



A ACTUAL LEI DO ABORTO

E O ESTADO DE DIREITO

A legitimidade da lei

Em todo o mundo o debate sobre a legitimidade da lei que permite o aborto ou que o não pune, é factor de divisão na sociedade. Seja nos países onde este é livre, seja nos países onde o aborto é crime. O tema é controverso.

A ideia da legalização do aborto surge acoplada à contracepção que nos anos 30 e 40 do século XX invade a sociedade ocidental com fins exclusivamente de controle da natalidade.

“Poucos recursos, muitas pessoas ...” Malthusianismo.

O aborto era assim o “remédio” para a falibilidade da contracepção.

Além disso, é uma bandeira que os movimentos políticos de esquerda fazem sua, em nome do direito à autodeterminação sexual da mulher, dos direitos reprodutivos da mulher, do direito à emancipação da mulher, do direito ao acesso ao mercado de trabalho da mulher, etc..

Hoje a nível mundial a questão não está resolvida e cada vez mais as sociedades se movimentam em sentido inverso ao dos anos 60 e 70 do século passado. Em primeiro lugar porque a pirâmide demográfica está hoje invertida, em segundo lugar porque se verifica que a mulher não carece do aborto para aqueles apregoados direitos, em terceiro lugar porque a contracepção é quase infalível e, por fim, porque as sociedades que o experimentam sabem que o aborto além de eliminar um bebé, destrói também uma mulher/mãe, um pai, uma família e uma sociedade.

É em função deste juízo que, hoje não encontramos legislações onde o direito ao aborto exista em sentido absoluto. Ele pode, e é admitido, em circunstâncias delimitadas pela lei e como última “*ratio*” para uma circunstância dramática e devidamente reconhecida.

O caso português presente.

Em Portugal o debate leva já mais de 20 anos e neste tempo ganhou-se a consciência social e política de que o tema é de tal forma fraturante, violentador de certas consciências e com consequências sociais tais que a larga maioria representada no Parlamento (PS e PSD) tem entendido que este não está mandatado para, por si só, alterar a lei. E assim entendeu-se já em 1998 que só por Referendo a lei poderia ser alterada.

Em 1998 o Referendo não foi vinculativo e a maioria dos votantes votaram “Não”. A questão não ficou resolvida por não ter sido vinculativo. Isto é, o Referendo não era válido. Só esta razão justifica que 8 anos depois seja repetido o Referendo.

Os partidos posicionaram-se durante estes 9 anos e, os 2 maiores partidos (PS e PSD, a que se juntou o BE e o CDS) definiram que o Referendo era condição necessária à alteração da lei do aborto.

Dentro do PS, em sede de eleições directas para o Secretário Geral do Partido em que venceu José Sócrates este era o único candidato a defender o Referendo como condição para alterar a lei do aborto e, ganhou esmagadoramente essa eleição.

No programa eleitoral das legislativas de 2005 o PS reafirmou esse propósito.

Em 1997 a CRP foi alterada e introduzido o nº11 do artigo 115º: “O Referendo só tem efeito vinculativo quando o número de votantes for superior a metade dos eleitores inscritos no recenseamento”.

Este dispositivo constitucional há-de ter algum valor. Pergunta-se então qual. Não há normas inúteis.

O **Prof. Jorge Miranda** em Anotação à CRP editado em 2006 diz “**trata-se de uma espécie de direito de veto conferido aos abstencionistas**” (in CRP Anotada artigo 115º).

Não pode por isso ignorar-se hoje o nº11 do artigo 115º da CRP.

Assim, parece-nos que fundamentar a alteração à lei do aborto (Código Penal) no resultado referendário é claramente uma violação à Constituição. Estamos em sede de **Inconstitucionalidade material**.

É bom de ver que a CRP não tem normas inúteis. E, se não se pretende cumprir a CRP então que se revogue aquela norma constitucional.

Portugal é um **Estado de Direito**.

Surgem vozes das Academias estrangeiras já neste sentido – Como vão alterar a lei se o Referendo não é válido? Perguntam-nos. A Imprensa

Internacional apontava a derrota do Primeiro Ministro por não ter sido capaz de vencer a abstenção.

