

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS

A POSIÇÃO JURÍDICA
DO PAI NA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA
DA GRAVIDEZ

Separata

PESSOA HUMANA E DIREITO

ALMEDINA – 2009

A POSIÇÃO JURÍDICA DO PAI NA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ*

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS*

I. Em 11 de Abril de 2007, ocorreu em Portugal um referendo em que os eleitores foram chamados a pronunciar-se sobre a seguinte questão: “Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?” Já em 1998 tinha havido um referendo com idêntica questão. Em ambos os casos a pergunta foi a mesma. Na primeira vez, houve mais votos contra do que a favor; na segunda, mais votos a favor do que contra. Nos dois referendos a votação foi baixíssima, não tendo qualquer deles logrado o número mínimo de votos para ser aprovado.

Perante o segundo referendo, a opinião pública foi induzida, pela opinião publicada, à convicção de que teria sido aprovada a “despenalização do aborto”, que passaria, agora a ser lícito. Esta convicção não correspondia à realidade porquanto nenhum dos referendos foi válido.

Foi então votado e aprovado na Assembleia da República o Decreto n.º 112/X, que veio a dar origem à Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril,

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa; Contributo para os Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão

que alterou o artigo 142.º do Código Penal, que passou a ter a seguinte redacção:

ARTIGO 142.º

Interrupção da gravidez não punível

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

- 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 auto-determinação 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 direcção, 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, respectiva 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 efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.

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*.

O Presidente da República promulgou esta Lei, não sem ter enviado à Assembleia da República, em 10 de Abril de 2007, uma mensagem, cujo conteúdo é útil recordar:

Nos termos do artigo 134.º, alínea b), da Constituição, decidi promulgar como Lei o Decreto n.º 112/X, da Assembleia da República, que regulou a exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez.

No uso da faculdade prevista na alínea d) do artigo 133.º da Constituição, entendi fazer acompanhar o acto de promulgação de uma mensagem à Assembleia da República.

1. Como é do conhecimento público, o Decreto n.º 112/X foi aprovado na sequência do referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez que se realizou no dia 11 de Fevereiro de 2007, o qual não logrou obter a participação de votantes necessária para que o mesmo se revestisse, nos termos do artigo 115.º, n.º 11, da Constituição, de carácter juridicamente vinculativo.

2. Não se encontrando a Assembleia da República juridicamente vinculada aos resultados do citado referendo, entendeu todavia o legislador, no uso de uma competência que a Constituição lhe atribui, fazer aprovar o Decreto que agora me foi submetido a promulgação.

3. Para esse efeito, terá por certo concorrido a circunstância, a que o Presidente da República não pode ser indiferente, de naquele referendo ter sido apurada uma percentagem de 59,25% de votos favoráveis à despenalização da interrupção voluntária da gravidez, nas condições e nos termos expressos na pergunta submetida à consulta popular e cuja constitucionalidade o Tribunal Constitucional, através do seu Acórdão n.º 617/2006, deu por verificada¹.

¹ Esta referência à percentagem de votos de 59,25% tem de ser corrigida, para não ser enganosa, porque não tem em conta as abstenções: assim, leva a pensar que a pergunta referendada teria obtido o consenso duma importante maioria absoluta dos eleitores, o que, a ter sucedido, teria conferido carácter vinculativo ao referendo. Mas a verdade não foi essa. Os verdadeiros resultados do referendo foram os seguintes:

Habitantes	10.536.000	100,00%
Recenseados	8.832.628	79,56%
Votantes	3.851.613	36,55%
Abstenções	4.981.015	47,29%
Branco	48.185	0,45%
Nulos	26.297	0,24%
Sim	2.238.053	21,24%
Não	1.539.078	14,60%

4. De igual modo, não pode o Presidente da República ser indiferente à circunstância de o Decreto n.º 112/X ter sido aprovado por uma larga maioria parlamentar.

5. Considero, todavia, que existe um conjunto de matérias que deve merecer especial atenção por parte dos titulares do poder legislativo e regulamentar, de modo a que, da concretização da legislação ora aprovada e de outras leis a emitir no futuro, se assegure um equilíbrio razoável entre os diversos interesses em presença.

6. Assim, prevendo a Lei que a «informação relevante para a formação da decisão livre, consciente e responsável» da mulher grávida, a que se refere a alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal, seja definida através de portaria – opção que se afigura questionável, dada a extrema sensibilidade da matéria em causa – importa, desde logo, que a mulher seja informada, nomeadamente sobre o nível de desenvolvimento do embrião, mostrando-se-lhe a respectiva ecografia, sobre os métodos utilizados para a interrupção da gravidez e sobre as possíveis consequências desta para a sua saúde física e psíquica.

A existência de um «período de reflexão» só faz sentido, em meu entender, se, antes ou durante esse período, a mulher grávida tiver acesso ao máximo de informação sobre um acto cujas consequências serão sempre irreversíveis.

E a decisão só será inteiramente livre e esclarecida se tiver por base toda a informação disponível sobre a matéria.

Por outro lado, afigura-se extremamente importante que o médico, que terá de ajuizar sobre a capacidade de a mulher emitir consentimento informado, a possa questionar sobre o motivo pelo qual decidiu interromper a gravidez, sem que daí resulte um qualquer constrangimento da sua liberdade de decisão.

Parece ser também razoável que o progenitor masculino possa estar presente na consulta obrigatória e no acompanhamento psicológico e social durante o período de reflexão, se assim o desejar e a mulher não se opuser, sem prejuízo de a decisão final pertencer exclusivamente à mulher.

É ainda aconselhável que à mulher seja dado conhecimento sobre a possibilidade de encaminhamento da criança para adopção, no âmbito da informação disponibilizada acerca dos apoios que o Estado pode dar à prossecução da gravidez, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º da presente Lei.

A transmissão desta informação deve revestir-se de um conteúdo efectivo e concreto, não podendo cingir-se a uma mera formalidade, antes tendo de incluir todos e quaisquer elementos que esclareçam a mulher sobre a existência de procedimentos, medidas e locais de apoio do Estado à prossecução da gravidez e à maternidade.

A disponibilização da informação acima referida constitui algo que não só não contende com a liberdade de decisão da mulher, como representa, pelo contrário, um elemento extremamente importante, ou até mesmo essencial, para que essa decisão seja formada, seja em que sentido for, nas condições mais adequadas – quer para a preservação do seu bem-estar psicológico no futuro, quer para um correcto juízo de ponderação quanto aos interesses conflitantes em presença, quer, enfim, quanto às irreparáveis consequências do acto em si mesmo considerado.

7. Tendo em conta que o acompanhamento psicológico e social, durante o período de reflexão que precede a interrupção da gravidez, pode ser prestado não apenas em estabelecimentos oficiais mas também em estabelecimentos de saúde oficialmente reconhecidos (v.g., clínicas privadas especialmente dedicadas a esse fim), importa que o Estado assegure uma adequada fiscalização, designadamente através da implementação de um sistema de controlo da qualidade profissional e deontológica e, bem assim, da isenção daqueles que procedem a tal acompanhamento.

Na verdade, podendo não existir separação entre o estabelecimento onde é realizado o acompanhamento psicológico e social e aquele em que se efectua a interrupção da gravidez e tendo a Lei procurado garantir a imparcialidade e a isenção dos profissionais de saúde determinando-se, nomeadamente, que o médico que realize a interrupção não seja o mesmo que certifica a verificação das circunstâncias que a tornam não punível, considero que salvaguardas do mesmo teor devem ser asseguradas no que respeita ao acompanhamento psicológico e social, especialmente quando a interrupção da gravidez é realizada numa clínica privada.

