I SÉRIE

DIÁRIO DA REPÚBLICA

Segunda-feira, 20 de Novembro de 2006 Número 223

ÍNDICE

SUPLEMENTO

Tribunal Constitucional

Acórdão n.º 617/2006:

Tem por verificada a constitucionalidade e a legalidade do referendo proposposto na Resolução da Assembleia da República, n.º 54-A/2006 [publicada no *Diário da República,* 1.ª série (suplemento), n.º 203, de 20 de Outubro de 2006], que propõe a realização de um referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez realizada por opção da mulher nas primeiras 10 semanas . . . . . 7970-(2)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 617/2006 — Processo n.º 924/2006

Acordam, em sessão plenária, no Tribunal Constitucional:

I — O pedido e a apresentação do problema

1 — O Presidente da República, nos termos do artigo 115.º, n.º 8, da Constituição e dos artigos 26.º e 29.º, n.º 1, da Lei n.º 15-A/98, de 3 de Abril, requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade da proposta de referendo aprovada pela Resolução n.º 54-A/2006 da Assembleia da República (publicada no *Diário da República*, I Série, de 20 de Outubro de 2006).

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»

A Assembleia da República resolve, nos termos e para os efeitos do artigo 115.º e da alínea *j*) do artigo 161.º da Constituição da República Portuguesa, apresentar a S. Ex.ª o Presidente da República a proposta de realização de um referendo em que os cidadãos eleitores recenseados no território nacional sejam chamados a pronunciar-se sobre a pergunta seguinte:

"Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?"

Aprovada em 19 de Outubro de 2006.

O Presidente da Assembleia da República, *Jaime Gama.»*

2 — A Resolução n.º 54-A/2006 corresponde ao Projecto de Resolução apresentado por Deputados do Partido Socialista, em 20 de Setembro de 2006, invocando "o compromisso de suscitar um novo referendo sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, nos termos anteriormente submetidos ao voto popular".

Nesta mesma sessão legislativa, foram apresentados três projectos de lei relativos a matéria de despenalização relativa da interrupção voluntária da gravidez: os Projectos de Lei n.º 308/X, do Partido Comunista Português, n.º 309/X, do Partido Os Verdes (*Diário da Assembleia da República*, 2.ª série-A, de 21 de Setembro de 2006); e o Projecto de Lei n.º 317/X, do Bloco de Esquerda (*Diário da Assembleia da República*, 2.ª série-A, de 6 de Outubro de 2006).

Todos estes projectos prevêem a despenalização da interrupção voluntária da gravidez até um certo prazo, quando praticada por solicitação de mulher grávida.

Assim, diz-se no projecto do Partido Comunista Português:

Artigo 1.º

Interrupção da gravidez não punível

O artigo 142.º do Código Penal passa a ter a seguinte redacção:

«Artigo 142.º

(...)

1 — Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido, quando realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez a pedido da mulher para preservação do direito à maternidade consciente e responsável.

2 — De igual modo, não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico ou sob a sua direcção em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido, com o consentimento da mulher quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

a) (actual alínea *a*) do n.º 1 do artigo 142.º)

b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física e psíquica da mulher e for realizada nas primeiras 16 semanas de gravidez;

c) (actual alínea *c*) do n.º 1 do artigo 142.º, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 90/97, de 30 de Julho);

d) Houver seguros motivos que indiciem risco de que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável, de HIV (síndroma de imunodeficiência adquirida) e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas nos termos referidos na alínea anterior;

e) (actual alínea *d*) do n.º 1 do artigo 142.º, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 90/97, de 30 de Julho);

f) Nos casos referidos na alínea anterior, sendo a vítima menor de 16 anos ou incapaz por anomalia psíquica se a interrupção da gravidez for realizada nas primeiras 24 semanas comprovadas nos termos referidos na alínea *c*).

3 — Sempre que se trate de grávida toxicodependente não é punível a interrupção da gravidez efectuada a seu pedido nas condições referidas no n.º 1 durante as primeiras 16 semanas de gravidez.

4 — A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez, referidas no n.º 2, é certificada em atestado de médico, escrito e assinado antes da intervenção, por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada.

5 — (actual n.º 3)

6 — (actual n.º 4).»

No projecto do Partido Os Verdes, lê-se o seguinte:

Artigo 1.º

Alteração ao Código Penal

Os artigos 140.º e 142.º do Código Penal, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei 48/95, de 15 de Março, e pela Lei n.º 90/97, de 30 de Julho, passam a ter a seguinte redacção:

«Artigo 140.º

Aborto

1 — (…)

2 — (…)

3 — (eliminado).

Artigo 142.º

Interrupção da gravidez não punível

1 — Não é punível a interrupção da gravidez quando efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido,

com o consentimento da mulher grávida, nas primeiras 12 semanas de gravidez para preservação da sua integridade moral, dignidade social ou do seu direito à maternidade responsável e consciente.

2 — Da mesma forma, não é punível a interrupção da gravidez quando efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido, com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

a) (actual alínea *a*));

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 16 semanas de gravidez;

c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença, designadamente de HIV (vírus da imunodeficiência humana) ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;

d) (actual alínea *d*));

e) Nos casos referidos na alínea anterior, sendo a vítima menor de 16 anos ou incapaz por anomalia psíquica, se a interrupção da gravidez for realizada nas primeiras 24 semanas comprovadas nos termos descritos na alínea *c*).

3 — A verificação das circunstâncias, previstas nas alíneas *a*) a *e*) do número anterior, que tornam não punível a interrupção da gravidez, é certificada através de atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada.

4 — (actual n.º 3).

5 — (actual n.º 4)»

E, finalmente, o projecto do Bloco de Esquerda tem o seguinte teor:

Artigo 1.º

Direito de optar

Todas as mulheres têm o direito de controlar os aspectos relacionados com a sua sexualidade, incluindo a sua saúde sexual e reprodutiva, e de decidir livre e responsavelmente sobre estas questões, sem coacção, discriminação ou violência.

Artigo 2.º

Exclusão de ilicitude do aborto

O artigo 142.º do Código Penal passa a ter a seguinte redacção:

«Artigo 142.º

(...)

1 — Não é punível o aborto efectuado por médico, ou sob a sua orientação, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido, nas seguintes situações:

a) A pedido da mulher, nas primeiras 12 semanas de gravidez;

b) No caso de existirem seguros motivos para crer que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação e for realizada nas primeiras 24 semanas com consentimento da mulher;

c) Sempre que exista perigo de vida para a mulher grávida ou de grave e irreversível lesão para a sua saúde física e psíquica e for realizado com o seu consentimento até às 16 semanas de gravidez;

d) Sempre que existirem sérios indícios de que a gravidez resultou de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e for realizado, com consentimento da mulher grávida, nas primeiras 16 semanas, ou nas primeiras 24 semanas, no caso da vítima ser menor ou ser incapaz por anomalia psíquica;

e) Quando se trate de grávida toxicodependente, desde que realizado, com o seu consentimento, nas primeiras 16 semanas de gravidez;

f) No caso de mulheres grávidas portadoras de HIV (síndroma de imunodeficiência adquirida) ou afectadas por este vírus, até às 24 semanas, se for esse o consentimento da mulher;

g) No caso de fetos inviáveis, a interrupção de gravidez poderá ser feita em qualquer idade gestacional;

h) Constituir o único meio de remover o perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida.

2 — (...)

3 — (...)

4 — (...)»

O Partido do Centro Democrático Social — Partido Popular formulou uma proposta de substituição da pergunta apresentada pelos Deputados do Partido Socialista, em que pretendia a alteração da redacção da pergunta, substituindo "despenalização" por "liberalização" e "interrupção voluntária da gravidez" por "aborto" (cf. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 14, de 20 de Outubro de 2006).

Em Reunião Plenária de 19 de Outubro de 2006, a Assembleia da República aprovou, após debate, o Projecto de Resolução n.º 148/X, com votos a favor do Partido Socialista, do Partido Social Democrata e do Bloco de Esquerda e votos contra do Partido Comunista Português, do Partido Ecologista "Os Verdes", de uma Deputada do Partido Socialista e de um Deputado do Partido Social Democrata e abstenções do Partido do Centro Democrático Social — Partido Popular, de duas Deputadas do Partido Socialista e de um Deputado do Partido Social Democrata.

Após esta aprovação, a Assembleia da República considerou prejudicada a votação da proposta de substituição da pergunta do Partido do Centro Democrático Social — Partido Popular.

3 — A pergunta que constitui objecto da presente proposta de referendo corresponde, exactamente, à pergunta submetida à fiscalização de constitucionalidade e legalidade no Acórdão n.º 288/98 (*D.R.*, I Série-A, de 18 de Abril de 1998), pelo qual o Tribunal Constitucional decidiu ter por verificada a constitucionalidade e a legalidade do referendo proposto na Resolução n.º 16/98 da Assembleia da República.

Assim, em 1998, os portugueses foram já confrontados em referendo com a presente pergunta, não tendo, porém, esse referendo, em que a resposta negativa foi maioritária, sido vinculativo, nos termos do artigo 115.º, n.º 11, da Constituição. A resposta negativa atingiu 50,9 % dos vo-

tantes, a afirmativa 49,1 % e a abstenção 68,1 % — cf. Mapa Oficial n.º 3/98, *D.R.*, I Série-A, de 10 de Agosto de 1998.

Em 2005, a mesma pergunta foi apresentada como objecto de uma proposta de referendo. O Tribunal Constitucional, pelo Acórdão n.º 578/2005, de 28 de Outubro (*D.R.*, I Série-A, de 16 de Novembro de 2005), entendeu que não estavam cumpridas as exigências constitucionais, em face do artigo 115.º, n.º 10, da Constituição, sem ter apreciado a substância da pergunta.

4 — A pergunta objecto da presente proposta de referendo é pois igual à pergunta sobre a qual o Tribunal Constitucional já se pronunciou no Acórdão n.º 288/98 — Algumas razões, porém, impõem que o Tribunal Constitucional não remeta, sem mais, para os fundamentos daquele Acórdão.

Em primeiro lugar, existiu uma alteração parcial da composição do Tribunal, o que justifica que as conclusões alcançadas naquele aresto, por maioria, na base de um certo acordo em matéria tão complexa, tenham que ser necessariamente debatidas de novo.

Em segundo lugar, entre 1998 e 2006 desenrolou-se uma história legislativa, política, social e de justiça penal que tem de ser considerada. E também no plano internacional, do Direito Comparado e do Direito Europeu existem contribuições relevantes para a ponderação.

Em terceiro lugar, no pensamento sobre as penas e sobre a política criminal há dados novos a considerar. E esses dados podem contribuir para a conclusão acerca da dignidade e da tutela penal da vida intra-uterina.

Em quarto lugar, no plano da discussão pública, não deixa de assumir particular relevância a precedência de um referendo sobre a mesma questão, que foi considerado constitucional e legalmente admissível.

Em quinto lugar, o estado da discussão política sobre a punição das mulheres que pratiquem o crime de aborto evoluiu em aspectos cruciais, com o surgimento de novas ideias e propostas.

Por último, o facto de o anterior Acórdão contar com desenvolvidos votos de vencido justifica que alguns argumentos que não lograram vencimento mereçam ser analisados de novo.

Não nos situamos assim, em 2006, no ponto de partida exacto do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98, mas num outro momento histórico-jurídico, que exigirá a consideração de elementos nessa altura não ponderados. Vejamos, então, nesta perspectiva, quais as questões essenciais a debater, considerando os novos elementos do debate.

Entende-se que as questões fundamentais são três:

A conformidade da pergunta aos requisitos constitucionais e legais, com especial incidência na clareza e objectividade da sua formulação e no seu carácter dilemático ou binário;

A determinação do universo eleitoral;

A verificação se o dilema suscitado pela pergunta pode suscitar, pelo menos, uma resposta incompatível com a Constituição ou com a lei.

É sobre estas questões que se podem reflectir, igualmente, os novos dados da presente situação histórica e social em matéria de interrupção voluntária da gravidez que se passa a enunciar.

II — Enquadramento actual da questão objecto da proposta de referendo

5 — No plano do Direito Comparado, remetendo-se para a extensa abordagem do Acórdão n.º 288/98, deverá salientar-se que permanece uma tendência para a consolidação de soluções legislativas descriminalizadoras ou que enunciam causas de afastamento da responsabilidade segundo certas indicações. Não há conhecimento, no grupo dos países com a estrutura de Estado de Direito democrático, de um "retrocesso" no sentido criminalizador (cf. BERTRAND MATHIEU, *Le droit à la vie*, Edições do Conselho da Europa, 2005). E esta tendência diz respeito quer aos Estados que adoptaram a solução dos prazos quer aos Estados que adoptaram o método das indicações.

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 regime está contido no *Code de la Santé Publique* (Ord. n.º 2000-548, de 15 de Junho de 2000), o qual prevê agora o seguinte (Art. L. 2212-1):

«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.*]»

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 n.º 2001-588, de 4 de Julho de 2001) e no "quadro de uma convenção" entre o médico e o estabelecimento de saúde. 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 n.º 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 2.º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão"*.

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 intra-uterina 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.

Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, numa decisão de 8 de Julho de 2004, em que se pronunciou sobre um caso de negligência médica num aborto terapêutico, teceu, entre outras, as seguintes considerações: "O Tribunal está convencido de que não é desejável nem mesmo possível actualmente responder em abstracto à questão de saber se o nascituro é uma *pessoa* no sentido do artigo 2.º da Convenção" embora, "na ausência de um estatuto jurídico claro do nascituro, este não [esteja] privado de qualquer protecção no direito francês" (caso *Vo c. France* — Application n.º 53924/00 [2004] ECHR 326, consultável em www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/2004/326.html) —

Por outro lado, o Parlamento Europeu, na sequência do Relatório de Anne E. M. Van Lancker de 6 de Junho de 2002, aprovou uma resolução sobre a política a seguir nos países integrantes da União Europeia quanto a "direitos em matéria de saúde sexual e reprodutiva" (Resolução do Parlamento Europeu sobre Direitos em Matéria de Saúde Sexual e Reprodutiva — JO C N.º 271 E, de 12 de Novembro de 2003). Nessa resolução recomenda-se aos governos dos Estados-Membros e dos países candidatos à adesão "que pugnem pela implementação de uma política de saúde e social que permita uma diminuição do recurso ao aborto, nomeadamente graças à disponibilização de serviços de planeamento familiar e de aconselhamento e à prestação de assistência e apoio financeiro a grávidas em dificuldade, e considerem o aborto de risco como tema fundamental de saúde pública". Mas recomenda-se ainda "que a interrupção voluntária da gravidez seja legal, segura e universalmente acessível, a fim de salvaguardar a saúde reprodutiva e os direitos das mulheres", exortando-se "os governos dos Estados-Membros e dos países candidatos à adesão a absterem-se, em quaisquer circunstâncias, de agir judicialmente contra mulheres que tenham feito abortos ilegais".

Assume-se, assim, no âmbito do Parlamento Europeu, uma perspectiva preventiva e de saúde pública quanto ao aborto, com distanciamento das soluções punitivas.

Já em matéria de planeamento familiar, o Regulamento (CE) n.º 1567/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Julho de 2003 (JO L 224, de 06.09.2093), relativo à ajuda para políticas e acções em matéria de saúde reprodutiva e sexual e direitos conexos nos países em desenvolvimento, estipula que "A Comunidade e os Estados-Membros reconhecem o direito de cada indivíduo escolher livremente o número de filhos e o intervalo entre nascimentos, e condenam todas as violações dos direitos humanos sob a forma de aborto obrigatório, esterilização forçada, infanticídio, rejeição, abandono ou maus tratos a crianças não desejadas como forma de reduzir o aumento demográfico".