Dir-se-á então que nenhuma lei está, em face da CRP, sujeita a Referendo e por isso o Parlamento pode fazer todas as leis que entenda porque está mandatado pelo povo.

É verdade que o Parlamento tem legitimidade jurídica para fazer qualquer lei. Mas no caso do aborto a maioria dos deputados não está mandatado pelo povo para decidir. Porque os dois maiores partidos com assento parlamentar no respectivo programa eleitoral declararam submeter esta matéria à deliberação directa do povo. Não pediram ao povo este poder, o mandato que lhes foi conferido não contém direito a decidir em matéria do aborto.

Só os deputados do PCP e do BE têm legitimidade material para votar a lei do aborto.

Por outro lado, verifica-se que **apenas 25% dos portugueses pretende alterar a lei**. Sendo certo que é regra basilar do sistema democrático que o poder resulta da vontade da maioria do povo. Verificando-se uma forte abstenção, a vontade popular expressa não deve ser considerada como representando a vontade maioritária dos cidadãos (in Benedita Urbano “O Referendo” – Página 91). É o que a doutrina chama o **perigo das conjunturas pontuais** ditadas por diferentes circunstâncias, e que tendo uma expressão reduzida no universo eleitoral (no nosso caso apenas ¼ dos eleitores, ficando de fora desta decisão ¾ dos eleitores) em matérias desta dignidade e importância não podem sustentar uma alteração ao sistema jurídico de tal gravidade.

Em contrapartida quase 70% dos deputados quer alterar a lei. Mas isto só mostra o divórcio entre os deputados e o povo nesta matéria.

O **“veto” dos abstencionistas** à proposta de alteração legislativa defendida por **Jorge Miranda** muito antes desta polémica foi também em 1998 defendido pelos então líderes dos dois maiores partidos. Guterres e Marcelo declararam que só seria alterada a lei se o Referendo fosse vinculativo. Havia ainda a memória da alteração à CRP de 1997 que introduziu este novo número ao artigo 115º.

“*De jure condendo*” pode discutir-se se se deve exigir uma tão ampla maioria de votantes (50%) sendo certo que outros sistemas exigem menos.

Mas “*dura lex, sed lex*”. Todos conheciam, quando foi convocado o Referendo, as regras da CRP. Todos se submetem à lei e o PS fez toda a

sua campanha contra a **abstenção** porque sabia ser esta batalha que tinha de vencer.

A abstenção não tem o mesmo sentido caso o “não” ganhe ou caso o “sim” ganhe. Se o “não” ganhar esse junta-se ao sentido de “veto” já referido (aconteceu em 1998). Mas o inverso não é verdadeiro.

Acresce que a admitir-se esta vinculação ao resultado do Referendo abrir-se-á um precedente gravíssimo. Todos os Referendos seriam válidos? Com 15% de votos? As conjunturas ditariam mais do que a vontade amadurecida de anos e anos de construção civilizacional!

Nem o “sim” nem o “não” podem fazer sua a vontade dos abstencionistas. Dizer que, quem se abstém quer deixar passar a lei, é mais arbitrário do que admitir que, quem se abstém entende que não há razão para alterar a lei existente. De notar a tese defendida por **André Freire e Pedro Magalhães in “Abstenção eleitoral em Portugal”** segundo a qual nos Referendos (de 1998) a abstenção pode “estar relacionada com a existência de um conflito entre a indicação de voto de determinado partido e a vontade dos eleitores/simpatizantes desse partido. Estes eleitores basicamente têm duas saídas: Votar contra a indicação do partido ou abster-se. **A divergência entre as elites dirigentes de determinado partido, quanto à indicação de voto a dar aos seus eleitores, pode também levar àquele resultado, abstenção**”. (Páginas 108 e 109 – Edição da Imprensa Ciências Sociais, apoiada pela **Assembleia da República – Junho de 2002**).

A exigência de um “quórum” de participação no Referendo decorre, por fim, da própria importância das questões que deverão ser resolvidas através da pronúncia popular, “questões de relevante interesse nacional” (artigo 115º nº3 da CRP), não tendo sentido permitir que elas possam vir a ser resolvidas por um número pouco expressivo de cidadãos, de modo nenhum representativo do povo português na sua globalidade (25% dos eleitores). Na Assembleia da República uma lei de valor reforçado ou uma lei orgânica não pode ser aprovada por ¼ dos deputados!!!