Além disso, o Estado não pode demitir-se da função de criar uma rede pública de acompanhamento psicológico e social, para as mulheres que o pretendam, ou de apoiar a acção realizada neste domínio por entidades privadas sem fins lucrativos.

8. Para além do plano regulamentar, a exclusão dos profissionais de saúde que invoquem a objecção de consciência, prevista no n.º 2 do artigo 6.º, parece assentar num pressuposto, de todo em todo indemonstrado e ademais eventualmente lesivo da dignidade profissional dos médicos, de que aqueles tenderão a extravasar os limites impostos por lei e, além de informarem a mulher, irão procurar condicioná-la ou mesmo pressioná-la no sentido de esta optar pela prossecução da gravidez.

Não parece que a invocação da objecção de consciência à prática da interrupção da gravidez constitua, em si mesma, motivo para a desqualificação dos médicos para a prática de um acto de outra natureza a realização de uma consulta com um conteúdo clínico informativo.

Esta exclusão é tanto mais inexplicável quanto, em situações onde podem existir legítimos motivos para suspeitar da imparcialidade e da isenção dos prestadores da informação, o legislador nada previu, nem evidenciou idênticas preocupações quanto à salvaguarda da autonomia das mulheres.

9. Além disso, é legítimo colocar a dúvida sobre se a invocação do direito à objecção de consciência pelos médicos e outros profissionais de saúde tem de ser feita obrigatória e exclusivamente de modo geral e abstracto o que parece desproporcionado ou se poderá ser realizada também selectivamente, de acordo com circunstâncias específicas transmitidas pela mulher, nomeadamente o recurso reiterado à interrupção da gravidez, a existência de pressão de outrem para a decisão tomada ou mesmo o sexo do embrião, cada vez mais precocemente determinável.

10. Considero que devem ser delimitadas de forma rigorosa as situações de urgência em que a interrupção da gravidez pode ter lugar sem a obtenção do consentimento escrito da mulher e sem observância do período de reflexão mínimo de três dias, nos termos do n.º 6 do artigo 142.º do Código Penal. Esta questão ganha agora uma acuidade acrescida com a despenalização da interrupção da gravidez, por opção da mulher, até às dez semanas.

11. Sendo a interrupção da gravidez um mal social a prevenir, como foi amplamente reconhecido por todas as forças que participaram na campanha do referendo, será anómalo que o legislador não tome providências que visem restringir ou disciplinar a publicidade comercial da oferta de serviços de interrupção da gravidez.

A transmissão desta informação deve revestir-se de um conteúdo efectivo e concreto, não podendo cingir-se a uma mera formalidade, antes tendo de incluir todos e quaisquer elementos que esclareçam a mulher sobre a existência de procedimentos, medidas e locais de apoio do Estado à prossecução da gravidez e à maternidade.

A disponibilização da informação acima referida constitui algo que não só não contende com a liberdade de decisão da mulher, como representa, pelo contrário, um elemento extremamente importante, ou até mesmo essencial, para que essa decisão seja formada, seja em que sentido for, nas condições mais adequadas – quer para a preservação do seu bem-estar psicológico no futuro, quer para um correcto juízo de ponderação quanto aos interesses conflitantes em presença, quer, enfim, quanto às irreparáveis consequências do acto em si mesmo considerado.

7. Tendo em conta que o acompanhamento psicológico e social, durante o período de reflexão que precede a interrupção da gravidez, pode ser prestado não apenas em estabelecimentos oficiais mas também em estabelecimentos de saúde oficialmente reconhecidos (v.g., clínicas privadas especialmente dedicadas a esse fim), importa que o Estado assegure uma adequada fiscalização, designadamente através da implementação de um sistema de controlo da qualidade profissional e deontológica e, bem assim, da isenção daqueles que procedem a tal acompanhamento.

Na verdade, podendo não existir separação entre o estabelecimento onde é realizado o acompanhamento psicológico e social e aquele em que se efectua a interrupção da gravidez e tendo a Lei procurado garantir a imparcialidade e a isenção dos profissionais de saúde determinando-se, nomeadamente, que o médico que realize a interrupção não seja o mesmo que certifica a verificação das circunstâncias que a tornam não punível, considero que salvaguardas do mesmo teor devem ser asseguradas no que respeita ao acompanhamento psicológico e social, especialmente quando a interrupção da gravidez é realizada numa clínica privada.

Além disso, o Estado não pode demitir-se da função de criar uma rede pública de acompanhamento psicológico e social, para as mulheres que o pretendam, ou de apoiar a acção realizada neste domínio por entidades privadas sem fins lucrativos.

8. Para além do plano regulamentar, a exclusão dos profissionais de saúde que invoquem a objecção de consciência, prevista no n.º 2 do artigo 6.º, parece assentar num pressuposto, de todo em todo indemonstrado e ademais eventualmente lesivo da dignidade profissional dos médicos, de que aqueles tenderão a extravasar os limites impostos por lei e, além de informarem a mulher, irão procurar condicioná-la ou mesmo pressioná-la no sentido de esta optar pela prossecução da gravidez.

Não parece que a invocação da objecção de consciência à prática da interrupção da gravidez constitua, em si mesma, motivo para a desqualificação dos médicos para a prática de um acto de outra natureza a realização de uma consulta com um conteúdo clínico informativo.

Esta exclusão é tanto mais inexplicável quanto, em situações onde podem existir legítimos motivos para suspeitar da imparcialidade e da isenção dos prestadores da informação, o legislador nada previu, nem evidenciou idênticas preocupações quanto à salvaguarda da autonomia das mulheres.

9. Além disso, é legítimo colocar a dúvida sobre se a invocação do direito à objecção de consciência pelos médicos e outros profissionais de saúde tem de ser feita obrigatória e exclusivamente de modo geral e abstracto o que parece desproporcionado ou se poderá ser realizada também selectivamente, de acordo com circunstâncias específicas transmitidas pela mulher, nomeadamente o recurso reiterado à interrupção da gravidez, a existência de pressão de outrem para a decisão tomada ou mesmo o sexo do embrião, cada vez mais precocemente determinável.

10. Considero que devem ser delimitadas de forma rigorosa as situações de urgência em que a interrupção da gravidez pode ter lugar sem a obtenção do consentimento escrito da mulher e sem observância do período de reflexão mínimo de três dias, nos termos do n.º 6 do artigo 142.º do Código Penal. Esta questão ganha agora uma acuidade acrescida com a despenalização da interrupção da gravidez, por opção da mulher, até às dez semanas.

11. Sendo a interrupção da gravidez um mal social a prevenir, como foi amplamente reconhecido por todas as forças que participaram na campanha do referendo, será anómalo que o legislador não tome providências que visem restringir ou disciplinar a publicidade comercial da oferta de serviços de interrupção da gravidez.

Assim, à semelhança do que fez em relação a outros males sociais, devem proscrever-se, nomeadamente, formas de publicidade que favoreçam a prática generalizada e sistemática da interrupção voluntária da gravidez, em detrimento de métodos de planeamento familiar cujo acesso o Estado está obrigado a promover e que, nos termos da presente Lei, se encontra vinculado a transmitir à mulher.

12. Justamente no quadro do planeamento familiar, tem igualmente o Estado a obrigação, agora ainda mais vincada, de levar a cabo uma adequada política de promoção de uma sexualidade responsável e de apoio à natalidade.

13. Registei o progresso efectuado no sentido de aproximar o conteúdo do diploma das soluções contidas na generalidade das legislações europeias nesta matéria, através da proposta de alteração apresentada no Plenário da Assembleia da República no dia 8 de Março, que determinou a obrigatoriedade de a mulher que se propo-nha interromper a gravidez ser informada sobre «as condições de apoio que o Estado pode dar à prossecução da gravidez e à maternidade».

