a percepção da sua propria dignidade e da dignidade alheia.

“Na sua realidade concreta, cada pessoa tem de ser compreendida em relação com as demais. Por isso, a constituição completa a referencia à dignidade da pessoa humana com a referencia à mesma dignidade social que possuem todos os cidadãos (...)”¹²⁴ .

Vejamos, de seguida, o que se deve entender por “inviolável” para efeitos de interpretação do preceito constitucional em análise. No PIDCP (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos) encontra-se uma questão bastante interessante e que suscita o problema jurídico deveras complexo de delimitar os limites do direito constitucional (de fundamentalidade irrefutável) à vida.

¹²² *Idem.* pp 287, 288.

¹²³ KRIELE, Martin. Libertação e iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem. Edições Loyola, São Paulo, 1983, pp. 65-70.

¹²⁴ V. nota de rodapé anterior.

“O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado no Brasil, pelo Decreto n° 592/92 (portanto: lei no Brasil), dispõe, no art. 6: *“Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life”*¹²⁵.

Human being fazendo uma tradução em português é pessoa humana. O seu conteúdo é bastante mais complexo. Significa que é ser humano vivo, com o inerente direito à vida, desde a concepção.

A personalidade jurídica é uma qualidade, efectivamente de conceito de pessoa: é uma questão do direito que não pode ser ignorada ou recusada.

Assim costuma ser definida como a susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações ou de situações jurídicas¹²⁶.

O Conceito de pessoa, sob a perspectiva médica, é o embrião que já regista um número determinado de semanas após a concepção, - é, neste sentido, lógico a permissão do aborto, nos casos em que a gestação ocorreu há um número inferior de semanas.

Volvido esse lapso temporal, o ser já se transforma em feto, aí já não se permite o aborto. Por fim tem a designação de pessoa. Afigura-se que para se chegar ao estado de pessoa humana, tem que se ter em consideração uma espécie de fases a atingir. Há um limite temporal para cada uma das fases.

“A palavra *personne*, *persona*, *pessoa* tem-se prestado a tergiversações; realmente, conforme certa linguagem médica, é embrião, até “tantas” semanas, após a concepção - permitido o aborto; todavia, após “tantas” semanas, já é feto - não mais permitido o aborto (abortamento)... já se tratando de pessoa”¹²⁷.

O ser humano merece proteção jurídica. Na teoria, ninguém pode ser privado da sua vida. Diga-se que, dentro da proteção jurídica do direito à vida, encontramos outros direitos implícitos, como o direito à sua saúde, direito às suas necessidades, direito à

¹²⁵ Bergamini, Miotto, “O Direito à Vida. dsde que Momento?” p. 1.

¹²⁶ Vasconcelos, Pedro Pais, Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 3ª edição, Coimbra, 2005.pp.35 e ss.

¹²⁷ *Idem*.

Saúde Física, Mental. No fundo, todas as pessoas são seres humanos, dotados da mesma dignidade - logo detentores do direito à vida.

“O *human being*, o ser (o ente) humano, tem inerente direito à vida, direito humano, que deve ser legalmente protegido, ele não pode - ninguém pode - ser arbitrariamente privado da sua vida; tem os demais direitos humanos e, bem assim, os adquiridos (legalmente outorgados). A proteção legal inclui todos os cuidados que devem ser-lhe prestados, conforme necessite para manter ou restabelecer a sua saúde e a sua integridade física e psíquica, sem as quais poderia ser arbitrariamente privado da vida, por omissão. Não há de ter sido por um lapso que o Pacto usou esta expressão, *human being*, no art. 6, a palavra *person*, pessoa, em vários artigos, e a palavra *Citizen*, cidadão, no art. 25. Com efeito, a expressão *human being* tem sentido mais amplo; é de notar que toda pessoa é um ser humano, e que só o ser humano pode ser pessoa.”¹²⁸

O que é ser Inviolável? Este conceito, significa que não é viável o nascituro sobreviver após o nascimento.

“Na primeira metade da década de 1950, Giorgio Frache, Professor Adjunto de Medicina Legal da Università degli Studi di Roma, alertava que, até mesmo em certos casos como o de gravidez extrauterina, nos quais a gestante corre sérios riscos de vida, e o nascituro não tem possibilidade de sobreviver, (não é viável) ”¹²⁹.

Importante referir que os conceitos” intrauterino, e extrauterinos” são, conceitos de especial complexidade tal como afirma a Professora Doutora Maria Margarida Silva Pereira¹³⁰.

“Não é fácil determinar o que por vida extrauterina compete entender. Na realidade, a interpretação dos artigos 140º (Aborto), 141º (Aborto Agravado) e 142º (Interrupção da Gravidez não punível) encontram as manobras abortivas referenciadas por recurso às expressões “ quem fizer abortar” e realização da interrupção da gravidez”. São expressões que não clarificam o conceito. Mas tal clarificação é indispensável”¹³¹.

¹²⁸ *Idem*, p. 1.

¹²⁹ *Idem*, p. 4.

¹³⁰ Pereira, Margarida, Os Homicídios, Lisboa 2012, edição Pedro Ferreira, p. 109.

¹³¹ *Idem*.

Este assunto extraordinariamente delicado pode levar a dissemelhantes posições e opiniões divergentes sobre a concepção de pessoa humana.

A opinião comum consiste em considerar que só há uma agressão à vida quando se mata outrem. Ou seja, quando se colocar termo a uma vida.

É verdade que se está a matar uma vida. Mas tal sacrifício pode ser justificado se realmente a gravidez põe em causa a vida da mãe, e se esta, porventura, corre riscos de vida. Ou se futuramente a mãe se encontrar na plenitude da sua saúde para educar a criança devidamente.

As Saúdes são fundamentais para todo o ser humano seja: mental, física e emocional. Todas elas são condições essenciais para que se possa educar uma criança devidamente. Porque futuramente, aí sim, será indubitavelmente uma pessoa humana. Com pensamentos, educação e sentimentos.

É essencial conseguir distinguir todos estes conceitos acima referidos e proceder à argumentação da nossa perspectiva, relacionando-os entre si. Na vida todos pensam, refletem, mas sobre a própria vida, poucos perdem tempo, para o fazer. *O que poderá pensar uma mãe numa situação de total impotência ou de perigo?*

Pense-se numa mãe, vítima de abuso sexual. Foi violada, violentada, maltratada. Não pensará a mesma, num futuro aborto? Consequência da violação diversas vezes, está associada a períodos de depressão, de negação e de conflito interior. Se a criança porventura nascer, como será tratada pela futura mãe? Porque no fundo a criança não é desejada, é fruto de um crime. O Direito, involuntariamente, liga-se a diversas áreas. Aqui, liga-se ao campo da psicologia, ética, filosofia.¹³²

“A lei penal distingue a vida intrauterina da vida extrauterina no momento em que tipifica o aborto. Por estas normas o atentado contra a vida que não se tenha separado do corpo materno é crime: desde que se verifiquem motivos ponderosos, fazer excluir a ilicitude, (uma gravidez forçada, por abuso sexual sobre a mulher; uma gravidez de que decorra vida humana, de muito parca qualidade, em muitos casos acompanhada de sofrimento evidente. Estar-se-á perante manobras abortivas tipificadas. A agressão intrauterina que ocorre não

¹³² Ver, a este propósito, no mesmo sentido, Almeida Costa, António, O Aborto e o Direito Penal, Revista da Ordem dos Advogados, III, 1984, em especial pp. 545-560.

é a vida nascida, relevante para Homicídio mas o legislador consagra o tipo de aborto, no artigo 140º do Código Penal”¹³³.

¹³³ *Idem*, p. 119.

6. BREVES NOTAS SOBRE A DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL

O conceito de Direito Penal é fundamental para poder captar a essência das normas jurídicas. Este é um conjunto de normas jurídicas que qualificam determinados factos como crime.

Podemos adoptar no recorte dogmático do Direito Penal um critério formal e um critério material. Quanto ao critério formal, podemos separar o Direito Penal Primário e o Direito Penal Secundário.

O Direito Penal primário é constituído pelos crimes que estão no código penal. O Direito Penal Secundário é constituído pelas Normas que estão fora do âmbito do código penal – “normas avulsas”, abrangendo, por exemplo, o Direito Contra-ordenacional.

Quanto ao critério material, o Direito Penal Primário, o conceito de justiça, ou o direito penal de justiça, no qual existe um conjunto de normas que tipificam como crimes independentemente do tempo histórico. Caracteriza-se fundamentalmente pela intemporalidade. Por exemplo o homicídio. Ora, no Direito Penal Secundário é um conjunto de normas que tipificam certas condutas como crimes, mas praticados num determinado contexto.

O Código Penal está dividido em duas partes, a parte geral está consagrada até ao artigo.º130 do Código penal e a parte especial do artigo 131.º e seguintes.

Assim, na parte especial temos descrito os diferentes crimes em especial. A tipificação dos diferentes factos, ou seja, a previsão de determinados acontecimentos que o nosso legislador considera então como crimes.

A definição de crime abrange a afectação do bem jurídico de alguém. É crime do ponto de vista formal mas não do ponto de vista material.

O conceito formal de crime: é uma acção típica, ilícita, culposa e punível com uma das sanções correspondentes à lei penal. O crime material é mais profundo.

O legislador não está autorizado a tipificar como crime tudo o que lhe aprouver, carecendo a cominação como crime de uma justificação racional: é uma herança do racionalismo iluminista que pauta, ainda, o nosso Direito e a ciência jurídica. Só pode ser considerado crime os factos que, dentro dos factos ilícitos (ou seja, de uma atitude de “rebelião contra a lei” revelada pelo agente), sejam ainda mais gravosos. Alguns factos que formalmente estão tipificados como crimes podem padecer de inconstitucionalidade material, se não atingirem o grau de gravidade para serem considerados crimes.

A substância prevalece sob a forma com base no artigo 204.º da Constituição da Republica Portuguesa: todos os tribunais devem aplicar a norma que considerem inconstitucional, artigo 18.º CRP, n.º2. Sempre que os tribunais aplicarem uma norma inconstitucional, há a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional em ordem a defender os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Ora, na parte geral encontramos assim a teoria geral da lei penal, a teoria geral da infracção penal, e a teoria geral da pena.

Deparamo-nos, assim, por um lado com regras que têm que ver com a especificidade da lei penal por comparação com outras normas do ordenamento jurídico.

As sanções específicas consagradas no código penal são de dois tipos: as penas e as medidas de segurança.

É importante referir que o direito penal é um ramo de direito sancionatório, a sanção típica que corresponde ao acto ilícito contra-ordenacional é a coima.

A multa é uma das sanções que corresponde ao ilícito penal. É uma sanção penal, quando o pagamento não é efectuado é susceptível de ser convertida em pena de prisão. A coima por outro lado, quando não paga, não é susceptível de ser convertida em pena de prisão.

Assim a multa é sempre uma sanção mais grave do que a coima. O DL -433/82 prevê um regime geral do ilícito de mera ordenação social. A competência para a criação de contra-ordenação é uma competência que não está centralizada nos órgãos legislativos, esta dissimulado por diversas entidades.

Assim, todo o direito penal é obrigatoriamente de aplicação jurisdicional, e no direito de mera ordenação social já não é assim, a aplicação é feita por um órgão da administração.

Ora, o Direito Contra-Ordenacional não é um ramo de direito penal, embora seja um ramo de direito sancionatório.

Actualmente existe apenas crimes em direito penal e contra-ordenações em direito contra-ordenacional.

O código penal em cada tipo legal de crime tem a aplicabilidade da pena em concreto. As penas aplicam-se a quem comete o crime e tem capacidade de culpa. Assim as penas são aplicadas em função da culpa do ora, então agente.

Assim as penas tem três categorias as penas principais, as penas de substituição e as penas acessórias. As penas principais são aquelas que estão descritas nos tipos legais de crime e não dependem de nenhuma outra. Tem-se, como exemplo, para as pessoas singulares, a aplicação de uma pena de prisão e a multa.

As penas de substituição são penas que podem ser aplicadas em substituição da pena de prisão. Por exemplo a substituição da multa pelo trabalho de comunidade. E por fim as penas acessórias que são aplicadas conjuntamente com a pena principal.

As medidas de segurança aplicam-se a quem pratica os factos que a lei considera como crime, mas não tem capacidade de culpa. Estas podem ser privativas da liberdade ou não privativas da liberdade.

A pena é só uma resposta ao crime, na medida em que se demonstre que se vem proteger muitos mais direitos fundamentais do que aquele que se está a sacrificar, garantindo, por este meio, a paz e a segurança jurídicas.

Assim só é legítimo punir um comportamento se esse comportamento afectar um bem jurídico fundamental.

O bem jurídico fundamental são assim bens jurídicos que podem ser uma realidade individual no plano do ser. Só há bem jurídico- penal onde se demonstra aquilo que se pretende proteger, é condição da possibilidade que cada um possa ser aquilo que quer ser. Neste caso em concreto o bem vida humana é um bem jurídico do aborto.

O conceito material de crime consta de uma afectação de um bem jurídico. Só é legítimo punir penalmente pelo estado com a demonstração que os outros ramos sancionatórios não são suficientemente eficazes para a repressão do crime. O direito

penal é a última arma a que o estado pode recorrer. O princípio consagrado é o princípio da intervenção mínima de direito penal art. 18 n.º2 da CRP.

Assim, existem dois tipos de teorias das penas, as absolutas e as relativas.

As teorias das penas absolutas são teorias da retribuição e as teorias das penas relativas são teorias da prevenção. Podem assumir a vertente de prevenção geral ou a vertente de protecção especial.

Nas teorias de prevenção geral podem ainda ter carácter positivo e negativo. Nas teorias de prevenção especial podem ter carácter positivo e negativo.

A teoria absoluta da retribuição para muitos antigos, nomeadamente Platão e Kant, a pena existia com o fim de castigar. Retribui ao agente o acto praticado culposamente. Justifica-se pela razão de castigo. Se o ser humano praticou o crime e é criminoso e, pelo acto que praticou, tem que ser castigado.

Na teoria relativa da prevenção, em concreto expõe-se que a função da pena não é uma função de castigo mas sim de prevenção para que seja evitada a prática de o crime novamente.

Na teoria de prevenção geral pune-se para que seja um exemplo para a sociedade: a punição do agente criminal deverá dissuadir os restantes membros da comunidade política de adoptarem tal conduta criminosa. Na teoria de prevenção especial pune-se para que o agente não volte a adoptar a mesma conduta, cometendo o mesmo tipo legal de crime.

Tal como acima se refere, os tipos de prevenção geral e especial, podem ser de vertente positiva e negativa. Positiva, na medida em que há a reintegração ou ressocialização. Negativa, na intimidação quando perspectivada de uma noção negativa. A pena evita que volte a ocorrer na generalidade das pessoas. É o chamado efeito de dissuasão com efeito intimidatório.

No tipo geral especial positivo, pune-se o criminoso para que não volte a cometer o tipo legal de crime. Tem como objectivo prevenir novos casos de crime do delinquente ou seja, uma função educativa e de reabilitação.

Na teoria da prevenção geral positiva, visa-se repor a eficácia jurídico-criminal, promovendo a confiança da sociedade no sistema penal e a consciencialização da relevância do bem jurídico protegido.

Ora, a pena justifica-se, na nossa opinião, pelos méritos explicativos das duas teorias atrás analisadas.

Para o Ilustre penalista Roxin¹³⁴, na teoria fins das penas, parte-se da constatação de que o Estado se relaciona com as pessoas em três momentos diferentes, ou seja, o Estado terá que tomar decisões relacionadas com o direito penal em três momentos; o primeiro momento diz respeito à definição de certos comportamentos como crimes (Estado-legislador). No segundo momento, o Estado surge no papel de aplicador da lei penal, ou seja o Estado surge como juiz. E por fim o ultimo momento, o Estado relaciona-se com as pessoas enquanto responsável pela execução das penas.

Assim para o ilustre penalista a pena não visa retribuir pela culpa. Não é função da pena retribuir pela culpa. A pena tem uma função preventiva.¹³⁵

Para o Ilustre penalista Figueiredo Dias, a teoria dos fins das penas tem finalidades exclusivamente preventivas: não é função da pena castigar as pessoas. A culpa funciona apenas como limite da pena. Em caso nenhum a pena pode ser aplicada para além da culpa do agente. Para Roxin, as considerações da prevenção especial deveriam prevalecer sobre a prevenção geral.

Para o Ilustre Figueiredo Dias é o oposto.¹³⁶

Conclui-se, assim, há uma diferença essencial entre ambos: para Figueiredo Dias, mesmo no momento da decisão, a prevenção especial só é considerada nos limites da prevenção geral. Não assim para Roxin.

Em suma, as penas visam exclusivamente finalidades preventivas. Ambos afastam a ideia que a pena vise castigar. Nos termos do disposto do artigo 40.º do Código Penal,

¹³⁴ Roxin, Claus, Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3ª edição, Universidade Direito e Ciência Jurídica, p 16.

¹³⁵ Roxin, Claus, Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3ª edição, Universidade Direito e Ciência Jurídica. P.17.

¹³⁶ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007.

não se refere à finalidade de retribuição da pena pela culpa. O objecto do disposto do artigo supra mencionado são as penas e medidas de segurança.¹³⁷

No artigo 7.º do Código Penal consta a medida concreta da pena. Este artigo coloca no mesmo plano a pena e necessidades de prevenção.

Ora, o fim da pena não é castigar, mas a culpa é o limite da pena, segundo Figueiredo Dias.

Assim, tem que existir uma relação entre a pena e a culpa para justificar a possibilidade de pena. Sousa Brito visa estabelecer a relação entre a pena e a culpa.

¹³⁸

A diferença entre ambos diz respeito ao segundo momento, ao momento da decisão do juiz.

O juiz para decidir da pena concreta parte de uma moldura penal prevista na lei aprovada pelo legislador democraticamente legitimado. O juiz dentro desta moldura deve então constituir uma nova moldura. O limite máximo corresponderá ao chamado ponto óptimo de prevenção geral. O limite mínimo é dado pelos limites temporais que o juiz considerar a fronteira abaixo da qual o Direito Penal não cumpriria a sua função social: a generalidade das pessoas não se sentiria devidamente protegida pelo sistema penal, nem reconheceria a relevância do bem jurídico objecto de tutela.

Encontrada esta moldura de prevenção geral a pena concreta é definida em função de considerações de prevenção geral.

Já Sousa Brito entende que a pena tem finalidades preventivas, mas tem também uma função de reparação de danos. Os fins das penas encontram-se nos termos do disposto do artigo 40.º, do Código Penal.

Para Sousa Brito, a pena visa prevenir mas também retribuir pelo crime cometido no passado. Em caso algum pode haver pena sem culpa ou culpa sem pena: artigo 40.º n.º 2 do Código Penal. A pena visa então retribuir na medida da culpa.¹³⁹

¹³⁷ Santos, M, Henriques M, Noções elementares de Direito Penal, 3 edição revista e actualizada, editora rei dos livros. p 272009.

¹³⁸ Brito, José de Sousa, A Lei Penal na Constituição", Estudos sobre a Constituição, ed. Jorge Miranda, II, Lisboa, Petrony, 1978, p. 200.

¹³⁹ V. nota de rodapé anterior.

Sendo assim, o Direito Penal é um instrumento de protecção de bens fundamentais em dois sentidos: na protecção do criminoso face a abusos por parte do estado na utilização do direito penal e a protecção de toda a sociedade contra factos criminosos. No Direito Penal, todos os princípios são garantísticos e de defesa do arguido ou acusado da prática de um crime. Os princípios são diversos, o princípio da necessidade da pena, está consagrado no artigo 18 n.º2 do Código Penal, e afirma que o direito penal só pode intervir na última *ratio*.

O princípio da culpa, não há pena sem culpa, nem pena para além da culpa. Só é possível aplicar uma pena se for possível formular uma censura pelo facto de o agente desrespeitar a norma. A responsabilidade objectiva é consequência do princípio da culpa, artigo 13.º do Código Penal.

Cumprido, ainda, aludir ao princípio do Direito Penal do facto, previsto nos artigos 29.º e 30.º da CRP.

As pessoas são punidas pelo que fazem e não pelo que pensam e o que são. São punidas pelo seu comportamento e não pelo modo como conduziram a sua vida.

O princípio da da Humanidade das Penas, artigo 24.º, 25.º e 30.º da CRP, exclui a possibilidade do direito penal poder utilizar qualquer pena que possa atentar contra a dignidade humana., ou seja, penas bárbaras.

O princípio *Non bis in idem*, artigo 29.n.º5 da CRP. Ninguém pode ser condenado pelo mesmo facto. No entanto o contrário já é possível. Este princípio tem uma dimensão processual.

O princípio da legalidade, consagrado no artigo 29.º da CRP, não há crime nem há pena sem lei. O princípio da legalidade não há crime nem pena sem lei prévia: esta é uma dimensão do princípio da legalidade. A aplicação do tempo na lei penal rege-se por regras próprias que se fundam nesta dimensão do princípio da legalidade.

Assim as leis desfavoráveis não podem nunca ser de aplicação retroactiva: artigo 4.º da CRP e artigo 2.º n.º 2 e 4 do Código Penal.

No princípio da legalidade há diversos corolários a ter em consideração: a analogia, pressupõe a demonstração da realidade entre o caso omissivo e o caso análogo. A analogia desfavorável ao arguido é proibida. A analogia favorável ao arguido é permitida.

Assim, por analogia há tipos de normas que se podem aplicar: aquelas que contenham a exclusão da culpa ou exclusão da responsabilidade. E aquelas que atenuam a pena. Em suma, a analogia é justificada pela verificação de uma lacuna legal. A redução analógica é reduzir o âmbito do programa normativo da regra legal, excluindo situações que *a priori* poderiam estar abrangidas pela sua previsão.

Ora, em Direito Penal, pode aplicar-se uma norma até que o sentido das palavras da regra legal o suporte.

O segundo corolário é a interpretação extensiva diz-se extensiva porque estende a letra. E por fim o terceiro corolário a interpretação declarativa lata ou ampla, estende a letra mas num sentido mais amplo.

O carácter mais favorável de uma lei posterior pode traduzir-se numa despenalização do facto e numa descriminalização do facto. Nas hipóteses em que o facto deixou de ser crime, diz o n.º 2, a retroactividade tem o seu efeito mais absoluto.

Na hipótese em que o crime passa a ser contra-ordenação, ainda estamos na aplicação do artigo 2.º do Código Penal.

A Regra é a de que as pessoas são condenadas à luz da lei que vigora no momento da prática do facto.