A representatividade das decisões em democracia, fonte de legitimidade e capacidade para se imporem aos destinatários, é uma exigência intrínseca do sistema.

Note-se que, se o Referendo tivesse sido vinculativo com a vitória do “sim” o Parlamento deveria cumprir escrupulosamente a vontade popular

expressa. Isto é, deveria consagrar o **direito ao aborto** por opção da mulher até às 10 semanas de gravidez.

Existem sistemas constitucionais que consagram o Referendo Consultivo.

Ora, não é esse o sistema constitucional português. **Não existe a figura do Referendo Consultivo na CRP** (Vd. Maria Benedita Urbano in “O Referendo” página 90 – Coimbra Editora).

Os órgãos de soberania estão sujeitos ao princípio da legalidade. Logo não se pode transformar o Referendo do artigo 115º num Referendo Consultivo.

Aliás, é clara a CRP consagrando o regime do Referendo como sendo convocado com carácter **facultativo** e tendo efeito **vinculativo**. Não existe na CRP efeitos consultivos do Referendo (Artigo 115º nº1 “ Os cidadãos eleitores recenseados no território nacional podem ser chamados a pronunciar-se directamente, a **título vinculativo**, através de Referendo ...” da CRP).

Em conclusão, no cumprimento da CRP o resultado eleitoral do Referendo último não permite alterar a lei do aborto (Código Penal) por inconstitucionalidade material (Violação do disposto no artigo 115º nº11 da CRP).

Porém, nenhuma lei está sujeita a Referendo. A decisão de convocar Referendo é da Assembleia da República e é facultativa.

A Assembleia da República pode fazer uma lei do aborto. Pode alterar o Código Penal. Mas fá-lo por **legitimidade parlamentar**.

Simplemente, há uma história política, e objectiva da legitimidade do Parlamento para fazer a lei do aborto. Também esta é de **questionar**.

Primeiro – Após o povo português ter respondido em Referendo como supra referido, é legítimo ao Parlamento dentro da mesma legislatura, alterar a lei? Onde está o mandato dos deputados que lhes permita votar? (Apenas 25% dos portugueses disse “sim” – respeitando essa proporção só 25% dos deputados votariam “sim” à lei).

Segundo – O partido com maioria na Assembleia da República comprometeu-se a só alterar a lei por Referendo. As regras do “jogo” estão à partida fixadas na CRP. É certo que já depois de eleito o Primeiro Ministro disse que não exigiria um “quórum” de votação. Mas dizê-lo é violar a CRP. **O Primeiro Ministro não pode alterar ou violar a CRP.**

Terceiro – O grande valor “consultivo” deste Referendo é a demonstração de que só 25% dos portugueses quer o aborto livre em Portugal. E alguns deles dizem-se hoje enganados.

Estes três factores aliados à lei que acaba de ser aprovada no Parlamento e que quanto a nós contraria claramente a sustentação doutrinal e jurisprudencial que informa o Acórdão do Tribunal Constitucional que aprovou a pergunta do Referendo, implica que se volte a apreciar a conformidade material da lei com o ordenamento constitucional (artigo 24º nº1 da CRP – “A vida humana é inviolável”).

Será que 25% dos portugueses pode alterar o artigo 24º nº1 da CRP?

Ao aprovar a pergunta para o Referendo o Tribunal Constitucional teve presente que do artigo 115º nº11 da CRP se iria fazer “tábua rasa”?

O Tribunal Constitucional aprovou a pergunta por 7 votos a favor, e 6 votos contra, isto é, por uma maioria tangencial. Se a este facto juntarmos que apenas 25% dos portugueses quer a lei alterada e que a CRP exige um “quórum de votação”, não obtido, há-de aferir-se da **legalidade** e **constitucionalidade** objectiva e material da lei agora aprovada pela Assembleia da República.

O precedente que uma decisão que viabilizasse esta lei constituía para o Estado de Direito é seguramente uma brecha com dimensões incalculáveis.

A limitação de poder dentro do Estado Democrático exige rigor e cumprimento da legalidade. A enfureira de uma conjuntura elevada a lei é seguramente um retrocesso numa sociedade que se pretende cada vez mais responsável, coesa e apta ao progresso.