6 — No terreno da discussão jurídico-política, é certo que se mantiveram e desenvolveram com firmeza as posições contra a despenalização do aborto (cf., por exemplo, no lado contrário à despenalização, entre nós, PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Constituição do crime, da substancial constitucionalidade do Direito Penal*, 1998, BACELAR GOUVEIA e HENRIQUE MOTA, *Vida e Direito — Reflexões sobre um referendo*, 1998, e PAULO OTERO, *Direito da Vida*, 2004).

Mas também é verdade que surgiram posições, ainda no quadro da actual solução legislativa, que reconhecem as dificuldades morais em punir com justiça, nos casos concretos, as mulheres que cometerem aborto ilegal. Para além de pronunciamentos em vários órgãos de comunicação social, como a defesa da não punição da mulher que aborte, numa lógica de desculpa, defendida por Freitas do Amaral (cf. *Visão* de 12 de Fevereiro de 2004), veja-se o Projecto de Lei n.º 20/X (*Diário da Assembleia da República*, II Série-A, de 2 de Abril de 2005), apresentado pelas Deputadas do PS Maria do Rosário Carneiro e Teresa Venda, que propugnou a "suspensão provisória do processo (contra a mulher que abortou) com carácter obrigatório", invocando a "não indiferença ao sofrimento, a ponderação das circunstâncias individuais, a defesa da dignidade das mulheres e a ponderação das alternativas inclusivas".

7 — Do lado favorável à despenalização, assistiu-se à afirmação de uma perspectiva preventiva, de saúde pública, que privilegia as dificuldades morais e sociais da mulher que aborta. Assim, registou-se, por parte de alguns intervenientes no debate público, uma tendência para situar a discussão num nível não puramente ideológico e para basear a decisão em valorações apoiadas nos projectos de vida de cada pessoa, nas concretas oportunidades sociais para uma maternidade consciente e em emoções, como a angústia, que podem levar à rejeição da maternidade (cf., já nessa linha, RONALD DWORKIN, *Life's Dominion — An Argument about Abortion and Euthanasia*, 1993, e, em geral sobre o papel das emoções — como a compaixão —, na base de julgamentos éticos razoáveis e das próprias decisões políticas, MARTHA NUSSBAUM, *Upheavals of Thought , The Intelligence of Emotions*, 2001, p. 441 e ss.).

No pólo oposto, em defesa do não alargamento da despenalização, vêm-se referindo, pragmaticamente, os efeitos criminógenos da despenalização e os seus reflexos nas concepções sociais sobre o valor da vida, alertando-se para os perigos de uma "cultura de morte".

De todo o modo, tanto do lado das posições mais favoráveis à despenalização como do lado contrário se verifica um movimento convergente para aproximar a discussão sobre o aborto de perspectivas não absolutas, que reconhecem a existência de conflito, e para utilizar argumentos próximos dos interesses imediatamente perceptíveis por cada pessoa, que se reflectem na sua vida. Por conseguinte, a discussão sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez dentro de certo prazo e em certas condições emergiu como questão diversa da pura afirmação, em abstracto, de valores como a vida ou a liberdade (valores absolutos como lhes chama LAWRENCE TRIBE, em *The Clash of Absolutes*, 1990, para concluir que "muito do que cada um acredita sobre todos estes assuntos diz mais sobre o que somos, de onde provimos do que sobre a nossa visão ou sobre a última verdade" (p. 40).

8 — A reflexão sobre valores numa sociedade democrática, pluralista e de matriz liberal quanto aos direitos fundamentais tem sido objecto privilegiado do pensamento filosófico contemporâneo. Tal reflexão exprime-se na ideia de um "consenso de sobreposição" (*overlapping consensus*) desenvolvida por JOHN RAWLS, em *Political Liberalism*, 1993, p. 133 e ss.. O autor concebe a possibilidade de um consenso sobre valores políticos, como o respeito mútuo ou a liberdade, sem o sacrifício de valores mais

abrangentes e de visões particulares, mas a partir da diversidade dos valores. Por exemplo, diferentes concepções religiosas podem confluir, sem abandonar a respectiva matriz, num núcleo de valores estritamente políticos.

Ora, independentemente de se aceitarem as teses resultantes da referida orientação, não poderá deixar de se registar que a discussão sobre valores induz a reconhecer que a possibilidade de um Estado de Direito democrático os impor é problemática. Uma tal imposição não se legitima na mera evidência intuída pela consciência individual, num mandato divino ou até na decisão discricionária do poder político, ainda que legitimado pela maioria. A decisão sobre valores é fundamentante do Estado de Direito e não está arredada da discussão democrática, orientada por regras de liberdade, igualdade de oportunidades, participação política efectiva e limites lógicos à autocontradição (cf. ARTHUR KAUFMANN, *Rechtsphilosophie,* 1997, p. 336 e ss., onde se lê que "só na livre discussão de opiniões a verdade tem uma *chance*" e que "a indagação da verdade é um problema de liberdade").

Não pode, por conseguinte, o Tribunal Constitucional abordar os problemas jurídico-constitucionais suscitados pela pergunta, prescindindo de dar conta de que há uma investigação jurídico-filosófica mantida, no nosso tempo, sobre a fundamentação dos valores e a legitimidade da sua imposição. Dessa investigação resulta que os valores não estão acima da discussão livre e que não é possível impô-los ao "outro", sem cumprir um estrito dever de fundamentação sujeito a um método argumentativo e participado.

9 — Também no que se refere ao pensamento sobre o crime e a pena, têm sido introduzidas perspectivas que aumentam a complexidade dos modelos puramente preventivos ou retributivos de política criminal. A reflexão sobre a pena orienta-se para modalidades e funções compensadoras das vítimas e da sociedade. Por outro lado, acentua-se, por essa via, a ideia de que a pena não pode retirar a sua legitimidade senão do bem que possa gerar na vítima, na sociedade e no próprio condenado (quer a partir de perspectivas de prevenção quer na linha de um modelo de justiça reparadora dos danos do crime). Recusa-se, desde logo, que a pena constitua apenas o mal que corresponde (e acresce) ao mal do crime.

Tal ideia repercute-se, necessariamente, no conteúdo e no sentido da pena, mas também na conveniência e na necessidade de solucionar o conflito entre o agente e o Estado através da pena. Em confluência com esta perspectiva, faz sentido distinguir entre merecimento e necessidade da pena como dois patamares diferenciados de justificação da tutela penal (cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 2004, p. 120 e ss.).

A ideia de pena não deixa de ser, para um certo pensamento filosófico, um conceito em crise. Já PAUL RICOEUR sugeria, em "Interprétation du mythe de la peine" (*Le conflit des interprétations*, 1969, p. 348 e ss.), que a crise reside na duvidosa racionalidade da equivalência entre o crime e a pena (como sofrimento moral) e na (duvidosa) capacidade de esta apagar o mal do crime ou solucionar o seu problema.

A perspectiva de que o crime reclama sempre a punição e não outra forma de superação é algo cuja racionalidade não está, nesta linha de pensamento, acima de qualquer dúvida. E não está isenta de dúvida mesmo para quem, como PAUL RICOEUR, se posicione dentro da cultura bíblica, na qual o mal do pecado — que é a separação de Deus — é superado pelo perdão e pela graça.

Em sentido idêntico, mas a partir de outras raízes culturais, tem-se sustentado a racionalidade da ultrapassagem de uma protecção neutral (e igual) dos bens e direitos pela compreensão " do significado humano e do impacto das leis", preferindo-se a compaixão na vida pública à punição retributiva (cf. MARTHA NUSSBAUM, *ob. cit.,* p. 443).

Assim, no pensamento jurídico-filosófico sobre a pena, não só a sua finalidade e justificação como também a sua adequação ao crime têm sido objecto de discussão, tanto por quem não duvida que certos comportamentos (incluindo a interrupção voluntária da gravidez) merecem reprovação ética como por quem, partindo do debate político-criminal, rejeita uma função meramente retributiva da pena e lhe atribui uma função preventiva baseada no princípio da necessidade e da intervenção mínima do *jus puniendi*.

10 — As manifestações da crise da ideia de pena e de uma insatisfação cultural quanto a ela revelam-se, nos sistemas jurídicos contemporâneos, na adopção de medidas paralisadoras da punição. Assim, no terreno processual penal, consagra-se a suspensão provisória do processo e o arquivamento em caso de dispensa de pena. No quadro de uma desjudicialização, aceita-se a figura da mediação penal (cf., sobre esta figura e sobre a justiça restaurativa em geral, ANABELA RODRIGUES, "Mediação Penal: a propósito da introdução do regime de mediação no processo penal", *Revista do Ministério Público*, ano 27, 2006, n.º 105, p. 127 e ss., FRANCISCO AMADO FERREIRA, *Justiça Restaurativa, natureza, finalidades e instrumentos*, 2006, e CÂNDIDO DA AGRA e JOSEFINA CASTRO, "Mediação e Justiça Restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano II, 2005, p. 95 e ss.). Por fim, no âmbito do Direito Penal material, prevê-se, desde 1982, o expressivo instituto da dispensa da pena, que implica condenação sem punição (artigo 74.º do Código Penal).

Em suma, o pensamento sobre o crime e a pena, quer na sua expressão filosófica quer na sua expressão jurídica, sugere que, sendo pacífica a proposição de que não há pena sem crime, não é verdadeira a proposição inversa. E, no plano do conceito material de crime, reflecte-se tal entendimento na acentuação da "carência da tutela penal" como modo de justificação da criminalização fora de uma lógica retributiva.

Por outro lado, também é verdade que, numa outra óptica de pensamento, se tem intensificado o apelo à pena para reprimir a violação de direitos humanos e o Direito Penal ressurgiu, no plano internacional, como um instrumento de protecção das pessoas em situação de fraqueza contra diversas manifestações de domínio ilegítimo proveniente de fontes formais ou informais de poder, incluindo os Estados. Assim, o Direito Penal surge como âncora dos fracos e juiz da História, assumindo-se como instrumento de defesa de causas humanitárias e de luta contra a prepotência.

É num horizonte cultural complexo que as várias questões suscitadas pela pergunta objecto da proposta de referendo se colocam. O Tribunal analisará tais questões, a fim de verificar a constitucionalidade e a legalidade do referendo proposto, não se alheando da situação histórica e do ambiente de pensamento envolvente. Deste enquadramento retiram-se, no essencial, três linhas de orien-

tação: a relação entre a ideia de Estado de Direito democrático (artigo 2.º da Constituição) e a necessidade de discutir valores; a crise da pena como solução do problema do crime; e a justificação da criminalização numa lógica da necessidade da pena.

III — Fundamentação

11 — Nos termos das disposições conjugadas dos artigos 115.º, n.º 8, e 223.º, n.º 2, alínea *f*), da Constituição, 26.º da Lei Orgânica do Regime do Referendo (Lei n.º 15-A/98, de 3 de Abril) e 11.º da Lei do Tribunal Constitucional, cumpre a este Tribunal proceder à prévia verificação da constitucionalidade e da legalidade da proposta de referendo, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respectivo universo eleitoral.

Nessa conformidade, deve assinalar-se, em primeiro lugar, que a proposta de referendo foi aprovada pelo órgão competente para o efeito, ao abrigo do artigo 115.º, n.º 1, da Constituição, ou seja, a Assembleia da República.

Na verdade, sendo a Assembleia da República um dos dois órgãos de soberania constitucionalmente autorizados (conjuntamente com o Governo), a propor ao Presidente da República a realização de referendos, no presente caso só ela poderia fazê-lo, tal como refere o Acórdão n.º 288/98, "pois que a matéria sobre que incide a pergunta — despenalização em certas circunstâncias da interrupção voluntária da gravidez — se insere na sua esfera de competência legislativa reservada e, de acordo com o estabelecido no citado artigo 115.º, n.º 1, a proposta há-de respeitar a matéria da competência do órgão competente".

Trata-se de matéria de competência da Assembleia da República não só porque se enquadra no artigo 165.º, n.º 1, *c*), mas também porque surge em volta da eventual violação dos artigos 24.º, n.º1, e 26.º, sendo pois abrangida pelo artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição (*vide* o Acórdão n.º 288/98 e já também o Parecer n.º 21/82 da Comissão Constitucional, em *Pareceres da Comissão Constitucional*, 20.º vol., pp. 92-3).

12 — Também se verifica o requisito exigido pelo artigo 115.º, n.º 3, da Constituição, na medida em que estamos perante questão de relevante interesse nacional, que deve ser decidida pela Assembleia da República ou pelo Governo através da aprovação de acto legislativo.

Tal afirmação fundamenta-se no facto de a matéria se incluir na reserva relativa de competência da Assembleia da República e de se tratar de uma questão tida como central no debate político dos últimos anos. Dada a evidência do relevante interesse nacional da matéria, prescinde-se de encarar o problema de saber se se encontra na margem de livre decisão do órgão proponente e do Presidente da República ou se tal requisito deve constituir objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional (no mesmo sentido, o Acórdão n.º 288/98).

13 — A presente proposta de referendo não integra, igualmente, as situações excluídas do âmbito do referendo pelo n.º 4 do artigo 115.º da Constituição.

Com efeito, a matéria em causa não reveste conteúdo orçamental, tributário ou financeiro nem se enquadra na reserva absoluta da competência da Assembleia da República, integrando, como se disse, a reserva relativa.

O objecto do presente referendo também não se integra no elenco das matérias previstas no artigo 161.º, nem na alínea *c*) do referido artigo 161.º como se evidenciou no Acórdão n.º 288/98, em que se disse que "também a matéria em causa se não encontra prevista no artigo 161.º, pois que, de entre as aí mencionadas, apenas poderia ser abrangida pela alínea *c*), onde se atribui à Assembleia da República competência para 'fazer leis sobre todas as matérias'. Só que a referência à exclusão das matérias do artigo 161.º não pode obviamente aplicar-se em tal caso, pois que, então, se entraria em contradição com o n.º 1 e o n.º 3 do artigo 115.º, porque nenhuma matéria que devesse ser tratada por via legislativa — salvo se da reserva do Governo — poderia ser o objecto do referendo".

E, finalmente, a presente proposta de referendo não visa alterar a Constituição, já que a legislação a aprovar na sequência do referendo não pretende assumir valor constitucional.

14 — Como ficou esclarecido no Acórdão n.º 288/98, não é de confundir a questão anterior com a de saber se é vedado pela Constituição o referendo sobre uma matéria por ela extravasar o âmbito de discricionariedade legislativa "a resolver através de uma opção política devolvida ao eleitorado" (Acórdão n.º 288/98) ou por o legislador estar constitucionalmente vinculado a uma opção e ser vedada a opção resultante de um dos sentidos de resposta à questão objecto do referendo.

Questão que tem outra natureza, embora a resposta dada à anterior se projecte nela inevitavelmente, é ainda a de saber se, no caso *sub judicio*, a pergunta se encontra formulada de modo a que uma das possíveis respostas implica uma solução inconstitucional, independentemente de uma vinculação constitucional a uma determinada opção legislativa.

15 — Mas, deixando para mais tarde esta última questão, há-de concluir-se, tal como no Acórdão n.º 288/98, que a matéria em análise é enquanto tal passível de referendo, na medida em que está ainda na margem de discricionariedade do legislador criar ou não criar áreas de despenalização da interrupção voluntária da gravidez dentro dos limites constitucionais.

Afasta-se, portanto, a perspectiva segundo a qual, em nome do direito à vida do feto, o legislador não poderia nunca subtrair ao Direito Penal condutas de interrupção voluntária da gravidez ou a perspectiva inversa de que toda a punição da interrupção voluntária da gravidez dentro de certo prazo seria constitucionalmente inviável.

Diferentemente, entende o Tribunal Constitucional que o legislador, dentro de limites constitucionalmente definidos, mantém uma margem de liberdade de decisão quanto ao âmbito da criminalização, da justificação e do afastamento da punibilidade da interrupção voluntária da gravidez. E mantém essa margem de liberdade porque o Direito Penal não é conformado constitucionalmente como um imperativo categórico imposto ao legislador ordinário, regulando-se antes por ponderações de valores e de interesses situadas num contexto histórico e por uma justificação derivada de necessidades político-criminais e da realização da justiça em função do modo como, em cada momento, os problemas criminais se colocam.