Ora, no artigo 3.º do Código Penal, havendo uma divergência entre o momento temporal e o momento da acção e o momento do resultado, o que releva é o momento da acção para o legislador. Contudo o artigo não resolve, na totalidade, o problema.

Se no momento do julgamento o facto deixou de ser crime, o arguido deixa de poder ser punido criminalmente, tal decorre do artigo 2.º n.º 2 do Código Penal. Entre o crime e a contra-ordenação, a lei contra-ordenacional é a mais favorável, pelo que o agente só poderá responder nos termos da contra-ordenação.

Deveria existir uma lei intermédia, uma lei que surge entre a lei em vigor no momento do facto e entre a lei que está em vigor na altura do julgamento. Assim o argumento da igualdade é o que tem sido mais aduzido.

Relativamente às leis temporárias é uma lei que é elaborada para vigorar durante um determinado tempo, conforme o que dispõe o art. 2.º do Código Penal. As leis temporárias são ultra - activas.

Há pressupostos para que se admita a prolacção de uma lei temporária: o pressuposto material ou substantivo, que significa que o facto que aquela lei quer regular é excepcional, e o pressuposto formal - só é lei temporária aquela que defina o seu período de vigência, ou seja, tem um prazo. Nada é impeditivo de existir uma sucessão de leis temporárias. Só pode haver sucessão entre duas leis temporárias.

O que tem que se ter conhecimento é se deve ou não ser considerada uma lei penal posterior ao facto que seja mais favorável mas inconstitucional.

No artigo 282.º da CRP, afirma-se que a lei inconstitucional é inválida. Existe um conflito de valores constitucionais.

No termos do disposto do artigo 37 n.º 1 do Código de Processo Penal, introduziu-se um recurso específico para permitir que o juiz conclua que o agente já cumpriu mais do que o limite máximo da nova lei e por isso saía em liberdade.

As fontes imediatas do direito são a lei e o costume. Quanto à lei a única especificidade que existe é que tem que coexistir com o facto de que a única lei que pode criar crimes ou modificar só pode ser alterada pela Assembleia da Republica artigo 165 n.º1 da Constituição da Republica Portuguesa.

Através do costume não se podem criar crimes, mas a regra costumeira pode fazer a cessar a vigência de normas que, do ponto de vista formal, tipifiquem o caso como crime.

O costume só pode fazer cessar a vigência de uma lei se estiverem no mesmo âmbito. No artigo 29 n.º 2 da CRP, está consagrado o Costume Internacional.

Uma outra dimensão relevante tradicionalmente analisada na dogmática específica do Direito Penal prende-se com a determinação da lei aplicável em casos transfronteiriços - trata-se do problema jurídico conhecido, nos manuais clássicos, como a “aplicação da lei penal no espaço”. A aplicação da lei no espaço está consagrada do artigo 4.º a 7.º do Código Penal. A generalidade destas normas são de aplicação subsidiária. Só se aplicam na falta de convenção ou tratado internacional. Assim destas normas decorre para que factos tem – se competência para julgar.

No artigo 4.º do Código Penal, consagra-se o princípio da Territorialidade, isto é, sempre que à luz da lei penal portuguesa aquele facto for praticado dentro do território português, é o Estado português competente para julgar o tipo legal de crime.

Excepcionalmente, o Estado português pode julgar factos fora do próprio território.

Nos termos do disposto do artigo 7.º do Código Penal, encontra-se acolhido o critério ou princípio da obiquidade. O facto considera-se praticado tanto no lugar onde o agente actuou como no lugar onde ocorreu. Para que o facto se considere praticado em Portugal é suficiente que um dos três casos do artigo 7.º do Código Penal aconteça.

Há ainda na categoria dos crimes, os crimes formais e os crimes materiais. Ora nos crimes formais, o respectivo tipo legal descreve uma acção ou omissão e basta-se que haja a realização dessa acção ou omissão para que o agente possa ser punido.

Nos crimes materiais a provisão da norma e a interpretação da previsão da mesma não basta a realização do comportamento do agente, esse comportamento tem que ter um determinado efeito, ou seja, um resultado típico.

O artigo 131.º do Código penal descreve a realização do comportamento e exige que esse comportamento tenha um efeito. No artigo 292.º do Código Penal só descreve um comportamento.

Em suma, tem que se verificar o comportamento descrito na norma penal para que o tipo seja reconhecido.

Ora, passemos a ver de seguida o que dispõe os artigos 5.º e 6.º do Código Penal. O artigo 5.º delimita o âmbito da competência dos tribunais portugueses. Só faz sentido, ir ao artigo 5-º quanto se esteja perante factos totalmente praticados fora do território nacional.

Assim no artigo 5 n.º1 al a) está consagrado o princípio da protecção dos interesses nacionais. Na al b) o princípio da nacionalidade activa e passiva. Esta alínea visa evitar situações de fraude à lei penal portuguesa- por exemplo o Aborto.¹⁴⁰

Já a alínea e) consagra o princípio da nacionalidade activa ou passiva. Pressupõe cinco requisitos cumulativos. Esta alínea em concreto exige que o facto praticado pelo agente seja considerado como crime quer à luz da lei onde foi praticado, quer à luz da lei portuguesa. O que interessa é saber se o facto em concreto que foi praticado é

¹⁴⁰ Ver a este propósito, Martins, António Carvalho, O Aborto e o Problema Criminal, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pp. 45-50.

valorado da mesma maneira quer à luz da lei portuguesa, quer à luz do lugar onde foi praticado.

Nos termos do disposto do artigo 6.º do Código Penal no n.º1 só se pode julgar o agente, quando se trate de julgá-lo fora do território nacional, se ele ainda não tivesse sido julgado no local onde praticou o acto.

Nos termos do disposto no mesmo artigo, mas no n.º2, quando alguém está a ser a julgado em Portugal por um crime que cometeu lá fora, o agente pode ser julgado em Portugal mas o juiz tem que apurar se a pena se aplicaria ao agente se este fosse julgado à luz do local onde tenha praticado o facto.¹⁴¹

Se o juiz concluir que a pena estrangeira é mais favorável ao agente que a pena Portuguesa, o juiz aplicará a pena estrangeira.

O âmbito da aplicação deste n.º2 do artigo 6.º do Código Penal compreende as hipóteses em que estamos a julgar factos totalmente praticados fora de Portugal com duas excepções previstas no artigo 6.º n.º3 do Código Penal. Excede já o escopo da presente investigação o desenvolvimento deste ponto.

5.1. Excurso: Teoria Geral da Infracção Penal

No seguimento de umas notas introdutórias sobre a Teoria Geral do Direito Penal, seguem algumas notas breves sobre a Teoria Geral da Infracção Penal.

A Teoria Geral da Infracção ocupa-se dos pressupostos gerais da conduta punível: há diversos elementos que são comuns em todos os crimes, assim são categorias que compõem a definição geral de crime.

Os pressupostos do crime são a Acção, Tipicidade, Ilicitude, Culpabilidade e Punibilidade.

6.1.1 Conceito de Acção

Todo o facto punível pressupõe necessariamente a existência de uma acção humana.

¹⁴¹ Sobre os problemas jusinternacionais levantados pela aplicação dos princípios penais, ver Taipa de Carvalho, Américo, Direito Penal – Parte Geral, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2014, pp. 87 e ss.

Vejamos o entendimento da escola finalista, cujo expoente é Welzel¹⁴².

Para este Autor, a essência da acção humana consta no facto da pessoa humana obter um fim em processos causais naturais em direcção a fins mentalmente antecipados, escolhe assim para o efeito, os meios correspondentes, ou seja, toda a acção humana é uma supradeterminação final de processo causal.

Para este sistema considerado finalista, o dolo integra imediatamente a tipicidade. Na categoria dos crimes dolosos não há sequer ilícito típico se o agente não tiver actuado com dolo.

O dolo é o elemento subjectivo comum a todos os tipos legais de crime dolosos., ao qual podem posteriormente aparecer outros elementos subjectivos, específicos de alguns tipos legais¹⁴³.

Conclui-se que este sistema é actualmente considerado um falso ontologismo.

Do ponto de vista normativo é insusceptível de oferecer uma base que seja unitária a toda acção humana e que de facto é relevante para o direito penal.

Quanto ao sistema socialista, este sistema sustenta parte do sistema finalista. No conceito final da acção

“ se deve opor que deixa fora da acção negligente um dos mais relevantes elementos das posteriores determinações da tipicidade e da ilicitude”¹⁴⁴.

O conceito social deixará de fora a omissão o elemento que verdadeiramente poderá constituir a acção imposta ou a devidamente esperada¹⁴⁵.

Assim esta acção que é devidamente esperada tem que advir do elemento da tipicidade¹⁴⁶.

¹⁴² Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 254.

¹⁴³ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p. 255

¹⁴⁴ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p. 256.

¹⁴⁵ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p.256.

¹⁴⁶ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p.256.

Já para o sistema de acção pessoal, todo o facto punível pressupõe necessariamente a existência de uma acção humana. O que é fundamental é que quem adoptar o conceito pessoal de acção, como o autor Roxin, concebem, assim, a acção como uma verdadeira exteriorização da personalidade.

Ora a exteriorização da personalidade consiste na unidade de corpo e espírito¹⁴⁷.

Por conseguinte, conclui-se o seguinte: a acção é, exclusivamente para o direito penal, todo o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, com reflexos no mundo exterior.

O que acontece de facto, sem qualquer interferência da vontade, não são acções: o comportamento de animais ou actos de uma pessoa jurídica. Os simples pensamentos ou atitudes que estejam no inconsciente mas que não tem reflexos no mundo exterior.

Assim se uma pessoa tem um desejo intenso que outra pessoa aborte ou que esta tome medicação forte e tente abortar, mesmo que esteja a pensar não exterioriza em actos, ou seja não pratica nenhuma acção penalmente relevante. E, por fim, os movimentos reflexos, como actos em hipnose, sonambulismo, sobre os quais não incide qualquer domínio da vontade nem possibilidade dele, logo estes actos não são considerados relevantes no direito penal.

No conceito de acção compreende-se assim, tanto a acção em sentido restrito com o comportamento activo ou agir positivo. Como a omissão ou o comportamento omissivo.

É importante a definição de comportamento activo e omissivo.

Ora há um comportamento activo quando nesse comportamento é causador de perigo ou aumenta essa situação de perigo/risco.

E há um comportamento omissivo quando se traduz numa não diminuição da situação em risco.

¹⁴⁷ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. Pp 258.

No artigo 10.º do Código Penal, que contém como epígrafe a acção por comissão e por omissão, suscita algumas dúvidas, porque há a problemática da existência de uma posição de garante pela não produção do resultado, que permita equiparar a omissão à acção.

A doutrina indicava como fontes formais da posição de garante ou de especial dever jurídico de evitar o resultado, a lei o contrato e a ingerência¹⁴⁸.

A ingerência diz respeito ao comportamento anterior que cria ilicitamente o perigo de verificação do resultado típico. No entanto as fontes formais apresentavam deficiências.

Actualmente entende-se como decisivas as fontes materiais que estão subjacentes àquelas fontes formais.

Assim são as chamadas fontes materiais do dever de agir. Nesta perspectiva as posições de garante dizem respeito a uma estreita relação de proximidade com o bem jurídico. Dever de controlo de fontes de perigo que sobre o agente impenda.

Por conseguinte, a teoria material consubstancia-se no seguinte: a estreita proximidade, determina o dever de evitar os riscos para aquele bem jurídico, por razões de relação estreita entre agente e o bem jurídico, independentemente da fonte. Por exemplo as relações familiares estreitas¹⁴⁹. E também a assunção voluntária do dever de controlar os perigos para um determinado bem jurídico.

Ora, respeita também ao dever de controlar uma fonte de perigo, na medida em que o dever prévio que o agente tem de evitar os danos que possam resultar dessa fonte de perigo é independente do bem jurídico ou da relação extrema de proximidade. Abordase a ingerência, o domínio de uma fonte de perigo, e o dever de controlar a actuação de terceiros. Ou seja a responsabilidade de actos de terceiros¹⁵⁰.

O segundo elemento caracterizador da infracção penal é a tipicidade. Um segundo pressuposto essencial do crime.

¹⁴⁸ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p 933.

¹⁴⁹ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p. 939.

¹⁵⁰ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p.949.

Uma acção só é relevante jurídico-penal se efectivamente for típica.

Um comportamento afirma-se típico, se a conduta do agente corresponda a previsão objectiva e subjectiva de um tipo legal de crime, ou a alguma das extensões da tipicidade previstas na parte geral do código penal.

Assim será por exemplo, típico o comportamento daquele que dolosamente por qualquer meio pratica o aborto, por terceiro e sem o consentimento da mulher grávida.

Assim a exigência de tipicidade da acção é uma consequência do princípio segundo o qual não há crime nem pena sem lei¹⁵¹. Ninguém pode ser punido por um comportamento que no momento da sua prática não esteja tipificado na lei como crime. Artigo 29.º da CRP e artigo 1.º do Código Penal.

O tipo legal de crime é composto por elementos objectivos, que são os elementos descritivos, ou seja imeditamente apreensíveis pelos sentidos e/ou normativos, isto é que necessitam de recurso a uma norma jurídica ou social para serem compreendidos¹⁵².

A composição dos elementos subjectivos é composta por elementos do tipo legal de crime que consistem em factos interiores, psíquicos do agente.

6.1.2.A ACÇÃO TÍPICA E O ELEMENTO OBJECTIVO.¹⁵³

Após a descrição do autor, os tipos legais de crime descrevem a acção típica. Há crimes que apenas descrevem alguém que tem um determinado comportamento activo ou omissivo.

Existem outros tipos legais de crime que consubstanciam nos termos que a conduta está específica. Em sentido amplo é possível separar dois momentos: o comportamento do seu efeito.

Esse efeito do comportamento em que alguns casos o tipo para que esteja consumado em Direito Penal chama-se o resultado típico.

¹⁵¹ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p.180.

¹⁵² Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p 288.

¹⁵³ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p 322.

No resultado típico o tipo legal de crime faz depender a consumação. Quando se está num crime de resultado, e quando se obtem um resultado típico há sempre no meio um outro elemento: o nexu de imputação objectiva¹⁵⁴.

Imputação objectiva

A imputação objectiva do resultado à conduta do agente (elemento não escrito dos crimes de resultado, artigo 10.º n.º 1 do Código Penal), para determinação da qual existem vários critérios que não se excluem uns aos outros: antes podem e devem ser todos tidos em conta cumulativamente.

A imputação objectiva é baseada na teoria do risco, na qual um resultado deve ser objectivamente imputado à conduta do agente quando ele cria ou aumenta (ou não afasta ou diminui no caso de omissão) um risco proibido, que se concretiza no resultado típico¹⁵⁵.

De acordo com esta teoria não haverá imputação objectiva do resultado à conduta do agente quando este, com o seu comportamento, diminuiu o risco de produção de um resultado mais grave; criou ou aumentou um risco permitido; não criou nem aumentou o risco proibido que se concretizou no resultado; criou um risco que não ultrapassou o risco permitido; ou seja o chamado comportamento lícito alternativo.

O comportamento lícito alternativo, define-se nos casos em que o resultado com uma probabilidade da certeza se verificaria precisamente do mesmo modo e no mesmo momento se o agente tivesse tido o comportamento lícito, que deveria ter tido, em alternativa ao que teve.¹⁵⁶

Outro critério de imputação objectiva bastante utilizado é a chamada teoria da causalidade adequada, que aparece a florada no seu artigo 10, n.º1, do Código Penal, e segundo a qual a imputação objectiva do resultado à conduta do agente far-se-á

¹⁵⁴ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p 322 e 323.

¹⁵⁵ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. P.331.

¹⁵⁶ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p.342.

quando segundo um juízo de prognose póstuma fosse previsível para uma pessoa média colocada em circunstâncias concretas em que o agente actuou e com os conhecimentos concretos deste, que o resultado, como em concreto se produziu surgiria como uma consequência normal da conduta.

O n.º1, do mesmo artigo postula que o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo.

Conclui-se o seguinte: no caso em que se a resolução do problema pela teoria da causalidade adequada concluir pela verificação de imputação objectiva, mas se for resolvida pela teoria do risco, a solução poderia ser a contrária concluindo-se pela não existência de imputação objectiva. Se a teoria do risco nega a imputação objectiva quando esta era afirmada pela teoria da causalidade adequada a opção pela teoria do risco é uma opção que tem sempre um efeito mais favorável ao arguido e portanto não há problemas com o princípio da legalidade.

O elemento objectivo do crime de aborto é a agressão do bem jurídico que é a vida humana intra-uterina.

O objecto da acção é a realidade sobre que incide a acção típica o comportamento típico ou seja a vida intra-uterina.

Assim em função das combinações possíveis da relação entre os elementos acima referidos, acção, resultado, e bem jurídico há ainda outras classificações.

Ainda no quadro da tipicidade, importa aludir ao elemento subjectivo do tipo.

Ora o dolo ou a negligência em direito penal são elementos subjectivos do tipo, quando faltam nem sequer é típico. Portanto, não estamos sequer perante um ilícito criminal.

Nos termos do disposto do artigo 13.º do código penal se o facto não é doloso não é típico.

Assim o dolo é o conhecimento e a vontade de realização dos elementos objectivos de um tipo legal de crime.

Dolo é conhecer e querer realizar o facto descrito por um tipo legal de crime, no caso em apreço realizar o tipo legal do aborto.¹⁵⁷

O dolo comporta ainda o elemento intelectual e o elemento volitivo. O elemento intelectual diz respeito ao conhecimento dos elementos objectivos do tipo legal de crime (à representação do tipo de crime) e o elemento volitivo é a vontade de realizar o tipo objectivo. O dolo só poderá ser afirmado se verificarem cumulativamente os seus dois elementos. Para além de ter que se verificar no momento da acção e ter que ser actual.

No que respeita à ilicitude, em princípio uma conduta típica é também ilícita. Ou seja contraria à ordem jurídica. Só deixará de ser assim se o comportamento se enquadrar nalguma causa de exclusão de ilicitude.

i) Causas de exclusão da ilicitude

As causas de justificação não são apenas aquelas que se encontram previstas no CP. Estão enumeradas no artigo 31 n.º2 do CP. Elas podem provir de qualquer ramo da ordem jurídica, como resulta do artigo 31 n.º1 do CP, onde se entende estar consagrado o princípio da unidade da ordem jurídica.

Além disso com base na ideia de ilicitude material, que assenta na lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos e na gravidade da lesão, é possível encontrar causas de justificação supra-legais por recurso à analogia.

As causas de justificação da ilicitude que são relevantes são as seguintes: encontramos-las na parte geral do CP, a legítima defesa, consagrada no artigo 32.º o direito de necessidade, consagrado no artigo 34.º, o conflito de deveres artigo 36.º e consentimento do ofendido 38.º do código penal.

Encontra-se também excepcionalmente causas de exclusão da ilicitude ou de justificação na parte especial do código penal referidos nos tipos legais de crime em particular, por exemplo no crime de aborto, é uma causa de exclusão da ilicitude típica.

¹⁵⁷ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. P. 270,271.

Também as causas de justificação contêm os elementos objectivos que se consubstanciam nas circunstâncias de carácter objectivo, que legitimam o comportamento do agente e os elementos subjectivos que consistem pelo menos no conhecimento da situação justificante no conhecimento.

As causas de justificação só podem funcionar como tal, isto é, excluir a ilicitude, caso se verifiquem cumulativamente os seus elementos objectivos e subjectivos.

A verificação destes mesmos elementos objectivos compensa ou anula o desvalor do resultado, enquanto que a presença do elemento subjectivo da causa de justificação compensa, ou anula, o desvalor da acção.

6.2 AS EMOÇÕES E O CRIME

O aborto faz reflectir até que ponto merecem consideração jurídica as emoções de uma mulher que pretende abortar. A forma tradicional de visualizar o problema decorre da influência cartesiana, enfatizando-se a dualidade entre a mente e o corpo.

“Ainda hoje, a nossa forma de ver o mundo é muito influenciada pela filosofia cartesiana, a qual redesenhou os limites entre a mente e o corpo, propondo um dualismo rígido entre estas duas entidades”¹⁵⁸.

O postulado fundamental das teses cartesianas assenta no princípio de que a existência do ser humano se identifica com o pensamento e, deste modo, do qual o corpo naturalmente não faz parte e fica conseqüentemente desconsiderado.

“Nesta linha Descartes vem afirmar que, considerando que o fundamento da Crença na minha própria existência consiste no facto de pensar (veja *muito claramente que para pensar, é preciso existir*) então, eu sou uma substância cuja total essência é pensar. Ao invés, o ser corpo não faz parte da minha essência”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Neves, João Curado, Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal, Almedina. Pp. 30.

¹⁵⁹ Neves, João Curado, Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal, Almedina. Pp. 231.

A vida e o pensamento, penso, logo é existente o fenómeno da vida. As pessoas pensam de acordo com aquilo que adquirem não só na família, como na educação e socialmente. O pensamento pode trazer consequências graves se a coerência de pensamento é inexistente.

É logico pensar na temática da Criação de uma lei internacional, reflectindo a crença que possa existir acerca de todos os actos humanos. É da percepção pura do risco que emerge a provocação de consequências psicológicas para o agente que é susceptível de gerar um caos interior intenso. Este conflito (interior) pode assumir proporções e consequências mais graves se não se tomar medidas mais rápidas e progressivas.

Toda a ponderação deverá ter como base a racionalidade.

“A este propósito, Paul Slovic aceita que, ao nível da percepção de risco, as reacções emotivas a estímulos externos, frequentemente, constituem a primeira reacção do individuo a qual ocorre de forma automática e que, de seguida orienta o processamento subsequente da informação. As reacções afectivas funcionariam assim como mecanismos de orientação, que não ajudariam a navegar de forma rápida e eficiente, através de um mundo complexo, incerto e perigoso”¹⁶⁰.

As emoções e o dolo são dogmaticamente compatíveis, parecendo idênticos.

O Dolo é a intenção livre e consciente de praticar uma conduta com o objectivo de atingir um resultado que é proibido por lei. No direito penal existem o elemento objectivo do tipo e o elemento subjectivo. O dolo e a negligência fazem parte do tipo elemento subjectivo.

O dolo ainda implica a distinção seguinte: o elemento intelectual ou cognitivo e o elemento intencional, o qual se manifesta por ter uma intenção de praticar o acto.