14. Considero ainda que, se o processo legislativo em causa tivesse beneficiado de um maior amadurecimento e ponderação, talvez daí resultassem, como seria desejável, um consenso político mais alargado e soluções mais claras em domínios que se afiguram de extrema relevância, alguns dos quais atrás se deixaram identificados, a título exemplificativo.

Após a sua entrada em vigor, caberá então verificar se, na prática, esta Lei contribui efectivamente para uma diminuição não só do aborto clandestino como também do aborto em geral, o que implica uma avaliação dos resultados do presente diploma, a realizar pelo legislador num prazo razoável.

15. De todo o modo, no Decreto n.º 112/X, aprovado por uma ampla maioria, encontram-se reunidas, no essencial, as condições para que se dê cumprimento aos resultados da consulta popular realizada no dia 11 de Fevereiro de 2007 e à pergunta então submetida a referendo.

Além disso, os aperfeiçoamentos introduzidos no decurso do debate parlamentar constituem, na medida em que se tenham em consideração as observações atrás formuladas, um passo para conciliar a liberdade da mulher e a protecção da vida humana intra-uterina, valor de que o Estado português não pode, de modo algum, alhear-se.

II. Passado já mais de um ano sobre o referendo de 11 de Fevereiro de 2007 e perto de dez meses sobre a promulgação da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, importa fazer uma reflexão sobre um tema que foi deixado completamente na sombra: a posição jurídica do pai da criança nascitura que é abortada e que, em consequência do aborto, é morta antes de nascer.

É uma estranha omissão. Perante ela cabe a interrogação: será que a lei foi redigida, aprovada e promulgada na ignorância de que na gestação daquela criança que é abortada existe um pai, além de uma mãe?² Não é verosímil que assim seja. Também nada indica que o acto de legislar, neste caso, tenha assentado no pressuposto ou na convicção de que todas as crianças, de cujo aborto se trata, sejam geradas por procriação assistida, com espermatozóide anónimo. Também nada, nem na lei nem no debate público e parlamentar, que foi importante, conduz à conclusão de que se tenha seriamente querido permitir o aborto contra a vontade do pai. A posição do pai foi simplesmente esquecida.

A razão do esquecimento do pai na legislação sobre a “interrupção voluntária da gravidez” não é difícil de discernir. Na normalidade dos casos, o pai não se faz notar, não toma qualquer iniciativa, e passa despercebido. Nem sempre o pai é casado com a mãe ou vive com ela em união de facto. Por vezes, não se sabe, mesmo, quem é o pai. Outras vezes, o aborto é feito para ocultar relações adúlteras em que, quer o pai quer a mãe, estão interessados em manter o anonimato do pai. Frequentemente o aborto põe termo a uma gravidez indesejada e acidental ocorrida na adolescência, em que ninguém quer que se saiba quem é o pai. Há também casos em que o aborto é determinado por vontade do pai, por vezes, mesmo imposta (até com violência) à mãe. No quadro social típico em que ocorre a interrupção voluntária da gravidez, o pai é muito ausente.

Mas não tem que ser assim. Pode acontecer que o pai seja conhecido, pode até ser casado com a mãe, e discordar da sua decisão de interromper a gravidez. Este caso não se tem manifestado. Não se conhece mesmo algum. No entanto, não pode deixar de ser pensado, de ser considerado, porquanto a lei não o prevê.

² Note-se que esta lei nunca fala em “pai” nem em “mãe”. Refere-se apenas a “mulher”, talvez para desviar a atenção do facto biológico indesmentível de antes de toda a “interrupção voluntária da gravidez” existem sempre um pai e uma mãe, uma paternidade e uma maternidade.

III. Perante a falta de previsão legal da posição do pai perante a interrupção voluntária da gravidez praticada pela mãe, importa, em primeiro lugar, interrogar sobre a existência de uma lacuna, isto é, se a falta de previsão legal do caso constitui, ou não, uma lacuna legal. Segundo a mais autorizada doutrina³, a determinação de uma lacuna envolve “o perguntar antes de mais se o caso, encarado pelo ponto de vista da solução normativa que se pretende, respeitaria antes às ordens religiosa, moral ou de cortesia, ou se pelo contrário revestirá os caracteres próprios do jurídico”. “Se se concluir que o caso pertence a outra ordem normativa, deve ser afastado – e isto ainda que doutros lugares da lei resultasse que hipóteses análogas tinham recebido disciplina jurídica”. Se pelo contrário se concluir que o caso cabe dentro da demarcação fundamental da ordem jurídica, ainda é necessário determinar se ele deve ser juridicamente regulado. Tem de se encontrar algum indício normativo que permita concluir que o sistema jurídico requer a consideração a solução daquele caso”. “Lacuna é uma incompleição do sistema normativo que contraia o plano deste”.

A regra do artigo 142.º do Código Penal – e bem assim as que constam da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, que lhe deu a actual redacção – é formalmente genérica. Interpretada na sua pura letra, não seria difícil concluir que a interrupção voluntária da gravidez dispensa o consentimento do pai. Segundo os n.ºs 4, 5 e 6 do citado artigo 142.º o consentimento para a interrupção da gravidez é prestado pessoalmente “em documento assinado pela mulher grávida, ou a seu rogo”, ou pelo seu representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes na linha colateral”, se for menor de dezasseis anos ou “psiquicamente incapaz”, e poderá ser dispensado “se não for possível obter o seu consentimento” nos termos descritos “e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência”, caso em que “o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos”⁴.

³ Oliveira Ascensão, *O Direito*, 11ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, pág. 423 e segs.

⁴ Este regime de dispensa do consentimento da grávida, substituído pelo do médico, não pode deixar de considerar-se altamente controverso, mas não o abordaremos aqui. Haverá outra oportunidade.

Mas uma conclusão como esta seria simplista, apenas apoiada na letra deste preceito da lei, e contrária ao sentido jurídico imanente da ordem jurídica. Importa demonstrá-lo.

IV. A determinação de uma lacuna, no sistema de Oliveira Ascensão, que seguimos, exige a prévia demonstração que o caso omissivo não respeita apenas “às ordens religiosa, moral ou de cortesia”, e reveste “os caracteres próprios do jurídico”.

Perante a hipótese de interrupção voluntária da gravidez de um seu filho nascituro, a posição do pai e o seu consentimento estão muito claramente compreendidos na ordem religiosa, moral ou de cortesia. No que respeita à ordem religiosa, a interrupção voluntária da gravidez é proscrita por todas as religiões que conhecemos. Moralmente, esta prática é controversa, sendo diversas as opções pessoais, mas só muito forçadamente pode ser considerada alheia à ordem moral. Mesmo na simples ordem de trato social parece-nos incontroverso que não é de “bom-tom” que uma mãe aborte um filho nascituro sem o conhecimento e o consentimento do pai. Mas tal não implica que a questão importe apenas às ordens religiosa, moral ou de mero trato social.

A questão da posição jurídica do pai perante a decisão da mãe de interromper a gravidez do filho comum tem sentido e relevância jurídica. A lei é clara, no artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil, ao reconhecer aos pais, ambos os pais, no exercício do poder paternal, a representação legal do nascituro. O texto é claro:

Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

A personalidade jurídica do nascituro está já demonstrada⁵.

O nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria à pessoa humana. Não é uma coisa. Não é uma víscera da mãe.

⁵ Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, págs. 72 e segs., e *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 104 e segs.