A lei aprovada na Assembleia da República

Malgrado o atrás exposto esta euforia de uma elite política em matérias fracturantes governa sem mandato popular em sentido material (formalmente tem esse mandato) e aprovou já a lei que será enviada ao Sr. Presidente da República.

Dessa lei ressalta alguns pontos que em síntese expomos:

1º - Em campanha foi usado o argumento de que a despenalização traria consigo a prestação de cuidados à mulher dissuasores do aborto.

2º - Ao contrário do prometido em sede eleitoral não tem esta lei qualquer instrumento dissuasor da prática do aborto.

3º - A lei remete deliberadamente para a regulamentação aspectos que poderiam dar-lhe, ou não, algum cariz de protecção à vida do bebé. Ao aprová-la é mais uma vez um tiro no escuro.

4º - A lei colhe as piores práticas europeias.

Estabelece o prazo de **3 dias para reflexão** – usado na Alemanha mas após um vasto programa de acompanhamento, outros países como a França ou a Bélgica têm 6 e 7 dias de reflexão.

O **aconselhamento** que, mais ou menos exigente, existe em quase todos os países como condição prévia, aqui é declarado facultativo para a mulher.

Esquece-se o pai do bebé que poderia e deveria ser chamado ao aconselhamento a fim de também ele tomar a responsabilidade por aquele filho, e ainda que a decisão seja da mulher. Está por isso violado o princípio da igualdade entre o homem e a mulher.

5º - A consulta médica obrigatória. É uma redundância porque nenhum estabelecimento de saúde faz uma intervenção sem um diagnóstico médico. A ecografia é dispensável, o que conduz a manifesta arbitrariedade na determinação das semanas de gestação.

O sistema assenta, não num aconselhamento pró-vida, como sucede no direito alemão, mas numa prestação puramente informativa.

Por isso, a primeira questão a suscitar é a de saber se isso basta para a concordância prática entre valores admitida pelo TC. É que, mesmo as deficientes fundamentações dos Acs. do TC sobre a matéria, admitem, em última análise, que estamos perante uma situação de ponderação de valores – o da liberdade da mãe e o da vida do embrião (embora qualifiquem este valor da vida “em devir” como um bem jurídico de menor qualidade). Entende-se é que o primeiro, em caso de conflito, prevalece sobre o segundo. Isso não significa que, mesmo nessa perspectiva, se não deva procurar o equilíbrio possível e, portanto, o menor sacrifício possível da vida embrionária – o qual, embora se entenda que não justifica o impedimento, impõe a mínima tentativa de, através da liberdade da mulher (e não contra ela) procurar salvaguardar a vida.

Sob este aspecto, será importante alegar materialmente a argumentação da decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1993 que impôs o aconselhamento.

O problema a suscitar será o de saber até que ponto se justifica um regime discriminado de informação, em face dos princípios da igualdade e da proporcionalidade (que proíbem diferenciações legais arbitrárias)

Além de que a prática internacional mostra que só o facto de fazer e ver a ecografia já é um factor dissuasor do aborto.

6º - Os médicos e profissionais de saúde objectores de consciência são afastados do processo. No entanto, eles apenas são objectores à prática do aborto, não estão impedidos de fazer um trabalho de dissuasão. Como aliás seria útil face ao bem maior que se pretende proteger – a vida.

Está-se – é claro – perante uma manobra das mais típicas e perigosas porque cria um argumento de mal menor tendente a forçar os objectores de consciência a colaborar com o aborto.

Deve-se colocar a questão de saber se também é controlada a opinião dos médicos que vão à consulta e questionar a desigualdade daí derivada. Este sistema é mais um argumento para mostrar o inadmissível da assimetria informativa

7º - O Tribunal Constitucional ao aprovar a pergunta não reconhece o aborto como um **direito absoluto da mulher**. Antes o admite numa lógica de **conflito de direitos** entre o direito à saúde reprodutiva da mulher e o direito à vida do filho. E, neste conflito de direitos entende ser possível prevalecer aquele.

Assim e para que se afira do conflito de direitos carece de ser feita prova, quanto à mulher, da situação dramática que a leva ao aborto.