“ Dolo – é a vontade livre e consciente de praticar uma determinada conduta, com o fim de atingir certo resultado, conduta e resultados proibidos por lei. É o elemento subjectivo geral do tipo de crime que consiste no conhecimento de elementos objectivos essenciais desse tipo (elemento intelectual ou cognoscitivo, representação) e na vontade de praticar um certo acto ou nos

¹⁶⁰ Neves, João Curado, Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal, Almedina. Pp. 242.

crimes materiais de atingir um certo resultado (elemento volitivo, intenção): o agente sabe e quer.¹⁶¹

“ Antes de se avançar na análise eventual relevância das emoções para efeitos de realização do juízo de imputação dolosa é necessário deixar desde já sublinhado que , numa primeira análise, não parece que a caracterização genérica da imputação dolosa, apresentando alguns traços de identidade e convergência¹⁶²”.

As emoções são um tipo de juízo, um conjunto de faculdades cognitivas. Caracterizam sempre um objecto.

“Veja-se, por exemplo a concepção defendida por Martha Nussbaum, segundo a qual as emoções são qualificadas como um tipo de juízo que, reunindo certas características (adiantes analisadas), constituem o produto de faculdade cognitivas. Para a autora, por um lado, as emoções são juízos que têm sempre um objecto. Ou seja, trata-se sempre de um juízo sobre qualquer coisa. A Autora apresenta o exemplo da sua mágoa que, no caso em concreto teria como objecto a sua própria mãe (a autora coloca-se no dia em que soube que a mãe tinha falecido).

À emoção inere um também juízo intencional, o qual é interpretado pela pessoa e pela ideia de um valor. Este juízo reveste uma importância extrema.

“Por fim, tais juízos estão também relacionados com uma ideia de valor, na medida em que consideram o seu objecto como algo investido de valor e importância. O objecto da emoção é visto como importante devido a algum papel que o mesmo desempenha na vida da própria pessoa¹⁶³”.

A emoção penalmente relevante é de aferição casuística, sendo o seu crivo de avaliação a culpa do agente. A sua prova constitui uma das questões mais complexas do direito penal.

¹⁶¹ Eiras Henriques, Guilhermina Fortes, Dicionário de Direito Penal e Processo Penal, Quid Juris, 3ª edição revista, actualizada e aumentada, Lisboa, 2010.

¹⁶² Neves, João Curado, Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal, Almedina. p. 228.

¹⁶³ Neves, João Curado, Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal, Almedina. p. 229.

7. SOBRE O ABORTO

Vive-se numa realidade um pouco fechada, a nível mundial divergindo, de cultura para cultura, variando a definição, consoante os países em questão.

Uma realidade que vai evoluindo, não tão rapidamente como as novas tecnologias, mas irá deixar de ser uma problemática tão intensa. E mantém-se a esperança de se ¹⁶⁴ aplicar o que melhor protegerá a mulher mãe, e o seu filho.

O Aborto tem diversas definições. É importante que seja na sua globalidade, tratado equitativamente, na nossa sociedade, e que sejam fenómenos positivos e vantajosos para o bem comum da sociedade. Percebe-se porque será um fenómeno complexo.

Na verdade é um tema delicado, vulnerável e sensível. Juridicamente tem que se ter uma sensibilidade *sui generis* para a questão. Quais os limites do direito ao corpo de uma mulher? A mulher não é tratada de igual forma, no mundo inteiro. Evidentemente que muitas, em díspares países, são subjugadas a critérios bárbaros e que se mostra de facto, que a consciência humana consegue ter a realidade mais cruel, nas suas mentes.

Muitas nem são proprietárias do seu próprio corpo. Estas são preceituadas, como objetos. E a própria consciência nem lhes manifesta ou permite que expressem a sua oposição ao tratamento subhumano que lhes é imposto. “(...) É de maior delicadeza, por um lado, pelas más consequências que o problema acarreta, àquelas mulheres que o usam como método de planeamento único e sistemático.”¹⁶⁵

É assustador o pensamento de uma situação destas no passado. É evidente que o ano remonta a dados dos anos 80, mas as mulheres ficaram, com probabilidade, com sequelas graves no corpo. Possivelmente o sentimento é de repugnância, impressão, e de dependência de antidepressivos. Não se pense que o direito também não tem sensibilidade (tem claramente), mas deverá haver uma preocupação mais cuidada: “Sem esquecer as condições em que os faziam sobretudo os agentes ativos: parteiras curiosas, amigas, que lhes deixavam os próprios fetos no útero de tal modo que a

¹⁶⁴ Dias, Figueiredo, Direito Penal, parte geral Tomo I, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007. p.938.

¹⁶⁵ Barros, Pinto José, Magistrado do Ministério Público, Planeamento Familiar, Aborto e o Direito, Coimbra Editora, 1982 p. 57.

umas ou lhes caía o feto ao acaso ao chão ou tinham que ir para o hospital com as inerentes consequências: Hemorragias, perfurações do útero, etc”¹⁶⁶.

Como se consegue entender, estas eram as consequências físicas para a mulher, pelo menos as mais frequentes.

“O impacto social envolvido, principalmente com a religião, a ideia do pecado. Todas pensavam que estavam constantemente a pecar para com Deus. “Por outro lado de maior impacto social (...) Religião dizem incomodar-se mais com este aspeto do problema social que com o outro de haver famílias, com 8, 9... (...) em que apenas 2 ou 3 são aparentemente normais, pois os restantes têm ou perturbações mentais ou deficiências físicas (...) referem-se os números mais recentes”¹⁶⁷.

“O Aborto numa perspetiva ampla consiste no seguinte: “ é a planificação familiar, e esta por sua vez na planificação social, de um país, que por sua vez, se conjuga numa, perspetiva mundial onde se procura uma maior liberdade, igualdade, felicidade”¹⁶⁸.

Numa perspetiva social o aborto, na sociedade em que se vive, ainda há a discriminação da mulher em diversos aspetos. Na profissão, cultura, educação sexual, ou pela característica mais interior que poderá ter. Todas as mulheres são diferentes.

A mentalidade da mulher evoluiu bastante em diversas áreas, destacam-se em áreas do Direito, e Política. “A problemática do aborto insere-se na posição da mulher na sociedade, na característica desta: aberta, fechada, culta, ignorante, etc., na posição predominante do homem, aliada com outros aspetos estruturais, designadamente a mentalidade, resultado de interação, dos dois elementos referidos, além de outros”¹⁶⁹.

Apesar do supra acima mencionado ter-se-á abordado o contexto histórico, é importante relembrar que o aborto, não era punido, se fosse obtido pelos cônjuges ou mulher, mas se eventualmente fosse causado por terceiros, mas sem o consentimento

¹⁶⁶ *Idem*, p. 57.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 58.

¹⁶⁸ *Idem*, pp. 54 e 55.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 58.

destes, ou contra a sua própria vontade para ato, assim já era punido. A pena era o resultado de ofensas corporais voluntárias.¹⁷⁰

Recordamos que “Antes do Cristianismo, com pequenas exceções, podemos dizer que o aborto não era punido, e onde tal acontecia havia sempre uma dicotomia: aborto consentido, cometido pelos cônjuges ou pela mulher; ou ocasionado por terceiros contra a vontade dos cônjuges ou da mulher, era punido e normalmente por via indireta: em resultado de ofensas corporais voluntárias.¹⁷¹”

Para a concepção dominante na religião cristã, DEUS é o único, que pode consentir quanto à realização de práticas abortivas. Demonstravam pensamentos religiosos bastante possessivos. “ (...) Pois é transcendentalidade para tal: Deus é o único detentor da vida dos Cristãos só ele a dá só ele a pode tirar”¹⁷².

Atualmente encontra-se, uma diferenciação acentuada entre diversos países desenvolvidos e os subdesenvolvidos.

Os desenvolvidos, na sua génese, têm um avanço económico, social e político, titulares de um serviço de saúde pública e com um planeamento familiar, no qual o aborto é estudado e, quando permitido, a sua prática é devidamente acompanhada. Ao contrário dos países desenvolvidos, os subdesenvolvidos, não são tão organizados, estes são mais fechados nesta questão, para além, de não terem um planeamento familiar. “Hoje encontramos uma dicotomia entre os países. Os desenvolvidos de uma maneira geral admitem o aborto e têm desenvolvido e incrementado com integração no serviço de saúde pública o planeamento familiar no qual inserem com total ou parcial abertura o aborto. Os subdesenvolvidos, ou em vias de desenvolvimento, uma vez que não há rigor nos termos, consideram-se geralmente equivalentes, não admitem o aborto, e também não têm um planeamento familiar(..)”¹⁷³

¹⁷⁰ Costa Andrade, Manuel, O Aborto como problema de política criminal, Revista da Ordem dos Advogados, 1981, p. 300.

¹⁷¹ *Idem*, p.58.

¹⁷² *Idem*, p. 59.

¹⁷³ Barros, Pinto, p. 60.

7.1. HÁ VÁRIAS NOÇÕES DE ABORTO. A NOÇÃO JURÍDICA E A NOÇÃO MÉDICA.

A noção jurídica de aborto: o aborto no código penal correspondente ao (artigo: 140º) do Código Penal este não tem uma definição.

No Código Penal, atendendo à sua estrutura, o crime de aborto encontra-se no Livro II, da parte especial: é um crime contra as pessoas, nomeadamente um crime contra a vida intrauterina.

“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 dois a oito anos.

2- Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão até três 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 três anos”¹⁷⁴.

A noção médica do aborto: entende, a maioria dos autores, que consiste na interrupção da gravidez, haja ou não, expulsão do feto. “ Quanto à noção médica de aborto, apreende a generalidade dos autores, e que consiste: “na interrupção da gravidez, haja ou não expulsão do feto. Referem ainda os médicos – legistas a lacuna da lei penal numa não formulação de aborto”¹⁷⁵.

7.2. TIPOS DE ABORTO

Há diversos conceitos de Aborto. O Aborto criminoso, terapêutico, eugénico, sentimental, por insuficiência económica e o honoris causa. “ Tipos de aborto. São vários os tipos de aborto que se conhecem: criminoso, terapêutico, eugénico, aborto sentimental, aborto por motivos económicos, aborto «honoris causa», etc”¹⁷⁶.

É importante perceber os diversos tipos de aborto, para que se possa compreender, as causas do comportamento, das pessoas e as razões que levam as mulheres a recorrer a estas práticas.

¹⁷⁴ Código Penal.

¹⁷⁵ Barros, Pinto, p.64 e Prof Carlos Lopes, Aborto criminoso, conceitos definições e alguns casos,p. 6 e ssgs.

¹⁷⁶ Barros, Pinto, p. 64.

Começa-se por Aborto Terapêutico: Há uma conclusão deliberada da gestação. É efetuada por indicação médica ou seja provocado. A mulher faz uma interrupção momentânea, o meio é o ato cirúrgico, para que se assegure que a vida da mulher não corre riscos. São utilizados determinados fármacos, ablação de quisto na gravidez ectópica, histerectomia em grávida com cancro uterino. Os primeiros sintomas do início da gestação são: a sensibilidade das mamas, a dilatação das mamas, a descoloração das auréolas das mamas, náuseas, desmaio leve ou tontura e por fim ausência de períodos menstruais.¹⁷⁷

Qual o exame mais indicado: é efetuado um exame ginecológico para que se possa confirmar a gestação, e posteriormente um cálculo aproximado das semanas de gestação. Um exame de HCG sérico (um exame de sangue) também pode ser realizado para confirmar a gestação¹⁷⁸.

Quando são realizados este tipo de abortos: entre a 8ª e a 12ª, semanas de gestação.

Qual o procedimento a adoptar: O procedimento “utilizado consiste na dilatação do colo uterino e na remoção do conteúdo do útero, por meio, de uma raspagem e por uma sucção feita nas paredes internas do útero”¹⁷⁹

Quais as complicações mais frequentes: “A perda excessiva de sangue e/ou as infeções. Essas complicações são raras, quando o procedimento é realizado, de forma legal, por um médico competente, em instalações adequadas. As adolescentes podem não ter conhecimento da sua gestação até o segundo trimestre, e podem aumentar o risco de vida se fizerem aborto no segundo trimestre de gestação”¹⁸⁰.

E o Aborto Criminoso, como se caracteriza? Este distingue-se quando se verifica o dolo por parte do agente na cessação da gestação. O agente – maxime, a mulher - tem todas as intenções de provocar o aborto. “Partindo da ideia que abortar, significa a interrupção da gestação, com expulsão do feto, entender-se-ia por aborto criminoso a interrupção dolosa da gestação, isto é, intencional, provocada sem qualquer necessidade terapêutica”¹⁸¹.

¹⁷⁷ http://www.farmaciasaude.pt/site/index.php?option=com_content&view=article&id=73:aborto-terapeutico&catid=53:sintomasdoenca&Itemid=280 dia 3 de Junho de 2014, às 12h40.

¹⁷⁸ *Idem*, dia 3 de Junho de 2014, às 12h41.

¹⁷⁹ *Idem*, dia 3 de Junho de 2014, às 12h43.

¹⁸⁰ *Idem*, dia 3 de Junho de 2014, às 12h46.

¹⁸¹ Barros, Pinto José, Magistrado do Ministério Público, Planeamento Familiar, Aborto e o Direito, Coimbra Editora, Limitada, 1982, pp 65.

Como caracterizar, finalmente, o aborto eugénico? No Relatório-Parecer 19/CNECV/97, sobre os projetos de lei relativos à interrupção voluntária da gravidez supra mencionado, se afirma que o aborto eugénico, para além de trazer diversas incertezas de carácter ético, suscita um conflito entre a sociedade e o feto. Este poderá vir a apresentar uma grave malformação grave, ou doença genética, que poderá pôr em causa todo o discernimento comum. Se apresentar este historial clínico, vai redundar num esforço emocional, para a mãe e para a futura pessoa e para a própria sociedade¹⁸². O objetivo é “evitar o nascimento de seres portadores de graves defeitos físicos ou psíquicos”¹⁸³.

Passemos, nas próximas linhas, a analisar o designado aborto sentimental.

Este identifica-se com a permissão de a mulher que tenha sido violada e que engravidou, na sequência dessa violação, interromper a gravidez. “Será de permitir o aborto em mulher que engravidou em consequência de violação ou incesto (relações sexuais contra a sua vontade)?”¹⁸⁴.

É ridículo este tipo de situações serem cada vez mais evidentes, no nosso país. Há homens sem sentimentos que obrigam as mulheres a fazerem o que não pretendem simplesmente porque lhes apetece abusar de um ser humano mais frágil. Não é preciso muito para se perceber na face de uma mulher o quanto esta não quer aquele filho, por simplesmente fazer lembrar o agressor.

Veja-se esta situação extrema que pode impressionar qualquer cidadão ou cidadã, no qual uma mulher foi abusada sexualmente pelo próprio pai. Engravidou do seu pai. Esta mulher poderia ter feito um aborto ao abrigo da lei se estivesse dentro das semanas permitidas no art.º 142º, do código penal, interrupção da gravidez não punível al d) “A gravidez tenha resultado de crime contra autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas. Mas esta mulher como não tinha outro tipo de provas, e como era constantemente molestada, cansou-se e pensou que ter esta filha era benéfico para um meio de prova futuro. Pergunta-se porque assim foi: porque esta mãe só conseguiu provar que o pai a molestava, violava agressivamente, se esta criança nascesse e fizesse os testes de ADN para poder provar que realmente aconteceu aquela situação. É uma situação pavorosa e assustadora. A criança,

¹⁸² Relatório parecer 19 CNECV 97 Projectos de lei relativos á interrupção voluntária da gravidez. Apreciação ética, p. 7.

¹⁸³ Barros, Pinto José, Magistrado do Ministério Público, Planeamento Familiar, Aborto e o Direito, Coimbra Editora, Limitada, 1982, p. 65.

¹⁸⁴ Barros, Pinto José, Magistrado do Ministério Público, Planeamento Familiar, Aborto e o Direito, Coimbra Editora, Limitada, 1982, p. 66.

futuramente, um dia como irá enfrentar esta situação? Assim observa-se o que uma mulher sofrida pode fazer para poder vingar-se de quem a tratou agressivamente durante anos¹⁸⁵.

Há ainda que referir o designado “Aborto por motivos económicos”. Na atualidade é o motivo que ocorre mais frequentemente, na realidade, as pessoas sofrem dificuldades financeiras. A classe média pensa primeiramente se quer ou não um filho, planeia as suas condições, para garantir um bom futuro. Na nossa sociedade actual deixou de existir classe média. Ou existe os “económicos poderosos”, e estes podem ter os filhos sem preocupações. E existe a classe minoritária, ora, estes acabam os cursos, levam anos a encontrar um trabalho, porque empregos, inevitavelmente, já não existem, e infelizmente a taxa de natalidade tem vindo a diminuir de ano para ano, assim, as pessoas deixam de poder ter filhos.¹⁸⁶

Entre os fatores que levam à prática do aborto contam-se: o desejo de possuir uma boa posição social económica, para o filho ou filhos existentes, e a impossibilidade dos pais, por estarem ambos a trabalhar, prestarem a necessária subsistência ao futuro decadente¹⁸⁷.

Há Autores que defendem este tipo de aborto há outras que não.

“J. Alcides de Almeida é contra este aborto «salvo os casos de forte angústia económica», como seriam os de a grávida ter filhos pequenos, e necessitar de trabalhar para os alimentar: a gravidez, o parto, os cuidados médicos (...). A impunidade resultará da verificação de uma causa de exclusão de culpa: o medo de o futuro filho vir causar fortes privações, aos filhos, já havidos e à própria mãe¹⁸⁸”.

A opinião de Jiménez de Asúa:

“opina que deve ser dado o aos juízes não só para atenuarem as penas no caso de aborto praticado por indicações sociais e económicas, mas ainda para absolverem,

¹⁸⁵ <http://www.tvi.iol.pt/videos/13841567>, Caso da “Maria” nome Fictício.

¹⁸⁶ Não por acaso, em Portugal, este tipo de aborto começa a ser o mais frequente. A Exma. Sra. Dra. Sandra afirmou, que no seu consultório, a maioria dos abortos são pela insuficiência económica. “ Entre os fatores que levam à prática do aborto contam-se: o desejo de possuir uma boa posição social económica, para o filho ou filhos existentes, e a impossibilidade dos pais, por estarem ambos a trabalhar, prestarem a necessária subsistência ao futuro decadente”.

¹⁸⁷ Barros, Pinto José, Magistrado do Ministério Público, Planeamento Familiar, Aborto e o Direito, Coimbra Editora, Limitada, 1982, p. 67.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 67.

quando se comprove que não se podia exigir uma conduta conforme o direito. O facto seria, neste último caso, justificado pela não exigibilidade de outra conduta. ”¹⁸⁹

Este autor defende que os juízes deveriam decidir acerca do aborto sentimental ser ou não feito pela mulher.

Atualmente, o aborto não é sancionado criminalmente se a interrupção não exceder as 10 semanas de gravidez, feita por opção da mulher. É o que resulta do Artigo 142º do Código Penal -, epígrafe interrupção da gravidez não punível, - a mulher pode abortar desde que feita, com legalidade, e segurança e não ilicitamente.

O Aborto «Honoris Causa» encontrava-se previsto no seu artigo 258º S3 do código penal de 1852, “estabeleceu a pena de prisão maior temporária, com trabalho para o aborto cometido sem consentimento da mulher; a de prisão maior temporária para o aborto cometido com consentimento da mulher; e a de prisão correccional para o aborto cometido para ocultar a desonra da mulher. O Código Penal de 1886, no mesmo artigo 358º, fixou, para o primeiro caso, a pena de prisão maior celular de dois a oito anos, e, para o segundo, a de prisão de dois a oito anos de prisão maior celular ou, em alternativa, a de prisão maior temporária; para o terceiro caso, manteve a pena de prisão correccional”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ *Idem*, p.68.

¹⁹⁰ <http://aborto.aaldeia.net/a-reprovacao-legal-do-aborto/> dia 3 de Junho de 2014, 15h51.(Mendonça Correia, advogado e canonista).

8.0. REGIME JURÍDICO DO ABORTO

A criminalização do Aborto continua a provocar controvérsia profunda no seio da doutrina.

A questão do início da vida humana suscita uma reflexão filosófica. A dogmática e a política criminal não podem prescindir desta questão. A inviolabilidade da vida humana está consagrada no artigo 24.º da CRP.

“Impõe-se que comece por abordar a questão do início da vida humana e da natureza pré-natal. A abordagem há de situar-se no plano da reflexão filosófica. O jurista não pode esquivar-se a ela. Importa apurar o alcance do princípio constitucional da inviolabilidade da vida humana (artigo 24.º n.º1 da Constituição Portuguesa).”¹⁹¹

A vida humana começa com a concepção. A partir deste momento ganha existência um ser único e irrepitível e que, apesar de ter ligação com os pais, é autónomo face a estes, representando um “outro”.

“A vida humana começa na concepção, a partir do qual se forma um património genético que define um ser único e irrepitível, distinto do pai e da mãe. A partir da concepção inicia-se um processo evolutivo sem soluções de continuidade.”¹⁹²

O tribunal constitucional pronunciou-se nos acórdãos n.ºs 25/84, 85/85 e 288/98 acerca da inclusão da vida intra-uterina no conceito constitucional de vida humana.

A vida humana tem duas sedes linguísticas: a linguagem vulgar e a linguagem científica. A linguagem científica é própria das ciências experimentais e atende aos contributos de tecnologias que são cada vez mais avançadas, designadamente, na medicina.

A evolução do conceito de vida humana intra-uterina, que se mantém incólume no plano religioso e depende de variáveis culturas diversificadas, é essencialmente visível na ciência, nos domínios da genética, da embriologia e da fetologia.

¹⁹¹ Patto, Pedro Maria, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, o sentido da criminalização da aborto. Coimbra Editora, Janeiro – Março 2005 10.

¹⁹² Patto, Pedro Maria, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, o sentido da criminalização do aborto. Coimbra Editora, Janeiro – Março 2005 pp. 11.

“O tribunal Constitucional, nos seus acórdãos n.ºs 25/84, 85/85 e 288/98, deixou claro que a vida intra-uterina está abrangida pelo preceito constitucional em questão. No primeiro desses acórdãos afirma-se a esse respeito: a expressão vida humana está aí na linguagem vulgar e na linguagem científica (ciências que se baseiam na observação dos sentidos, com ou sem recurso aos instrumentos mais sofisticados do que dispõe a ciência e a medicina). Está aí, digamos, na natureza das coisas apreensíveis pelos sentidos e pela intuição sensível”¹⁹³.

O acórdão 85/85 entende que a vida intra-uterina no que respeita à Constituição protege o bem jurídico da vida humana.

Sempre a vida intra-uterina cederá face à vida completa.

“Afirma-se no já referido acórdão do Tribunal Constitucional n.º85/85, entende-se 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 às pessoas, podendo portanto aquele ter que ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos”¹⁹⁴.