A protecção jurídica que a lei lhe dá não é apenas objectiva. Se o fosse, o seu estatuto não seria diferente daquele que é próprio das coisas ou animais especialmente protegidos. O próprio cadáver tem um regime jurídico de protecção muito intenso, é uma coisa sagrada; mas o cadáver não tem vida nem dignidade humana.

O nascituro não é, pois, objecto do direito⁶. Como pessoa humana viva, o nascituro é pessoa jurídica. A sua qualidade pessoal impõe-se ao Direito, que não tem o poder de negar a verdade da pessoalidade, da hominidade, da humanidade do nascituro. Não pode, pois, deixar de ser reconhecida, pelo Direito, ao nascituro a qualidade de pessoa humana viva, o mesmo é dizer, a personalidade jurídica.

É incontestável. O próprio Código Civil lhe reconhece expressamente a capacidade para adquirir bens por doação (artigo 952.º) e por herança (artigo 2033.º, n.º 1), sujeita-o ao poder paternal e, no seu âmbito, à representação legal, pelos pais (artigo 1878.º) e rege sobre a administração da herança na titularidade dos nascituros (artigo 2240.º, n.º 2). A fórmula do artigo 66.º do Código Civil é infeliz e corresponde a uma tradução deficiente da expressão alemã *Rechtsfähigkeit* por personalidade jurídica, quando o seu significado rigoroso é o de capacidade jurídica. Bem interpretado, o artigo 66.º do Código Civil deve ser referido à capacidade genérica de gozo e não à personalidade jurídica. Esta confusão entre personalidade jurídica e capacidade genérica de gozo é comum na doutrina mais antiga, anterior ao Código Civil e determinante na sua redacção.

O nascituro como ser humano vivo no seio da mãe goza do direito de personalidade que é inerente à sua qualidade de ser humano. No âmbito do seu direito de personalidade, avulta o direito à vida, a ser bem tratado, com os cuidados necessários durante a gestação, e a nascer.

Para o exercício dos seus direitos, seja daqueles que lhe são expressamente reconhecidos pela lei, atrás aludidos, quer daqueles que lhe são inerentemente reconhecidos conjuntamente com todos os seres humanos, como o direito de personalidade, o nascituro é representado pelos pais, no âmbito do poder paternal. Cabendo conjuntamente ao pai e à mãe, o exercício do poder paternal, pode dar lugar a divergências entre ambos. Estas

⁶ Stephanie Gropp, *Schutzkonzepte des werdenden Lebens*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2005, págs. 245 e segs..

divergências são naturais, são frequentes, e a lei prevê modos de se resolverem. No artigo 1901.º, o Código Civil entrega ao tribunal a resolução das divergências entre o pai e a mãe no exercício do poder paternal.

A questão da divergência entre pai e mãe quanto ao exercício do poder paternal é indubitavelmente uma questão jurídica. Tem previsão e tratamento na lei. Não pode, pois, razoavelmente ser sustentado que se situe fora do domínio do jurídico.

A posição do pai perante a decisão da mãe de interromper a gestação do filho comum nascituro envolve desde logo uma questão de exercício do poder paternal pelo pai em divergência com a mãe. O pai pode, em representação do filho, no exercício do poder paternal, pretender defender o direito do filho à vida, o direito a nascer, o direito a que não seja interrompida a sua gestação, quer dizer, o direito a não ser morto. O poder paternal deve ser exercido no interesse do filho e esse interesse, salvos casos de inviabilidade, por exemplo, por acefalia, ou similar, é muito claramente o de não morrer, o de não ser morto, isto é, o de nascer.

Mas, além da defesa do direito de personalidade do nascituro, no exercício do poder paternal, o pai tem também um direito próprio de personalidade, concretizado no que poderíamos designar um direito à paternidade, a ser pai, a que o seu filho nascituro tenha uma gestação normal e saudável que culmine com o nascimento. Este direito à paternidade integra o núcleo central da dignidade pessoal. Por isso, este direito à paternidade pode – e deve – ser qualificado como um poder integrante do direito de personalidade do pai. A interrupção voluntária da gravidez por vontade exclusiva da mãe é incompatível com o direito de personalidade do pai.

Também a questão da incompatibilidade do direito de personalidade do pai à paternidade do filho com a interrupção voluntária da gravidez por parte da mãe em relação ao filho nascituro comum, é também indesmentivelmente uma questão do domínio do jurídico. O direito de personalidade não pode ser relegado para fora do campo do jurídico.

Posto isto, podemos concluir com segurança que é do domínio do jurídico, da ordem jurídica, a posição do pai perante a interrupção voluntária da gravidez do filho nascituro comum por parte da mãe. É uma posição jurídica.

Mas a qualificação como jurídica da questão não implica necessariamente a determinação de uma lacuna. Importaria ainda demonstrar que existe uma falha de regulamentação. Mas essa falha de regulamentação não existe. Como veremos, a lei contém preceitos suficientes para a regular.

V. Importa pois concretizar o conteúdo da posição jurídica do pai perante a pretensão da mãe, de interromper a gravidez do filho comum nascituro. A concretização, neste estudo, não pode ser completa. As posições jurídicas diferenciam-se das meras situações jurídicas por serem de algum modo mais concretas, mais situadas na vida; podem ser situações típicas da vida com relevância jurídica ou mesmo situações reais concretas, mas não podem ser situações abstractas⁷. Não nos vamos debruçar sobre uma posição concreta, mas antes sobre posições típicas. Para tanto torna-se necessário discernir e configurar tipos.

Podem ser muito variadas as circunstâncias em que se encontra o pai perante a vontade da mãe de interromper intencionalmente a gravidez do filho comum nascituro. O próprio texto do artigo 142.º do Código Penal diferencia algumas, embora deixe de fora outras com relevância.

Em primeiro lugar, temos de considerar os casos em que o pai é desconhecido. Embora biologicamente exista um pai, socialmente ele não existe. Estes casos são frequentes e, neles, não tem relevância a posição jurídica do pai.

Em segundo lugar, há os casos em que a gravidez tem origem em violação. Estes casos estão mesmo previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal. Mas há casos de violação em que pai violador é desconhecido e outros em que não é. A violação é um crime grave e o violador tenta sempre esconder a sua identidade. Não obstante, sucede por vezes que é identificado. Independentemente do estatuto penal do violador, importa saber qual é a sua posição jurídica perante o filho que tiver gerado na vítima e perante a decisão que esta tomar de o abortar. Há hoje uma certa tendência para qualificar violações no seio do casamento, mas não as tomaremos especificamente em consideração pois são casos que, em nossa opinião, devem ser integrados no âmbito material do tipo de casos em que os pais são casados.

Em terceiro lugar, é também típica a situação de gravidez na adolescência, conseqüente de uma sexualidade ingénua e imatura. Este tipo de gravidez concorre estatisticamente com uma parte importante dos casos de interrupção voluntária da gravidez. Tipicamente são muitos os casos da mãe que prossegue a gravidez até ao nascimento e assume a maternidade. Nem sempre o pai acompanha a mãe e constitui com ela família, com ou

⁷ Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., págs. 241-243.

sem casamento. Por vezes não o faz, ou porque o não liga à mãe um especial afecto ou porque não tem suficiente maturidade para assumir a paternidade⁸. Seja porque razões for, a gravidez adolescente tanto conduz ao casamento, ou à união de facto com constituição de família, como leva à constituição de uma família monoparental. A identidade do pai nem sempre é revelada ou assumida, mesmo quando conhecida. Há, pois, a distinguir consoante o pai é conhecido e assume a paternidade, mesmo que não venha a constituir família com a mãe.