Por outro lado, essa margem de liberdade também não está vedada em nome do reconhecimento de direitos insusceptíveis de ser objecto de referendo. Com efeito, não seriam esses direitos, em si, o objecto do referendo, mas antes uma ponderação sobre um conflito de direitos e valores ou a possível solução para um tal conflito em conexão com a intervenção do Direito Penal.

16 — Finalmente, a possibilidade de ponderação de direitos e valores constitucionalmente tutelados ser sujeita a referendo não é impedida pelo facto de ser essa a tarefa normal do julgador. É certo que o próprio legislador realiza essa tarefa de ponderação, à luz da Constituição, sendo ele também, como refere o Acórdão n.º 288/98, "um aplicador da Constituição". E onde o legislador possa intervir não há razões, em geral, para subtrair ao âmbito do referendo uma dada matéria.

Assim, na linha do citado aresto, continua este Tribunal a entender que nada impede que uma matéria de conflito de direitos e valores constitucionalmente protegidos — ou até mesmo de concretização de limites imanentes, que implique a realização de uma concordância prática dos mesmos direitos e valores — possa ser devolvida por um dos seus intérpretes — o legislador da Assembleia da República — para o voto dos cidadãos, em certas circunstâncias. E essa conclusão vale desde que as soluções possíveis não impliquem alteração ou violação da Constituição, situando-se, ainda, naquele plano das interpretações possíveis sobre o modo de desenvolvimento dos valores constitucionais.

Mesmo para quem entenda que, perante uma dúvida sobre a solução a dar a um conflito de valores, só há uma interpretação possível da Constituição, será ainda admissível — no caso de dificuldade profunda em atingir uma solução aceitável por todos como válida — trocar a pura investigação (limitada pela subjectividade do intérprete) pela discussão democrática e pelo voto, como método de determinar a boa solução (assim, RONALD DWORKIN, *Life's Dominion — An Argument about Abortion and Euthanasia*, 1993, p. 157).

17 — Confrontando agora a pergunta objecto da proposta de referendo com os artigos 115.º, n.º 6, da Constituição, e 7.º da Lei Orgânica do Regime do Referendo, verifica-se, desde logo, que ela recai sobre uma só matéria — a despenalização da interrupção voluntária da gravidez dentro de certo prazo — existindo, aliás, uma só pergunta, formal e materialmente —, sem qualquer intróito.

Em segundo lugar, a pergunta é formulada para uma resposta de "sim" ou "não", segundo uma lógica "que é necessariamente dilemática, bipolar ou binária, ou seja, que pressupõe uma definição maioritariamente unívoca da vontade popular, num ou noutro dos sentidos possíveis de resposta à questão cuja resolução é devolvida directamente aos cidadãos" (Acórdão n.º 360/91, em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 19.º vol., p. 701). Com efeito, a pergunta interroga os eleitores sobre se concordam com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez realizada, por opção da mulher grávida, dentro de um certo prazo determinado e em estabelecimento de saúde legalmente autorizado. Trata-se, pois, de uma opção entre despenalização e penalização da prática de uma conduta bem identificada, em circunstâncias indicadas com precisão.

18 — O facto de poderem existir outras posições que a pergunta não consagra — tal como a aceitabilidade de uma justificação da interrupção voluntária da gravidez segundo o método das indicações, acrescentando-se, por exemplo, novas indicações às legalmente previstas, alargando-se o prazo para tal ou prescindindo-se da realização da interrupção voluntária da gravidez em estabelecimento de saúde — não retira à presente pergunta o carácter dilemático.

Os eleitores deverão decidir, em face da única opção que lhes é proposta, se a consideram aceitável ou rejeitável, mesmo que preferissem outras opções (que não estão em causa). São confrontados apenas com um e não com todos os dilemas, devendo os dilemas que não estão em causa ser por eles ponderados e resolvidos numa perspectiva pessoal, de consciência ou de opção política, para efeito de resposta à (única) questão suscitada. Os dilemas morais, políticos e jurídicos sobre as condições preferíveis de despenalização situam-se a montante do que é expresso na pergunta, a qual revela que o legislador apenas pretende averiguar a opção dos eleitores quanto a uma certa solução.

19 — Esta análise prende-se, aliás, com a questão da clareza, objectividade e precisão da pergunta. Poderia objectar-se que a pergunta não seria clara, objectiva e precisa porque seria possível que os eleitores entendessem que se encontravam confrontados com uma opção entre penalização absoluta e despenalização e não com uma escolha entre a solução actual (que não corresponde a uma penalização absoluta) e uma despenalização até às dez semanas de gravidez. Nesse caso, estaria em causa uma opção entre a incriminação pura e simples e a despenalização proposta.

A ser assim, a pergunta não exprimiria o que efectivamente está presente no debate político que justifica o referendo. No entanto, tal objecção não pode resultar da mera interpretação do texto da pergunta, que interpela os eleitores quanto a uma certa solução inexistente na ordem jurídica portuguesa, não pondo em causa a subsistência do regime actual como alternativa.

Aliás, se o problema ainda poderia, eventualmente, ter sentido em 1998, no contexto do primeiro referendo realizado sobre esta matéria, em que a pergunta era exactamente a mesma, agora não tem pertinência. Nesta fase, já foi feito um debate público em campanhas eleitorais para eleições legislativas, e os diversos partidos políticos tiveram oportunidade de esclarecer os eleitores sobre a sua posição acerca do tema.

20 — Por outro lado, entender-se que a pergunta não patenteia o que está em causa no debate político — que se pressupõe claro e não viciado —, por não veicular informação densificada sobre a manutenção do sistema actual como um dos pólos do dilema, equivale a concluir que o próprio debate político não é um elemento imprescindível na interpretação do texto da pergunta pelos eleitores.

Uma pergunta que retratasse de forma esgotante o debate político poderia ser outra, porventura mais complexa. Todavia, não é razoável atribuir falta de clareza, objectividade e precisão a uma pergunta que confronta os eleitores com uma única solução sem equacionar outras. No plano lógico, o significado mais razoável de uma tal redução é encarar como alternativa à mudança a persistência da solução já consagrada.

21 — Não pode deixar de se considerar que uma pergunta com informação pormenorizada poderia até ser menos clara, porque iria utilizar termos técnicos, uma linguagem especializada ou transmitir excesso de informação (cf., no sentido destas preocupações, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 704/2004, *D.R.*, I Série-A, de 30 de Dezembro de 2004). Por isso, tal pergunta seria até, presumivelmente, mais difícil de apreender com rapidez.

Estando em causa a opção entre a solução actual de não punição no caso de se verificarem certas indicações (terapêutica, ética e eugénica) e (com excepção do aborto em defesa da vida da mãe) dentro de certos prazos, por um lado, e, por outro lado, uma solução de ausência das referidas indicações dentro de um certo prazo, um dos modos possíveis de fazer a pergunta com clareza lógica é questionar os eleitores sobre se concordam com uma despenalização sem mencionar aquelas indicações — referindo apenas um prazo, com a condição de a interrupção voluntária da gravidez ser realizada em estabelecimento de saúde legalmente autorizado.

A menção das indicações legalmente previstas e dos prazos que lhes correspondem seria porventura compatível com uma pergunta ainda clara, mas sem dúvida mais complexa, e criaria o risco de submeter as indicações da actual lei que valem para além do prazo de 10 semanas (artigo 142.º, n.º 1, do Código Penal) a uma resposta de sim ou de não. Segue-se portanto, também neste ponto, a lógica argumentativa do Acórdão n.º 288/98, em que se disse:

«E, do mesmo modo, também se não aceita a crítica tendente a considerar que a pergunta se encontra mal formulada, porquanto não permite uma opção clara entre o «sim» e o «não» a quem entenda que a solução mais conveniente na matéria consiste em despenalizar apenas a mulher que aborta. É que a solução em causa não se encontra colocada na pergunta em análise, bem podendo dizer-se que constituiria objecto para uma outra pergunta. E quanto à pergunta em apreço, devendo ser respondida, nos termos constitucionais e legais, por uma afirmativa ou uma negativa, não pode necessariamente abrir espaço para soluções matizadas.»

22 — Numa outra perspectiva, a falta de clareza pode ser invocada ante a utilização de expressões ou vocábulos como "despenalização" e "interrupção voluntária da gravidez" ou até mesmo "opção", que são pouco frequentes na linguagem comum.

A essas objecções se responderá com a argumentação expendida no Acórdão n.º 288/98, no qual se refere:

A esta objecção, contudo, se responderá de duas formas.

Em primeiro lugar, dir-se-á que o risco derivado de um deficiente entendimento da pergunta, que pode decorrer do nível de instrução de uma parte do eleitorado, é inerente à utilização do processo referendário, em que os boletins de voto se não podem revestir da simplicidade que caracteriza os utilizados nos actos eleitorais, designadamente através do recurso aos símbolos partidários.

Em segundo lugar, sublinhar-se-á que a clareza da pergunta se há-de conjugar com a sua objectividade e precisão, o que implica uma maior complexidade na formulação e a utilização de terminologia rigorosa, para se evitar posteriormente a existência de equívocos quanto às soluções propugnadas, por a pergunta abranger situações não pretendidas ou consentir leituras ambíguas. Face a uma pergunta rigorosamente formulada, embora de difícil entendimento para uma importante parte do eleitorado, sempre se poderá obter uma resposta consciente, caso exista um esforço de esclarecimento da opinião pública — e para isso serve a campanha regulada na lei. Mas, pelo contrário, face a uma pergunta aparentemente simples, mas recheada de ambiguidades ou imprecisões, nunca se poderá conhecer o verdadeiro sentido da resposta. E isto, até porque se a pergunta se encontrar deficientemente formulada do ponto de vista técnico, utilizando conceitos pouco rigorosos, não disporá sequer da clareza necessária para aqueles que, afinal, terão necessariamente de proceder a uma mediação explicativa perante a opinião pública.

Ora, no caso em apreciação, algumas hipóteses de simplificação da pergunta teriam como consequência uma indesejável imprecisão, já que se afigura importante — até para que a pergunta possa ter uma mínima correspondência com o objecto da iniciativa legislativa — que dela constem, por exemplo, referências à iniciativa da mulher e ao facto de a interrupção da gravidez se efectuar em estabelecimento de saúde. E se é possível sustentar que esses elementos da pergunta poderiam ter sido enunciados de forma mais acessível, embora tecnicamente menos perfeita, a verdade é que ao Tribunal Constitucional não cabe averiguar se a pergunta se encontra formulada da melhor maneira, mas tão-só certificar-se que ela ainda satisfaz adequadamente as exigências constitucionais e legais, o que se afigura ocorrer no caso *sub judicio*.

Por outro lado, assinale-se que, não permitindo a Constituição e a lei que se proceda a um referendo sobre um concreto projecto de lei, daí resulta que — por razões de necessária limitação da dimensão da pergunta, já que cada novo elemento pode contribuir para atentar contra a sua clareza — nem todos os aspectos do regime que se pretenda estabelecer têm obrigatoriamente de constar da pergunta formulada. É o que acontece, por exemplo, no caso dos autos, com a consulta em centro de aconselhamento familiar, prevista no projecto de lei n.º 451/VII, que não ficará afastada pelo facto de não se encontrar mencionada na pergunta.

23 — Também não procede a objecção de que a falta de clareza, objectividade e precisão decorreria da referência a estabelecimento de saúde legalmente autorizado, na medida em que a condição contida na parte final da pergunta pressupõe a existência de estabelecimentos legalmente autorizados a realizar a interrupção da gravidez por opção da mulher, que só existirão no futuro, na hipótese de resposta positiva à própria pergunta.

Com efeito, tal como o Acórdão n.º 288/98 afirmou, para que um estabelecimento de saúde possa ser legalmente autorizado para efeitos da pergunta não é necessário que aquela autorização decorra de uma lei aprovada na sequência de maioritária resposta afirmativa no referendo, tendo em conta o seguinte:

«(…) a definição das condições indispensáveis à atribuição de uma tal autorização poderá constar de lei autónoma e, mesmo, preexistente, até porque já hoje é possível efectuar, em certas circunstâncias, a interrupção voluntária da gravidez em «estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido».

24 — De todo o modo, a referência a estabelecimento de saúde legalmente autorizado não predispõe para uma resposta afirmativa, nem transmite a ideia de que seria absurda a penalização por os estabelecimentos de saúde já estarem legalmente autorizados a realizar tais intervenções. Na realidade, tal condição apenas exclui da despenalização o aborto realizado por instituição (ou pessoa) que não reúna as condições de um estabelecimento de saúde legalmente autorizado.

A não referência a tal condição é que poderia modificar o objecto da pergunta, transfigurando-a numa outra, em que estaria em causa uma "liberalização" da interrup-

ção voluntária da gravidez realizada em quaisquer condições sem exigência de protecção da saúde da mulher grávida (sendo realizada por qualquer pessoa, sem a formação profissional e ética que é exigida a quem exerça funções e possa vir a praticar tal intervenção num estabelecimento de saúde legalmente autorizado).

Estaria então em causa a despenalização até às 10 semanas da interrupção voluntária da gravidez, incluindo o chamado "aborto clandestino". Mas, por não ser esse o objecto da pergunta, a referência em causa não lhe retira a objectividade.

Assim, em face de tudo quanto foi exposto, o Tribunal Constitucional considera que a pergunta objecto do referendo respeita as exigências de clareza, objectividade e precisão constantes da Constituição e da lei.

25 — Assinale-se, igualmente, que a presente proposta de referendo respeitou as exigências constantes dos artigos 10.º a 14.º da Lei n.º 15-A/98, de 3 de Abril, bem como a que resulta do artigo 15.º do mesmo diploma legal. Com efeito, a proposta de referendo coube a Deputados à Assembleia da República (artigo 10.º, n.º 1) e assumiu a forma de projecto de resolução (artigo 10.º, n.º 2), o qual foi devidamente aprovado (artigo 13.º) e posteriormente publicado na 1ª Série do *Diário da República* (artigo 14.º).

Por outro lado, esta proposta de resolução de referendo não envolve, no ano económico em curso, aumento de despesas ou diminuição de receitas do Estado previstas no Orçamento (artigo 11.º). E também são respeitadas as exigências do artigo 8.º da Lei n.º 15-A/98, na redacção dada pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 8 de Setembro.

26 — Compete ainda ao Tribunal verificar o requisito relativo ao universo eleitoral previsto nos artigos 115.º, n.º 12, e 223.º, n.º 1, alínea *f*), da Constituição.

A proposta de referendo apenas prevê a participação dos cidadãos eleitores recenseados no território nacional, colocando-se, portanto, a pergunta sobre se um referendo com este objecto poderá restringir desta forma o universo eleitoral.

Há razões para uma resposta afirmativa relacionadas com o âmbito de validade espacial do Direito Penal, conforme se concluiu no Acórdão n.º 288/98 — Com efeito, os cidadãos portugueses residentes no estrangeiro não estão, em regra sujeitos, à aplicação da lei penal portuguesa senão nas condições limitadas do artigo 5.º, n.º 1, alínea *c*), do Código Penal.

Assim, a aplicação da lei penal portuguesa depende da própria solução da lei penal do local em que residem e de serem encontrados em território nacional. O facto de o princípio geral da aplicação da lei penal ser o princípio da territorialidade (artigo 4.º do Código Penal) torna a aplicação da lei penal portuguesa a cidadãos residentes no estrangeiro relativamente excepcional e condicionada.

Acresce que esta matéria não tem a ver especificamente com a particular situação dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro, na sua condição de emigrantes, razão que justificaria o alargamento do universo eleitoral a que se refere o artigo 115.º, n.º 12, da Constituição. E, finalmente, o problema que o referendo visa decidir tem especial relevância na perspectiva das condições sociais e das instituições de saúde do local em que a gravidez e a maternidade futura se desenrolam.