O que realmente merece total protecção jurídica é a vida humana e não a vida intra-uterina, embora a vida intra-uterina não seja irrelevante na Constituição, segundo o entendimento do artigo 24.º N.º1 da Constituição da República Portuguesa.

“ (...) a vida intra-uterina não é constitucionalmente irrelevante ou indiferente, sendo antes um bem constitucionalmente protegido, compartilhado da protecção conferida em geral à vida humana, enquanto bem constitucionalmente objectivo (Constituição artigo 24.º n.º1). Todavia só as as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais – pois não há direitos fundamentais sem sujeito – pelo que o regime constitucional de protecção do

¹⁹³ Patto, Pedro Maria, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, o sentido da criminalização do aborto.Coimbra Editora, Janeiro – Março 2005 pp. 14 e 15.

¹⁹⁴ Patto, Pedro Maria, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, o sentido da criminalização do aborto.Coimbra Editora, Janeiro – Março 2005 p. 16.

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”¹⁹⁵.

O feto, posto que ainda não é uma pessoa, não pode ser detentor de direitos fundamentais.

Os conflitos que sucedem nos direitos fundamentais dizem respeito aos direitos da mulher, à vida, à saúde, ao bom nome e reputação, à dignidade, à maternidade consciente.

“(…) 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 conceder em caso de conflito, não apenas com outros valores 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.”¹⁹⁶

O acórdão 288/98 concebe a vida pré natal também como integrada no âmbito de protecção do art. 24.º da Constituição da Republica Portuguesa.

A protecção da vida humana (bem jurídico) é distinta da protecção do direito à vida enquanto direito fundamental.

A protecção da vida intra-uterina não é idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, a saber, desde fase de zigoto até ao nascimento.

Quando se pronuncia acerca da protecção da vida intra-uterina, o Tribunal considera que as molduras penais para os atentados contra a mesma se podem considerar exagerados.

“É seguro, porém, que: a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à

¹⁹⁵ Patto, Pedro Maria, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, o sentido da criminalização do aborto.Coimbra Editora, Janeiro – Março 2005 p. 16.

¹⁹⁶ Patto, Pedro Maria, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, o sentido da criminalização do aborto.Coimbra Editora, Janeiro – Março 2005 p. 17

vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g vida, saúde, dignidade, liberdade da mulher, direito dos progenitores a uma paternidade ou maternidade consciente; b) a protecção da vida intra-uterina não tem de ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde o zigoto até ao nascimento; c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate da protecção da vida intra-uterina”¹⁹⁷.

Outros acórdãos debruçam-se igualmente sobre a vida intra-uterina, nomeadamente, o acórdão n.º 85-085-P, processo n.º 84-0095 :

“Não declara a inconstitucionalidade dos artigos 140 e 141 do Código Penal, na redacção que lhes foi dada pelo artigo 1 da Lei n. 6/84, de 11 de Maio, bem como dos artigos 2 e 3 desta mesma Lei, que excluem a ilicitude em certos casos de interrupção voluntária da gravidez”.

É protegida a vida intra-uterina, e sendo também uma protecção objectiva da vida humana.

“II - A vida intra-uterina é um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da protecção conferida em geral a vida humana enquanto bem constitucional objectivo”-in acórdão.

A vida da pessoa humana, ou seja as pessoas titulares de direitos fundamentais, não é igual para a vida intra-uterina.

“III - So as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais, pelo que o regime constitucional de protecção especial do direito a vida, como um dos "direitos, liberdades e garantias pessoais", não vale directamente e de pleno para a vida intra-uterina” in acórdão.

A postergação da vida intra-uterina, ou, por outras palavras, a sua cedência no caso de conflito entre esta vida e a vida da mulher é constitucionalmente admissível.

¹⁹⁷ Patto, Pedro Maria, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, o sentido da criminalização do aborto. Coimbra Editora, Janeiro – Março 2005 pp. 17

“IV - E, então, constitucionalmente admissível que a vida pre-natal tenha de ceder, em caso de conflito, não apenas com outros valores ou bens constitucionais, mas sobretudo com certos direitos fundamentais, tais como os direitos da mulher a vida, a saúde, ao bom nome e reputação, a dignidade, a maternidade consciente” . in acórdão.

O tribunal sustenta a não penalização do aborto em situações de conflito entre a garantia da vida intra-uterina e os direitos fundamentais da mulher.

“V - Os casos previstos nos preceitos impugnados configuram situações típicas de conflito entre a garantia da vida intra-uterina e certos direitos fundamentais da mulher e outros valores ou interesses constitucionalmente protegidos, e 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 constitucionais legítimos da mulher”¹⁹⁸.

O Regime do Aborto já sofreu bastantes alterações. No Código Penal é interessante rever este (Decreto de 10 de Dezembro de 1852), este está dividido, curiosamente em secções.

“Na secção 3, o artigo 358º:

Aquella que de propósito fizer abortar uma mulher pejada, empregando para este fim violências ou bebidas ou medicamentos, ou qualquer outro meio, se o crime fôr cometido sem consentimento da mulher será condenado na pena de prisão maior temporária com trabalho.

Se for cometido o crime com o consentimento da mulher, este seria punido com a prisão temporária mais prolongada.

Será punido com a mesma pena a mulher que consentir, e fizer uso dos meios subministrados, ou que voluntariamente procurar o aborto a si mesma, efectivando-o. O médico, ou cirurgião, ou farmacêutico, que, abusando da sua profissão, tiver voluntariamente concorrido para a execução deste crime, indicando, ou

¹⁹⁸Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85-085-P, relator vital Moreira.

subministrando os meios, incorrerá respectivamente nas penas, agravadas segundo as regras gerais”¹⁹⁹.

No código Penal atual o aborto é um crime contra a vida uterina. No seu artigo 140º do CP:

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”.

Este tipo legal de crime deveu-se a diversas modificações. Na parte primitiva deste código, consagravam-se três normas com soluções dissemelhantes, correspondentes ao artigo 139º, análogo ao atual nº1 o artigo 140º, moldando, ao atual nº 2, e nº 3, acrescentando, somente a ocultação da desonra, e o artigo 141º correspondendo ao actual 141º.²⁰⁰

No ano de 1984, pela Lei 6/84, de 11 de Maio, foram aprovadas as causas de exclusão de ilicitude do aborto: eram reguladas em três artigos e foi posteriormente condenado somente num só artigo 139º apenas com 6 números²⁰¹.

No acórdão do Tribunal Constitucional, em sede de Fiscalização da Constitucionalidade, afirma que não declara, de todo a inconstitucionalidade dos artigos 140º e 141º e artigos 2 e 3 da lei dada pela redação acima descrita. Esses números 2 e 3 excluem a ilicitude em diversos casos da interrupção voluntária da gravidez.

Importa deter a nossa atenção no referido Acórdão do muito douto Tribunal Constitucional.

¹⁹⁹ No Código Penal, (Decreto de 10 de Dezembro de 1852).

²⁰⁰ Dias, Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código penal, Parte Especial Tomo I, art 131º a 201º, 2ª edição Maio 2012 p. 221.

²⁰¹ *Idem*, p. 221.

A decisão do Acórdão foi a seguinte: “Não declara a inconstitucionalidade dos artigos 140º e 141º do Código Penal, na redação que lhes foi dada pelo artigo 1º da Lei n. 6/84, de 11 de Maio, bem como dos artigos 2º, e 3º, desta mesma Lei, que excluem a ilicitude em certos casos de interrupção voluntária da gravidez”²⁰².

São evidentes as razões para pronúncia pelo Tribunal Constitucional no sentido favorável à constitucionalidade da norma, a qual poderia postergar o direito à proteção da vida intra-uterina imposta pela Lei Fundamental, quer na sua dimensão objectiva, quer na sua dimensão subjectiva

Contudo, o órgão responsável máximo pela Justiça Consttucional considerou, aplicando a doutrina já exposta defendida por Gomes Canotilho e Vital Moreira, que a protecção do direito à vida – da vida humana – e protecção da vida pré-natal são realidades diferentes: “A vida intrauterina é um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da protecção conferida em geral a vida humana enquanto bem constitucional objetivo”²⁰³.

O direito à vida é um direito pessoal e não uma tutela constitucional (ou civil) da vida intrauterina:

“ Só as pessoas, podem ser titulares de direitos fundamentais, pelo que o regime constitucional, de protecção especial do direito à vida, como um dos "direitos, liberdades e garantias pessoais", não vale diretamente e de pleno para a vida intrauterina”²⁰⁴.

“E, então, constitucionalmente admissível que a vida pré-natal tenha de ceder, em caso de conflito, não apenas com outros valores, ou bens constitucionais, mas sobretudo com certos direitos fundamentais, tais como os direitos da mulher à vida, a saúde, ao bom nome e reputação, a dignidade, a maternidade consciente”²⁰⁵.

Se for para protecção da mulher e para garantir que os seus direitos sejam salvaguardados, face ao conflito, entre a vida uterina e os direitos fundamentais da mulher, admite-se a prática abortiva:

²⁰² Acórdão nº 85-085-P, Processo: 84-0095; Data do Acórdão: 29-05-1985; Relator: Vital Moreira.

²⁰³ *Idem.*

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ *Idem.*

“Os casos previstos nos preceitos impugnados configuram situações típicas de conflito entre a garantia da vida intrauterina e certos direitos fundamentais da mulher e outros valores ou interesses constitucionalmente protegidos, e em nenhuma dessas situações de colisão e 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 constitucionais legítimos da mulher”²⁰⁶.

No que diz respeito à definição das medidas penais, estas devem ter fundamento constitucional – no sentido, de tutelar bens juridicamente protegidos e se revelarem necessárias, adequadas e proporcionais para proteger direitos ou interesses constitucionalmente protegidos:

“As medidas penais só são constitucionalmente admissíveis quando sejam necessárias, adequadas e proporcionadas a proteção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido, e só serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e essa proteção não possa ser garantida de outro modo”²⁰⁷.

Por fim, retira-se a seguinte conclusão: há normas em conflito, não esgotando a linha argumentativa do Tribunal na descoberta ou ponderação da razão do sacrifício dos direitos da mulher em prol de uma futura gravidez. “Nos casos contemplados pelas normas impugnadas está-se perante situações de conflito, de tal natureza e gravidade, que não se pode defender, ser apropriado ou proporcionado impôr à mulher grávida, mediante instrumentos penais, que sacrifique os seus direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, a favor da persistência da gravidez”²⁰⁸.

Vejamos, de seguida, as novidades incorporadas pela Revisão de 1995.

Ora esta revisão, não alterou a regulamentação deste tipo legal de crime²⁰⁹. O objetivo era “oferecer uma melhor redação do ponto de vista técnico às soluções dadas na lei 6/84 de 11 de Maio”²¹⁰.

²⁰⁶ *Idem.*

²⁰⁷ *Idem.*

²⁰⁸ *Idem.*

²⁰⁹ Dias, Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código penal, Parte Especial Tomo I, art 131º a 201º, 2ª edição Maio 2012 p. 221.

Alterou nos seguintes aspetos: “ eliminação da cláusula de reprovabilidade social (ocultação da desonra) prevista no anterior artigo 139º - 4 (...) no qual tal clausula não mereceria referência autónoma.”

“Alteração da epígrafe da interrupção voluntária da gravidez nos artigos 140º nº1 antes: Exclusão da ilicitude do aborto; hoje o artigo 142º interrupção da gravidez não punível.”²¹¹

E por fim “verificaram-se alterações de pormenor na redação do artigo 142º (anteriores arts 140º e 141º)”²¹².

Mudanças no tratamento jurídico-penal do aborto vieram a registar-se com a Lei 16/2007 de 17 de Abril.

Houve um novo referendo, acerca da lei do aborto, para o efetivo alargamento de prazos. O resultado ditado pelo eleitorado neste referendo constituiu um impulso decisivo para o legislador fixar a actual redacção do artigo 142º do Código Penal.²¹³

Qual o Bem Jurídico: o bem jurídico que se quer proteger é a vida humana, ou no caso concreto, a vida humana intrauterina.

Na Constituição da República (CRP), protege-se a vida humana, a partir do momento da sua individuação²¹⁴. “Com efeito, pode dizer-se que, de um ponto de vista constitucional e penal se protege a vida humana, a partir do momento da sua individuação (...) a unidade de programa da vida de uma determinada pessoa”²¹⁵.

O bem jurídico protegido é a vida intrauterina, tem que estar em causa, o embrião implantado no útero da mulher. Só é crime de aborto com a nidação. A nidação é a implantação do óvulo no útero da grávida.

Para Conceição Cunha:

“ (...) para efeitos de crime de aborto, a intervenção penal só se verifica com a nidação, ou seja, a implantação do óvulo no útero da grávida”²¹⁶. Doutrina divergente

²¹⁰ *Idem.*

²¹¹ *Idem*, p.222.

²¹² *Idem.*

²¹³ *Idem*, p. 221.

²¹⁴ Haverá mais adiante um capítulo a evidenciar sumariamente a vida humana na nossa Constituição

²¹⁵ *Idem*, p. 223.

²¹⁶ *Idem*, p. 225.

perfilham Maia Gonçalves e Leal-Henriques / Simas Santos: estes Autores afirmam que se concretiza com a fecundação²¹⁷.

Há outros bens jurídicos que poderão também estar subjacentes: a liberdade e integridade física da mulher grávida.

“ Ao lado do bem jurídico fundamental tutelado pelos crimes de aborto, ou seja vida intrauterina, podem intervir, embora com papel secundário ou subordinado, outros bens jurídicos, na concreta conformação típica do crime de aborto, em especial os valores da liberdade e da integridade física da mulher grávida²¹⁸.

O objetivo do ilícito é o feto ou embrião.

“ Embora o tipo objetivo de ilícito não o refira expressamente, objeto do crime de aborto, é o feto ou embrião. O crime de aborto não distingue para efeitos de punibilidade, entre o feto e o embrião, como cientificamente acontece²¹⁹.

O tipo subjetivo do ilícito é o dolo artigo 13º do Código Penal. “ O crime de aborto tem de ser realizado dolosamente, sendo suficiente o dolo eventual. O dolo tem de que se referir também ao resultado: a morte do feto²²⁰.

O Tribunal Constitucional manteve, assim, a sua jurisprudência, evidenciando uma linha jurisprudencial de “auto-contenção” no que se refere à abordagem jurídica do aborto. Considerando que a admissibilidade (ou inadmissibilidade) do aborto e os respectivos limites não encontra uma resposta inequívoca na Lei Fundamental, então a resposta – a regulação definitiva sobre a matéria – deverá caber ao legislador no exercício da sua discricionariedade²²¹.

Após a consulta popular, e tendo em conta os seus resultados, foi fixada a seguinte redacção do Código Penal quanto ao tipo criminal aborto:

Artigo 142º do Código Penal:

LIVRO II - Parte especial

²¹⁷ *Idem*, p. 221.

²¹⁸ *Idem*, p.226.

²¹⁹ *Idem*, p. 227.

²²⁰ *Idem*, p. 227.

²²¹ O Tribunal segue, desta forma, o pensamento de Laurence H. Tribe expressa na sua obra Clash of Absolutes, Harvard, Massachussets, 1992.

TÍTULO I - Dos crimes contra as pessoas

CAPÍTULO II - Dos crimes contra a vida intrauterina

“Artigo 142.º - Interrupção da gravidez não punível

1 - Não é punível a interrupção da gravidez, efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando:

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, 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;

e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 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 direção, a interrupção é realizada, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 - Na situação prevista na alínea e) do n.º 1, a certificação referida no número anterior circunscreve-se à comprovação de que a gravidez não excede as 10 semanas.

4 - O consentimento é prestado:

a) Nos casos referidos nas alíneas a) a d) do n.º 1, em documento assinado, pela mulher grávida, ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção.

b) No caso referido na alínea e) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo, o qual deve ser entregue no estabelecimento de saúde até ao momento da intervenção, e sempre após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta, destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável.

5 - No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos, ou psiquicamente incapaz, respetiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.

6 - Se não for possível obter o consentimento, nos termos dos números anteriores, e a efetivação 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.

7 - Para efeitos do disposto no presente artigo, o número de semanas de gravidez, é comprovado ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*”.

Ao contrário do que, mediaticamente se tem afirmado o legislador português não acolheu a liberalização do aborto. O legislador mantém a protecção da vida intra-uterina, mas promove uma concordância prática, este bem jurídico fundamental e outros valores dotados igualmente de jusfundamentalidade material, como a saúde da mulher ou a sua integridade moral, mormente o desenvolvimento da sua personalidade. A lei penal considera que a cessação da gestação poderá ser objecto de censura criminal, porque a vida intra-uterina, sendo uma *pessoa humana em potência*, merece protecção por parte do Estado (dimensão objectiva dos direitos fundamentais). O legislador penal prevê, porém, causas de exclusão da ilicitude reconduzíveis à tutela de valores ligados à personalidade da mulher. Consideramos que a técnica legislativa adoptada pelo legislador português é correcta.

9. CRIAÇÃO DE UMA LEI INTERNACIONAL

9.1 FUNDAMENTAÇÃO DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Este capítulo é o ponto central de toda a análise consumada, nos capítulos anteriores. Uma solução que visa a harmonização entre os Estados, através de uma norma jurídica comum e igualitária. Tal objectivo poderia resultar de uma convenção internacional para poder estabelecer regras comuns.

Não ignorando, a parte prática, em questão recusa-se a luta desta matéria, que seja digna para a mulher em qualquer parte do mundo.

Começaremos a nossa análise pela busca de uma fundamentação racional-dogmática para o Direito Penal Internacional. É sabido que o poder de definir certas condutas como crime, bem como o de reprimir a sua prática, tem sido considerado como uma decorrência, natural e lógica, da soberania estadual.

Pelo estudo da História do Direito, podemos concluir que a necessidade de uma regulamentação jurídica da sociedade nasceu precisamente para garantir a paz social. A defesa da sociedade implicava necessariamente a defesa do indivíduo: ou seja, a defesa por parte de autoridades públicas da vida de cada cidadão. Surgiu, desta forma, o *ius*. Sem desenvolvimentos que aqui não se impõem, podemos, no entanto, referir que o *ius romanum* tendia à universalidade, à medida que o Império Romano se foi expandindo.

Mais tarde, na Idade Média, com o surgimento dos Estados feudais, o monarca (ou o suserano, em terras em que feudalismo se revelou mais acentuado) simbolizava a unidade da colectividade política, a ele cabendo exercer o poder repressivo e punitivo sobre os membros do “corpo político” que se revelassem contra os ditames da Lei. Entre nós, o monarca detinha o exclusivo do exercício desse poder, o que permite os historiadores afirmarem que o feudalismo em Portugal foi largamente atenuado. Para o que interessa para o nosso estudo sobre a problemática de uma regulamentação transnacional penalista de prevenção e repressão da prática abortiva, importa salientar que o monarca exercia o exclusivo da função punitiva, ligando-se a repressão do crime à soberania, ao domínio do monarca ou do suserano.

Mais tarde, com as doutrinas que constróiem e reconhecem personalidade jurídica ao Estado (ao corpo político), distinguindo a pessoa colectiva “Estado” e os titulares dos seus órgãos, afirma-se o Estado soberano. Na ordem interna (relação entre o poder público e aqueles que lhe estão ligados por uma vincula de nacionalidade e que aí residiam ou contactavam) e na ordem externa (nas relações com os demais Estados, proibindo-se ingerências na esfera própria de competência de cada Estado). Primeiro, na Monarquia; depois, com o advento da República – a separação entre Estado e titulares dos órgãos do Estado (ou, no primeiro caso, da “Casa Real”) ficou clara. E haveria de se clarificar, ainda mais, ao longo dos séculos²²².

O conceito de soberania foi-se aprofundando, com os contributos teóricos importantíssimos de filósofos marcantes da Filosofia do Direito, da Filosofia Política e da Teoria do Estado. Destacamos Maquiavel (nos seus *discourses* e na obra “O Príncipe”)²²³ e, claro, Jean Bodin²²⁴. Mais tarde, Bourdeau²²⁵, Hauriou ou Carl Schmidt. A ideia de soberania, de poder de domínio do Estado sobre o seu território e sobre os cidadãos (variando quanto a este último aspecto, a sua intensidade: o poder de domínio do Estado sobre os seus cidadãos será mais forte em regimes autocráticos e totalitários; e mais atenuados quanto a Estados democráticos) tornou-se uma nota distintiva da ordem internacional e dos factos criadores de Direito: a ordem jurídica passa a ter, essencialmente, origem estatal.

E assim é quanto ao Direito Penal. As regras de repressão e sanção criminais são definidas pelos órgãos competentes dos Estados.

No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, ganhou força um movimento de internacionalização do Direito Penal. Pretendia-se reagir às atrocidades cometidas pelos regimes totalitários, sobretudo pelo regime nazi alemão, criando-se mecanismos de responsabilidade criminal internacional.

Este movimento de internacionalização conheceu dois momentos marcantes: o reconhecimento das pessoas singulares como sujeitos de Direito Internacional, e logo, de responsabilidade internacional de cariz criminal; o segundo registou-se com a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI).

²²² Caetano, Marcello, História do Direito Português, Editora Verbo, 2005, p. 278 e ss.

²²³ Maquiavel, Nicolau, O Príncipe, Editorial Presença, Barcarena, 2008.

²²⁴ Bodin, Jean, On Sovereignty, Cambridge University Press, 1992.

²²⁵ Bourdeau, Sobre o Estado, Edições 70, 2013.

No entanto, este movimento não logou ser totalmente eficaz. Porquê? Justamente porque os Estados resistem em abdicar, ainda que apenas parcialmente, às suas faculdades soberanas: em especial, do *ius puniendi*.

O Direito Penal Internacional abrange essencialmente os crimes contra a Humanidade, v.g. o genocídio. Cumulativamente – ou em alternativa – à responsabilidade criminal dos Estados, passou a prever-se a punição dos agentes que determinaram a morte de um grupo social ou étnico determinado. Por outro lado, a protecção das normas jusinternacionais, ao alargar-se às pessoas singulares, tornou viável a sua invocação aos directamente ofendidos.

Note-se que o Direito Penal Internacional ainda é Direito Penal: as valorações, a metodologia e a sua hermenêutica são influenciados e influenciam os ordenamentos jurídico-penais dos Estados. Uma vez ocorrida a vinculação do Estado às regras penais internacionais, o exercício do seu poder punitivo fica inevitavelmente condicionado.²²⁶

Institui-se, neste sentido, o Tribunal Penal Internacional. No entanto, este, na prática, acaba por ser um órgão jurisdicional formal e não um órgão jurisdicional material. Passamos a explicar.