Em quarto lugar, é ainda típica a situação em que a mãe é casada ou vive “more uxorio” em comunhão de facto e o pai do nascituro não é o marido nem o companheiro da mãe. A gravidez é adúlterina e a interrupção voluntária da gravidez constitui a solução para a ocultar. Assim evita a mãe o embaraço e os problemas conjugais e familiares, ou de relacionamento, que adivinha decorrerem do conhecimento da gravidez pelo marido ou pelo companheiro.

Em quinto lugar, consideramos como típica a situação em que a mãe é casada ou vive “more uxorio” em comunhão de facto e o nascituro é efectivamente filho do marido ou do companheiro da mãe.

Em sexto lugar, agrupamos como típicas as situações em que a interrupção voluntária da gravidez é determinada por causas atinentes à mãe ou ao filho, ou a ambos, como as previstas nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal⁹.

⁸ Note-se que, durante a adolescência, é notória uma ampla diferença de maturidade entre os jovens de ambos os sexos: as raparigas atingem a maturidade muito mais cedo do que os rapazes.

⁹ São elas as seguintes:

- 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.

Em sétimo lugar, parece-nos de tipificar os casos em que a gravidez é interrompida sem que ocorra ou que seja invocada qualquer causa, tal como previsto na alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal.

VI. Estes sete tipos de situações são tipos de frequência, não são tipos ideais¹⁰. São situações que ocorrem reiteradamente de um modo circunstancialmente semelhante, de tal modo que podem ser identificadas e referidas como típicas. Não ocorrem necessariamente com a mesma frequência, mas são, segundo julgamos saber, os casos mais típicos, na vida corrente, de interrupção voluntária da gravidez. Seria necessário um estudo sociológico para poder apurar quais os mais frequentes¹¹. Mas não tem grande importância saber quais são os mais frequentes, basta que o sejam e que as diferenças entre eles sejam de molde a justificar especificidades de análise e de conclusão.

A posição do pai perante a intenção da mãe de interromper voluntariamente a gravidez do filho comum não é homogénea. Depende de circunstâncias que são típicas, socialmente típicas e cujas diferenças não devem ser desconsideradas.

Procedemos, em seguida, à análise da questão, de acordo com um método tipológico, através da comparação e da diferenciação dos tipos circunstanciais indicados, à apreciação das semelhanças e diferenças, de acordo com um critério de relevância fornecido pela natureza das coisas, de modo a concretizar a posição jurídica do pai.

VII. O caso de ser desconhecida a identidade do pai é aquele que menores dificuldades suscita. Não há, neste caso, controvérsia possível entre a posição do pai, cuja identidade se ignora, e a pretensão da mãe, de interromper a gravidez. Nem interessa autonomizar o caso em que a identidade do pai é conhecida pelo próprio mas não pelos outros, designadamente pela mãe. Se o pai se manifestar como tal, a sua identidade passa a ser conhecida. Também não tem interesse considerar o caso em que a identidade do pai é conhecida pela mãe, mas mantida secreta. Ou aquele em que é conhecida pelo pai e pela mãe, mas não revelada. Desde que se não

¹⁰ Sobre os tipos de frequência e os tipos ideais, Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 2002, pags. 52 e segs.

¹¹ Não temos conhecimento de algum estudo sociológico feito sobre as situações socialmente típicas de interrupção voluntária da gravidez.

saiba quem é o pai não se suscita um problema jurídico. Em termos puramente jurídicos, um pai desconhecido é o mesmo que um pai inexistente. A sua posição jurídica é irrelevante.

VIII. Já não é tão simples a posição jurídica do pai que violou a mãe causando assim a gravidez que esta pretende interromper. Normalmente, o violador não revela espontaneamente a sua identidade e nem reivindica a posição de pai. Quase sempre, a sua identidade fica desconhecida; mas pode ser conhecida quando seja capturado em flagrante ou venha a ser identificado em consequência de investigação policial. Se a sua identidade se mantiver desconhecida, a situação corresponde ao tipo de identidade desconhecida e a sua posição jurídica é irrelevante, como se disse a esse propósito. Mas, uma vez identificado e conhecida a sua identidade, pode pretender reivindicar a paternidade e a correspondente posição jurídica.

Quando o violador identificado pretender reivindicar a paternidade do nascituro e o perfilhar, é reconhecido juridicamente como pai. Note-se que a lei prevê a possibilidade de perfilhação de um nascituro, desde que posterior à concepção (artigo 1855.º do Código Civil). A paternidade do violador, quando a sua identidade seja conhecida, pode ser estabelecida judicialmente nos termos conjugados dos artigos 1865.º, 1869.º e 1871.º, n.º 1, alínea e) do Código Civil. Porém, a paternidade do violador, fora dos casos de perfilhação, dificilmente será estabelecida em tempo de permitir ao pai agir em relação à interrupção da gravidez; pensamos que será mesmo impossível fazê-lo em tempo.

Não obstante a dificuldade prática que suscite e até a pouca verosimilhança da hipótese de perfilhação, a posição jurídica do pai violador não deve deixar de ser estudada. Estabelecida a sua paternidade, o violador assume o estatuto jurídico de pai. Perguntar-se-á, no entanto, se o facto da violação não afectará esse seu estatuto e a posição jurídica que integra. Será de admitir que o pai violador invoque a qualidade de representante legal do filho nascituro para exigir da mãe que prossiga com a gravidez até ao nascimento? Será de admitir que invoque um seu próprio direito à paternidade, como direito de personalidade para impedir a mãe de interromper a gravidez?

A resposta afirmativa repugna. A violação retira ao violador a inocência, cobre-o de opróbrio. Não lhe é reconhecível boa fé não é crível que, quando invoca a representação do nascituro, esteja efectivamente a agir no seu interesse. Por isto, o artigo 179.º do Código Penal prevê que

possa ser inibido do poder paternal, e certamente o será. Quando invocar um direito próprio à paternidade, dificilmente não estará a contrariar manifestamente os bons costumes, o que o coloca em abuso do direito (artigo 334.º do Código Civil). Salvo em casos verdadeiramente excepcionais, que jamais poderão ser tidos como socialmente típicos, ao pai violador não deve ser reconhecido, nem o poder de agir em representação legal do nascituro, nem o de se opor à interrupção da gravidez com invocação de um direito à paternidade.

IX. O terceiro tipo acima descrito corresponde à gravidez adolescente e sexualmente imatura.

Hoje, os jovens iniciam-se na sexualidade já nas escolas secundárias. São muito novos, não sabem bem como se defender da gravidez, o que origina problemas com alguma frequência. Além de não terem maturidade para constituir família, não têm autonomia económica nem sequer pessoal. Vivem com os pais, não têm profissão nem habilitações que lhes permitam encontrar um emprego susceptível de lhes manter o nível económico em que vivem. Muitas vezes nem têm coragem para informar os pais sobre a gravidez. Os pais, pelo seu lado, demasiado absortos nas suas carreiras e profissões, pouco acompanham os filhos e são surpreendidos sem preparação nem resposta para a perturbação que, para toda a família, significa uma gravidez adolescente. A solução antiga era a de casar a filha com o pai da criança e subsidiar melhor ou pior a nova família e a continuação dos estudos dos jovens pais. Mas estes casamentos revelavam-se frágeis e nem sempre subsistiam às primeiras dificuldades. Hoje, é mais frequente que a jovem mãe assuma a maternidade e forme uma família monoparental, dentro ou fora da casa dos pais, conforme as possibilidades económicas, e é muito maior a compreensão e o apoio familiar à jovem mãe. Deixou de ser uma vergonha que se esconde a todo o custo. É um acidente a que importa responder com apoio e compreensão.