27 — Por fim, o Tribunal Constitucional deverá analisar a conformidade material do objecto do referendo com a Constituição, ao abrigo da competência emanada do artigo 223.º, n.º 2, alínea *f*): "verificar previamente a constitucionalidade e legalidade dos referendos nacionais".

Tal como o Acórdão n.º 288/98 explicitou, entende-se que no âmbito do controlo da constitucionalidade do referendo se integra tal competência, até porque "seria absurdo que, apesar de a Constituição estabelecer uma fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade do referendo, o povo pudesse ser chamado a pronunciar-se directamente sobre certa questão, quando o Tribunal Constitucional, à partida, havia detectado a sua inutilidade, porquanto sempre uma das possíveis respostas, a ser adoptada, determinaria a aprovação de legislação que não poderia vir a ser aplicada, por inconstitucional".

E esta razão inscreve-se numa exigível harmonização do princípio maioritário com o princípio da constitucionalidade, em que o conflito entre ambos só pode ser superado maximizando ambos os princípios, com a compressão das possibilidades de expressão da vontade popular *ab initio* e não *a posteriori*. Reduzir-se-á, assim, como afirmou o Acórdão n.º 288/98, o risco da ocorrência de um conflito aberto entre os dois princípios.

De qualquer modo, a superação do conflito é sempre realizada nos termos do Estado de Direito democrático que vive no cerne do princípio da constitucionalidade — isto é, atendendo ao conteúdo de direitos, liberdades e garantias fundamentais que dão pleno sentido ao princípio maioritário enquanto princípio democrático.

Seguindo, pois, a orientação do Acórdão n.º 288/98, o Tribunal Constitucional apreciará, em concreto, a constitucionalidade do objecto da pergunta, no sentido de verificar se qualquer das respostas possíveis implica a adopção de normas legais inconstitucionais.

28 — A verificação da constitucionalidade da pergunta objecto do referendo impõe que se confrontem as respostas afirmativa e negativa com os princípios e as normas constitucionais.

Analisar-se-á, consequentemente, se uma concordância com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez até às 10 semanas, por opção da mulher, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado, implica uma solução inconstitucional e, inversamente, se de uma resposta negativa resulta também uma tal solução.

O âmbito da análise não deverá abranger a apreciação de todas as soluções legislativas concretas que uma resposta afirmativa ou negativa possa sustentar. Apenas pode estar em causa a verificação ou controlo sobre se uma das respostas (ou até as duas) do dilema subjacente à pergunta determina uma violação da Constituição, inquinando todas as soluções legislativas concretas que se apoiem nessa mesma resposta.

Não terá, assim, o Tribunal Constitucional de equacionar todo o universo de soluções legislativas presentes ou futuras concebíveis que dêem cumprimento às respostas, mas apenas de analisar se, na essência ou raiz das respostas, se detecta uma violação da Constituição, que se projectará, enquanto tal, nas soluções legislativas.

29 — Começando por analisar a resposta afirmativa, coloca-se o problema de saber se a despenalização referida na pergunta viola a protecção consagrada no artigo 24.º, n.º 1, da Constituição, segundo o qual a vida humana é inviolável.

No plano da discussão jurídico-constitucional, a tese a favor da inconstitucionalidade assume mais do que uma configuração. Segundo uma configuração mais radical,

decorre da protecção da inviolabilidade da vida humana que todas as suas fases devem ser protegidas de igual modo, existindo verdadeiramente um direito subjectivo à vida de que o feto seria titular. O pressuposto da essencial igualdade entre todas as fases da vida levaria a considerar que uma despenalização da interrupção voluntária da gravidez implica a violabilidade da vida humana através de um tratamento do feto diverso do que se concede à pessoa já nascida.

Esta apresentação da tese da inconstitucionalidade é, no entanto, rejeitável por várias considerações.

Da inviolabilidade da vida humana como fórmula de tutela jurídica não deriva, desde logo, que a protecção contra agressões postule um direito subjectivo do feto ou que não seja de distinguir um direito subjectivo à vida de uma protecção objectiva da vida intra-uterina, como resulta da jurisprudência constitucional portuguesa e de outros países europeus. O facto de o feto ser tutelado em nome da dignidade da vida humana não significa que haja título idêntico ao reconhecido a partir do nascimento.

Na verdade, constata-se que na generalidade dos sistemas jurídicos o feto não é considerado uma pessoa titular de direitos (veja-se a distinção entre "ser humano" e "pessoa humana" constante da *Convenção de Oviedo* do Conselho da Europa — *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002* — cf. *D.R.*, I Série A, de 3 de Janeiro de 2001). Esta perspectiva insere-se num contexto histórico, cultural e ético que recolhe informação da Ciência mas não extrai dela, por mera dedução lógica, o conceito de pessoa. Os dados resultantes da observação dos processos naturais relativos a funções vitais não determinam, como condição necessária e suficiente, as valorações próprias do Direito. Por exemplo, os critérios sobre o início das funções cerebrais ou da actividade cerebral superior (cuja determinação não é, aliás, indiscutível) não dão, em si mesmos, solução aos conflitos de valores.

Por outro lado, nem a inviolabilidade da vida humana nem sequer a necessidade de protecção da vida intra-uterina impõem especificamente uma tutela penal idêntica em todas as fases da vida, tal como concluiu o Acórdão n.º 288/98 — A própria história do Direito Penal revela-o, ao ter feito quase sempre a distinção entre homicídio e aborto (cf. GLANVILLE WILLIAMS, *The Sanctity of Life and Criminal Law*, 1957, e para a história do Direito Penal português, RUI PEREIRA, *O crime de aborto e a reforma penal*, 1995).

Além disso, entre a definição do princípio da inviolabilidade da vida humana e a intervenção penal não há uma linha recta ou uma relação de necessidade lógica, nomeadamente pela interferência de perspectivas de exclusão da ilicitude, de desculpa ou ainda de afastamento da responsabilidade devido à "necessidade da pena", cuja relevância varia conforme se trate da vida intra-uterina ou de pessoa já nascida.

Ainda no plano da interpretação da Constituição, há quem entenda, segundo a linha de orientação de um Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, que o artigo 24.º, n.º 1, na mente dos constituintes, não pretendeu abranger a protecção da vida intra-uterina, afastando também, por aí, a necessidade de uma referência a esse preceito e ao princípio da inviolabilidade da vida humana do problema da despenalização da interrupção voluntária da gravidez (cf. Acórdão n.º 288/98, em que, na mesma perspectiva, se refere o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 31/82, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 320, Novembro de 1982, p. 224 e ss.; ver ainda, como referência paralela sobre a interpretação do artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a decisão da CEDH de 13 de Maio de 1980, no caso *X c. Reino Unido — Décisions et Rapports*, vol. 19, Outubro de 1980, p. 244).

Deste modo, a partir de qualquer uma destas considerações — mesmo que não se concorde com todas —, a perspectiva de inconstitucionalidade não encontra fundamento no artigo 24.º da Constituição.

30 — Note-se que uma linha de argumentação a favor da inconstitucionalidade que nivele a vida em todos os seus estádios poderia levar, no limite, a considerar inconstitucional a solução do actual Código Penal, que admite a não punibilidade de certas situações de interrupção voluntária da gravidez, segundo uma lógica de ponderação de valores baseada no método das indicações. De acordo com tal perspectiva poderia ser, na verdade, inconstitucional qualquer uma das respostas (o sim e o não), porque a manutenção da actual situação legislativa já conduzirá a uma sub-protecção da vida intra-uterina.

Mas, em suma, não poderá aceitar-se esta perspectiva não só porque ela não decorre do artigo 24.º, n.º 1, da Constituição, mas também por partir de pressupostos inaceitáveis, que levariam, em última análise, a negar a relevância de uma específica ponderação de valores em matéria de interrupção voluntária da gravidez relativamente ao crime de homicídio.

Ora, a negação da possibilidade de uma específica ponderação de valores na interrupção voluntária da gravidez levaria, em total coerência, a soluções inconstitucionais como seria, por exemplo, a rejeição de uma causa de exclusão da ilicitude ou de não punibilidade no chamado aborto terapêutico, impondo à mulher grávida, mesmo que não fosse essa a sua vontade, uma grave lesão do corpo ou da saúde ou o sacrifício da própria vida.

31 — Porém, uma perspectiva que parta da não inconstitucionalidade de causas de exclusão da ilicitude ou mesmo do mero afastamento da punibilidade a partir de uma ponderação de valores, como sucede no actual artigo 142.º, n.º 1, do Código Penal, pode alegar ainda que o método dos prazos ínsito na pergunta conduz a uma total desprotecção jurídica da vida intra-uterina nas dez primeiras semanas de gravidez, em nome da liberdade da mulher grávida. Seria, por isso, inconstitucional a despenalização da interrupção voluntária da gravidez naqueles termos.

O Acórdão n.º 288/98 respondeu directamente a essa argumentação, não a aceitando e sustentando que o método dos prazos, tal como surge na pergunta, realiza uma harmonização ou concordância prática entre os valores conflituantes, pois que tal harmonização ou concordância prática «se faz entre bens jurídicos, implicando normalmente que, em cada caso, haja um interesse que acaba por prevalecer e outro por ser sacrificado. Quer isto dizer que, sempre dentro da perspectiva que agora se explicita, o legislador não poderia estabelecer, por exemplo, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher era hierarquicamente superior ao bem jurídico "vida humana intra-uterina" e, consequentemente, reconhecer um

genérico direito a abortar, independentemente de quaisquer prazos ou indicações; mas, em contrapartida, já pode determinar que, para harmonizar ambos os interesses, se terão em conta prazos e circunstâncias, ficando a interrupção voluntária da gravidez dependente apenas da opção da mulher nas primeiras dez semanas, condicionada a certas indicações em fases subsequentes e, em princípio, proibida a partir do último estádio de desenvolvimento do feto».

E acrescenta o mesmo aresto: "Assim, neste último caso, procura-se regular a interrupção voluntária da gravidez, ainda de acordo com uma certa ponderação de interesses que tem também como critério o tempo de gestação, pelo que a referida ponderação se há-de efectuar, tendo em conta os direitos da mulher e a protecção do feto, em função de todo o tempo de gravidez, não sendo, portanto, exacto considerar *isoladamente* que, durante as primeiras dez semanas, não existe qualquer valoração da vida intra-uterina; num contexto global, esta será quase sempre prevalecente nas últimas semanas, enquanto nas primeiras se dará maior relevo à autonomia da mulher (uma vez respeitadas certas tramitações legais que, aliás, podem traduzir uma preocupação de defesa da vida intra-uterina)".

32 — Adoptando o ponto de vista do aresto citado, ainda se acrescentará que a perspectiva de que o método dos prazos, tal como está inscrita na pergunta, só exprimiria uma absoluta rejeição da protecção jurídica da vida intra-uterina se não existissem, mesmo nessa fase, meios legais de protecção da maternidade na Ordem Jurídica portuguesa, que deverão actuar no sentido de dar a oportunidade à mulher grávida de se decidir pela maternidade.

A criminalização da interrupção voluntária da gravidez é, aliás, apenas um modo sancionatório de tutela da vida intra-uterina e nunca o meio preferencial de protecção jurídica, dada a natureza do conflito vivido pela mulher grávida e o sentido comum da maternidade (na gravidez, estabelece-se, em princípio, uma forte relação emocional, de proximidade e de amor pelo ser em gestação e não meramente uma "relação de respeito" por um bem alheio).

Assim, existem, na Ordem Jurídica portuguesa, vários regimes de protecção da maternidade, nomeadamente os previstos nos artigos 33.º a 52.º do Código do Trabalho, 66.º a 113.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, a Lei n.º 3/84, de 24 de Março, relativa à educação sexual e ao planeamento familiar, a Lei n.º 120/99, de 11 de Agosto, que reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva, a Lei n.º 90/2001, de 20 de Agosto, que toma medidas de apoio social a pais e mães estudantes, o Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril, relativo à protecção da maternidade, paternidade e adopção no âmbito da Segurança Social, e o Decreto-Lei n.º 77/2005, de 13 de Abril.

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.

34 — Tal como já resultava do Acórdão n.º 288/98, deverá salientar-se que estamos no terreno da responsabilidade penal, onde prevalece o princípio da necessidade da pena e não perante uma mera discussão sobre o reconhecimento de valores ou meras lógicas de merecimento de protecção jurídica.

Nesse patamar, não só grande parte da doutrina nega a existência de incriminações (implícitas) obrigatórias (cf. COSTA ANDRADE, "O aborto como problema de política criminal", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 39, Maio-Agosto, 1979, p. 293 e ss., RUI PEREIRA, *O crime de aborto e a reforma penal*, *ob.cit.*, p. 75 e ss., CLAUS ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, *Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre*, 3ª ed., 1997, p. 25 e ss., FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 2004, p. 122 e ss., e, entre outros, FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, 2006, p. 100 e ss.), mas também existe a necessidade de avaliação político-criminal das incriminações, do seu efeito preventivo, de efeitos criminógenos associados, do afrontamento de outros valores, avaliação essa que incumbirá ao legislador realizar (cf. FERNANDA PALMA, *ob.cit.*, p. 54 e ss.). E ainda se dirá, tal como o Acórdão n.º 288/98, que:

A admissibilidade constitucional do reconhecimento da licitude da interrupção voluntária da gravidez realizada, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado, ou, pelo menos, da renúncia à utilização de sanções penais, nessas circunstâncias, não pode, porém, ser interpretada como aceitação de que a Lei Fundamental consagra o aborto como método de planeamento familiar ou de controlo da natalidade.

A isso se opõe o entendimento de que a vida humana intra-uterina constitui um bem jurídico protegido, independentemente do título a que deva tal protecção.

Nesta conformidade, afiguram-se particularmente importantes, por poderem vir a revelar-se bem mais eficazes que a própria repressão penal, medidas comuns à generalidade das legislações europeias sobre a matéria, como sejam a obrigatoriedade de uma prévia consulta de aconselhamento, em que possa ser dada à mulher a informação necessária sobre os direitos sociais e os apoios de que poderia beneficiar no caso de levar a termo a gravidez, bem como o estabelecimento de um período de reflexão entre

essa consulta e a intervenção abortiva, para assegurar que a mulher tomou a sua decisão de forma livre, informada e não precipitada, evitando-se a interrupção da gravidez motivada por súbito desespero.

É bem verdade que estes elementos não constam da pergunta formulada. Todavia, como já se referiu, não seria possível integrá-los a todos na mencionada pergunta sem que esta assumisse proporções inadmissíveis. E nada permite concluir que, em caso de resposta afirmativa no referendo, não possam vir a constar da legislação aprovada na sua sequência.

Por tudo isto, a resposta afirmativa à pergunta não será inconstitucional.

35 — Caberá igualmente ao Tribunal Constitucional questionar se uma resposta negativa, que impedisse a modificação legislativa do sistema actual, no sentido da despenalização nas primeiras dez semanas nas condições apontadas pela pergunta (é este o único sentido de uma tal resposta), seria inconstitucional.

A resposta a esta última questão é também negativa. E é negativa, por variadas razões.

A não despenalização não implica qualquer alteração do sistema vigente. E este, tal como está configurado no artigo 142.º, n.º 1, do Código Penal, permite uma ponderação de valores que exclui a incriminação em situações de grave lesão de direitos da mulher grávida, como a sua vida e saúde, a sua dignidade pessoal (aborto ético) ou mesmo as suas condições psíquicas e materiais de maternidade (aborto eugénico), cuja não relevância excludente da responsabilidade poderia afrontar princípios constitucionais, como os princípios da culpa e da necessidade da pena. A isto acresce que o sistema penal contém, nomeadamente, causas de desculpa que sempre deverão impedir a punição, em situações de não censurabilidade devido a grave conflito existencial.

Aliás, a resposta negativa não impedirá, ainda assim, uma solução mais abrangente no sentido da exclusão de responsabilidade pela qual o legislador poderia optar de acordo com os princípios constitucionais.