O órgão jurisdicional traduz-se num órgão do Estado que participa no exercício da função jurisdicional, ou seja, a função que se concretiza na aplicação das regras jurídicas do caso concreto. É o *ius dicere*.

Em sentido material, tribunal deve ser entendido de forma mais ampla: como o órgão que diz o Direito, que aplica as regras jurídicas aos casos concretos, mediante um processo legalmente previsto, que garante os direitos e interesses das partes em controvérsia – e dispõe de meios coercitivos de aplicação e efectivação das suas decisões (que, na linguagem jurídica anglo-saxónica se expressa com termo *law enforcement*).

Ora, o Tribunal Penal Internacional não pode ser entendido como um tribunal em sentido material: não dispõe de meios para garantir o respeito pelas suas decisões (ou, numa visão mais optimista, não dispõe meios eficazes para o cumprimento das

²²⁶ Em termos que não concordamos inteiramente, é ver Gouveia, Jorge Bacelar, Direito Internacional Penal – Uma Perspectiva Dogmático-crítica, Almedina, Coimbra, 2008, em especial, pp. 112-120.

suas decisões) e a sua jurisdição depende da prévia adesão dos Estados. Basta dar os exemplos dos Estados Unidos da América e da Índia: estes dois Estados não aderiram ao Estatuto de Roma (o qual instituiu e regula o Tribunal Penal Internacional), embora representem uma parte importantíssima da população mundial.

Por outro lado, recorrentemente quando se fala em *tribunais* e em *função jurisdicional* esta-se a equacionar a situação da distribuição do poder político a nível estadual. E não ao nível internacional, quer seja supra-estadual, quer seja inter-estadual.²²⁷

No caso do Tribunal Penal Internacional, este não participa no exercício de uma função do Estado. Não é uma função do Estado, ao lado da função administrativa, da função legislativa, ou da função política. O Tribunal Penal Internacional, pelo contrário, é um órgão que coopera com uma organização internacional – a Organização das Nações Unidas.²²⁸

O maior óbice dogmático ao desenvolvimento dogmático do Direito Penal Internacional tem precisamente que ver com este ponto: como inexiste uma *governança* de nível mundial, então não se pode falar de órgãos de âmbito internacional, que imponham as suas decisões aos Estados soberanos. O que enfraquece naturalmente a eficácia e a coercibilidade do Direito Penal Internacional. Os Estados, apesar das evoluções ocorridas no domínio das relações internacionais, continuam a ser os principais actores da realidade internacional. E não abdicam da sua soberania, no domínio criminal.

Contudo, o que ficou dito atrás não inviabiliza o propósito que nos ocupa neste estudo: o de formular uma regra internacional, de cariz pena, para sancionar as práticas abortivas. Se é verdade que os Estados não abdicam da sua soberania, concretamente da sua faculdade de punir o que a colectividade considera como crimes, não o é menos que a globalização e o contacto permanente entre Estados tem permitido o equilíbrio e a concertação dos Estados em matéria criminal.

²²⁷ Sobre as organizações internacionais, Martins, Afonso de/ Martins, Salema de Oliveira, Direito das Organizações Internacionais, AAFDL; Lisboa, 1996, pp. 76 e ss.

²²⁸ Bandeira de Mello, Celso, Direito Internacional Público, Volume I, Saraiva, São Paulo, p. 357.

9.2. A NORMA INTERNACIONAL E A COMUNIDADE INTERNACIONAL – EM ESPECIAL, A REGRA PENAL

Começemos por formular uma definição de norma internacional.

A definição de norma jurídica internacional é:

“a característica essencial da norma internacional é, em nosso entender, a de o seu processo de criação, e modificação transcender o âmbito do estado, ou de um outro sujeito de direito internacional por si só. Assim é Direito Internacional, é aquele que pode surgir na comunidade internacional.”²²⁹.

O conceito de Comunidade Internacional é crucial porque explicita que, apesar de tudo, existem semelhanças e diferenças nos estados – mas, sobretudo, uma linha de união que se poderá prevalecer. Ou seja no, ensino claro de MARCELLO CAETANO, na “comunidade os estados membros estão unidos apesar de tudo quanto fazem para não se unir.”²³⁰

Na realidade, na comunidade internacional, os Estados agregam-se em torno de valores, gerando-se entre eles relações de coordenação, cooperação, subordinação e reciprocidade. A integração de comunidade internacional não introduz ou não implica necessariamente limitações à soberania de cada Estado.

“ Na Comunidade Internacional assim caracterizada, são de diversa índole as relações jurídicas, que se estabelecem, entre os estados. Elas podem ser classificadas em três grandes categorias: relações de coordenação ou de cooperação, relações de subordinação e relações de reciprocidade.”²³¹

Todas estas categorias representam vinculações inter-relacionais entre os Estados.

No que se refere em concreto ao Direito Penal, podemos definir a regra penal internacional como as regras aprovadas no seio de uma organização internacional ou através de um instrumento de Direito Internacional Convencional vinculativos para uma pluralidade de Estados e que visa uniformizar a reacção punitiva das autoridades públicas, face a determinadas condutas.

²²⁹ Quadros Fausto, Pereira, André, “ Manual de Direito Internacional Público” 3ª edição Revista e Actualizada (Reimpressão), Almedina, 2007. Pp 31.

²³⁰ *Idem*, p. 33.

²³¹ *Idem*, p. 37.

As normas de natureza internacional têm adquirido uma crescente relevância entre os factos de criação normativa. A globalização económica e social tem registado igualmente um impacto na Ordem Jurídica: os conflitos plurilocalizados são hoje a regra, e não a excepção. Os Estados, embora rejeitem renunciar ou limitar excessivamente a sua soberania, celebram tratados internacionais ou acordos internacionais de forma a harmonizarem a aplicação do Direito Penal. E, conseqüentemente, promoverem a eficácia no combate à criminalidade.

No Direito Penal, porém, mesmo a criação de regras internacionais por via convencional tem encontrado resistências. Podemos encontrar as razões desta resistência.

O Direito Penal – ao invés de outros ramos do Direito, como o Direito Civil – apresenta uma forte carga axiológica. Lida com valores. Protege valores. Valores considerados estruturantes pela comunidade política. Valores que dependem da cultura do povo que reside nas fronteiras do Estado.

O Direito Penal Internacional apela, pois, à ideia de tolerância. Com efeito, a harmonização do tratamento jurídico-penal da conduta dos agentes entre os vários Estados tende a esbater a lógica que tem animado a ciência jurídica penal a nível estadual – a lógica do “amigo-inimigo” – favorecendo o respeito e a tolerância entre os povos. Como? Tendendo à uniformização das suas pautas valorativas.²³²

Num mundo em que há um confronto latente entre o relativismo sem limites e o absolutismo dogmático, inflexível, a consagração de regras de âmbito internacional, no domínio do direito sancionatório penal, permite reforçar as medidas protectoras de valores jurídicos fundamentalíssimos, como é a vida. A vida humana deve ser tutela da em todas as latitudes: a cooperação jurídica e judicial deve, neste aspecto, funcionar em pleno.

Além disso, no caso português, a inserção na União Europeia tem. Potenciando a modelação do ordenamento jurídico português aproximando-o dos seus parceiros europeus. Para isso têm contribuído os regulamentos e as directivas comunitárias. No domínio do Direito Penal, a uniformização dos ordenamentos jurídicos dos Estados integrantes da União Europeia ainda não atingiu o grau que se verifica em outros

²³² Diniz, Geliza, Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional, Revista de Direito Internacional, número especial, volume 9, n.º 4, 2012.

ordenamentos jurídicos. Por exemplo, no domínio do Direito Civil – mormente, no campo processual – e Comercial, abrangendo o Direito da Concorrência.

No plano da harmonização convencional do Direito Penal, assume máxima relevância o regime jurídico estabelecido na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, assinada em 23 de Maio de 1969²³³

Tal como decorre da própria Convenção de Viena, o âmbito desta é aplicar-se aos tratados concluídos entre Estados que são concluídos por escrito entre os mesmos, e regido pelo direito internacional. O processo de aplicação da norma é simultaneamente complexo e interessante.

A adopção de um tratado internacional pode ocorrer pela Ratificação, aceitação aprovação e adesão. Assim apresenta manifestamente o consentimento geral. O ponto é que o Estado, no exercício da sua soberania no plano internacional, manifeste o seu consentimento para incorporar no seu Direito interno as regras constantes da convenção internacional.

Entendemos que importa, neste ponto do estudo, apresentar o conteúdo mais relevante da mencionada Convenção. As suas disposições principais constituem um dos cernes do Direito Internacional clássico. Ei-las:

“PARTE

I

Introdução

Artigo 1.º- Âmbito da presente Convenção

A presente Convenção aplica-se aos tratados concluídos entre Estados.

Artigo 2.º

“Definições

1- Para os fins da presente Convenção:

a)«Tratado» designa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular;

²³³ http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conv_Viena/Convencao_Viena_Dt_Tratados-1969-PT.htm dia 1 de Agosto às 20h18.

b) «Ratificação», «aceitação», «aprovação» e «adesão» designam, conforme o caso, o acto internacional assim denominado pelo qual um Estado manifesta, no plano internacional, o seu consentimento em ficar vinculado por um tratado;

c) «Plenos poderes» designa um documento emanado da autoridade competente de um Estado que indica uma ou mais pessoas para representar o Estado na negociação, na adopção ou na autenticação do texto de um tratado, para manifestar o consentimento do Estado em ficar vinculado por um tratado ou para praticar qualquer

b) outro acto respeitante ao tratado;

d) «Reserva» designa uma declaração unilateral, qualquer que seja o seu conteúdo ou a sua denominação, feita por um Estado quando assina, ratifica, aceita ou aprova um tratado ou a ele adere, pela qual visa excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado na sua aplicação a esse Estado;

e) «Estado que participou na negociação» designa um Estado que tomou parte na elaboração e na adopção do texto do tratado;

f) «Estado Contratante» designa um Estado que consentiu em ficar vinculado pelo tratado, independentemente de este ter entrado ou não em vigor;

g) «Parte» designa um Estado que consentiu em ficar vinculado pelo tratado e relativamente ao qual o tratado se encontra em vigor;

h) «Terceiro Estado» designa um Estado, que não é Parte no tratado;

i) «Organização internacional» designa uma organização intergovernamental.

2 - As disposições do n.º 1 respeitantes às expressões utilizadas na presente Convenção não prejudicam a utilização destas expressões nem o sentido que lhes pode ser dado no direito interno de um Estado.

Como já referimos, numa óptica relativista, a moral pode ser distinta, conforme os valores da sociedade mundial.

“No que toca à Moral Internacional, a sua distinção em relação ao Direito Internacional, coloca-se, pois nos mesmos termos que a distinção geral, entre a norma jurídica e a norma moral, qualquer que seja a posição filosófica que se adote quanto à Moral ou à Moral Social”²³⁴.

²³⁴ Quadros Fausto, Pereira, André, Manual de Direito Internacional Público, 3ª edição Revista e Actualizada (Reimpressão), Almedina, 2007. Pp 40.

Com a constante evolução política, há a constante atualização jurídica, conforme os problemas da atualidade. “ Isto quer dizer que a política, por definição se encontra em mutação constante por forma a adequar-se, em cada instante, às exigências da comunidade que serve (...) o Direito oferece estabilidade, certeza e segurança, e formula regras que, com respeito pela justiça, disciplinem a vida no grupo social a que se destina”²³⁵.

Utilizar o Direito para as principais questões humanas deve ser prioridade. Uma prioridade internacional. É difícil, na prática, conseguir alcançar a paz que se procura. Mas a tentativa não pode ser de todo impeditiva de um começo. Sério e lúcido. E, tanto quanto possível, efectivo.

“ Não há um Parlamento Mundial, não há um Governo Mundial não há uma Policia Mundial (...) o chamado Direito Internacional é um conjunto de regras políticas, ou um sistema de moral internacional, ou quando muito, um caso sui generis de normatividade imperfeita”²³⁶.

De facto é inexistente, talvez o problema da instabilidade provenha dessa mesma conclusão de não haver algo superior. Não se procura estabelecer hierarquias, mas algo – uma entidade internacional com poderes *reais* - que possa ajudar na resolução de problemas humanitários.²³⁷

Há uma menor eficácia sancionatória, porque não há um planeamento formado, organizado, para que o Direito Internacional possa ser eficaz para a sociedade mundial. Se houvesse uma melhor organização e com a devida qualidade, a operatividade do Direito para resolver os problemas da sociedade internacional aumentaria.“ Aliás a menor eficácia das sanções no Direito Internacional é também uma consequência da menor organização da Comunidade Internacional (...) e decorre da já referida menor elaboração interna do Direito Internacional”²³⁸.

O importante – pelo menos, no que tange a uma fase inicial - é que se crie um acordo entre diversos estados. Estaria encontrada a solução. “ (...) O Direito Internacional só

²³⁵ Quadros Fausto, Pereira, André, Manual de Direito Internacional Público, 3ª edição Revista e Actualizada (Reimpressão), Almedina, 2007. Pp 41.

²³⁶ Quadros Fausto, Pereira, André, Manual de Direito Internacional Público” 3ª edição Revista e Actualizada (Reimpressão), Almedina, 2007. Pp 47.

²³⁷ Há muito idealismo jurídico no Direito Internacional – e pouco realismo jurídico.

²³⁸ *Idem*, p. 56.

se pode fundar na vontade do Estado enquanto esta gera acordos com outros estados”²³⁹. Reiteramos este ponto que nos parece fundamental.

9.3. A RECEPÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Começamos por reproduzir o artigo fundamental para a compreensão desta matéria: o artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa.

“Artigo 8.º da CRP - ENQUADRAMENTO

Nº8 -Direito internacional

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.
3. As normas emanadas, dos órgãos competentes, das organizações internacionais de que Portugal seja parte, vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido, nos respetivos tratados constitutivos.
4. As disposições dos tratados, que regem a União Europeia, e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

O ordenamento jurídico português acolheu, pois, um sistema monista de Direito Internacional: o Direito Internacional vigora directamente na ordem jurídica portuguesa independentemente da sua recepção formal pelos poderes constituídos da República.

8. A Questão da aprovação de uma convenção, no âmbito do Aborto”.

É um flagelo o que se passa na sociedade mundial. Uma mulher poderá sofrer eventualmente, por ter uma futura criança com alguém que tenha sido forçada e não tenha desejado ou planeado. Imagine-se uma mulher violada, olhar para o seu filho como prova de que foi violada anos por o pai dessa mesma criança. Onde estarão os

²³⁹ *Idem*, p. 59.

valores da dignidade e da moral desta mulher. Se uma criança nasce com uma doença rara, em que posição se coloca, os pais que podem sustentar, toda a sua vida, se não tem bases económicas para o obter? Esta lei será importante para objetivos concretos e tangíveis.

Este raciocínio não vem por acaso. Claramente que terá vantagens e desvantagens como todas as leis que poderão vir.

A união dos países nesta questão deve ser de coordenação e de cooperação.

O objectivo é claro: combater a desigualdade da mulher, a nível mundial. Claramente difícil, porque as culturas são divergentes, as políticas, o modo de ver o mundo: mas se a cooperação for por uma boa causa, justa, igualitária há a esperança viva de que algo poderá mudar para melhor.

Impõe-se combater a publicidade do Aborto. Não tem que haver publicidade mas informação eloquentemente dada, por profissionais de saúde, especializados.²⁴⁰

Urge criar uma especialidade médica, na qual possa haver uma decisão, mais ponderada e pensada, com dois ou mais médicos, sobre a prática abortiva.

Evoluir no seu tratamento quer a nível emocional, quer a nível tecnológico.

Instaurar uma sanção penal ainda mais acentuada para quem desobedeça integralmente a lei.

Eliminação de preconceitos do sim ou do não. Mudar a visão. Não tem que haver um sim ou não. Mas uma Convenção que harmonize. Que promova a uniformização entre ordenamentos jurídicos de Estados que partilham os mesmos valores. E que a privacidade da mulher e o livre desenvolvimento da sua personalidade como bens jurídicos constitucionais sejam valorados e protegidos.

O aborto precisa de cuidados médicos, especializados, bem estudados com planos de 100 % de sucesso. Os Estados não se podem eximir do seu papel de regulamentar e intervir em matéria tão delicada e que se pode tornar numa ameaça ao interesse e à segurança pública. É uma matéria de direitos humanos.

²⁴⁰ Chamando a atenção para a mercantilização do aborto no Direito de países neo-liberais, Pinto, Eduardo Vera-Cruz, Curso Livre de Ética e Filosofia do Direito, Principia, Cascais, 2011.

Por via convencional, através dos organismos internacionais, impõe-se uma resposta global ao flagelo do aborto. O princípio em que assenta a lei portuguesa poderá ser constituir o padrão de referência para se atingir tal cooperação entre os Estados.

O princípio deverá ser o de defender a vida pré-natal, intra-uterina, prevendo-se, no entanto, causas de exclusão da ilicitude que permitam defender os valores ligados à personalidade da mulher.

Assim se respeita o poder de soberania dos Estados, as diferentes concepções dogmáticas sobre a ciência do Direito Penal vigentes nos diversos ordenamentos, consagrando-se o elemento objectivo do crime – a conduta objecto de reprovação –, causas de exclusão da ilicitude criminal e, eventualmente, um critério de aferição da culpa da mulher nos casos em que não se verificassem tais causas de exclusão da ilicitude.

Defendemos, ainda, a inclusão do aborto e da exclusão da ilicitude da mulher nos mesmos casos previstos na lei portuguesa nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos e Civis. Há que encarar, nesta nossa fase da evolução da civilização, a integridade física e moral da mulher como um Direito Humano. Não se trata de desconsiderar que, com a fecundação se gera uma vida já merecedora de protecção jurídica: trata-se apenas de reconhecer que também já há uma vida real (e não meramente potencial) que é a vida da mulher. E é nela que se tem de ponderar a concretização da Justiça: a sua vida, a sua saúde física e mental merecem a protecção conferida pelos instrumentos próprios e adequados de legislação²⁴¹ da comunidade internacional.

²⁴¹ Sobre a legislação e o seu problema na comunidade internacional, para uma visão a título panorâmico é ver Pinto Bronze, José, Lições de Introdução ao Direito, Almedina, 2010, em especial, 6.ª lição.

10.0. O DIREITO DO ABORTO NA UNIÃO EUROPEIA

Atualmente fazem parte da União europeia diversos Estados membros entre os quais os que são abordados na presente temática: Portugal, Espanha, Alemanha e Reino Unido, Irlanda.

Presentemente os Estados Membros da União Europeia: Áustria, Bélgica, Bulgária, Croácia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Portugal, Roménia, Eslováquia, Estónia, Espanha, Suécia, Reino Unido²⁴².

A União Europeia tem uma ligação, com quase, todos os países internacionalmente. Com a criação de um Alto Representante para a Política Externa, esta organização supranacional pode desempenhar um papel importante na promoção da harmonização legislativa em matéria de aborto.

“A UE mantém relações diplomáticas, com quase todos os países do mundo. Não só estabeleceu parcerias estratégicas, com os principais intervenientes internacionais, como está plenamente empenhada na cooperação com potências emergentes em todo o mundo, tendo assinado acordos de associação bilaterais, com alguns dos Estados vizinhos. Além-fronteiras, a UE é representada por uma rede de 141 delegações, que têm funções semelhantes às de uma embaixada”²⁴³.

A UE tem como objetivo promover a defesa dos direitos humanos. Para que se possa alcançar a união entre todos os países incluindo nas relações externas, “A UE está profundamente empenhada na defesa dos direitos humanos e vê-la por que estes sejam respeitados em todo o mundo. A UE fez dos Direitos Humanos um dos aspetos centrais das suas relações externas: no diálogo político que mantém com países terceiros; na sua política de desenvolvimento e assistência; ou através da sua intervenção em fóruns multilaterais, como as Nações Unidas”²⁴⁴.

O domínio material do Tratado da União Europeia significa que a paz e a defesa dos direitos humanos estão entre as atribuições principais desta organização supra-

²⁴² http://eeas.europa.eu/delegations/cape_verde/what_eu/eu_memberstates/index_pt.htm dia 15 de Agosto às 20h26.

²⁴³ *Idem*.

²⁴⁴ http://eeas.europa.eu/delegations/cape_verde/what_eu/what_we_do/index_pt.htm dia 16 de Agosto às 10h05.

internacional: “ (...) “ O Novo Tratado da União Europeia apenas vem confirmar a posição da doutrina e da jurisprudência”.²⁴⁵”

Atualmente é o Tratado de Lisboa que rege o funcionamento e as atribuições da União Europeia. O seu objetivo é aumentar a eficácia e que todos respeitem as normas do mesmo, tendo em consideração as decisões e resoluções aprovadas regularmente pelos seus órgãos.

“The Lisbon Treaty, which recently came into effect, by introducing important institutional changes in the European Union, which will reinforce the legitimacy of its decisions and ensure a more consistent and efficient work, will only show all of its consequences if the institutional agents understand and respect its history and intentions and act with a sense of balance and realism, according to its resolutions”²⁴⁶.

O artigo 1º explicita a união entre as partes contratantes. Para posteriormente prosseguirem, com os objetivos que têm em vista. As decisões serão as próximas dos cidadãos.

“ARTIGO 1.º

Pelo presente Tratado, as ALTAS PARTES CONTRATANTES instituem entre si uma UNIÃO EUROPEIA, adiante designada por "União", à qual os Estados-Membros atribuem competências para atingirem os seus objetivos comuns”.

O presente Tratado assinala, uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita, entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta, quanto possível e ao nível mais próximo possível dos cidadãos.

A União, funda-se no presente Tratado e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, (a seguir designados "os Tratados"). Estes dois Tratados têm o mesmo valor jurídico. A União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia²⁴⁷.

²⁴⁵ Quadros, Fausto, Direito da União Europeia, Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia, 2ª Reimpressão, Almedina, Fevereiro de 2008 p.143.

²⁴⁶ Lobo, Manuel, Revista Tratado de Lisboa: os primeiros passos Embaixador, Representante Permanente de Portugal junto da UE Secretário de Estado dos Assuntos Europeus (2006-2008) página 2.

²⁴⁷ http://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf Tratado de Lisboa.

No artigo 2º é importante pelo valor que adquire na protecção da dignidade humana, da liberdade, democracia e sobretudo da igualdade perante todos os cidadãos. Valoriza-se a não discriminação. Ou seja: para alcançar tais objectivos, a União Europeia terá de ter em conta os direitos das mulheres. Logo, importa intervir sobre a matéria do aborto.