Mas entre as soluções de recurso pratica-se também a interrupção de gravidez. Uma vez porque a própria mãe ou ambos os pais, sem coragem para enfrentar a situação, recorrem espontaneamente ao aborto como solução para repor o “status quo ante”; outras vezes, a conselho ou sob pressão dos familiares que os consideram novos demais para assumir a paternidade e a maternidade e para constituir família. A interrupção voluntária de gravidez então é praticada como se fosse uma solução terapêutica para um acidente biológico. Procura-se depois esquecer o

mais depressa possível, sarar as feridas físicas e psíquicas inevitáveis, e recomeçar.

Qual então a posição jurídica do pai, se a mãe, espontaneamente ou por conselho (ou pressão) da família, tiver a intenção de pôr termo à gravidez? Assumimos que o pai é mesmo o pai, que não há dúvida nem controvérsia sobre a sua paternidade e que assume a sua paternidade e pretende que o seu filho nasça para prosseguir, com ou sem a mãe o acompanhamento e a educação do filho.

Na qualidade de pai, tem o poder de representação do filho nascituro (artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil), desde que não seja menor não emancipado¹² e o de exigir que a sua gestação prossiga até ao parto, com os cuidados inerentes. Também tem direito a ser pai. O filho não é só da mãe. Pode, na dupla qualidade recorrer ao tribunal e, com fundamento no artigo 70.º do Código Civil e no quadro processual dos artigos 1474.º e 1475.º do Código de Processo Civil, pedir que à mãe seja ordenado que não proceda à interrupção da gravidez. O pedido pode ser formulado também contra o médico e o estabelecimento clínico que se preveja que irá executar o aborto. A experiência ensina que o procedimento judicial raramente é tão rápido como a lei deseja e, por isso, pode ser prudente começar por requerer um procedimento cautelar comum, com ou sem prévia audiência da mãe (artigos 381.º e segs. do Código de Processo Civil). A eventual desobediência à providência decretada constitui crime de desobediência qualificada (artigo 381.º do Código de Processo Civil)

X. O mesmo diremos sobre o caso tipificado em quinto lugar, em que a mãe é casada ou vive “*more uxorio*” em comunhão de facto e o nascituro é filho do marido ou do companheiro da mãe. Neste tipo de casos, a ligação entre o pai e mãe é mais estável e sólida do que no caso da gravidez adolescente. Mais ainda, normalmente, no caso de casamento do que no de união de facto. São casos em que tipicamente a interrupção voluntária da gravidez, quando ocorre, é decidida em consenso pelo pai e mãe. Fazê-lo unicamente pela mãe sem o consentimento ou, pior ainda, contra a vontade do pai é uma violência que a moral corrente não permite e o Direito não pode tolerar. O pai não é um simples aportador de esperma e

¹² O n.º 2 do artigo 1913.º, inibe os menores não emancipados de representar o filho no exercício do poder paternal.

a sua intervenção na procriação é tão sagrada como a da mãe, embora a gestação seja feita no seu seio.

Se o pai se quiser opor à interrupção pela mãe da gravidez do filho nascituro comum, não pode deixar de poder fazê-lo. Na dupla qualidade de representante legal do filho, invocado o direito que este tem a nascer, que é direito de personalidade como direito à vida, e na sua própria qualidade de pai que tem direito a ser pai, no direito à paternidade, que é também direito de personalidade. Assim, pode usar dos meios que lhe são conferidos pelo artigo 70.º do Código Civil e dar início em juízo ao processo especial de tutela da personalidade especialmente previsto nos artigos 1474.º e 1475.º do Código de Processo Civil, eventualmente precedido de um procedimento cautelar.

Mas é preciso distinguir consoante o pai actua em seu nome próprio ou em representação legal do nascituro.

Quando actua em representação legal do filho nascituro, no exercício do poder paternal, a sua posição jurídica deve ser posta em confronto com a da mãe. O poder paternal compete a ambos, pai e mãe, e deve ser exercido no interesse do filho. Mas pode haver divergência entre pai e mãe quanto ao exercício, em concreto, do poder paternal. Essas divergências não são infrequentes e a lei prevê um mecanismo para lhes dar solução. O artigo 1901.º, n.º 2, do Código Civil prevê que, na falta de acordo, “em questões de particular importância”, qualquer dos pais “pode recorrer ao tribunal, que tentará a reconciliação” e, depois, decidirá, no interesse do filho.

Quando actua em seu nome próprio, no exercício do seu direito de personalidade à paternidade, o pai não tem de se conciliar com a mãe. Trata-se de exercer um direito próprio que colide com a pretensão da mãe a interromper voluntariamente a gravidez do filho nascituro comum.

Tratar-se-á de um caso de colisão de direitos, enquadrável na previsão do artigo 335.º do Código Civil? Entendemos que não. Para que houvesse colisão de direitos, necessário seria que a mãe tivesse um direito subjectivo a interromper a gravidez (abortar). No debate que se fez na opinião pública, falou-se muito de “direito ao próprio corpo”. Porém, o artigo 140.º do Código Penal não permite essa qualificação. Da leitura conjugada dos artigos 140.º a 142.º do Código Penal, resulta com muita clareza que a interrupção voluntária da gravidez é ilícita e constitui crime, mesmo quando não seja punível nas circunstâncias do artigo 142.º.

O artigo 140.º do Código Penal qualifica “*expressis verbis*” como crime a interrupção da gravidez, com ou sem o consentimento da mãe:

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.

No artigo 141.º do Código Penal é estatuída a agravação do crime segundo as consequências:

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

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

O artigo 142.º, do Código Penal, no seu n.º 1, limita-se a excluir a punibilidade do crime, mas não a sua ilicitude, quando cometido nas circunstâncias nele previstas:

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

A tipificação da conduta como crime afasta a sua qualificação como exercício de um direito subjectivo. Não é juridicamente concebível um direito subjectivo à prática de um crime. Não é, pois, admissível, que na Ordem Jurídica Portuguesa seja reconhecido um direito subjectivo à interrupção voluntária da gravidez. Pelo contrário, trata-se de um crime, expressamente qualificado e tipificado como tal no artigo 141.º do Código Penal, cuja punição é excluída quando praticado em certas circunstâncias previstas nesse mesmo artigo.

Concluimos, pois, com segurança, que não há conflito de direitos subjectivos entre o direito do pai à paternidade, como poder integrante do seu direito de personalidade, e a impunidade legal, em certas circunstâncias, do crime de aborto cometido pela mãe.

Neste quadro jurídico, o direito do pai não pode deixar de prevalecer. Este pode recorrer à justiça e obter do juiz uma intimação à mãe, nos termos do artigo 70.º do Código Civil, para que se abstenha de interromper a gravidez. Esta providência de personalidade pode ser requerida e decretada também contra o médico ou a equipe médica designados para executar a interrupção da gravidez e o próprio estabelecimento clínico onde a interrupção deva ser executada.

XI. Diversa é a situação em que a mãe é casada ou vive em união de facto, mas o filho não é do marido ou do companheiro da mãe. Em casos como este, é relativamente frequente o recurso à interrupção voluntária da gravidez para ocultar a gravidez e a quebra de fidelidade que lhe está na origem.

A situação assume uma maior complexidade que a anterior, quando o nascituro é filho do marido ou do companheiro da mãe. Se a mãe for casada a lei presume que o filho é do seu marido (artigo 1826.º do Código Civil).

Se a mãe não for casada mas viver em união de facto, “*more uxorio*”, esta presunção existe também, nos termos do artigo 1911.º do Código Civil. Este preceito tem uma redacção que dificulta a concretização do poder paternal em relação a filhos nascituros, ao ignorar a sua condição pré-natal:

Artigo 1911.º – Filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores não unidos pelo matrimónio

1. Quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os pais e estes não tenham contraído matrimónio após o nascimento do menor, o exercício do poder paternal pertence ao progenitor que tiver a guarda do filho.