36 — E mesmo para quem não considere suficiente, na perspectiva do princípio de necessidade da pena, um sistema de ponderação com os critérios actuais e entenda que deveriam estar consagrados outros critérios, entre os quais o da relevância da livre opção em certo prazo inicial da gravidez, será admissível sujeitar a referendo a alternativa entre uma ponderação limitada, através do método restrito das indicações como o actual, e a solução da despenalização nas primeiras dez semanas.

De facto, reconhecer-se-á, nesse caso, que estamos perante matéria controversa na sociedade, em que se atingem perspectivas sobre valores que reflectem visões da vida muito íntimas e enraizadas. Com efeito, sendo necessário resolver o dilema pela imposição a uma parte dos cidadãos de uma solução que afecta as suas concepções de vida, em aspectos existenciais de que podem discordar profundamente, é constitucionalmente justificável devolver ao voto directo a solução de tal dilema, concedendo uma oportunidade alargada de discussão e de pronúncia.

37 — Estaremos ante uma situação em que tem todo o sentido afirmar, como TRIBE, que "numa democracia, votar e persuadir é tudo o que temos. Nem sequer a Constituição está para além de uma revisão. E desde que nós tenhamos de nos persuadir uns aos outros mesmo acerca de que direitos a Constituição deve colocar fora do alcance do voto da maioria, *nada*, nem a vida nem a liberdade, pode ser olhada como imune à política com letras grandes" (*The Clash of Absolutes*, *ob.cit.*, p. 240).

Poder-se-á, na realidade, pugnar pela não discutibilidade de certos valores, mas está para além de um modo cooperativo de decisão sobre valores entender que a própria discutibilidade ou indiscutibilidade de alguns valores seja, ela própria, indiscutível. Como, neste caso, não estaremos sequer perante matéria subtraída pela Constituição à possibilidade de ser objecto de referendo ou que seja insusceptível de revisão constitucional, nada impede o legislador de dar lugar a uma discussão alargada e directa antes de optar por uma solução, apesar de não estar obrigado a fazê-lo.

Por último, mesmo que se entenda que não estão directamente em causa a aceitação e a rejeição do valor da vida intra-uterina, mas apenas se verifica um problema de política criminal — e, nesse sentido, não haverá sequer necessidade de discutir a colocação em crise do direito à vida ou da protecção da vida intra-uterina —, também não viola a Constituição eleger a presente pergunta como objecto de um referendo. Nada impede o legislador de apurar se dispõe de condições para fazer uma ponderação de necessidade aceitável por uma vasta maioria.

Em suma, como foi afirmado no Acórdão n.º 288/98, entende-se que "não havendo uma imposição constitucional de criminalização na situação em apreço, cabe na liberdade de conformação legislativa a opção entre punir criminalmente ou despenalizar a interrupção voluntária da gravidez efectuada nas condições referidas na pergunta constante da proposta de referendo aprovada pela Resolução n.º 16/98 da Assembleia da República".

Concluindo este ponto, o Tribunal Constitucional reafirma a solução do Acórdão n.º 288/98, considerando que nenhuma das respostas — afirmativa ou negativa — à pergunta formulada implica necessariamente uma solução jurídica incompatível com a Constituição.

IV — Decisão

38 — Nestes termos, o Tribunal Constitucional decide:

1.º Considerar que:

a) A proposta de referendo constante da Resolução n.º 54-A/2006 da Assembleia da República foi aprovada pelo órgão competente para o efeito, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 115.º da Constituição da República Portuguesa;

b) O referendo proposto tem por objecto questão de relevante interesse nacional que deve ser decidida pela Assembleia da República através de acto legislativo, conforme se preceitua no n.º 3 do mesmo artigo;

c) A matéria sobre que ele incide não se encontra excluída do âmbito referendário, de acordo com o estabelecido no n.º 4 do mencionado artigo 115.º;

d) O referendo proposto recai sobre uma só matéria, através de uma só pergunta, sem quaisquer considerandos, preâmbulos ou notas explicativas, sendo a questão formulada para uma resposta de sim ou não e cumprindo, nestes aspectos, as exigências constantes do n.º 6 do artigo 115.º da Constituição e do artigo 7.º da Lei Orgânica do Regime do Referendo;

e) A pergunta formulada satisfaz os requisitos de objectividade, clareza e precisão, enunciados nas mesmas disposições;

f) A proposta de referendo respeitou as formalidades especificadas nos artigos 10.º a 14.º da Lei Orgânica do Regime do Referendo;

g) A restrição da participação no referendo aos cidadãos residentes em território nacional cumpre os requisitos do universo eleitoral prescritos no n.os 1 e 12 do artigo 115.º da Constituição;

h) O Tribunal Constitucional, no âmbito da verificação prévia da constitucionalidade do referendo, a que se refere a alínea *f*) do n.º 2 do artigo 223.º da Constituição, é competente para apreciar se a pergunta formulada não coloca os eleitores perante uma questão dilemática em que um dos respectivos termos aponta para uma solução jurídica inconstitucional;

i) Nenhuma das respostas — afirmativa ou negativa — à pergunta formulada implica necessariamente uma solução jurídica incompatível com a Constituição.

2.º Consequentemente, ter por verificada a constitucionalidade e a legalidade do referendo proposto na mencionada Resolução n.º 54-A/2006, da Assembleia da República.

Lisboa, 15 de Novembro de 2006. — *Maria Fernanda Palma — Bravo Serra — Gil Galvão — Vítor Gomes — Maria Helena Brito — Maria João Antunes* (com declaração) — *Rui Manuel Moura Ramos* [vencido quanto às alíneas *e*) e *i*) do n.º 1, e ao n.º 2 da decisão, e com declaração de voto quanto à alínea *g*) do n.º 1, nos termos da declaração de voto junta] — *Maria dos Prazeres Pizarro Beleza* [vencida quanto às alíneas *e*), *h*) e *i*) do n.º 1 e, consequentemente quanto ao n.º 2 da decisão, conforme declaração de voto junta] — *Paulo Mota Pinto* [vencido quanto às alíneas *e*), *g*), e *i*) do n.º 1, e, consequentemente, quanto ao n.º 2 da decisão, nos termos da declaração de voto que junto) — *Benjamim Rodrigues* [vencido quanto às alíneas *e*) e *i*) do n.º 1 e, decorrentemente, ao n.º 2 da decisão, e com declaração de voto quanto à sua alínea *g*) do n.º 1, nos termos da declaração de voto junta] — *Mário José de Araújo Torres* [vencido relativamente às alíneas *e*), *g*) e *i*) do n.º 1 e, consequencialmente, ao n.º 2 da decisão, nos termos da declaração de voto junta] — *Carlos Pamplona de Oliveira* [vencido quanto às alíneas *e*) e *i*) do n.º 1 e quanto ao n.º 2 da decisão conforme declaração em anexo que, para além disto, abrange as matérias tratadas nas alíneas *b*), *c*), *d*), *g*) e *h*) do aludido n.º 1 da decisão do presente aresto) — *Artur Maurício.*

Declaração de voto

Votei a alínea *h)* do ponto 1.º da Decisão, sem prejuízo de ulterior reponderação da questão de saber se o Tribunal Constitucional é competente, no âmbito da verificação prévia da constitucionalidade do referendo, para apreciar se *a pergunta formulada não coloca os eleitores perante uma questão dilemática em que um dos respectivos termos aponta para uma solução jurídica inconstitucional*. — *Maria João Antunes.*

Declaração de voto

1 — Votei vencido o número 2 da decisão, considerando não verificada a constitucionalidade e legalidade do referendo proposto, uma vez que não acompanho as conclusões constantes das alíneas *e)* e *i)* do número 1, pelas razões que passo sumariamente a enunciar. Ficaram-me ainda dúvidas quanto à conclusão expressa na alínea *g)* do número 1, que não foram porém suficientes para me levar a afastar, neste ponto, da decisão — e enunciarei igualmente a justificação do meu ponto de vista.

2 — A alínea *e)* da decisão dá por verificados os requisitos de objectividade, clareza e precisão exigidos pelo número 6 do artigo 115.º da Constituição. Começando pelo primeiro, pode desde logo perguntar-se se ele não será afectado pelo o inciso final da pergunta "em estabelecimento de saúde legalmente autorizado", na medida em que a sua inclusão nesta é susceptível de ser vista como induzindo uma resposta afirmativa. Com efeito, a autorização legal pode considerar-se reportada à realização da interrupção voluntária da gravidez nos termos em que se pretende questionar o eleitorado, e só em caso de resposta afirmativa existiriam estabelecimentos autorizados a levá-la a cabo. Admitimos no entanto que por tal inciso se tenha em vista a existência de estabelecimentos de saúde legalmente autorizados a praticar em geral actos cirúrgicos, ou actos do tipo daqueles em que se incluem os que interferem no processo de interrupção voluntária da gravidez, o que afastaria o risco de a pergunta predispor necessariamente a uma resposta positiva. Só que, a ser assim, tal redunda numa menor clareza da pergunta, uma vez que no respectivo contexto ela consente a dúvida legítima sobre o que se entende por "estabelecimento de saúde legalmente autorizado". Dúvida que poderia aliás ser facilmente esclarecida se se falasse em "estabelecimento de saúde a autorizar". Semelhante ambivalência pode ainda ligar-se ao conceito de "despenalização" que integra a pergunta, na medida em que nos podemos legitimamente interrogar sobre o seu alcance. Visa ele a supressão total da infracção, nas suas duas componentes, a hipótese e a sanção, ou limita-se apenas a esta última, deixando permanecer o carácter ilícito do comportamento mas sem lhe ligar qualquer sanção penal, na linha de uma tendência referida no acórdão e que contesta a racionalidade da ideia de que o crime reclama sempre uma pena (n.º 9 do acórdão)? Pode igualmente questionar-se se o estádio visado pela pergunta é o de uma total e radical descriminalização da interrupção voluntária da gravidez (quando realizada por opção voluntária da mulher, nas primeiras dez semanas e em estabelecimento de saúde legalmente autorizado), em termos de esta deixar, em tais condições, de constituir um facto ilícito e de ser objecto de uma censura ético-jurídica (o que parece ser inculcado pela última condição enunciada), ou se a ela apenas deixa de estar ligada uma sanção de carácter penal, sem que no entanto a ordem jurídica deixe de a considerar como censurável. A falta de nitidez e de univocidade dos sentidos possíveis da pergunta prejudica assim irremediavelmente a sua clareza, em termos de justificar o nosso voto de vencido quanto à alínea *e)* do n.º 1 da decisão.

3 — Também não sufragamos a afirmação, feita na alínea *i)* da decisão, de que nenhuma das respostas — afirmativa ou negativa — à pergunta formulada implica necessariamente uma solução jurídica incompatível com a Constituição. Entendemos, na verdade, que tal sucede com a resposta afirmativa, uma vez que, ao possibilitar a realização da interrupção voluntária da gravidez, "por opção da mulher, nas primeiras dez semanas", se lesa, de forma

constitucionalmente insuportável, o princípio da inviolabilidade da vida humana consagrado no artigo 24.º, n.º 1 da Constituição. Em nosso entender, deste princípio decorre igualmente a protecção da vida intra-uterina, uma vez que "funcionando o direito à vida como pressuposto e condição de todos os restantes direitos do ser humano, (…), é o momento de origem da vida que torna operativo o postulado constitucional da sua inviolabilidade" (Paulo Otero, Direito da Vida, Coimbra, 2004, p. 82).

Do reconhecimento da protecção constitucional da vida intra-uterina não decorre porém, em nosso entender, que lhe deva ser necessariamente dispensada uma tutela jurídico-penal idêntica em todas as fases da vida e que uma tal tutela seja absoluta. Designadamente, aceitamos que uma lógica de ponderação de valores e de concordância prática como a que se exprime no método das indicações (tal como consagrado presentemente entre nós ou porventura noutras variantes) possa conduzir à não punibilidade de certas situações de interrupção voluntária da gravidez. É por isso aliás que não temos por constitucionalidade inadmissível uma resposta negativa à pergunta formulada, uma vez que a solução jurídica que dela resultaria — a insusceptibilidade de alterar, nos termos contemplados na pergunta, o regime da interrupção voluntária da gravidez, com a consequente manutenção da situação presente — não contraria, em nosso entender a Constituição. O que já contrariará a Constituição, pelo contrário, será uma solução legislativa que, num dado período (dez semanas, no texto da pergunta), permita o sacrifício de um bem jurídico constitucionalmente protegido, por simples vontade da mãe, independentemente de toda e qualquer outra consideração ou procedimento. Em tais casos, não poderá falar-se em nosso entender de concordância prática ou de ponderação de valores, uma vez que nenhuma protecção é dispensada ao bem jurídico vida. É certo que o acórdão sustenta, diferentemente, existir ainda aqui uma ponderação, ou uma tentativa de concordância prática, entre o bem jurídico vida (do feto) e o direito à autodeterminação da mulher grávida. Simplesmente, entendemos que, com a solução legal proposta, ao fazer prevalecer sempre, em todos os casos e independentemente das circunstâncias, o que se designa por "direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher", se está afinal a postergar completamente a protecção da vida intra-uterina que cremos ser objecto de tutela constitucional. Também não ignoramos que o acórdão pretende responder a esta objecção considerando existir uma protecção do bem jurídico vida, como que vista diacronicamente, uma vez que se a ponderação se faz nas primeiras dez semanas a favor do direito ao livre desenvolvimento da mãe grávida ela passa depois por admitir uma tentativa de concordância prática nos termos do método das indicações para, no período final da gravidez, reverter à protecção total do bem jurídico vida. Não podemos porém aceitar esta versão, na medida em que a protecção dos bens jurídicos não pode ser vista em abstracto, desenraizada da consideração dos seus titulares e que, no sistema proposto, o bem jurídico vida é, sempre e independentemente das circunstâncias, desconsiderado nas primeiras dez semanas, não lhe sendo nunca pois, em tal período, dispensada qualquer protecção. É por conduzir assim, no período considerado, a essa total desconsideração do bem de vida, quando radicado num sujeito, sejam quais forem os motivos que levam à decisão da mãe, que entendemos que o sistema proposto contraria o imperativo de protecção da vida intra-uterina constitucionalmente consagrado, com o que temos por justificada a nossa discordância com a conclusão formulada na alínea *i)* do n.º 1.

4 — Finalmente, não temos por conseguida a justificação fornecida pelo acórdão para a definição do universo eleitoral a que procede a proposta. Na verdade, explicar a restrição deste universo aos cidadãos residentes em Portugal pela circunstância de a aplicação da lei penal portuguesa se orientar em princípio por um critério de natureza territorial é conceber o interesse dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro de forma redutora, excluindo-o por não serem eventuais potenciais integrantes do círculo de pessoas susceptíveis de serem abrangidas pelo comando de uma norma incriminadora. Ora, diversamente, e também atento o relevante interesse nacional reconhecido à questão objecto do referendo, a participação dos portugueses no estrangeiro (*rectius*, daqueles de entre estes chamados a participar) justifica-se pela particular ligação destes (traduzida pelo recenseamento) à vida nacional e pela circunstância de a questão a decidir integrar como que o património cultural da comunidade em que se têm por inseridos.

Nestes termos, não temos por congruente a fundamentação dada pelo acórdão a este propósito. Simplesmente, dispondo a Constituição, no seu artigo 115.º, n.º 12, que os cidadãos portugueses residentes no estrangeiro regularmente recenseados são chamados as participar nos referendos "quando recaiam sobre matéria que lhes diga também especificamente respeito", não temos por claro o que se deva entender a este propósito. Ou seja, se é para nós nítido que tal ocorre num eventual referendo sobre a vinculação de Portugal a um tratado europeu, já temos dúvidas que uma questão central da vida comunitária diga especificamente respeito aos cidadãos residentes no estrangeiro, muito embora não se possa duvidar que lhes diga igualmente respeito. É por não podermos excluir, sob reserva de melhor estudo, que o citado preceito constitucional vise como fundadas razões limitar em maior grau a participação dos residentes no estrangeiro nas iniciativas referendárias, que nos limitamos a dar conta das nossas dúvidas a este respeito, sem dissentir contudo da solução a que o acórdão chegou a este respeito na alínea *g)* do n.º 1 da decisão. — *Rui Manuel Moura Ramos*.