Até porque a União Europeia já avançou com a integração em domínios como o processo civil (reconhecimento de sentenças, incluindo execuções), regras de conflitos, erigindo-se mesmo um Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. E o artigo 81.º do TUE prevê o reforço da cooperação judiciária entre os Estados-Membros: ora, a construção de um espaço de liberdade implica necessariamente uma actuação conjunta, com critérios claros e relativamente uniformizados, de repressão da criminalidade.

Urge colocar a humanização e o combate aos excessos das práticas ilícitas de aborto, com prejuízo para a saúde das mulheres, como prioridade da acção política e legislativa dos órgãos próprios da União Europeia.²⁴⁸

E será que as legislações dos vários Estados membros da União Europeia apresentam grandes divergências entre si. Acabámos de ver o quadro institucional orgânico da União Europeia. Vejamos, de seguida, a resposta legislativa que os vários Estados dão ao aborto na sua ordem interna. Incluiremos também a referência ao ordenamento jurídico brasileiro, dadas as ligações histórico-culturais entre o nosso ordenamento e o ordenamento jurídico desse país.

²⁴⁸ Campos, Ana, Crime ou Castigo? – Da perseguição contra as mulheres até à despenalização do Aborto, Almedina, 2007, pp. 62 e ss.

11.0. O ABORTO NA ALEMANHA

A legislação Alemã está situada na “ Europa Central (...) além da fronteira com a Dinamarca, confina a Este.”²⁴⁹

Tem uma hierarquia de normas, com uma estrutura sólida. Atualmente é uma língua bastante apreciada a nível profissional, e cada vez mais predominante nas empresas. É falada em diversos países: Alemanha, Áustria, Luxemburgo²⁵⁰.

“Constitui uma das divisões do chamado grupo de línguas *Kentum*²⁵¹. Na religião foi primeiramente estabelecido no Cristianismo. O Cristianismo baseia-se numa crença, sobre a dor e a eternidade²⁵².

Na filosofia destaca-se Kant, nunca abandonou as suas origens, quando não estava no seu mundo literário, empenhado em dar aulas, durante o maior número de horas que pudesse. Nunca deixou que a sua vida pessoal fosse afetada, nem a profissional. Assim tentava arranjar energias em passeios inesperados.

“Nunca deixou sua cidade natal. “Fora de seus escritos, Kant levava a mais insípida e apagada das existências: dava aulas por muitas e longas horas semanais, jantava com amigos e dava seus regulares passeios vespertinos, famosos por sua neurótica pontualidade.”²⁵³.

O Direito Penal Alemão e o Direito Civil “ baseiam-se ainda, apesar de muitas emendas também nas leis de 70 do século XIX”²⁵⁴.

O Código Civil Alemão, tem raízes romanistas é designado pela sigla (BGB) traduzido em alemão Bürgerliches Gesetzbuch²⁵⁵.

Sendo assim, enquadrando o Direito Penal Alemão e a Legislação mais relevante para o tema sobre o Aborto.

Os artigos mais relevantes são o artigo 218º e 219º da SBGB.

²⁴⁹ Enciclopédia Luso-Brasileira e Cultura, Letra A, Editorial Verbo, Volume 1, Lisboa. p.1018 e 1019.

²⁵⁰ *Idem*, p. 1027.

²⁵¹ *Idem*.

²⁵² Wilges, Irineu, As Religiões no Mundo, Volume 1 , Petrópolis, 1986, p. 6.

²⁵³ Tedéia Gilberto, Pequena Biografia Filosófica, de Kant. Mestre em Filosofia. Bacharel em Ciências Sociais, Direito e Filosofia – USP; p.61.

Professor de Ética Geral e Introdução à Filosofia – UNINOVE. tedeia@uninove.br

²⁵⁴ Enciclopédia Luso-Brasileira e Cultura, Letra A, Editorial Verbo, Volume 1, Lisboa, p.1084.

²⁵⁵ <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> dia 19.09.2014, às 00:03.

Estão consagrados na secção VII – Nos CRIMES CONTRA A VIDA:

“Section 218

Abortion

(1) Whosoever terminates a pregnancy shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine. Acts the effects of which occur before the conclusion of the nidation shall not be deemed to be an abortion within the meaning of this law.

(2) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment from six months to five years. An especially serious case typically occurs if the offender

1. acts against the will of the pregnant woman; or

2. through gross negligence causes a risk of death or serious injury to the pregnant woman.

3) If the act is committed by the pregnant woman the penalty shall be imprisonment not exceeding one year or a fine.

(4) The attempt shall be punishable. The pregnant woman shall not be liable for attempt.

table of contents.

Section 218a

Exception to liability for abortion

(1) The offence under section 218 shall not be deemed fulfilled if:

1. the pregnant woman requests the termination of the pregnancy and demonstrates to the physician by certificate pursuant to section 219(2) 2nd sentence that she obtained counselling at least three days before the operation;

2. the termination of the pregnancy is performed by a physician; and

3. not more than twelve weeks have elapsed since conception.

(2) The termination of pregnancy performed by a physician with the consent of the pregnant woman shall not be unlawful if, considering the present and future living

conditions of the pregnant woman, the termination of the pregnancy is medically necessary to avert a danger to the life or the danger of grave injury to the physical or mental health of the pregnant woman and if the danger cannot reasonably be averted in another way from her point of view.

(3) The conditions of subsection (2) above shall also be deemed fulfilled with regard to a termination of pregnancy performed by a physician with the consent of the pregnant woman, if according to medical opinion an unlawful act has been committed against the pregnant woman under sections 176 to 179, there is strong reason to support the assumption that the pregnancy was caused by the act, and not more than twelve weeks have elapsed since conception.

(4) The pregnant woman shall not be liable under section 218 if the termination of pregnancy was performed by a physician after counselling (section 219) and not more than twenty-two weeks have elapsed since conception. The court may order a discharge under section 218 if the pregnant woman was in exceptional distress at the time of the operation.

Section 218b

Abortion without or under incorrect medical certification

(1) Whosoever terminates a pregnancy in cases under section 218a(2) or (3) without having received the written determination of a physician, who did not himself perform the termination of the pregnancy, as to whether the conditions of section 218a(2) or (3) were met shall be liable to imprisonment not exceeding one year or a fine unless the offence is punishable under section 218. Whosoever as a physician intentionally and knowingly makes an incorrect determination as to the conditions of section 218a(2) or (3) for presentation under the 1st sentence above shall be liable to imprisonment not exceeding two years or a fine unless the act is punishable under section 218. The pregnant woman shall not be liable under the 1st or 2nd sentences above.

(2) A physician must not make determinations pursuant to section 218a(2) or (3) if a competent agency has prohibited him from doing so because he has been convicted by final judgment for an unlawful act under subsection (1) or under section 218, section 219a or section 219b or for another unlawful act which he committed in connection with a termination of pregnancy. The competent agency may provisionally prohibit a physician from making determinations under section 218a(2) and (3) if an indictment

has been admitted to trial based on a suspicion that he committed unlawful acts indicated in the 1st sentence above.

table of contents

Section 218c

Violation of medical duties in connection with an abortion

(1) Whosoever terminates a pregnancy

1. without having given the woman an opportunity to explain the reasons for her request for a termination of pregnancy;

2. without having given the pregnant woman medical advice about the significance of the operation, especially about the circumstances of the procedure, after-effects, risks, possible physical or mental consequences;

3. in cases under section 218a(1) and (3) without having previously convinced himself on the basis of a medical examination as to the state of the pregnancy; or

4. despite having counselled the woman with respect to section 218a (1) pursuant to section 219, shall be liable to imprisonment not exceeding one year or a fine unless the act is punishable under section 218.

(2) The pregnant woman shall not be liable under subsection (1) above.

table of contents

Section 219

Counselling of the pregnant woman in a situation of emergency or conflict

(1) The counselling serves to protect unborn life. It should be guided by efforts to encourage the woman to continue the pregnancy and to open her to the prospects of a life with the child; it should help her to make a responsible and conscientious decision. The woman must thereby be aware that the unborn child has its own right to life with respect to her at every stage of the pregnancy and that a termination of pregnancy can therefore only be considered under the law in exceptional situations, when carrying the child to term would give rise to a burden for the woman which is so serious and extraordinary that it exceeds the reasonable limits of sacrifice. The counselling should, through advice and assistance, contribute to overcoming the conflict situation which

exists in connection with the pregnancy and remedying an emergency situation. Further details shall be regulated by the Act on Pregnancies in Conflict Situations.

(2) The counselling must take place pursuant to the Act on Pregnancies in Conflict Situations through a recognised pregnancy conflict counselling agency. After the conclusion of the counselling on the subject, the counselling agency must issue the pregnant woman with a certificate including the date of the last counselling session and the name of the pregnant woman in accordance with the Act on Pregnancies in Conflict Situations. The physician who performs the termination of pregnancy is excluded from being a counsellor.

table of contents

Section 219a

Advertising services for abortion

(1) Whosoever publicly, in a meeting or through dissemination of written materials (section 11(3)), for material gain or in a grossly inappropriate manner, offers, announces or commends

1. his own services for performing terminations of pregnancy or for supporting them, or the services of another; or
2. means, objects or procedures capable of terminating a pregnancy with reference to this capacity, or makes declarations of such a nature shall be liable to imprisonment not exceeding two years or a fine.

(2) Subsection (1) No 1 above shall not apply when physicians or statutorily recognised counselling agencies provide information about which physicians, hospitals or institutions are prepared to perform a termination of pregnancy under the conditions of section 218a(1) to (3).

(3) Subsection (1) No 2 above shall not apply if the offence was committed with respect to physicians or persons who are authorised to trade in the means or objects mentioned in subsection (1) No 2 or through a publication in professional medical or pharmaceutical journals.

table of contents

Section 219b

Distribution of substances for the purpose of abortion

(1) Whosoever with intent to encourage unlawful acts under section 218 distributes means or objects which are capable of terminating a pregnancy shall be liable to imprisonment not exceeding two years or a fine.

(2) The secondary participation by a woman preparing the termination of her own pregnancy shall not be punishable under subsection (1) above.

(3) Means or objects to which the offence relates may be subject to a deprivation order²⁵⁶.

O ABORTO, está consagrado no artigo 218§.

§ 218 ABORTO

Está dividido em 3 números:

O nº 1 afirma, que quem por própria vontade ou seja dolo, provoca o aborto, tendo o ato sido efetuado, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa. Por exemplo, ações que podem ocorrer no colo do útero, antes de terminar a implantação do óvulo fertilizado, não é abrangido por crime, logo não é considerado aborto com termos no disposto desta lei.

O nº2, indica casos mais graves: por exemplo ocorre em casos em que o Autor do Crime tem uma ação contra a vontade, da mulher grávida, ou, haja uma imprudência que coexista no risco de morte, ou danos graves, que prejudiquem a saúde da mulher grávida. Assim a pena será de 6 meses a 5 anos.

O nº3, responsabiliza o facto provocado pela grávida é de um ano ou multa.

²⁵⁶ Pesquisa efetuada através de uma comunicação telefónica à embaixada alemã, na qual a funcionária Heike Will Sekretariat Rechts- und Konsularreferat Secretária da Secção Consular, foi muito prestável e enviou por email uma lista de advogados com conhecimentos de legislação alemã. Posteriormente, consultou-se uma Advogada Alemã, Sra. Dra. Julia Hansen que era integrante das listas em pdf, e prontificou-se a enviar-me sem qualquer custo, por email a tradução da lei actualizada em versão inglesa. E apurou-se na, (link) Hiperligação, <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html> que é de facto a mais atual, Código Penal. Mais se acrescenta o início do link, "Concluír Data: 1871/05/15 Citação completa: "Código Penal, na versão publicada, em 13 de novembro de 1998, (Federal I, p. 3322), a última redação, dada pelo artigo 1º, da Lei de 23 de abril de 2014 (DO Federal I, p. 410) foi alterada" Status:Reformulação por Bek v 13.11.1998 I 3322. alterado pelo art. 1 G v. 23/04/2014 I 410".

O nº4, afirma que a tentativa é punível, pode haver tentativa neste tipo legal de crime. A mulher grávida não será punida.²⁵⁷

218 A) - O artigo §218 a) IMPUNIDADE DO ABORTO

É importante referir que o crime efetuado, no artigo supra mencionado, não é realizado se:

A mulher grávida tem vontade na atuação de abortar e o médico tem certificado conforme o artigo 219, parte 2, e que tenha consulta pelo menos três dias antes do ato, ou seja, há a obrigação da consulta para a reflexão da mulher

O aborto é realizado por um médico.

Não pode passar mais do que as 12 semanas após a fertilização”- (Tradução própria).

É importante designar que o consentimento por parte da mulher para prática de aborto assistido por médico não é ilegal. Este tem que obedecer a requisitos e ser adequado juridicamente. Tem que ter em consideração as futuras condições da vida, das mulheres grávidas, sempre com uma opinião dos médicos que as acompanham. É de evidenciar que é uma ameaça para a vida, ou um risco para a saúde, quer física, quer mental, das mulheres grávidas, e no fundo o perigo é *condição sine qua non* para o pensamento e avaliação por parte do médico²⁵⁸.

Relativamente às disposições do parágrafo mencionado no nº 2, o aborto é feito somente com o consentimento da mulher grávida, por um médico, ou seja, tem que se certificar de que não passaram mais de 12 semanas desde a concepção. Ver artigos §§ 176-179²⁵⁹.

A mulher grávida não é punida, nos termos do presente artigo, se o aborto for efetuado após o aconselhamento conforme o disposto do artigo (§ 219), se efetivamente foi realizado por um médico e não mais do que 22 semanas após a concepção. O Tribunal

²⁵⁷ **§§ 218 a 219b (anteriormente §§ 218 a 219D)**: LDF tipo d 13 No. 1 G v 1992/07/27 I 1398 MWV 08/05/1992, .. Art. No. 13 1 se juntou, por enquanto, em vigor. BverfGE v 8.4.1992 I 1585-2 BVO 16/92, Liminar temporária v 8.4.1992 foi repetido após BverfGE v 25.1.1993 I 270 .. § 218: Aplicável a partir de 16.6.1993. Seção II. Nr. 1, de acordo com o item. 2-9 da fórmula nos termos da Decisão. BverfGE v 1993/05/28 -. 2 bvf 2/90, etc -

²⁵⁸ http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_218a.html dia 19, de Setembro, às 00h42.

²⁵⁹ *Idem*.

pode dispensar a punição nos termos do artigo § 218 se a mulher obteve alguma situação mais dolorosa, no momento da cirurgia²⁶⁰.

§ 218 B – O ABORTO SEM CONSENTIMENTO MÉDICO.

No n° 1 quem efetua uma gravidez, nos termos do artigo § 218a Abs. 2 ou 3, e não tiver mencionado, que a partir da declaração por escrito de um médico que não ia realizar o aborto por si, e se obtém os requisitos, do § 218a Abs. 2 ou 3 são aconselhadas, é punido com pena de prisão até 1 ano ou multa, se o ato não é punível no § 218, com punição.

Se eventualmente ocorrer um médico com uma declaração falsa sobre as condições do § 218a Abs. 2 ou 3 é punido com pena de prisão até 2 anos ou multa se o ato não é punível no § 218, com pena respectiva .

A mulher grávida não é punível nos termos da cláusula 1 ou 2.

Um médico pode aconselhar de acordo, com o artigo do § 218a Abs. 2 ou 3, contudo não será aplicável se a autoridade, que for competente o proibiu. Isto ou porque foi ilegal, ou porque o ato é ilícito, conforme, o n° 1, o §§ 218, 219a ou 219b ou outra situação.

Na realidade, o médico comprometeu-se com a interrupção da gravidez, logo é condenado. A autoridade competente, pode proibir, provisoriamente um médico. Nos termos do § 218a Abs. 2 e 3 aplicam-se por suspeita de atos ilícitos, como acima foi supra mencionado²⁶¹.

§ 218 C ILEGALIDADE MÉDICA EM PRATICAR O ABORTO

Quem interrompe uma gravidez, sem ter dado à mulher uma oportunidade de explicar, as suas próprias razões para o seu pedido de Interrupção da própria gravidez;

²⁶⁰ *Idem.*

http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_218b.html *Idem*, §§ 218 a 219b (anteriormente §§ 218 a 219D): LDF tipo d 13 No. 1 G v 1992/07/27 I 1398 MWV 08/05/1992, .. Art. No. 13 1 se juntou, por enquanto, em vigor há jóia. BverfGE v 8.4.1992 I 1585-2 BVO 16/92, etc -. . Liminar temporária v 8.4.1992 foi repetido após BverfGE v 25.1.1993 I 270 ..

§ 218a Abs 4.: gem Aplicável a partir de 16.6.1993. Seção II. Nr. 1, de acordo com o item. 2-9 da fórmula nos termos da Decisão. BverfGE v 1993/05/28 -. 2 bvf 2/90, etc -http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_218a.html dia 19, de Setembro, às 00h48.

²⁶¹ *Idem.*

Se as mulheres não tiverem aconselhamento, do procedimento clínico, por parte dos médicos, e as suas consequências estiverem dolorosas, como elevados riscos físicos e psicológicos.

Se não obtiverem previamente preenchida, a declaração conforme os artigos § 218a Abs. 1, ou seja, com base em exames médicos do período da gravidez;

Se avisou a mulher grávida de um caso do § 218a Abs. 1 sob § 219, tem uma punibilidade, com pena de prisão até 1 ano ou multa, se o ato não é punível na multa se o ato não é punível no § 218, com punição²⁶².

§ ARTIGO 219 – ACONSELHAMENTO MÉDICO PARA MULHERES GRAVIDAS, EM SITUAÇÕES DE PERIGO

O aconselhamento beneficia, a proteção da vida, de um ser que ainda não nasceu. Tem que haver um discurso motivador, para a mulher não abortar, ou seja, adotar uma estratégia psicológica, positiva e realista. Assim mostrar-lhe que, podem haver perspectivas positivas com o seu futuro filho. Com o aconselhamento correto, os médicos, auxiliam na consciência e responsabilidade da mulher grávida²⁶³.

É de esclarecer que esta tem que ter conhecimento de que, com a gravidez, a mulher “transporta” um feto, gera uma vida em potência, e independentemente da fase, a mulher poderá efetuar o aborto em situações excepcionais, que são admitidas pela ordem jurídica, ou seja, legalmente possíveis. A Lei pondera os conflitos de valor motivados pelo imperativo de proteger a gravidez – como meio para gerar uma vida - e a a vida e saúde da mulher: e consagra um critério de resolução normativa dos casos²⁶⁴.

Por fim, a consulta deve realizar-se após a análise da lei, e o conflito existente reconhecido pelo aconselhamento da gravidez. Assim de acordo com esta lei é fornecido à mulher grávida a data da última sessão de aconselhamento, o nome da declaração da mulher grávida, conforme a lei de conflitos da gravidez. O médico que realiza o aborto não é o mesmo do aconselhamento²⁶⁵.

²⁶² http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_218c.html dia 19 de Setembro, de 2014, às 01h09.

²⁶³ http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_219.html dia 19 de Setembro, de 2014.

²⁶⁴ *Idem.*

²⁶⁵ *Idem.*

ARTIGO 219 A – PUBLICIDADE PARA A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ

Se se verificar a violação do dever de sigilo quanto à interrupção da gravidez, seja tacitamente ou expressamente, em benefício próprio ou com dolo, ou mesmo de forma ofensiva²⁶⁶, seja em serviço próprio, alheio a exercer ou de promoção²⁶⁷;

Ou, as pessoas, objetos, até mesmo, processos, que são prescindíveis para a interrupção da gravidez, ou quem fizer uma oferta, para obter estas informações, ou anuncia, através de declarações, é punida com pena de prisão até 2 anos ou multa²⁶⁸.

Tem que ser observável o requisito, se os médicos são de órgãos consultivos, da lei básica, e se estão conforme o artigo, § 218a Abs²⁶⁹.

No número 1 no. 2 Não é aplicável, se o ato dos médicos, ou pessoas que têm permissão para lidar com no n ° 1. A publicação em revistas médicas, ou farmacêuticas é responsabilizada²⁷⁰.

§ 219 AGENTES DE MARKETING PARA A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ

1) Quem tiver dolo de promover o ilícito do § 218, com promessas de fundos, ou algo inadequado financeiramente, é punido com pena de prisão até 2 anos ou multa²⁷¹.

2) A participação da mulher para interromper a gravidez nestes termos não é punível²⁷².

3) Os meios que são utilizados podem ser confiscados²⁷³.

²⁶⁶ http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_219a.html dia 19 de Setembro de 2014.

²⁶⁷ *Idem.*

²⁶⁸ *Idem.*

²⁶⁹ *Idem.*

²⁷⁰ *Idem.* §§ 218 a 219b (anteriormente §§ 218 a 219D): LDF tipo d 13 No. 1 G v 1992/07/27 I 1398 MWV 08/05/1992, .. Art. No. 13 1 se juntou, por enquanto, em vigor há jóia. BverfGE v 8.4.1992 I 1585-2 BVO 16/92, etc -. . Liminar temporária v 8.4.1992 foi repetido após BverfGE v 25.1.1993 I 270 .. § 219a: gem Aplicável a partir de 16.6.1993. Seção II. Nr. 1, de acordo com o item. 2-9 da fórmula nos termos da Decisão. BverfGE v 1993/05/28 -. 2 bvf 2/90, etc -

²⁷¹ http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_219b.html dia 19 de Setembro de 2014.

²⁷² *Idem.*

²⁷³ *Idem.* §§ 218 a 219b (anteriormente §§ 218 a 219D): LDF tipo d 13 No. 1 G v 1992/07/27 I 1398 MWV 08/05/1992, .. Art. No. 13 1 se juntou, por enquanto, em vigor há jóia. BverfGE v 8.4.1992 I 1585-2 BVO 16/92, etc -. . Liminar temporária v 8.4.1992 foi repetido após BverfGE v 25.1.1993 I 270 ..

§ 219b: Aplicável a partir de 16.6.1993. Seção II. Nr. 1, de acordo com o item. 2-9 da fórmula nos termos da Decisão. BverfGE v 1993/05/28 -. 2 bvf 2/90, etc -

O ARTIGO §219 C (REVOGADO)²⁷⁴

E POR FIM O ARTIGO: 219 D 219d , também (revogado).

§ 219d , (revogado)²⁷⁵ .

²⁷⁴ § 219c: **parou.** do artigo 13 n ° 1 G v 1992/07/27 I 1398 MWV 08/05/1992 ... Art. No. 13 1 se juntou, por enquanto, em vigor há jóia. BverfGE v 8.4.1992 I 1585-2 BVO 16/92, etc -. . Liminar temporária v 8.4.1992 foi repetido após BverfGE v 25.1.1993 I 270 ..