2. Para os efeitos do número anterior, presume-se que a mãe tem a guarda do filho; esta presunção só é ilidível judicialmente.

3. Se os progenitores conviverem maritalmente, o exercício do poder paternal pertence a ambos quando declarem, perante o funcionário do registo civil, ser essa a sua vontade; é aplicável, neste caso, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 1901.º a 1904.º.

Da letra do artigo só se consegue retirar critério relativamente ao tempo posterior ao nascimento. Mas a remissão final para os artigos 1901.º a 1904.º, “com as necessárias adaptações”, isto é, por analogia, permite discernir um regime: o poder paternal é, em princípio, de ambos os pais; se um deles estiver impedido ou tiver morrido, será exercido pelo outro, se houver desacordo entre os pais, o tribunal decidirá, de acordo com o interesse do nascituro, que só em casos muito especiais não será o de nascer.

XII. Posto isto, importa apreciar os casos em que se verifiquem as circunstâncias que, segundo o artigo 142.º do Código Penal excluem a punibilidade do aborto. São elas as seguintes:

- 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.

É imprescindível distinguir as circunstâncias previstas nas alíneas a) e b), na alínea c), e na alínea d). O caso previsto na alínea e) tem natureza muito diversa e será tratado em separado, como um tipo diferente.

Os casos previstos nas alíneas a) e b) foram aqueles que historicamente mais cedo foram invocados a favor da interrupção voluntária da gravidez. Já nos anos sessenta se discutia o que fazer quando havia a certeza de que a continuação da gravidez conduziria à morte da mãe ou

mesmo à morte da mãe e do filho. O perigo de lesão para a saúde física e psíquica da mãe não era então convocado ao debate e traduz um desenvolvimento da mesma ideia.

A diferença entra as duas alíneas é pouca: na alínea a) o aborto constitui único meio, enquanto na alínea b) apenas se mostra indicado, além de outros; na alínea a) a lesão, além de grave tem de ser irreversível, enquanto na alínea b) além de grave tem de ser duradoura; e na alínea a) não há limite de tempo, enquanto na alínea b) há um limite de doze semanas.

Estas duas alíneas têm em comum algo de muito importante. Nas circunstâncias que enunciam, o aborto pode ser reconduzido mais próximo ou remotamente à legítima defesa da mãe.

Entre a vida da mãe e a vida do filho, o aborto representa uma escolha dramática que pode ter de ser feita. Com exagero, ao perigo de morte da mãe, foram equiparadas as lesões graves e irreversíveis ou duradouras à sua saúde física ou psíquica. Mas, com ou sem exagero, pode nestes casos, ser convocada a legítima defesa da mãe.

A violação da mãe, prevista na alínea d), também pode encontrar suporte na legítima defesa. A gravidez causada por violação pode causar, na mãe, uma insuperável rejeição do filho. Quando assim for, manter a gravidez pode constituir uma violência psíquica e moral que o Direito não possa legitimamente impor-lhe. A mãe tem, então, um certo tempo para tomar a decisão. Note-se que o tempo é mais curto do que parece, dado que os indícios de gravidez não surgem imediatamente.

O caso previsto na alínea c) é diferente dos anteriores. Agora a lesão afecta o filho e não a mãe. Prevê duas situações que não deveria misturar: a inviabilidade do feto e a sua doença ou malformação congénita grave e incurável. Nos casos de inviabilidade a lei não fixa um prazo, diversamente dos de doença ou malformação congénita em que estabelece um prazo de vinte e quatro semanas. A certeza da inviabilidade, por exemplo, por anencefalia, a situação é muito diferente daquela em que haja apenas “seguros indícios para prever que o nascituro virá a sofrer de doença ou malformação congénita grave e incurável ou duradoura”. Na primeira situação, pode ser que não exista mesmo um nascituro, mas depende muito do que se passar. A segunda situação tem algo de perturbadoramente eugénico.

Nos casos das alíneas a) e b), a posição jurídica do pai é mais fraca. Ao formular, na qualidade de representante legal do nascituro, a pretensão contrária à interrupção voluntária da gravidez, em divergência com a mãe,

provoca a intervenção do juiz (artigo 1901.º, n.º 2 do Código Civil). Ao decidir, o juiz não pode ignorar o perigo que atinge a vida e a saúde da mãe. Quando o pai invoca um direito próprio à paternidade, vê-o confrontado com um outro direito de personalidade da mãe. Perante o direito do nascituro à vida e o direito da mãe à vida (ou à saúde), a pretensão do pai tem pouco força.

No caso da alínea c), também a pretensão do pai pode ficar muito enfraquecida. Depende do caso concreto e da doença ou malformação congénita de que se tratar, da sua gravidade e até do seu carácter incurável. A redacção da lei é acentuadamente vaga e permite um leque de situações com alguma amplitude. Há doenças congénitas que hoje são tidas como incuráveis para as quais o progresso da medicina venha a facultar uma cura. Há doenças e malformações congénitas cuja gravidade pode ser maior ou menor que não impeçam uma vida pós-natal do nascituro. A cegueira congénita, por exemplo, não impede que o nascituro venha a ter uma vida com qualidade após o nascimento, e o mesmo sucede com deformações de membros superiores ou inferiores como aquelas que, há algumas décadas atrás foram causadas pela “Talidomida”. Deve reger, nestes casos, o interesse do nascituro e não o da mãe. Mas não pode deixar de se admitir que haja doenças ou malformações congénitas muito graves que possam enfraquecer, no caso, a pretensão do pai de que o seu filho nascituro não seja abortado. Do modo vago como é formulado na lei, este caso irá carecer de concretização casuística e de sedimentação jurisprudencial. Há que ser muito prudente e impedir que venha a servir de pretexto para perversões eugénicas.

Mais fraca ainda é a posição do pai no caso aludido na alínea d). O pai violador, quando seja conhecido e seja estabelecida a sua paternidade, dificilmente conseguirá, perante o juiz, invocar o poder paternal. O tribunal não o poderá reconhecer como violador da mãe sem o condenar pelo correspondente crime e só em circunstâncias verdadeiramente raras não o inibirá do poder paternal, nos termos do artigo 179.º do Código Penal. A invocação pelo violador de um direito próprio à paternidade, num caso como este, constituirá abuso do direito, salvo circunstâncias cuja ocorrência não conseguimos descortinar.

XIII. Resta o caso previsto na alínea e) do artigo 142.º do Código Penal. Abordamo-lo em separado porque diverge profundamente dos anteriores. Nesta alínea, o pressuposto da não punição da interrupção voluntária

ria da gravidez é apenas temporal. Diversamente de todas as outras alíneas do artigo 142.º do Código Penal, basta-se com a ocorrência nas primeiras dez semanas da gravidez e dispensa qualquer outra circunstância. Não invoca um qualquer fundamento material.

Se os casos das alíneas a) e b) podem ser qualificados como de legítima defesa da mãe em perigo de vida ou de lesão grave do corpo ou do espírito, se os casos das alíneas c) e d) podem ainda, embora mais remotamente, assentar na defesa da mãe contra o sofrimento que lhe causaria a emergência de um nado-morto, de um quase monstro ou de um deficiente profundo, ou o nascimento de um filho gerado por violação¹³, o caso da alínea e) não invoca qualquer justificação.

Esta falta de justificação material para este caso, que pôs mesmo seriamente em risco a aprovação pelo Tribunal Constitucional da pergunta que foi colocada aos eleitores no referendo de 11 de Abril de 2007¹⁴, reforça a posição do pai, que queira opor-se à decisão da mãe, de abortar o filho comum.