Declaração de voto

Votei vencida quanto às alíneas *e*), *h*) e *i*) do n.º 1.º e, consequentemente, quanto ao n.º 2.º da decisão, pelas razões que indiquei no voto de vencida que juntei ao acórdão n.º 288/98, que transcrevo, e que a meu ver não são postas em causa pelo presente acórdão:

«Votei vencida quanto à alínea *f*) [correspondente à actual al. *e*) do n.º 1] do n.º 1.º porque entendo que a pergunta não satisfaz, tanto quanto podia e devia satisfazer, os requisitos constitucionalmente exigidos de objectividade, clareza e precisão.

No plano da objectividade, importaria sobretudo garantir, na medida do possível, a neutralidade da pergunta relativamente às posições dominantes no debate público da questão, em especial a posição que se traduz em manter o actual sistema legal de não punibilidade do aborto terapêutico, eugénico ou criminológico, nas condições

definidas pelo artigo 142.º do Código Penal, o qual se não pode confundir de modo nenhum com a ideia de penalização absoluta da interrupção voluntária da gravidez. Ora, nos termos em que se encontra formulada, a pergunta sugere uma escolha entre penalização e despenalização que não exprime a alternativa emergente dos debates que lhe deram origem, e que se coloca entre a despenalização relativa da lei actual e a despenalização absoluta até às dez semanas de gravidez.

Quanto aos requisitos da clareza e da precisão, eles mostram-se imperfeitamente cumpridos, tanto do ponto de vista da resposta positiva ao referendo, como do ponto de vista da resposta negativa. Com efeito, uma resposta positiva pode ser entendida como favorável a uma simples eliminação da incriminação do aborto, mantendo-se este, no entanto, como um acto não lícito para outros efeitos, da mesma forma que pode ser entendida no sentido da liberalização — e, portanto, da licitude — do aborto nas primeiras dez semanas de gravidez, como sugere a parte final da pergunta ao referir-se à sua prática em estabelecimento *legalmente autorizado*. Uma resposta negativa, por seu lado, pode traduzir, quer o entendimento de que a criminalização deve ser mantida nos termos actuais, quer a opinião de que tanto deve ser despenalizado o aborto realizado em estabelecimento legalmente autorizado como o que é executado fora desses estabelecimentos.

Votei vencida quanto à alínea *i*) [actual al. *h*) do n.º 1] do n.º 1.º por ter sérias dúvidas quanto à possibilidade de o Tribunal Constitucional, na fase de fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade da proposta de referendo, se pronunciar sobre a constitucionalidade material da pergunta do ponto de vista da eventual desconformidade de alguma das respostas possíveis. Os referendos exigem um grau de simplificação das questões que normalmente inviabilizará um juízo fundado sobre a conformidade constitucional das respostas hipotéticas. Só mais tarde, se e quando uma lei vier a ser aprovada em consequência do referendo, e em face dos termos concretos da regulamentação que nela se contiver, o Tribunal Constitucional estará em condições de se pronunciar acerca da adequação constitucional das soluções adoptadas. O referendo apenas produz consequências mediatas sobre a ordem jurídica, relativamente indeterminadas e, não obstante o efeito vinculativo sobre o legislador, aliás sem qualquer sanção eficaz, também incertas.

Poderá, em sentido contrário, argumentar-se que há questões em que os parâmetros constitucionais são tão nítidos e peremptórios que não oferecerá dificuldades um juízo sobre a constitucionalidade de uma questão submetida a referendo, ainda que reduzida à sua máxima simplificação. Mesmo, todavia, que fosse esse o caso presente, a apreciação da constitucionalidade material da pergunta, quanto a este aspecto, encontra-se inviabilizada por força de imprecisões e ambiguidades de que, a meu ver, ela padece. Refiro-me, nomeadamente, à incerteza do significado de uma resposta positiva, a que acima aludi, pois a diferença entre a liberalização e a simples despenalização do aborto tem decerto profundas implicações constitucionais.

Se, no limite, se poderia talvez defender que a simples descriminalização é compatível com o princípio da inviolabilidade da vida humana, ficando esta protegida por formas de tutela jurídica sem carácter penal, já, porém, a liberalização, no sentido de tornar a interrupção voluntária da gravidez um acto lícito não condicionado por qualquer causa justificativa, me parece inconciliável com o princípio da inviolabilidade da vida humana, razão pela qual entendo que deveria ser mantida a jurisprudência deste Tribunal, fixada nos acórdãos n.ºs 25/84 e 85/85, apenas compatível com o sistema das indicações. Fica, assim, igualmente fundamentado o meu voto de vencida quanto à alínea *j*) [actual al. *i*) do n.º 1] do mesmo n.º 1.º

Fica de igual modo justificado que, na falta de objecções à formulação da pergunta, me teria pronunciado no sentido de considerar preenchidos os requisitos de realização do referendo que, na perspectiva atrás desenvolvida, incumbe ao Tribunal, neste momento, apreciar, possibilitando assim o conhecimento qualificado da concepção dominante sobre a matéria em causa. Tendo, porém, em conta as considerações precedentes, votei contra o segundo ponto da decisão.» — *Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.*

Declaração de voto

Votei vencido quanto às alíneas *e)*, *g)* e *i)* do n.º 1, e, consequentemente, quanto ao n.º 2 da decisão, pelas razões que passo a expor:

1 — A minha discordância em relação à alínea *e)* assenta fundamentalmente nas razões expostas na declaração de voto que juntei ao acórdão n.º 288/98 (a que pertencem os passos retomados seguidamente). A meu ver, as exigências, constantes dos artigos 115.º, n.º 6, da Constituição, e 7.º, n.º 2, da Lei Orgânica do Regime do Referendo, de que as perguntas objecto de referendo sejam formuladas com *objectividade*, *clareza* e *precisão*, são cruciais para assegurar a correcção e a idoneidade democrática do procedimento referendário. Elas visam permitir aos eleitores a leitura e compreensão acessível e *sem ambiguidades* da pergunta, evitando "que a vontade expressa dos eleitores seja falsificada pela errónea representação das questões" e eliminando a possível sugestão de respostas, directa ou implícita (J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, anot. X ao art. 118.º). Requer-se, assim, "a minoração, na medida do possível, do risco de leituras e entendimentos da questão pelos seus destinatários que possam — directa ou implicitamente, por interrogações ou ambiguidades que suscitem no eleitor — apontar para uma das respostas alternativas. Sendo esta a finalidade precípua das referidas exigências, impõe-se concluir que elas devem ser apreciadas a partir justamente do ponto de vista dos destinatários, considerando mesmo, mais do que um 'tipo médio' de eleitor, um tipo de eleitor com graus de instrução e literacia *abaixo da média*, e não podendo, assim, a precisão e o rigor técnico-científicos da questão prevalecer, na medida em que sejam susceptíveis de afectar a clareza para aquele tipo de eleitor. Por outro lado, clareza e objectividade afiguram-se-me necessariamente atributos relativos, podendo dizer-se que esta ou aquela formulação é *mais* ou *menos* clara, ou mais ou menos objectiva, em termos de respeitar os requisitos constitucionais e legais mínimos, mas tendo de considerar-se neste juízo a maior ou menor frequência do uso de certas expressões na linguagem acessível aos destinatários da questão, bem como a existência de expressões ou formulações *alternativas*, muito próximas ou pra-

ticamente equivalentes, mas significativamente mais claras e objectivas".

Continuo a considerar que a pergunta proposta não satisfaz o requisito de *objectividade*, designadamente, por o enquadramento na frase da expressão "em estabelecimento legalmente autorizado" se afigurar susceptível de conduzir a um enviesamento da resposta, ou, pelo menos, de despertar dúvidas nos destinatários. Com efeito, "a condição contida nesta parte final da pergunta pressupõe a existência de estabelecimentos *legalmente* autorizados a realizar a interrupção voluntária da gravidez por opção da mulher, mas estes só existirão em caso de resposta *positiva* à própria pergunta posta à consideração do eleitorado. A hipótese da pergunta pressupõe, pois, uma resposta positiva, e pode predispor a esta resposta por se entender que, existindo estabelecimentos legalmente autorizados a realizar a interrupção voluntária da gravidez nas condições definidas, seria paradoxal penalizar esta interrupção". A meu ver, este ponto pode, pelo menos, continuar a despertar dúvidas ao leitor que ignore o estado actual da nossa legislação, no que toca à inexistência de tal autorização legal, e considero que o seu esclarecimento não é de remeter apenas para a campanha eleitoral, não devendo permitir-se qualquer enviesamento da questão a submeter a referendo. Nem creio que à utilização do instituto do referendo seja inerente o risco de tais ambiguidades. Deve antes dizer-se, a meu ver, que, não podendo simplesmente elencar-se nomes ou símbolos (como nos restantes actos eleitorais), e antes se tendo que formular questões — tarefa mais sujeita a manipulações e distorções — "por maioria de razão, a exigência de objectividade surge acrescida" (assim, Maria Benedita Urbano, *O Referendo*, Coimbra, 1998, p. 210). A resposta a este argumento, no sentido da falta de objectividade da pergunta, que se contém no Acórdão n.º 288/98 e foi retomada na presente decisão (n.º 23), assenta, a meu ver, num equívoco: o de separar a autorização legal aos estabelecimentos de saúde, a que se refere a questão, da realização da interrupção da gravidez por mera opção da mulher (diz-se, assim, que, já hoje sendo possível efectuar em certas condições a interrupção voluntária da gravidez, já existem "estabelecimentos de saúde legalmente autorizados"). É claro, porém, que a pergunta se refere — e é mesmo nesse sentido que é entendida pelo "destinatário normal" — a estabelecimentos de saúde legalmente autorizados a realizar a interrupção da gravidez *por mera opção* da mulher, e tal pressupõe já uma resposta positiva à pergunta (exigir-se-ia, pois, pelo menos, que se falasse de "estabelecimentos de saúde que venham a ser legalmente autorizados" a tanto).

Para além desta reserva, ficaram-me novamente dúvidas quanto à clareza do termo "despenalização", não só em face de hipóteses alternativas, de sentido equivalente mas indubitavelmente mais claras, segundo o critério que apontei e que julgo decisivo, como em relação à possível permanência do juízo de ilicitude do aborto (embora sem pena, ou, mesmo, fora do domínio criminal).

2 — Votei também vencido quanto à alínea *g)* do n.º 1 da decisão, sobre o universo eleitoral do referendo proposto.

Entendo que no artigo 115.º, n.º 12, da Constituição, e no artigo 37.º, n.º 2, da Lei Orgânica do Regime do Referendo, que se referem a matérias que digam *"também especificamente respeito"* aos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro: *a)* não se prevê a participação dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro em *todos* os referendos nacionais (como resulta da formulação e da própria localização sistemática das referidas normas); *b)* não se requer um interesse específico *apenas* dos cidadãos não residentes, distinguindo-se a fórmula empregue, por exemplo, da do "interesse específico" que era exigido para a delimitação dos poderes legislativos das regiões autónomas (trata-se de matérias que digam *também* especificamente respeito aos cidadãos não residentes em Portugal).

A meu ver, é excessiva a exigência de que a matéria do referendo "tenha a ver com a específica situação dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro", ou de uma "particular incidência relativamente aos interesses da emigração portuguesa". Por isso não é decisivo o critério da aplicação da lei penal no espaço, em que se baseia o presente Acórdão, sem aprofundar a dilucidação do sentido da formulação constitucional e legal. Em face destas, deve entender-se, a meu ver, que nas matérias que digam "também especificamente respeito" aos cidadãos não residentes se incluem ainda aquelas que são susceptíveis de interessar a estes *ao mesmo título* que aos cidadãos que residem em Portugal, ou simplesmente as que não respeitem a um interesse *específico destes cidadãos residentes*. É o que acontece, designadamente, com alterações da legislação nacional que impliquem, ou traduzam, uma *alteração fundamental nos valores* subjacentes à ordem jurídica nacional, ou uma "mudança de paradigma" na protecção de bens jurídicos fundamentais — como seria, por exemplo, o caso (se esses referendos fossem constitucionalmente possíveis) com referendos relativos à reintrodução da pena de morte ou da prisão perpétua. Como resulta do que direi a seguir, entendo que é igualmente o caso da presente alteração da legislação relativa à interrupção voluntária da gravidez, pelo facto de se passar a prescindir de *qualquer* indicação ou motivo para a sua realização, para além da opção de um dos progenitores.

Considerei, pois, que era de exigir o chamamento dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro a participar no presente referendo.

3 — Quanto à discordância em relação à alínea *i)* do n.º 1 da decisão, mantenho as razões expostas na declaração de voto anexa ao acórdão n.º 288/98 — Assim, acompanho a consideração — que vem, aliás, no seguimento da anterior jurisprudência do Tribunal e da maioria da doutrina — de que a vida humana pré-natal é abrangida pela garantia de *inviolabilidade* constante do artigo 24.º da Constituição. Com uma formulação ampla, esta norma não se limita a garantir um direito fundamental à vida a todas as *pessoas*, mas consagra igualmente uma tutela *não subjectivada* do bem "vida humana em formação", e, em meu entender, impõe igualmente ao legislador um correspondente *dever de protecção*. Como se pode ler na referida declaração de voto, aceito, porém, "a tese de que esta protecção não tem que assumir as mesmas formas nem o mesmo grau de densificação da exigida para o direito à vida subjectivado em cada pessoa, bem como a tese de que tal protecção se pode e deve ir adensando ao longo do período de gestação. Aceito, ainda, que, quando se verifique estarem outros direitos constitucionalmente protegidos em conflito com a vida intra-uterina, se possa e deva proceder a uma tentativa de *optimização*, não sendo esta possibilidade vedada por qualquer escala hierárquica de

valores constitucionais — embora defenda que a inegável importância do bem 'vida humana', como pressuposto necessário de todos os outros direitos, e, desde logo, o seu carácter de comando *prima facie* (portanto, mesmo não invocando, nem a específica estrutura desse bem, nem a sua eventual consagração numa regra, assentes numa lógica de *tudo ou nada*), sempre requerem, pelo menos, a verificação da *existência de um direito em conflito com esse bem* (…), assim como a definição, pelo legislador, das *circunstâncias* em que a ponderação pode conduzir a uma limitação da tutela da vida humana intra-uterina".

O que não acompanho é a conclusão de que a afirmada "concordância prática" entre a liberdade, ou o "direito ao desenvolvimento da personalidade", da mulher e a protecção da vida intra-uterina "possa conduzir a desproteger inteiramente esta última nas primeiras dez semanas (durante as quais esse bem é igualmente objecto de protecção constitucional), por a deixar à mercê de uma livre decisão da mulher, que se aceita será lícita, em abstracto, ou seja, *independentemente da verificação de qualquer motivo ou indicação no caso concreto*". Por outras palavras, não concordo com que, pela via da alegada harmonização prática dos interesses em conflito, a Constituição permita chegar a uma "solução dos prazos", com aceitação da total *"indiferença dos motivos"* ou de uma *"equivalência de razões"* para proceder à interrupção voluntária da gravidez, para a qual todas as razões podem servir — "quer seja realizada por absoluta carência de meios económicos e de inserção social, quer seja motivada por puro comodismo, quer resulte de um verdadeiro estado depressivo da mãe, quer vise apenas, por exemplo, selar a destruição das relações com o outro progenitor".