§ 219c: Suspensão eficaz de 1993/06/16. Seção II. Nr. 1, de acordo com o item. 2-9 da fórmula nos termos da Decisão. BverfGE v 1993/05/28 -. 2 bvf 2/90, etc -

²⁷⁵ http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_219d.html dia 19 de Setembro de 2014, § 219d: parou. do artigo 13 n ° 1 G v 1992/07/27 I 1398 MWV 08/05/1992 ... Art. No. 13 1 se juntou, por enquanto, em vigor. BverfGE v 8.4.1992 I 1585-2 BVO 16/92, etc -. . A liminar v 8.4.1992 foi repetido após BverfGE v 25.1.1993 I 270 ..

§ 219d: Suspensão gem eficaz de 1993/06/16. Seção II. Nr. 1, de acordo com o item. 2-9 da fórmula nos termos da Decisão. BverfGE v 1993/05/28 -. 2 bvf 2/90, etc -

11.1. BRASIL

Começa-se pelo enquadramento histórico do tratamento jurídico-criminal do aborto no Brasil, resumidamente, o problema do aborto, deriva desde os primórdios da colonização. “ (...) Pode-se entender que a questão do aborto é antiga no Brasil, existindo possivelmente antes da colonização portuguesa”²⁷⁶.

O aborto e a sua legalização dependem de diversos fatores: culturais, religiosos, políticos, sociais e temporais.

“Pelo menos desde as conferencias do Cairo e de Beijing, há mais de 15 anos atrás, o aborto tornou-se um analisador civilizacional, i.e., um indicador que permite avaliar padrões culturais, sociais e éticos de uma sociedade de um país.”²⁷⁷

Cada vez mais países demonstram uma liberdade e condições para poderem realizar uma interrupção da gravidez, demonstrando respeito, dignidade e autonomia das próprias mulheres em relação ao seu corpo e todo ele um processo com toda a segurança.

“ A liberdade e a responsabilidade reprodutivas e a institucionalização de condições para realizar uma interrupção do processo gestacional, com segurança e respeito à dignidade, e a autonomia das mulheres tornou-se uma recomendação internacional que o Brasil se comprometeu a respeitar ”²⁷⁸.

O maior controlo que se podia obter, da prática abortiva, apresentava que a mulher servia simplesmente para reproduzir, tendo como objetivo, o aumento da demografia, com vista à proteção da colônia. Era uma prática proibida, e conseqüentemente ilícita, e a própria igreja não apoiava. Assim tornava-se difícil o controlo da situação porque o poder da igreja geralmente é rigoroso.

“ (...) Enquadrar o papel da mulher como simples reprodutora; e especialmente, aumentar a população com vistas à proteção da Colônia. Portanto também no Brasil, a proibição do aborto visava interesses do poder bem menos que expressava preocupação moral sobre a possível ilicitude

²⁷⁶ Matos, Maurílio, A Criminalização do Aborto em Questão, Almedina Brasil LTDA, Junho de 2010. P. 23.

²⁷⁷ *Idem*, Prefácio.

²⁷⁸ *Idem*.

desse acto. No Brasil Colonia o aborto era julgado moralmente como negativo pela igreja (...).²⁷⁹”

A primeira lei brasileira que proibia o aborto era a lei de 1830 do Código Criminal do Império. LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830.

SECÇÃO II

“Infanticídio

Art.º 197. Matar algum recém-nascido.

Penas - de prisão por três a doze anos, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art.º 198. Se a propria mãe matar o filho recém-nascido para occultar a sua deshonra.

Pena de prisão com trabalho por um a três anos.

Art. 199. Quem provocar o aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco anos”.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas – dobradas²⁸⁰.

“ Este código punia apenas a quem fazia o aborto. Não havia portanto punição nenhuma para a mulher²⁸¹.

A primeira lei que pune o aborto é a lei de 1890. O código penal penaliza a mulher.

“Em 1890 já na República, essa situação é alterada, uma vez que o Código Penal passa a penalizar também a mulher. Contudo a pena poderia ser reduzida em caso de auto-aborto com vistas a occultar a propria desonra”. Essa lei vigorou até 1940, quando há promulgação do Código Penal (...).²⁸²

É Importante perceber, onde se consagra na Constituição Brasileira o Direito à vida.

²⁷⁹ Matos, Maurílio, A Criminalização do Aborto em Questão, Almedina Brasil LTDA , Junho de 2010, p., 24.

²⁸⁰ LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830.

²⁸¹ Matos, Maurílio, p. 24.

²⁸² Matos, Maurílio, p. 24.

“É dessa forma que a dignidade da pessoa humana, (erigida a fundamento da República Federativa do Brasil, por força do art.º 1., III, da Constituição Federal), e, conseqüentemente, o respeito à sua vida, deverão guiar e fundamentar as relações regidas pelo direito civil.”²⁸³

Na Constituição da Republica Federativa do Brasil constava o seguinte:

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Título I Dos Princípios Fundamentais

“Art.º 1º

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Capítulo I

Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Art.º 5 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²⁸³ Filho, Rodolfo Pamplona, Araújo; Ana Thereza Meirelles; Revista : Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal p. 2.

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) O registro civil de nascimento;

b) A certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

§ 1º As normas definidoras dos direitos, e garantias fundamentais, têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição, não excluem outros decorrentes, do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É importante destacar a noção de pessoa humana, no sistema constitucional, o conceito de Personalidade jurídica, e todos os direitos que lhes são devidos. Todas estas definições no fundo servem, para se poder chegar a opiniões e conseqüentemente à opinião fundamental, acerca da temática. No fundo a vida é igual em todo o ser humano. Existem sim vidas diferentes, porque cada pessoa, tem o seu próprio ciclo, seja ele no fundo da sua consciência seja ele no ciclo do destino e para onde este o leva. A vida está em todas as pessoas. Ou serão as pessoas uma vida. “Quando se tem um filho nascido, é uma pessoa. Com princípios e valores. a consagração de um sistema de valores, princípios e direitos que são fundamentais à existência do homem”²⁸⁴.

“De fato, a análise da referida proteção não pode prescindir da identificação dos fundamentos constitucionais, que concorreram para a sua construção, uma vez que é a Constituição Federal (...). Nesse diapasão, primeiramente, cumpre verificar a noção de pessoa humana, dentro do sistema constitucional, para que, a partir daí, possa-se compreender, a condição jurídica do não nascido. Para isso, faz-se necessário pormenorizar, a sua tutela (compreendendo seu conceito e natureza), bem como enumerar as teorias sobre o início de sua personalidade, com análise da atual exegese do artigo 2º do Código Civil que põe a salvo seus direitos, de forma a identificar no ordenamento quais direitos salvaguardados são esses.”²⁸⁵

PROJETO DE LEI DE 2007

(Dos Srsº Luiz Bassuma e Miguel Martini)

“O Estatuto do Nascituro

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

²⁸⁴ Filho, Rodolfo Pamplona, Araújo ; Ana Thereza Meirelles; Revista : tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal p. 2.

²⁸⁵ *Idem*.

Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito”.

“Direitos Fundamentais

Art.º 10º O nascituro deficiente terá à sua disposição

Todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar suas deficiências, haja ou não expectativa de sobrevivência extra-uterina”.

“Art.º 23 Causar culposamente a morte de nascituro

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é aumentada de um terço se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro, à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

§ 2º O Juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração, atingirem o próprio agente, de forma tão grave, que a sanção penal se torne desnecessária.

Art.º 24 Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada, de um terço se o processo, substância ou objeto, são apresentados como se fossem exclusivamente anticoncepcionais.

Art.º 28 Fazer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art.º 29 Induzir mulher grávida a praticar aborto ou oferecer-lhe ocasião para que o pratique:

Pena – Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa

O significado etimológico da palavra nascituro, é “o que está por nascer”., ente já concebido, (onde já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao espermatozoide, formando o zigoto ou embrião), nidado, (implementado nas paredes do útero materno), porém não nascido. No entanto, surgem incessantes divergências na construção do conceito sobre aquele que está por nascer, decorrentes de interpretações diversas, acerca das fases de desenvolvimento embrionário, tendo em vista a significativa dificuldade, para identificar o momento em que o embrião ou zigoto possa começar a ser chamado de nascituro. Maioritariamente, o que se tem verificado, é que o nascituro surge com o fenómeno da nidação, que é a fixação ou implantação (para o caso de concepções artificiais ou in vitro) do zigoto nas paredes do útero²⁸⁶.

Este conceito de nascituro entende que se trata de ser já foi concebido, mas ainda não nascido.

11.2. ESPANHA

Importa desenvolver, neste nosso trabalho, a Legislação Espanhola²⁸⁷, quanto à temática do aborto, porque é um país que tem semelhanças legislativas com o nosso ordenamento jurídico.

Sendo assim, há que enquadrar a legislação Espanhola, de acordo com a lei orgânica de 1995, para se obter uma noção jurídica de aborto, antes de se avançar na nossa análise.

No Código Penal y Leyes Penales Especiales (código penal e leis penais especiais²⁸⁸), no artigo 144º do código supra acima mencionado regula-se criminalmente as práticas abortivas.

²⁸⁶ *Idem*, p.4.

²⁸⁷ <http://www.aborto.com/legisla%C3%A7ao.htm> dia 14.9.2014 às 14h00.

Site importante que se limita a explicar sucintamente a Legislação Espanhola.

²⁸⁸ Tradução própria. MÚNIZ, José Manuel Catedrático de Derecho Penal Universidad de Lleida; con a colaboración de GARCIA Oscar. *Código Penal Y Leyes Penales Especiales*. Aranzadi, Editorial 1996.

TÍTULO II²⁸⁹

“Del aborto

Artículo 144.

As consequências para um profissional de saúde, são bastante evidentes, assim sendo, se um profissional de saúde provocar um aborto, e não obtiver o consentimento da mulher tem uma pena de 4 a 8 anos.

Ainda que o faça, retiram-lhe a licença, para poder exercer a sua respetiva profissão. A moldura penal é de 3 a 10 anos.

“El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño. As mesmas consequências para quem pratique o aborto mediante violência, coação ou a tentar engana-la²⁹⁰.

Artículo 145.

“1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.

²⁸⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> dia 14.09.2014.

Legislación consolidada.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Publicado en: «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

Entrada en vigor: 24/05/1996

Departamento: Jefatura del Estado

Referencia: BOE-A-1995-25444 - (Análisis).

²⁹⁰ *Idem.*

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

Se modifica por la disposición final 1.1 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. Ref. BOE-A-2010-3514

Última actualización, publicada el 04/03/2010, en vigor a partir del 05/07/2010.

Texto original, publicado el 24/11/1995, en vigor a partir del 24/05/1996²⁹¹.

Artículo 145 bis.

“1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto:

a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;

b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación;

c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos;

d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.

2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto²⁹².

Se añade por la disposición final 1.2 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. Ref. BOE-A-2010-3514

²⁹¹ *Idem.*

²⁹² *Idem.*

Texto añadido, publicado el 04/03/2010, en vigor a partir del 05/07/2010.

Artículo 146.

“El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto”²⁹³.

Se modifica el párrafo primero por el art. único.51 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Ref. BOE-A-2003-21538

Última actualización, publicada el 26/11/2003, en vigor a partir del 01/10/2004.

Texto original, publicado el 24/11/1995, en vigor a partir del 24/05/1996.

Houve uma despenalização parcial no boletim oficial do estado de 12 de Julho de 1985 (nº166) 1713.

Posteriormente, a lei orgânica de 5 de Julho de 1985, nº9/85 Governo do estado den aborto, modificado, no artigo 417Bis do código penal. Ou seja uma despenalização parcial.

De acordo com os termos do artigo 417Bis a moldura penal é dentro das 12 semanas.Com graves deficiências chega às 22 semanas²⁹⁴.

Há diversas posições diferentes relativamente ao assunto: a extrema postura conservadora adota o sistema de não admitir de facto a prática do aborto quando está posta em causa a vida da mulher, e que haja um elevado grau de perigo para a sua saúde física²⁹⁵.

A posição conservadora moderada é um modelo de indicação limitada. É permitida a terapêutica, a eugénica e a ética²⁹⁶.

²⁹³ *Idem.*

²⁹⁴ <http://www.aborto.com/legisla%C3%A7ao.htm> dia 14.09.2014, às 16h23.

²⁹⁵ *Idem.*

²⁹⁶ *Idem.*

O modelo intermédio tem uma limitação mais ampla: a condição social é da necessidade²⁹⁷.

A postura liberal tem um modelo de prazos. E, para finalizar, a postura radical defende o direito da mulher a interromper voluntariamente a gravidez em qualquer momento do seu decurso²⁹⁸.

Há conceitos importantes a ter em consideração: A terminologia “legalizar” aplica-se sempre que o aborto deixe de ser vista como crime. Liberalizar corresponde ao modelo em que compete à mulher decidir independentemente dos prazos como atualmente existem às 24 semanas²⁹⁹.

11.3. INGLATERRA

No mundo, discute-se o estatuto jurídico que se poderá reconhecer a um nascituro. São inúmeras as complexidades dadas ao aborto. Muitos países já obtiveram diversas polémicas, não há de facto uma união nesta questão porque há uma barreira cultural, religiosa, política, pessoal, sentimental, racional, toda ela bastante intrínseca, e nem aceitável por todos.

“Irlanda, país que, pela fortíssima influência católica, tem a legislação mais repressiva de toda a Europa, e proíbe o aborto em todos os casos. Tendo em vista o teor da legislação irlandesa e a facilidade de deslocamento no âmbito europeu, tornou-se comum que mulheres irlandesas viajassem para o exterior – sobretudo para a Inglaterra, que possui regulamentação de tipo liberal³⁰⁰ na matéria, em busca do aborto seguro. Duas clínicas de aconselhamento, que vinham fornecendo informações sobre instituições inglesas que realizavam aborto, foram proibidas de continuar a fazê-lo, por decisão da Suprema Corte da Irlanda, que se baseou na tutela do direito à vida do nascituro. Diante disso, as clínicas recorreram ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando que houvera ofensa ao direito humano ao fornecimento e recebimento de

²⁹⁷ *Idem.*

²⁹⁸ *Idem.*

²⁹⁹ *Idem.*

³⁰⁰ A tradução é elaborada pela detentora da tese.

informações.” A Lei do Aborto 1967 cobre o continente do Reino Unido (Inglaterra, Escócia e País de Gales), mas não a Irlanda do Norte³⁰¹.

Muito resumidamente a lei (The Abortion Act 1967) consagra que:

Os abortos após uma análise profunda, da situação envolvente, por parte da mulher, devem ser realizados, ou num hospital, ou numa clínica especializada, licenciados; quanto aos médicos, tem que haver concordância, de pelo menos dois médicos. Assim estes verificam se o aborto iria causar menos danos à saúde física ou mental da mulher de continuar com a gravidez. Delimita-se também que há um pequeno número de exceções, pode ser levada a cabo após as 24 semanas, se: for para salvar a vida da mulher. Evitar danos permanentes na saúde física ou mental da mulher grávida.

No caso de se verificar risco substancial de que, se a criança nasceu, ele / ela teria sérias deficiências físicas ou mentais imediatas e consequentemente futuras.

No seu título inicial: a lei pode ser citada como a lei do aborto de 1967. A lei entrará com o termo no período de 6 meses, começa-se a contar a partir da data em que este é passado.

Por fim a lei não se estende na Irlanda do Norte.

O aborto deve ser realizado o mais cedo possível, na gravidez quanto possível, assim, antes de 12 semanas³⁰².

A lei está organizada em 7 Títulos:

O Primeiro: “Medical termination of pregnancy”

1) “Subject to the provisions of this section, a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith”³⁰³. Os dois médicos têm que estar ambos de boa fé.

a) “that the pregnancy has not exceeded its twenty-fourth week and that the continuance of the pregnancy would involve risk, greater than if the pregnancy were

³⁰¹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents> 18h29 dia 07-07-2014.

³⁰² <http://www.nhs.uk/conditions/abortion/pages/introduction.aspx> 07-07-2014 18h47.

³⁰³ *Idem*, 10-07-2014 às 14H24

terminated, of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family”³⁰⁴; a gravidez não pode exceder as 24 semanas. or

b) “that the termination is necessary to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman”³⁰⁵; ou seja que demonstre um risco acrescido para a saúde física ou mental da mulher grávida. or

c) “that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, greater than if the pregnancy were terminated; é feita imediatamente uma rescisão do feto, para evitar uma lesão grave na mulher”³⁰⁶. Se porventura a mulher continuar com a gravidez, ou tenha serios riscos.

or d) “that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped”³⁰⁷. Torna-se um serio risco e um perigo futuro para a criança se eventualmente nasceu.

O segundo: A Notificação

2-”In determining whether the continuance of a pregnancy would involve such risk of injury to health as is mentioned in paragraph (a) [F2or (b)] of subsection (1) of this section, account may be taken of the pregnant woman’s actual or reasonably foreseeable environment”³⁰⁸. Se há realmente um elevado risco que provoque sérias lesões no que foi acima explicito no paragrafo a) e b) do nº1. Ter em conta o ambiente onde a grávida está inserida ou se seria realmente previsível.

A terceira: Aplicação da lei

3-”Except as provided by subsection (4) of this section, any treatment for the termination of pregnancy must be carried out in a hospital vested in [F3the Secretary of State for the purposes of his functions under the [F4National Health Service Act 2006]F4 or the National Health Service (Scotland) Act 1978 [F5or in a hospital vested in [F6a Primary Care Trust or]a National Health Service trust][F7or an NHS foundation trust]F7 or in a place approved for the purposes of this section by the Secretary of

³⁰⁴ *Idem.*

³⁰⁵ *Idem*, dia 10-07-2014 14h26.

³⁰⁶ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents> dia 10-07-2014 14h27.

³⁰⁷ *Idem*, dia 10-07-2014 14h28.

³⁰⁸ *Idem*, dia 10-07-2014 14h29.

State]”³⁰⁹. Salvo parágrafo anterior o tratamento para a interrupção voluntária da gravidez tem que ser feita num hospital com todas as normas legais.

“[F8(3A)The power under subsection (3) of this section to approve a place includes power, in relation to treatment consisting primarily in the use of such medicines as may be specified in the approval and carried out in such manner as may be so specified, to approve a class of places.]”³¹⁰

A quarta: Objeção da Consciência para a participação no tratamento

4- “Subsection (3) of this section, and so much of subsection (1) as relates to the opinion of two registered medical practitioners, shall not apply to the termination of a pregnancy by a registered medical practitioner in a case where he is of the opinion, formed in good faith, that the termination is immediately necessary to save the life or to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman”³¹¹. A opinião, tem que ser efetuada pelo menos por dois médicos, credenciados, mas somente para evitar danos permanentes graves, para a saúde física ou mental, da mulher grávida.

³⁰⁹ *Idem*, dia 10-07-2014 14h30.

³¹⁰ *Idem*, dia 10-07-2014 14h31.

³¹¹ *Idem*, dia 10-07-2014 14h32.

12.0. JURISPRUDÊNCIA E EVOLUÇÃO PRÁTICA

Engloba-se no presente capítulo, a seleção jurisprudencial europeia, que se conseguiu empreender: esta não foi exaustiva, para precisamente não demonstrar apenas uma listagem de jurisprudência, mas sobretudo de reflexão. O objetivo que fundamentalmente é pretendido é metodológico.

Investigaram-se e salientaram-se, as linhas de evolução do tema, para conseguir alcançar a resolução concreta.

A apreensão do Direito e das soluções jurídicas implicam estudar a interação entre a formulação das soluções em abstracto e a sua concretização prática na resolução dos problemas dos cidadãos. Esta é o domínio próprio da jurisprudência.

Vejamos o Acórdão: n.º 617/2006, Processo nº 924/2006. Plenário. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma.

É um acórdão do Tribunal Constitucional. O assunto, é relativo ao referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez, se realmente, se pode efetuar motivado pela consciência e reflexão da mulher nas 10 primeiras semanas. “Acórdão, n.º 617/2006, Processo nº 924/2006. Plenário. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma.

“Acordam, em sessão plenária, no Tribunal Constitucional: O pedido e a apresentação do problema (...) A resolução em causa, tem o seguinte teor: propõe a realização de um referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez, realizada por opção da mulher nas primeiras 10 semanas”³¹².

Neste acórdão, é referida a importância do Direito Comparado.

No Direito Francês se verificou um alargamento do prazo de 10 para 12 semanas. A lei procedeu à descriminalização da IVG até às 10 semanas, em situações de angústia. Assim, a mulher pode abortar legalmente até as 12 semanas desde que efetuada por um médico inscrito, na Ordem dos Médicos.

“Entre 1998 e 2006, registou-se, no Direito francês, o alargamento do prazo em que a mulher pode solicitar a interrupção voluntária da gravidez de dez para doze semanas,

Alterando-se, assim, a chamada Lei Veil, que procedeu à descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, até às dez semanas, em situações de angústia. Tal

³¹² <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html> Dia 14.09.2014.

regime está contido no Code de la Santé Publique, (Ord. nº 2000 548, de 15 de Junho de 2000), o qual prevê agora o seguinte (Art. L. 22121): A mulher grávida, que o seu estado coloca, numa situação de angústia, pode solicitar a um médico, a interrupção da gravidez. Esta interrupção da gravidez, não pode ser praticada, senão antes da décima segunda semana de gravidez. “[La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander a un médecin l’interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu’avant la fin de la douzième semaine de grossesse.”³¹³

“A IVG só pode ser efectuada por um médico com inscrição na ordem dos médicos, num centro de saúde com condições legais e sanitárias”³¹⁴.

“No Art. L. 2212 2, acrescenta-se que a interrupção voluntária da gravidez só pode ser realizada por um médico, num estabelecimento de saúde público, ou privado, satisfazendo as condições do artigo L. 2322 (Lei nº 2001 588, de 4 de Julho de 2001) e no “quadro de uma convenção” entre o médico e o estabelecimento de saúde”³¹⁵

Em caso de haver menores, e da resposta negativa por parte dos progenitores do menor, estes podem pedir autorização para os auxiliar num procedimento mais correcto.

“A referida lei estabeleceu, que os menores, em caso de recusa dos pais, podem apelar a um adulto da sua escolha para os apoiar nas suas diligências. Por outro lado, o aconselhamento prévio torna-se facultativo e criminaliza-se o entrave à interrupção voluntária da gravidez. O Conselho Constitucional pronunciou-se sobre tal lei- (Décision nº 2001 446 DC – 27 Juin 2001, consultável em: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2001/20011446/20011446dc.htm), considerando que “a lei não quebrou o equilíbrio, que o respeito da Constituição impõe entre, por um lado, a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, contra toda a forma de degradação e, por outro lado, a liberdade da mulher que decorre do artigo 2º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”³¹⁶.