Ora, na lei não está sequer previsto que a entidade de aconselhamento tome conhecimentos desses factos que fundamentam o pedido de aborto.

8º - Mesmo no que respeita à informação, a Proposta assenta na **selecção da informação**.

No texto proposto para o art. 142º, nº 4, al. b), diz-se a primeira consulta é “destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável” – o que aponta, naturalmente, para ser dada toda a informação relevante.

No entanto, no nº 2 do art. 2º da proposta, estabelece-se, na realidade, um sistema baseado na assimetria informativa.

Essa **assimetria informativa** é múltipla.

Primeiro, só é verdadeiramente obrigatório proporcionar o conhecimento sobre “as condições de efectuação, no caso concreto, da eventual interrupção voluntária da gravidez e suas consequências para a saúde da mulher” (al. a)). Mesmo que isso envolva a informação sobre as consequências para a saúde psíquica da mulher – o que já é um esforço interpretativo mas defensável perante a equiparação da saúde física e psíquica –; no que respeita ao embrião nada se diz, como se ele não fosse um dado relevante na formação da vontade livre e esclarecida da mulher (consequências da sua decisão voluntária).

Depois, enquanto relativamente às condições de efectuação do aborto e suas consequências é obrigatório prestar directamente a informação, já só é necessário proporcionar o conhecimento sobre “a disponibilidade de acompanhamento por técnico social, durante o período de reflexão, sobre as condições de apoio que o Estado pode dar à prossecução da gravidez e da maternidade” (al. b)), sendo de notar que se trata de pessoa diferente daquela que poderá prestar no mesmo período, acompanhamento psicológico.

Quer isto dizer que o acesso a esta informação é **triplamente indirecto: não é obrigatório fornecê-la**, mas **informar acerca dos meios de a obter**; mesmo que se escolha tê-la não é fornecida directamente, mas através de um técnico social; e **não é obtida directamente mas dentro de um acompanhamento de contornos à partida indefinidos**.

Ora é enorme a gravidade desta assimetria informativa, na própria perspectiva do valor constitucional que a impunidade do aborto pretende tutelar, ou seja a liberdade de escolha da mulher. A incompletude da informação é um meio clássico de manipulação e, nessa exacta medida, de obliteração da liberdade. Ao contrário, na perspectiva da liberdade, nada há a temer da pura e simples verdade.

9º - Por toda a Europa não encontramos uma legislação tão liberal quanto a agora aprovada pelo Parlamento. Liberal no pior sentido porque não tem mecanismos de protecção do bebé, nem tem mecanismos de protecção da mulher/mãe. O aborto é sempre um sofrimento para uma mulher. Com riscos incalculáveis, nomeadamente a nível psíquico. O Estado não se pode demitir da prevenção e tutela que esses riscos implicam.

10º - O aconselhamento destina-se a encontrar formas de resposta alternativas ao aborto.

Este deve ser um trabalho acima de tudo social. Da conjugação do artigo 24º com o artigo 115º da CRP resulta essa obrigação de encontrar mecanismos que apoiem a maternidade em detrimento do aborto.

Por fim, **o debate internacional acerca da protecção da vida humana e da sua dignidade** desde a concepção tem feito correr “rios de tinta”. É a própria comunidade científica que levanta esta questão. Que protecção para o embrião humano? Que usos? Que limites à sua utilização? Estamos a falar de embriões de 5 dias de gestação. Este debate teve já eco na recentemente aprovada lei da PMA onde o Presidente da República alerta para a necessidade de criar legislação que respeite a dignidade da vida humana. Aqui falamos de bebés com 10 semanas. Qual o seu destino? Ficam dependentes das circunstâncias que ditam a vida das mães? Quem os protege?

Um Estado Social desinteressa-se assim daqueles que não têm condições para ter filhos. Um Estado Democrático desinteressa-se do ser humano? Não há um mínimo de protecção à vida humana até às 10 semanas que seja conferida por lei?

Não foi esta a decisão do Tribunal Constitucional no Acórdão já citado.

Direcção da Federação Port. Vida

(Com a colaboração de alguns Profs. de Direito)

Isilda Pegado

Contacto directo – 917 227 560