Entendo que a garantia da inviolabilidade da vida humana, incluindo a vida intra-uterina, pode ter de ceder perante outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, *se se verificar em concreto a presença de um motivo constitucionalmente relevante para a realização da interrupção voluntária da gravidez,* pois "aquela garantia há-de ter, pelo menos, o conteúdo de tutelar o bem em causa contra a *liberdade* da mulher de prática de *'aborto a pedido'*, sem invocação de qualquer motivo e, em princípio, com indiferença deste para a ordem jurídica" — tendo igualmente por inconstitucional a solução de total liberdade da mãe quanto ao «destino» de uma vida humana que já iniciou o seu percurso, v., entre outros, Maria Conceição Ferreira da Cunha, *Constituição e crime*, Porto, 1995, p. 386; no mesmo sentido Rabindranath Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, p. 166, n. 241, e, com uma análise comparatística das soluções vigentes em vários sistemas europeus, João Loureiro, "Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais (A propósito de uma reforma legislativa)", in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 74, Coimbra, 1998, pp. 327-403 — Ou seja, entendo que o dever de protecção da vida humana intra-uterina, que a Constituição impõe, não pode deixar de ter como conteúdo *mínimo* a *protecção contra a liberdade de pôr termo a esta vida* intra-uterina, *sem invocação de razões*. Assim, considero que o direito à liberdade da mulher, bem como o direito ao "livre desenvolvimento da personalidade" — direito que, aliás, se refere aqui apenas a *um dos progenitores*, e, onde, como se sabe, no limite *tudo* poderia caber (cf. Paulo Mota Pinto, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", in *Portugal-Brasil — ano 2000*, *Stvdia Ivridica*, 40, Coimbra, 2000, pp. 149-246) — não são suficientes para fundamentar a desprotecção da vida pré-natal, mesmo nas primeiras dez semanas, se não forem reforçados com a presença de uma indicação no caso concreto. E isto, não curando sequer de saber qual o *tipo* de indicação que seria constitucionalmente relevante ou a *quem* deve competir avaliá-la — pressuposto apenas que não basta a mera opção da mãe, desvinculada de qualquer controlo exterior.

Não encontro, nem no Acórdão n.º 288/98, nem na presente decisão, razões que afastem a relevância constitucional da "indiferença dos motivos" (a consideração de que, em nome da liberdade de um dos progenitores, qualquer motivo serve) para destruir um bem constitucionalmente tutelado. Em particular, é claro que a referência ao *prazo* das primeiras dez semanas (n.º 31 da decisão) apenas pode, na própria lógica de compatibilização com a protecção da vida intra-uterina, seguida pelos acórdãos de que dissenti, servir para *delimitar* o momento antes do qual não existe qualquer protecção. Já não existem argumentos para fundamentar a menor ponderação em termos de "concordância prática", justamente *até às primeiras dez semanas*, da vida intra-uterina que se reconhece tutelada na Constituição, sendo evidente que mesmo tal restrição a um prazo inicial da gravidez conduz ao sacrifício total, pela interrupção da gravidez, do bem protegido.

Noto, aliás, que o presente aresto se recusou a considerar concretamente quaisquer elementos *científicos*, como os emergentes da chamada "revolução ecográfica", relativos à caracterização do feto nas suas diversas fases de desenvolvimento, afastando-os apenas com a fundamentação, a meu ver extremamente insuficiente, de que "não dão, em si mesmos, solução aos conflitos de valores", e resumindo o "valor conflituante", no presente caso, à "liberdade da mulher grávida", ou ao "livre desenvolvimento da personalidade". Ora, a "concordância prática" exige, como se sabe, o cumprimento de um ónus de argumentação jurídica dirigido a fundamentar o tipo de concordância a que se chega, sob pena de se esgotar numa mera "fórmula vazia" (no sentido de ligar a estrutura da ponderação a fazer para a concordância prática de direitos fundamentais a uma teoria da argumentação jurídica que remete para uma teoria da argumentação prática em geral, v. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1985, p. 154).

O referido ónus de argumentação não é, por outro lado, cumprido com a consideração genérica, que ecoa mais do que uma vez no presente aresto (n.º 16 e 36), de que, sendo a questão em causa discutida, e objecto de divisões profundas na sociedade, é de admitir (mesmo no plano constitucional) resolvê-la *devolvendo a decisão ao voto directo* do povo soberano. Independentemente de outras considerações que possa merecer este argumento (o próprio Ronald Dworkin, *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, 1993, pp. 154-159, citado no Acórdão, conclui, aliás, o tratamento da relevância da coerção na matéria da interrupção da gravidez no sentido de que, se a questão for a de saber se o Estado pode impor quer a proibição dessa interrupção, "o facto de a escolha ser aprovada pela maioria não é melhor justificação num caso do que no outro"), deve notar-se que ele não pode ser relevante para o *controlo da constitucionalidade* de uma pergunta referendária. Na verdade, o parâmetro de constitucionalidade ou a intensi-

dade do respectivo controlo *não variam* entre o controlo da constitucionalidade da pergunta no referendo ou de uma norma jurídica aprovada pelo parlamento (por exemplo, um diploma aprovado na sequência do referendo), o que, além do mais, se torna evidente logo que se pensa, por exemplo, em que para o resultado do referendo não releva apenas uma maioria constituinte (a Constituição proíbe, aliás, o referendo sobre alterações à Constituição), mas logo maioria simples.

Não pode, também, merecer o meu acordo a fundamentação que remete para a harmonização entre a vida intra-uterina, por um lado, e garantia de uma *maternidade consciente*, por outro, e, em termos de conduzir ao sacrifício geral desta durante as primeiras dez semanas. Com efeito, subjacente "à afirmação da licitude da interrupção voluntária da gravidez com base na garantia de uma maternidade consciente parece-me estar uma visão do aborto como meio de contracepção, ou, mesmo, de planeamento familiar, que não considero constitucionalmente admissível (a garantia da maternidade consciente é, aliás, prevista na Constituição a par do direito ao planeamento familiar). E mesmo que se considerasse que a garantia da maternidade consciente tem uma dimensão subjectiva que vai além do planeamento familiar, podendo incluir o aborto, não vejo o que poderia este argumento acrescentar à invocação do direito à liberdade, em termos de prevalecer em geral, durante as primeiras dez semanas, sobre a garantia da vida intra-uterina, a qual, como condição de base de todos os outros direitos, assume uma posição-chave".

Consideraria, assim, a resposta afirmativa à pergunta — na medida em que conduz à despenalização da interrupção voluntária da gravidez por *opção* da mulher, e, portanto, com *irrelevância dos motivos* invocados para pôr termo à gravidez — como inconstitucional, por violar o princípio da "proibição da insuficiência", quanto à protecção da vida pré-natal (o *"Unterma?verbot"* — v., entre nós, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, p. 273), isto é, o "défice" de tutela de um bem cuja protecção é constitucionalmente assegurada (sem que esta garantia seja afastada pela proposta compatibilização com outros interesses constitucionalmente protegidos). Isto, uma vez que, por outro lado, não se divisam *outros meios* a que o legislador possa recorrer para proteger esse bem, afirmando a sua dignidade ética para a comunidade jurídica, e que a protecção penal é, apesar de tudo, a única que se pode revestir de alguma eficácia jurídica (e notando igualmente que a questão submetida a apreciação não contende directamente com a da punibilidade do aborto clandestino, não sendo sequer líquido que uma resposta positiva viesse a contribuir para a diminuição deste, ou, muito menos, para a diminuição geral do número de abortos).

4 — Por último, e ainda a propósito da alínea *i)* do n.º 1 da decisão, discordei também da *fundamentação* empregue para justificar a não inconstitucionalidade de uma resposta *negativa*. O presente aresto inova aqui em relação ao Acórdão n.º 288/98 — Mas a inovação, com uma pronúncia "incidental" sobre o regime vigente, passa, a meu ver, ao lado do objecto de cognição do Tribunal no presente processo — a constitucionalidade *da pergunta* referendária — e é mesmo contraditória com o sentido que se atribui ao controlo pelo Tribunal, a propósito da resposta positiva.

Com efeito, já desde o Acórdão n.º 288/98 se entendeu que ao Tribunal não cabe, a propósito do controlo da constitucionalidade de uma pergunta de um referendo destinado a propor uma alteração do regime vigente, pronunciar-se sobre o *concreto regime* jurídico, em vigor ou que viesse provavelmente a ser aprovado. Antes lhe cabe apenas apreciar se uma das *respostas à pergunta*, ou eventualmente as duas, *implicam necessariamente* uma solução inconstitucional — implicação necessária, esta, avaliada, naturalmente, em relação aos efeitos do referendo, com os correspondentes deveres de agir ou de não agir da Assembleia da República delimitados pelo teor da pergunta a que se respondeu (cf., falando de acto legislativo correspondente às perguntas objecto de resposta, ou de acto "de sentido correspondente", os artigos 241.º e 243.º da Lei n.º 15-A/98, de 3 de Abril). Justamente por isso se afirmou no Acórdão n.º 288/98 que podem existir outros elementos (como a exigência de um aconselhamento da mulher) que, não constando da pergunta, poderiam, porém, vir a ser previstos na legislação aprovada na sua sequência (n.º 52).

Uma resposta *negativa* apenas impede, pois, o legislador de alterar o regime vigente *no sentido correspondente à pergunta*. E aplicado a tal resposta, o critério para a sua inconstitucionalidade — repete-se: o da implicação necessária de uma solução inconstitucional — significa que a resposta negativa só seria inconstitucional se existisse uma imposição constitucional de alteração do regime vigente justamente *no sentido previsto na pergunta*, isto é, se a *única* alteração constitucionalmente aceitável fosse a correspondente ao sentido da pergunta. Já outras alterações (tal como os outros elementos que poderiam ser previstos em caso de resposta positiva) não seriam abrangidas pelo efeito do referendo. Resulta daqui, com toda a linearidade, que o Tribunal, a entender tratar desenvolvidamente da questão de saber se a resposta negativa implicava necessariamente uma solução inconstitucional — diversamente do Acórdão n.º 288/98, que se limitou a remeter o problema da manutenção da incriminação para a liberdade de conformação do legislador (não deixando, a este propósito, de responder àquela questão) —, haveria de ter apurado se o legislador estava *constitucionalmente vinculado a alterar* o regime vigente *justamente no sentido correspondente à resposta positiva.*

Não foi, porém, assim que o presente Acórdão entendeu dever abordar a questão, antes se pronunciando (n.º 35) sobre o regime vigente — com considerações relativas ao *"sistema vigente"* ou a uma "solução *mais abrangente* no sentido da exclusão da responsabilidade" (itálico aditado). Tais considerações não tinham, a meu ver, lugar no contexto do presente Acórdão, mesmo que fossem movidas pelo intuito de atalhar a qualquer alteração do regime vigente num sentido mais restritivo — àquilo que (destoando numa decisão judicial que, além do mais, tem de pronunciar-se sobre a *objectividade* da pergunta referendária) o Acórdão qualifica, noutro passo (n.º 5), como um "retrocesso" num sentido criminalizador. Pois tal alteração nunca esteve em causa nem pode ser "implicação necessária" de qualquer uma das respostas à pergunta. — *Paulo Mota Pinto.*

1 — Votei vencido quanto à decisão constante da alínea *e)*, na parte em que, aí, se julga que a pergunta formulada na proposta de referendo satisfaz os requisitos da

objectividade e da clareza; votei com dúvidas a decisão constante da alínea *g)* e votei vencido quanto à decisão constante da alínea *i)*, na parte em que aí se considera que a resposta afirmativa à pergunta formulada não implica necessariamente uma solução jurídica incompatível com a Constituição, todas as alíneas do ponto 38 do acórdão.

Tal posição fundamenta-se nas razões que passo, sucintamente, a expor.

2 — Antes de as dar a conhecer, não posso, porém, deixar passar em branco a convocação feita no Acórdão [Parte II, ponto 9, epigrafada de "Enquadramento actual da questão objecto da proposta de referendo"] à cultura bíblica enquanto razão tida como susceptível de concitar dúvidas, no plano da racionalidade, sobre "a perspectiva doutrinária de que o crime reclama sempre a punição e não outra forma de superação", por, ali, "o mal do pecado — que é a separação de Deus — é [ser] superado pelo perdão e pela graça".

Na verdade, tal abordagem apresenta-se efectuada não só em termos ambíguos, como não consegue afastar, igualmente, a suspeita de que a sua referência poderá ser vista como estando, subliminar e utilitariamente, funcionalizada para gerar alguma aceitação da doutrina do acórdão por parte de alguns sectores sociais que seguem, ou estão próximos de tal cultura, como regra de conduta da sua vida.

Omite-se ou ignora-se, porém, que, na doutrina bíblica, não tem qualquer pertinência, no plano da racionalidade, a afirmação da existência de qualquer relação ou sequer conexão, em termos de simples correspondência, e muito menos em termos de equivalência, entre *crime* e *pena*. Estes são conceitos que, nesse domínio, são *totalmente* imprestáveis. No plano de relação entre o Homem e Deus não há lugar para a existência das figuras de crime e de punição.

Segundo a doutrina bíblica, Deus é, em Si próprio, Amor e Vida. Por mor do acto de criação, Deus estabelece com o Homem uma relação *pessoal* de Amor. O pecado consiste, assim, em um corte, voluntário e consciente, do Homem com a fonte da sua Vida e de Amor que apenas acontece quando aquele repudia, consciente e voluntariamente, a vontade manifestada de Deus. O mal do pecado traduz-se, pois, assim, no "sentimento" ou "efeito" de *privação* ou de falta que a *pessoa* criada, por puro acto de Amor, tem relativamente ao seu Criador, por se ter por abandonada quando, de acordo com o seu acto de criação, continua a "ansiar" por Ele. A restauração da relação *pessoal* de Amor entre o Homem e Deus representa o fim desse "sofrimento", resultando de puro acto de misericórdia, próprio do Amor do Criador, em face do acto de arrependimento da pessoa criada, traduzido na sua reconciliação com o Criador.

Não tem, pois, qualquer sentido ou utilidade a descontextualizada convocação da doutrina bíblica para o *thema decidendum*. Ao invés, o que resulta dessa doutrina é que, correspondendo a vida a um acto pessoal do Amor de Deus, não deverá o Homem negar a sua contínua revelação real, no devir do tempo e dos tempos.

3 — Segundo penso, a pergunta formulada aos eleitores não é clara e objectiva.

Note-se que se trata de exigências *constitucionais* (artigo 115.º, n.º 6) e não só de requisitos conformados pelo legislador ordinário (artigo 7.º da Lei Orgânica do Regime do Referendo).

Como tal, o sentido que se lhes deve conferir, tem de ser, no meu ponto de vista, um sentido que se conjugue, com a máxima expansividade de protecção, decorrente da sua natureza de direitos e garantias fundamentais (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa — CRP) com o princípio democrático do direito à participação política e do direito ao sufrágio e ao respectivo exercício (artigo 48.º e 49.º da CRP).

Sendo assim, a pergunta há-de poder ser entendida, em toda a sua extensão, quanto ao seu conteúdo e projecção da resposta, por quem, nos termos constitucionais e legais, poderá ser eleitor.

Deste modo, não pode o grau de exigência desligar-se do universo real que constitui esse colégio eleitoral.

Assim, suscitam-se-nos ponderadas dúvidas sobre a clareza da pergunta na medida em que tal qual a pergunta é feita, esta *supõe* que o eleitor, para poder fazer um juízo ponderativo-decisório, conheça qual o regime *vigente* quanto à penalização da interrupção voluntária de gravidez e, nomeadamente, as suas actuais causas de desculpabilização e de justificação.

Ora, parte relevante dos eleitores não será detentora de tais conhecimentos.

Além de que, a pergunta faz apelo a conceitos de matriz técnico-jurídica, como sejam os de "despenalização da interrupção voluntária da gravidez", "por opção da mulher", cuja inteligibilidade escapa a grande parte do colégio eleitoral, bem podendo, por isso, gerar a dúvida aos eleitores sobre se eles não estão assumidos na proposta em *sentido diferente* daquele pelo qual essa realidade empírica é expressada comummente, em linguagem vulgar, mas que é a seguida, normalmente, *na comunicação política*: aborto e completa liberalização dentro das 10 primeiras semanas, desde que a mulher o queira e o mesmo seja efectuado em estabelecimento de saúde legalmente autorizado.