³¹³ *Idem.*

³¹⁴ *Idem.*

³¹⁵ *Idem.*

³¹⁶ *Idem.*

No caso concreto da Irlanda decidiu-se que a IVG é legal no caso de haver fortes probabilidades de risco do suicídio da mulher. Assim se fundamentaram um caso concreto, específico de uma jovem, vítima de Violação.

“Por outro lado, na Irlanda realizou-se, em Março de 2002, novo referendo, em que esteve em causa, uma alteração da Constituição, visando consagrar uma emenda segundo a qual a vida intrauterina deveria ser protegida, de acordo com a Protection of Human Life in Pregnant Act, de 2001, legislação que apenas permitia a interrupção voluntária da gravidez, no caso de perigo, para a vida da mulher diverso do risco de suicídio”. Neste referendo, discutiu-se a inversão, ou não da jurisprudência, que considerou justificada a interrupção voluntária da gravidez em caso de invocação do risco de suicídio da mulher – no caso de uma jovem de 14 anos vítima de violação (cf. LISA SMITH, *The Politics of Reproduction in Contemporary Ireland*, 2005, p. 17 e ss.). O resultado do referendo foi, porém, negativo, tendo-se mantido a situação anterior”³¹⁷.

E quanto aos tribunais portugueses hierarquicamente inferiores e integrados na jurisdição comum? Vejamos um exemplo paradigmático: o caso do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa.

Processo nº 57/11.9TVLSB.L1-7.

Na sequência da análise jurisprudencial destaca-se este acórdão no qual há a supremacia da *individualidade jurídica* inglesa, norte americana e irlandesa.

“A obrigação contratual do médico, é um exemplo clássico de uma obrigação de meios, uma vez que não se vincula, à obtenção de determinado resultado, isto é, em princípio, não assegura, nem pode assegurar, a obtenção da cura, apenas se obrigando a empregar todos os meios possíveis para a conseguir. III – O diagnóstico pré-natal é constituído pelo conjunto de procedimentos com o objetivo, de avaliar se um embrião, ou feto é portador de uma determinada anomalia congénita”³¹⁸.

Quando existem danos em casos de concepção:

³¹⁷ *Idem*.

³¹⁸ <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/98556e5884876b9b80257cf20037f231?OpenDocument> dia 14.09.2014.

“V - Tais acções ocorreram primeiro nos EUA, onde desde logo se distinguiram três tipos fundamentais de wrongful actions: as fundadas em wrongful conception, em wrongful birth e em wrongful life, sendo comum a todos estes tipos de acção a existência de danos verificados em caso de concepção ou nascimento indesejados de uma criança”³¹⁹.

A questão não é a valoração como um caso positivo ou negativo. Mas conseguir uma decisão mais coerente.

“VI - No caso de wrongful birth, o dano não reside na impossibilidade de decidir em determinado sentido (efectuar ou não o aborto), mas na impossibilidade de decidir de forma livre e esclarecida, independentemente de qual teria sido o sentido da decisão”³²⁰.

Assim, é de forma menos liberal, que a legislação britânica, consegue alcançar relativamente ao Aborto, e à sua livre escolha dentro de certos limites.

“VII - O que significa que estas acções, não serão admissíveis, em ordenamentos jurídicos, que proibam totalmente o aborto fundado em doença, ou malformação embrionária ou fetal”³²¹. Ou seja nem sequer permitem a doença ou malformação.

Assim o nosso país, é um ordenamento jurídico permissivo. Este tem um artigo no qual a IVG não é punível. “VIII - Nos ordenamentos jurídicos que admitem o aborto, como acontece com o nosso, haverá que ter em consideração os casos em que a interrupção da gravidez não é punível (art.142º, nº1, do C.Penal)³²²”.

Ora é de crucial relevância, o facto de ser de consentimento livre, e esclarecido num documento escrito.

IX - Para que, a Comissão Técnica de Certificação seja chamada a pronunciar-se sobre a situação prevista na al.c), do nº1, do citado art.142º, é indispensável que o consentimento livre, e esclarecido para a interrupção da gravidez, seja prestado em documento escrito, nos termos estabelecidos na Portaria nº741-A/2007, de 21/6323.

Conforme o caso específico dos acórdãos, houve um sofrimento elevado para os réus.

³¹⁹ *Idem.*

³²⁰ *Idem.*

³²¹ *Idem.*

³²² *Idem.*

³²³ *Idem.*

“Conforme refere Pinto Monteiro, in R.L.J., Ano 134º, Nº3933, pág.379, de um modo geral, no direito comparado, a posição dominante, tende a reconhecer aos pais o direito à indemnização, para reparar os danos, patrimoniais e não patrimoniais, por eles sofridos (wrongful birth), mas rejeita-se, a indemnização pedida pela criança (representada pelos pais na menoridade), por ter nascido, com malformações (wrongful life). É esta, designadamente, a posição que prevalece na jurisprudência norte-americana, inglesa, alemã e holandesa (apesar de algumas opiniões discordantes com que por vezes se depara na doutrina). E é esta, também, a posição subscrita pela, nossa jurisprudência, nomeadamente do STJ (cfr. os Acórdãos de 19/6/01 e de 17/1/13, disponíveis in www.dgsi.pt)”³²⁵.

É visível o enorme arbítrio da legislação dos países em questão – e o seu pouco acerto.

³²⁴ *Idem.*

³²⁵ *Idem.*

13. CONCLUSÃO

Ora, nesta tese destacou-se um caminho longo até conseguir chegar ao objectivo final.

Na realidade, começou-se a investigação com uma perspectiva histórica para poder ter a noção desta questão no passado.

Observou-se que há diversos tipos de pena desde os tempos da antiguidade até à declaração dos direitos do homem.

Assim os direitos fundamentais também fazem parte deste caminho no qual se inseram no contexto de protecção dos direitos fundamentais são direitos próprios de todos os cidadãos. Neste caso o bem jurídico a proteger é a vida intra-uterina. Efectivamente todos os estados membros possuem valores comuns, princípios e culturas todas diferentes.

Apesar da consciência plena de que a medicina também era importante nesta questão destacou-se o código deontológico dos médicos. Os médicos são os que tem uma permissão legal de aborto com as suas habilitações académicas e de experiência prática para praticar o aborto de forma lícita.

Sendo assim, como o bem jurídico a proteger é a vida intra-uterina, a ligação para com a dogmática penal é essencial para toda a investigação. Sendo uma tese jurídico-criminal a dogmática é importante para perceber todo o conteúdo de direito penal aqui interligado. Assim estudou-se a teoria do direito penal e a infracção do direito penal.

Assim será um crime de aborto, se ultrapassar todos os limites permitidos na lei, ou seja, se se preencher todos os pressupostos da infracção penal.

Na infracção penal para preencher um tipo legal de crime, tem que ser uma acção típica, ilícita, culposa e punível.

Como o bem jurídico é a vida intra-uterina, estudou-se a noção de vida humana consagrada na Constituição da Republica Portuguesa. A vida humana eleva a muitas emoções.

Ora as emoções muitas vezes levam ao agente/autor cometer o crime. E assim pode-se alcançar o motivo de tal prática com base na lógica das emoções.

Nesta viagem ao conhecimento as noções de aborto eram diversas, com acções diferentes e motivações também diferentes, deveras interessante.

Após uma leitura cuidada, analisada, com as fontes intelectuais de conhecimento adquiridos em todas as aulas de mestrado, a ideia surgiu. A criação de uma lei internacional do aborto, aliado à fundamentação da dogmática do direito penal internacional.

Este ramo do direito incide sobre os crimes contra a humanidade, além de que todas as valorações e metodologias são influenciadas aos ordenamentos jurídicos penais dos estados. O qual não se concorda inteiramente.

Nesta perspectiva aborda-se um pouco sobre as normas internacionais de determinados países que na opinião da autora da tese achou mais relevantes e em termos de comparação legislativa se tornou completamente discordante, no facto de todos terem uma base legislativa penal divergente.

Por fim a parte emocional também não se descarta, porque efectivamente faz parte de toda esta viagem de conhecimento.

Com este último capítulo, destaca-se o estudo bastante intenso e de muita luta para poder alcançar o objetivo final. Tiram-se diversas conclusões. Porque na junção de pequenas conclusões retira-se a fundamental e a crucial conclusão final.

Far-se-á uma cronologia da tese. A evolução do Aborto tem vindo a registar-se desde os tempos primitivos.

Foi um tema muito complexo e com diversas legislações e penas para quem praticava o crime. A sociedade mundial foi evoluindo e o grau de culpabilidade se ia diversificando. Assim, qualquer mulher poderia provocar o aborto de diversas maneiras, prejudicando não só a sua saúde como a mortalidade para o feto, seu objetivo último. A partir de 2007, houve uma alteração legislativa.

É um tema que se estuda no Direito Penal. Ora, O Direito Penal visa a proteção de bens jurídicos: o aborto está consagrado no Código Penal no capítulo dos crimes contra a vida intrauterina.

Predominava a punibilidade masculina até ao século XVI, os homens não tinham que dar opinião acerca da vida do feto nas mulheres nem tinha esse direito.

A punibilidade na Grécia, este tipo legal de crime não era nem contra a lesão de um direito feminino nem dizia respeito á morte do feto, simplesmente, não era abordado o homicídio porque como acima se refere o feto não era considerado ser vivo antes do nascimento.

Quanto ao crime de aborto em Roma não era punível, o feto pertencia à mulher.

Saliente-se o aborto no Judaísmo: a punibilidade do aborto tinha como crime: Crimina extraordinária, ou seja não havia sanções classificadas. A instituição jurídica da custódia do ventre defendia o interesse do feto, assim, era nomeado um guardião do ventre para a mulher não correr o risco de abortar, era considerado homicídio. Não era permitido que se praticasse tal acto macabro em situações de insuficiência económica, havia o fundamento de abortar exclusivamente em situações que provocassem graves consequências na saúde da mãe. Se eventualmente e inesperadamente houvesse situações de violência, incesto, malformações, ou problemas equiparados, era submetido ao exame de uma autoridade rabínica.

E a punibilidade no Cristianismo: as penas modificavam de acordo com a violência do crime, os crimes que sucediam ou diziam respeito á vida ou á morte.

Na legislação cristã tinha como base de orientação um documento: Doutrina dos doze apóstolos (ou Didaché) fundamentava-se em duas vertentes, a vida e a morte.

Por fim no Islão: a mulher não detinha de autonomia de decisão e demonstram o aborto de um feto masculino ter uma pena superior á feminina. Na tradição xiita no seu código penal: (atualizado em 1990) prevê uma casuística a propósito da quantia de dinheiro a pagar à pessoa que sofreu o dano.

Abordou-se a declaração dos Direitos do Homem e os Direitos Fundamentais da União Europeia. Na mesma, estão implícitos conceitos da dignidade e do direito à vida.

Seguidamente, segue-se no Direito da Medicina, o juramento de Hipócrates e a importância que este dava à vida do ser humano.

O conceito de vida humana, também foi crucial, compreender quando é que existe realmente vida humana, inviolabilidade da vida humana, a vida intrauterina e extrauterina, divergindo doutrinariamente nesta questão.

À medida que se avançava na investigação, verificou-se que há diversos tipos de aborto, e de definições. O Aborto criminoso está consagrado no artigo 140º do Código Penal. Divergem os tipos de aborto o terapêutico, o eugénico, sentimental, por insuficiência económica e o *honoris causa*.. Em suma são vários, os tipos de aborto que se conhecem: criminoso, terapêutico, eugénico, aborto sentimental, aborto por motivos económicos, aborto «*honoris causa*».

O objetivo do tema é a criação de uma lei internacional com objetivos em concreto, de estrutura dinâmica, atualizada, plenamente eficaz, com igualdade perante a comunidade internacional. O ser humano é igual no mundo todo. Quando as mulheres engravidam, o processo de gestação processa de modo semelhante, mesmo quando existem consequências.

Assim estudaram-se diversas leis de diversos países para se obter a capacidade de consolidar uma opinião sobre esta temática. A jurisprudência foi uma forte aliada para deixar ainda com mais certeza da posição definida. Porque como se afirmou, não se pretende uma tomada de posição valorativa ou ideológica sobre o aborto: não é um sim ou não quanto à admissibilidade das práticas abortivas. Pretende-se, antes, a criação de uma lei internacional igualitária, que promova a protecção dos bens jurídicos vida, saúde e liberdade da mulher. Será um objectivo utópico? Julgamos que não: tais bens jurídicos já se encontram consagrados em convenções internacionais, a sua defesa é um objectivo prosseguido pelas Nações Unidas por força da sua “constituição” (Carta das Nações Unidas) e é um valor que caracteriza as democracias ocidentais e os Estados de Direito. Pretende-se, pois tão só, alargar tal protecção quanto à regulação jurídico-penal do aborto.

14.0 REFERÊNCIAS

LEGISLAÇÃO:

Constituição da República Portuguesa;

Código Penal;

Lei de 16 de dezembro de 1830 de 17 de Abril.

Lei 6/84 de 11 de Maio

Lei 16/2007 de 2010;

Lei do Nascituro.

Lei da Proteção dos Embriões (Alemã)

DL 10 de Dezembro de 1982.

Ley Orgánica 10/1995 23 noviembre, del Código Penale.

Projecto de lei de 2007 (Estatuto do Nascituro)

RELATÓRIO:

Relatório parecer 19 CNECV 97 Projectos de lei relativos à interrupção voluntária da gravidez. Apreciação ética

DOCTRINA:

ALMEIDA COSTA, António, O Aborto e o Direito Penal, Revista da Ordem dos Advogados, III, 1984.

AMARAL, Diogo Freitas do, Manual de Introdução ao Direito, Almedina, Coimbra, 2006.

AMARAL, Diogo Freitas, do, História do Pensamento Político Ocidental, Almedina, Coimbra, 2012.

ANDRADE, COSTA, MANUEL, O Aborto como problema de política criminal, Revista da Ordem dos Advogados, 1981.

ÁNGEL MARZAL, Miguel, La irresistible ascensión del CRAI en universidad. Revista do Instituto de Ciência da Informação da UFBA, 2008.

APPOLINÁRIO, Fabio, Metodologia da ciência: filosofia e prática da pesquisa. São Paulo : Pioneira Thomson Learning, 2008.

ARISTÓTELES, Ética e Nicómaco, Bertrand, Lisboa, 2009.

ARAÚJO, Luís, Ética uma Introdução, estudos gerais, série universitária, Março de 2005.

ASOCOMEFO, Departamento de Medicina Legal Poder Judicial Costa Rica Opinión la relación médico paciente hipocrática, 2010.

BACELAR, Jorge, Direito Internacional Penal uma Perspectiva Dogmática Jurídica, Almedina, Coimbra, 2008.

BANDEIRA de Mello Celso, Direito Internacional Publico, Volume I, Saraiva, São Paulo.

BARROS, Pinto José, Magistrado do Ministério Público, Planeamento Familiar, Aborto e o Direito, Coimbra Editora, 1982.

BODIN, Jean, On Sovereignty, Cambridge, University Press, 1992.

BOURDEAU, Sobre o Estado, edições 70, 2013.

BRITO, José de Sousa, A Lei Penal na Constituição---

BERGAMINI, Miotto, O Direito à Vida Desde que Momento?

CAETANO, Marcelo, História do Direito Português, Verbo, 2005.

CAMPOS, Ana, Crime ou Castigo, da perseguição contra as mulheres até à despenalização do Aborto, Almedina, 2007.

CANOTILHO, Mariana/SILVEIRA, Alessandra, Carta dos Direitos Fundamentais, Almedina, Coimbra, 2013.

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA Vital, Constituição da Republica Portuguesa Anotada, Volume 1, Coimbra, 2006.

CANOTILHO, Gomes, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2012.

DELGADO, Rebolo, El Derecho Fundamental a la Intimidad, Madrid. Dykinson, 2000.

DIAS, Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial Tomo I artigo 131º a 201º, 2ªedição, Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Figueiredo, Direito Penal Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime, Coimbra, 2007.

DINIS, Galiza, Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional, Revista de Direito Internacional, número especial, Volume 9, n.º4, 2012.

ECO, Humberto, Como se faz uma tese em ciências humanas, 16ª Edição, Editorial Presença, 2010.

EIRAS, Henriques, Guilhermina, Fortes, Dicionario de Direito Penal e Processo Penal, Quid Juris, Lisboa 2010.

GALEOTTI GIULIA, História do Aborto, Edições 70, Janeiro de 2007.

AAVV, Enciclopédia Luso Brasileira de Cultura, Tomo A e tomo D16ª edição, Editorial Verbo, Lisboa, 2007.

FILHO, Rodolfo Pamplona, Araújo, MEIRELLES, Ana Thereza, Tutela Jurídica do Nascituro à luz da Constituição Federal, Revista Lex Magister, 2006.

HIPÓCRATES, JURAMENTO DE HIPOCRATES-Fórmula de Genebra juramento de Hipocrtaes, adaptado peça associação médica mundial em 1983. – ANEXO (folha em papel).

KVITKO, Luís, El Corpus Hippocraticum Llegó Hasta Nuestros días. Lo Integran más de sesenta libros de Hipócrates. Entre ellos, se establecen principios claros sobre la conducta que debía observar todo médico, 2010.

LAURENCE, H. Tribe, Clash of Absolutes, Harvard, Massachusetts, 1992.

LOBO, Manuel, Revista Tratado de Lisboa: os primeiros passos Embaixador, Representante, 2011.

MACHADO, João, Grande Dicionário da Língua Portuguesa, Volume II, Circulo de Leitores, Lisboa, 1991.

MAQUIAVEL, Nicolau, O Príncipe, Presença, Barcarena, 2008.

MARTINS, Afonso, OLIVEIRA, Salema de, Direito das Organizações Internacionais, AAFDL, Lisboa, 1996.

MARTINS, António Carvalho, O Aborto e o Problema Criminal, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

MATOS, Maurílio, A Criminalização do Aborto em Questão, Almedina Brasil LTDA, Junho de 2010.

MELO, José de, Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição da República Portuguesa, Volume II, Almedina, Coimbra, 2004.

MIRANDA, Jorge Miranda e Medeiros Rui, Constituição Portuguesa Anotada Tomo I, 2ª edição revista, actualizada e ampliada, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MUNIZ, José Manuel, GARCIA Oscar, Código Penal Y Leyes Penales Especiales, Aranzadi, 1996.

NEVES, João Curado, Emoções e o Crime, Filosofia, Ciências, Arte e Direito Penal, Almedia.

TEDÉIA, Gilberto, Pequena Biografia Filosófica, de Kant, USP, São Paulo, 2009.

- PEREIRA, Margarida**, Os Homicídios, Pedro Ferreira Editores, Lisboa, 2012.
- PINTO, Bronze, José**, Lições de Introdução ao Direito, Almedina, 2010, 6ª edição.
- PINTO, Eduardo Vera Cruz**, Curso de Ética e Filosofia do Direito, Principia Editora, Cascais, 2010.
- QUADROS Fausto, Pereira, André**, Manual de Direito Internacional Público, 3ª edição Revista e Actualizada (Reimpressão), Almedina, Coimbra, 2007.
- QUADROS, Fausto**, Direito da União Europeia, Direito Constitucional Administrativo da União Europeia, 2ª Reimpressão, Almedina, 2008.
- ROXIN, Claus**, Problemas Fundamentais do Direito Penal, Universidade de Direito e Ciencia Jurídica.
- NOVAIS, Jorge Reis**, Os Principios Estruturantes da República Portuguesa, Coimbra, 2011.
- PATTO, Pedro Morais**, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, O sentido da Criminalização do Aborto, Coimbra, 2005.
- RUEFF. Maria do Céu**, Segredo Médico como garantia de não Discriminação estudo de caso: VIH/SIDA, Coimbra, 2009.
- RUEFF, Maria do Céu**, Violação do Sigilo Médico, comentário Acta Médica, Porto, 2010.
- SANTOS, M, Henriques, M**, Noções Elementares do Direito Penal, rei dos livros, 2009.
- SOUSA, Marcelo Rebelo**, A História Política e Jurídica da Revisão Constitucional e do Referendo à regionalização, Bertrand, 1999.
- TAIPA de Carvalho, Américo**, Direito Penal – Parte Geral, Coimbra, 2014.
- TEDEIA, Gilberto**, Pequena Biografia Filosófica, de Kant, Direito e Filosofia, USP.

TEUBNER, O Direito como Autopoiético, Clouste Gulbenkian, Lisboa.

TUBIANA, Maurice, História da Medicina e do Pensamento médico Prevenção e Proteção sempre presentes na evolução da medicina e do pensamento médico. Coleção Teorema Série especial, 1995.

VASCONCELOS, Pedro Pais, Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, Coimbra.

VEATCH, Henry, Ética del ser racional, nueva colécion labor, editorial labor , s.a. Traducción de J.M Garcia de la Mora..

WILGES, Irineu, As Religiões no Mundo, Volume 1, Editora Vozes, Petrópolis, 1986.

FONTES DE INTERNET:

<http://aborto.aaldeia.net/a-reprovacao-legal-do-aborto/>

<http://www.aborto.com/legisla%C3%A7ao.htm>

<http://www.aborto.com/legisla%C3%A7ao.htm>

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/98556e5884876b9b80257cf20037f231?OpenDocument>

www.dgsi.pt

http://eeas.europa.eu/delegations/cape_verde/what_eu/eu_memberstates/index_pt.htm

http://eeas.europa.eu/delegations/cape_verde/what_eu/what_we_do/index_pt.htm

<http://faculty.cua.edu/pennington/Canon%20Law/ElviraCanons.htm>.

http://www.farmaciasaude.pt/site/index.php?option=com_content&view=article&id=73:aborto-terapeutico&catid=53:sintomasdoenca&Itemid=280

http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conv_Viena/Convencao_Viena_Dt_Tratados-1969-PT.htm dia

<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

<http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>

http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_218a.html

http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_218b.html

http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_218c.html

http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_219.html

http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_218a.html

http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_218b.html

http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_218d.html

<http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa/dignidade>

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents>

<http://www.nhs.uk/conditions/abortion/pages/introduction.aspx>

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1644&tabela=leis&

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>

<http://www.tvi.iol.pt/VIDEOS/13841567> -Caso-

EXTERIOR:

DIRECÇÃO GERAL DA SAÚDE, MINISTÉRIO DA SAUDE. Folhas Fonercidas pela Dra Sandra Espadana – Anexos.

JURISPRUDÊNCIA:

MOREIRA Vital, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º85-085 – P.