Se a mãe decidir interromper voluntariamente a gravidez do filho comum, sem invocar qualquer razão para além de estar ainda dentro das primeiras dez semanas de gravidez, o pai pode pedir ao tribunal que a impeça de o fazer, na qualidade de representante legal do nascituro (artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil), invocando o seu direito à vida (artigo 70.º do Código Civil), no quadro do processo especial de tutela de personalidade (artigos 1474.º e 1475.º do Código de Processo Civil). A sua divergência com a mãe quanto ao exercício do poder paternal deverá ser dirimida pelo juiz (artigo 1901.º, n.º 2 do Código Civil) segundo o que for o interesse do filho (artigos 1878.º, n.º 1 e 1885.º do Código Civil). Neste quadro normativo, pensamos que dificilmente o tribunal poderá desatender a pretensão do pai. O pai pode também pedir, nos mesmos termos processuais dos artigos 1474.º e 1475.º do Código de Processo Civil, com a invocação de um seu direito próprio à paternidade, qualificado como direito de personalidade, que o tribunal intime a mãe a não interromper a gravidez e também os médicos e paramédicos,

¹³ A reacção da mãe perante uma gravidez provocada por violação pode variar muito, entre a aceitação da maternidade e o seu repúdio. Neste último caso, pode ser justificável o aborto.

¹⁴ O Acórdão n.º 617/2006, do Tribunal Constitucional foi tirado por uma maioria tangencial de sete votos contra seis.

e os dirigentes do estabelecimento que irá executar o aborto, para que se abstenham de o fazer.

Se o tribunal tomar esta decisão, como pensamos que deve tomar, o pai deve suportar todas as despesas inerentes à gravidez, ao parto e subsequentes, deixando a mãe incólume em relação aos mesmos.

XIV. Estas soluções que aqui propomos enfrentam dificuldades práticas que não são de pequena monta.

Desde logo, dificuldades emergentes da exiguidade do tempo disponível. A gravidez não se detecta logo no primeiro dia e demora normalmente mais de quatro ou cinco semanas a ser conhecida. Sobra muito pouco tempo para a mãe tomar a decisão de abortar e para que um tribunal tome qualquer decisão. Será muito difícil, senão mesmo impossível, conseguir impedir a interrupção voluntária da gravidez com recurso a meios judiciais preventivos.

Outra dificuldade decorre da convicção muito generalizada, mesmo em pessoas juridicamente cultas, sobre a licitude do aborto praticado nas circunstâncias do artigo 142.º do Código Penal e, até, embora em pessoas juridicamente imprevistas, de um “direito ao aborto”, convicção que ficou como lastro do debate sobre o referendo de 2007. Será necessário um esforço argumentativo persistente para corrigir um erro que se instalou e que, apesar de recente, mostra já a dificuldade de remoção própria dos erros velhos. Neste particular é útil recordar um passo do acórdão n.º 617/2006 do Tribunal Constitucional, no seu n.º 33, do qual se extrai com meridiana clareza que, embora não punível, a interrupção voluntária da gravidez, praticada nas condições do artigo 142.º do Código Penal, não deixa de ser ilícita:

33. Dir-se-á ainda que a argumentação que considera existir uma total desprotecção da vida intra-uterina na possibilidade de opção pela interrupção voluntária da gravidez nas primeiras dez semanas, negando existir qualquer ponderação de valores no método dos prazos, rejeita que a liberdade de desenvolver um projecto de vida pela mulher (artigo 26.º da Constituição), como expressão do desenvolvimento da personalidade, possa ser um dos valores a harmonizar com a vida intra-uterina. No entanto, a discordância quanto ao modo como se faz a ponderação ou a harmonização não justifica a afirmação da inexistência de ponderação ou harmonização.

E não se trata de admitir que uma “privacy”, como direito constitucional a abortar livremente, prevaleça sobre a vida do feto, mas antes reconhecer que, para efeitos de punição, num tempo delimitado, a liberdade de opção da mulher possa impedir a intervenção do Direito Penal.

Desta forma, sem divergir, no essencial, da linha de orientação dos Acórdãos n.ºs 25/84 e 85/85 quanto à dignidade da vida intra-uterina como bem jurídico protegido pela Constituição, independentemente do momento em que se entenda que esta tem início, sempre se reconhecerá – tal como fez o Acórdão n.º 288/98 – que a presente pergunta não pressupõe o abandono da protecção jurídica da vida intra-uterina e se coloca no plano de uma ponderação de valores e mesmo de uma harmonização, concordância prática, coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação a outros. Apenas se terá de concluir que à liberdade de manter um projecto de vida é dada uma superior valoração, nesta primeira fase, para efeitos de não-punição, sem que isso queira e possa implicar “abandono jurídico” da vida intra-uterina.

É apenas “para efeitos de não punição”, e não de remoção da ilicitude, que é dada uma superior valoração à “liberdade de manter um projecto de vida”¹⁵ por parte da mãe, “sem que isso queira e possa implicar «abandono jurídico» da vida interina”. Isto esclarece a razão pela qual, a nova redacção do artigo 142.º não consagrou a licitude da interrupção voluntária da gravidez naquelas circunstâncias e se limitou a isentá-la de punição.

XV. Mas não deixa de ser muito possível que as providências judiciais requeridas preventivamente pelo pai não obtenham uma decisão em

¹⁵ Na leitura que o Tribunal Constitucional faz do caso, o fundamento material que a lei não expressa consiste implicitamente em a mãe pretender “manter um projecto de vida” que seria perturbado pela gravidez que quer interromper. Será um projecto profissional, académico, desportivo, artístico que seria perturbado? Será pura preguiça, egoísmo, conforto? Será para evitar o custo económico de uma gravidez e da criação dum filho. Desta frase do Acórdão tudo parece possível. Mas, para além disto, é muito claro que, na leitura do Tribunal Constitucional, a alteração legislativa não foi além da não punibilidade da conduta, sem determinar a sua licitude, o que seria verdadeiramente escandaloso.

tempo de evitar o aborto. Se não tiver sido possível prevenir a morte do nascituro, restará a responsabilidade civil.

O artigo 70.º prevê expressamente a responsabilidade civil emergente da violação da personalidade, além das providências preventivas e atenuadoras. A interrupção voluntária da gravidez tem como consequência a morte do nascituro e deixa o pai privado do filho que foi abortado. Sendo civilmente ilícita e sendo executada contra – ou sem – a vontade do pai, a interrupção voluntária da gravidez constitui um delito civil que desencadeia a responsabilidade civil de quem a executa, nos termos dos artigos 483.º e seguintes do Código Civil. O pai sofrerá naturalmente danos morais muito intensos que deverão ser indemnizados.

Será naturalmente muito cruel a dor de alma sofrida pelo pai em consequência da morte do seu filho provocada voluntariamente pela mãe, sem invocação da qualquer justificação, senão a de não ter ainda passado o prazo de dez semanas, para além, na expressão infeliz que consta do transcrito, da “liberdade de manter um projecto de vida”.

O valor da indemnização é difícil de fixar. Como escrevemos já, trata-se de uma matéria profundamente subjectiva que os tribunais têm dificuldade em aferir. Em geral, recorrem à apreciação do comportamento lesivo, da sensibilidade da vítima, das circunstâncias do caso e da experiência e prudência do julgador. Mas a psiquiatria permite o diagnóstico da “dor de alma”, do sofrimento moral. A determinação pericial da “dor de alma” permite ajudar a resolver as grandes dificuldades em geral sentidas pelos tribunais nesta matéria.