Para além disso, a utilização da expressão "estabelecimento de saúde legalmente autorizado" é, também, *equívoca*, pois permite tanto uma acepção de estabelecimento de saúde (público ou privado), autorizado, apenas, para a prática do aborto nas condições propostas, como a de estabelecimento (público ou privado) autorizado, de prestação de serviços de saúde (pública), que pode praticar, igualmente, esses e outros actos abortivos, cuja prática já não é punida no regime vigente.

E, do mesmo passo, a pergunta não é objectiva nem neutra no que importa à sua intencionalidade.

Na verdade, a referência a "estabelecimento de saúde legalmente autorizado", para a prática da interrupção voluntária de gravidez, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez, deixa entender que a condição apenas existirá no caso prevalecer a resposta positiva, dado esse acto, nas condições propostas, não ser hoje autorizado em qualquer estabelecimento de saúde, predispondo por isso a uma tal resposta para que a condição seja possível.

Por outro lado, a previsão de que o aborto, por simples opção da mulher, dentro do prazo assinalado, será efectuado em estabelecimento de saúde legalmente autorizado sugere uma ideia de completa *inexistência* de quaisquer *outros valores* constitucionais ou legais que tenham de entrar em confronto com a opção da mulher, ou seja, uma ideia de completa liberalização do aborto, desde que

realizado dentro do prazo das 10 semanas e em estabelecimento de saúde autorizado.

4 — Votei, ainda, com dúvidas quanto à questão do universo subjectivo eleitoral.

Não tendo, todavia, chegado a um juízo de não conformidade constitucional, outra solução não poderia aceitar que a da aplicabilidade do princípio da presunção de constitucionalidade.

Diz o n.º 12 do artigo 115.º da CRP que "*nos referendos são chamados a participar cidadãos residentes no estrangeiro, regularmente recenseados ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 121.º, quando recaiam sobre matéria que lhes diga também especificamente respeito*".

Na verdade, se é certo que, na aplicação da lei penal, vigora o princípio da territorialidade (artigo 4.º do Código Penal) e que os cidadãos portugueses residentes no estrangeiro não estão, em regra, sujeitos à aplicação da lei penal, salvo nas condições limitadas do artigo 5.º, n.º 1, alínea *c)*, do mesmo código, argumentos estes que apontam para a solução da não inconstitucionalidade do universo eleitoral adoptado, também não o deixa de ser que a questão pode ser vista fora do enfoque, apenas, da conexão com o direito penal, podendo argumentar-se que, estando em causa uma alteração tão profunda ao sistema de valores jurídicos do direito pátrio, essa alteração não é de todo indiferente à situação dos portugueses residentes no estrangeiro, enquanto cidadãos que tendem a reger a sua vida por esses valores e esse direito e deles dão expressão nos locais onde vivem. Neste aspecto, estar-se-ia perante "*matéria que lhes* diria [*diz*] *também especificamente respeito*".

Tal solução seria postulada, de resto, pela mesma lógica substancial que justifica a participação dos portugueses residentes no estrangeiro nas eleições para o cargo de Presidente da República, podendo encontrar-se em tal circunstância a coincidência de universo eleitoral estabelecida no referido n.º 12 do artigo 115.º da CRP. A participação dos portugueses, nestas eleições, também se explica pelo facto de estar em causa a instituição representativa do povo português e dos valores constitucionais que sedimentou na sua Constituição. Subsistem-me, porém, dúvidas sobre se a Assembleia da República não goza de discricionariedade normativo-constitutiva, relativamente às situações em que a matéria objecto do referendo não diga directamente respeito aos portugueses residentes no estrangeiro enquanto tal, como é o caso.

5.1 — Finalmente, votei vencido quanto à decisão constante da alínea *i)* do ponto 38 do acórdão, na parte em que aí se considera que a resposta afirmativa à pergunta formulada não implica necessariamente uma solução jurídica incompatível com a Constituição.

Não irei expor longamente os fundamentos jurídico-constitucionais com base nos quais se considera que a vida humana uterina tem consagração e protecção constitucionais nos termos do artigo 24.º, n.º 1, da nossa Lei fundamental. E não o farei, exactamente, porque, quer o Acórdão n.º 288/98, ao qual constantemente se arrimou, aí de modo inequívoco, quer o presente Acórdão não deixam de pressupor, ainda que, neste, de forma não tão impressiva, que a vida uterina tem protecção constitucional, correspondendo a um direito ou garantia fundamentais. Depois, porque acompanho, no essencial, os votos apostos àquele Acórdão n.º 288/98 pelos senhores conselheiros que votaram vencido e que aqui se recuperam.

Nesse ponto — e com naturais reflexos, como não poderá deixar de ser quanto à solução desta questão — a nossa discordância com o acórdão reside, essencialmente, na intensidade de protecção jurídico-constitucional que se entende derivar de tal preceito, quer no que importa à dúvida, nele concitada, sobre a titularização/subjectivação do direito à vida humana no artigo 24.º, n.º 1 da CRP, quer na resposta a dar quando esse direito ou garantia fundamentais entrem em conflito com outros direitos da mulher, mormente, a agora designada "liberdade de manter um projecto de vida" "como expressão do livre desenvolvimento da personalidade".

Não obstante isso — e com referência à metodologia seguida — não é de passar em branco que o acórdão, ansiando, porventura, acentuar os argumentos que, na sua óptica, abonarão a favor da não inconstitucionalidade de uma solução jurídica perspectivada na senda de uma resposta afirmativa ao referendo, discorre, essencialmente, sobre um diálogo de ponderação entre os direitos fundamentais, susceptíveis de entrarem em conflito, a partir de uma "configuração mais radical" do âmbito da protecção da vida humana, como se a solução passasse, *no caso concreto*, por essa linha de protecção, esbatendo a existência, no direito vigente, de causas de desculpabilização e de justificação que dão expressão, num plano autónomo e exterior, às exigências demandadas, no caso, por um juízo ponderativo de concordância prática entre os direitos tidos como estando em conflito.

Ao contrário do suposto como elemento de argumentação, não se afirma, nem se viu alguma vez defendido na ciência jurídica, que, tendo por referência a vida pré-natal e pós-natal, "tenha de existir uma protecção penal idêntica em todas as fases da vida", como postulado ou decorrência da inviolabilidade da vida humana ou que haja "uma argumentação a favor da inconstitucionalidade [da resposta afirmativa ao referendo] que nivele a vida em todos os seus estádios".

Tal princípio constitucional não demanda que a protecção penal da vida humana tenha de ser idêntica, em *intensidade*, em todo o *continuum* da vida e em todas as circunstâncias de facto.

O que o princípio da inviolabilidade da vida humana reclama é que a violação do direito à vida (uterina e pós-uterina) tenha, sempre, protecção penal, valendo, dentro dos diferentes níveis dessa protecção, os princípios gerais de direito criminal, de matriz, igualmente, constitucional, da justificação do facto, da culpa e do estado de necessidade.

Assim, não está o legislador ordinário impedido, em geral, de conformar diferentes níveis de protecção criminal, expressos, *maxime*, no recorte do facto ilícito típico e da pena, para os diferentes momentos e circunstâncias do *continuum* em que se desenvolve a vida humana, diferenciando, dentro dele, a vida intra-uterina da pós-uterina. O que a Constituição reclama é que, salvo a existência de causas de desculpabilização ou de justificação, a vida seja penalmente protegida.

Em segundo lugar, o argumento de que não existe "uma linha de inflexível necessidade lógica", como afirma o acórdão, entre a definição da inviolabilidade da vida humana e a intervenção penal, "nomeadamente pela interferência de perspectivas de justificação, de desculpa ou ainda de afastamento da responsabilidade devido "à necessidade da pena" assenta sobre uma patente incongruência lógica,

dado que as dimensões alegadas para afastar a intervenção penal são já institutos que pressupõem, necessariamente, a existência dessa protecção penal.

Em terceiro lugar, a convocação do entendimento seguido no referido Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, segundo o qual na mente dos constituintes do artigo 24.º, n.º 1, da CRP não caberia a protecção da vida uterina só teria sentido para quem — posição que parece não ser, de modo assumido, a do acórdão e não é, seguramente, a do Ac. 288/98, em que constantemente se abona, nem dos votos de vencido a eles apostos — seguisse uma tese radical de exclusão do âmbito de protecção conferida por tal artigo da vida intra-uterina.

5.2 — Sendo, assim, admitido como está, pelo acórdão e por todos os vencidos, que a vida humana intra-uterina goza de protecção constitucional, o que importa saber, é se, a operação de concordância prática dos direitos e valores constitucionalmente relevantes, presentes no caso, que o acórdão levou a cabo se apresenta efectuada com respeito pelo princípio constitucional que emerge do artigo 18.º, n.os 2 e 3 da CRP.

Por nós, temos por seguro que não. E firmamos esse juízo, essencialmente, nas seguintes considerações.

Desde logo, porque não deixa de impressionar-nos que o acórdão perspective a tutela de inviolabilidade da vida humana, estabelecida no artigo 24.º, n.º 1, da CRP, *desligada* do ser que constitua o seu titular, acabando por reduzir, subliminarmente, segundo uma óptica radical que tanto critica, o seu âmbito de protecção apenas aos fetos com mais de 10 semanas de gestação e às pessoas nascidas.

Ora, não vemos, como melhor se verá adiante, que tenha sentido falar-se de inviolabilidade da vida humana sem ser por referência ao *ser* que dela seja titular, seja este *ser* já uma *pessoa* ou apenas um *ser* a caminho de ser *pessoa* (cf. Laura Palazzani, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, 1996; A. M. Almeida Costa, "Abortamento provocado", *in Bioética*, AA. VV. Coordenada por Luís Archer, Jorge Biscaia e Walter Osswald, Lisboa, 1996, pp. 201 e segs., e João Carlos Loureiro, "Estatuto do Embrião", *in Novos Desafios à Bioética*, AA. VV., coordenada por Luís Archer, Jorge Biscaia, Walter Osswald e Michel Renaud, Porto 2001, pp. 110 e segs).

Do mesmo passo, não se compreende que se erija a *essencial* fundamento da tutela constitucional devida ao embrião/feto o princípio constitucional da dignidade humana, quando este princípio supõe, precisamente, a existência de um ser dotado de vida humana e o preceito do artigo 24.º, n.º 1, da CRP não só não aponta em qualquer sentido restritivo, como corresponderia a uma solução contrária ao princípio da "máxima efectividade e expansividade" dos direitos e garantias fundamentais, constantemente, invocado para justificar a inclusão nos direitos fundamentais de realidades que suscitam alguma dúvida.

Por outro lado, o acórdão não realizou qualquer juízo de concordância prática entre os dois valores ou direitos constitucionais, tidos como estando em conflito: o direito do ser, "embrião/feto humanos", a nascer e a "liberdade da mulher a manter um projecto de vida, como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade". E não efectuou, porque, pura e simplesmente, para fazer prevalecer este último, rejeita a *titularização*, no âmbito do artigo 24.º, n.º 1, da CRP (subjectivação constitucional), do direito à vida humana e, decorrentemente, do conteúdo essencial do direito do feto a nascer, admitindo a possibilidade de, sem censura penal, lhe tirar a vida humana.

De qualquer modo, pressuposta, como se defende na doutrina e jurisprudência constitucionais, a inexistência de hierarquia entre direitos constitucionais, precisamente com base na identidade da sua fonte, nunca a colisão de direitos constitucionais poderá ser resolvida, pelo legislador ordinário, com base num critério normativo de prevalência da liberdade da mulher a manter um projecto de vida à custa da morte do feto, *titular constitucional* de vida humana e da respectiva dignidade.

A operação de concordância prática entre direitos constitucionais, posicionados como estando em conflito, demanda a realização de um juízo de ponderação (legislativa ou judicial) que dê satisfação ao princípio constitucional da *máxima efectividade de protecção* dos direitos e garantias fundamentais.

Tal equivale por dizer que esse juízo deve efectuar-se de modo a tentar obter uma optimização do âmbito de eficácia da protecção constitucional conferida a tais direitos e que nunca poderá chegar a um resultado de eliminação de um deles em favor do outro, pois, neste caso, está-se, radicalmente, a eliminar o conteúdo essencial do preceito constitucional que reconhece a inviolabilidade da vida humana, na sua expressão de direito do titular da vida humana uterina a nascer e a violar-se frontalmente o disposto na parte final do artigo 18.º, n.º 3, da CRP.

[E a solução não varia se se fizer radicar, segundo a lógica dubitativa que o acórdão admite, a tutela constitucional do titular embrião/feto no princípio da dignidade de vida humana — lógica essa, diga-se, incongruente, se referida à dignidade do embrião/feto, por essa dignidade da vida humana supor a existência da vida humana e de um seu titular, ou, então, contraditória, se a alegada dignidade disser respeito à mulher grávida, por, nesse caso, inexistir a perspectivada situação de colisão de direitos]. Por outro lado, o juízo de concordância prática não pode deixar de ter presente a estrutura e natureza dos concretos direitos ou garantias constitucionais, que se apresentam como estando em conflito, mormente para avaliação dos resultados sob a óptica do princípio da proporcionalidade, na sua dimensão *de justa medida*, ao qual deve obediência.

Ora, nesta sede, não deve desconhecer-se que estão em causa direitos ou garantias constitucionais em concreto, radicados em diferentes titulares constitucionais: de um lado, a liberdade da mulher grávida a manter um projecto de vida e do outro o direito do concreto embrião/feto a nascer, em cada situação de gravidez. Cada situação de gravidez gera uma situação de existência de um concreto titular do direito à vida humana a nascer.

Nesta perspectiva, cabe acentuar que a Constituição, sempre que quer conferir uma especial intencionalidade protectora ou eficácia do âmbito de protecção constitucional a certos direitos ou garantias constitucionais, usa expressões reveladoras desse significado, como o adjectivo "inviolável" ou expressões de exclusão como "ninguém", "quaisquer", etc. (cf., por exemplo, quanto ao primeiro caso, os artigos 24.º, n.º 1, 25.º, n.º 1 e 34.º, n.º 1, e, quanto ao segundo caso, os artigos 26.º, n.º 1, 27.º, n.º 2, e 29.º, n.º 1, e, a ambas as situações, o artigo 13.º, n.º 2).

O direito à vida humana é protegido pela Constituição (artigo 24.º, n.º 1) como direito inviolável. O vocábulo "inviolável" só poderá significar que se trata de um direito que não poderá ser *violado* em caso algum, mesmo pelo Estado legislador. Nesta óptica, apenas, se conceberão causas de *exclusão* que consubstanciem, perante a Constituição, situações de não violação, como sejam as causas constitucionais de desculpabilização ou de justificação.

Trata-se, deste modo, de um direito ou garantia constitucional que se encontra dotado de uma especial força de tutela constitucional. E bem se compreende que o seja, porquanto se trata de um direito fundante de todos os outros, de um direito que é pressuposto necessário de todos os outros, pois sem titulares de vida humana não poderá falar-se em dignidade humana ou sequer constituir-se comunidade organizada em Estado de direito democrático.

Ao contrário, o direito ou garantia fundamental que se apresenta em colisão com ele — a liberdade da mulher a manter um projecto de vida como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade — não se apresenta dotado constitucionalmente de uma tal força excludente de lesão.

Na verdade, essa liberdade é não a liberdade a que se refere o artigo 27.º, n.º 2, da CRP, a liberdade física ou liberdade de "ir e vir" — essa sim dotada de tal força excludente — mas sim uma específica dimensão do princípio do desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 26.º, n.º 1.

Assim sendo. Existente um direito à vida humana *titularizado* no ser resultante da partogénese celular, *ser* esse *diferente*, não só biológica e geneticamente (cf. Fernando J. Regateiro, *Manual de Genética Médica*, Coimbra, 2003, pp. 310 a 312 e Fernando Regateiro, "Doenças Genéticas", *in Comissão de Ética — Das Bases Teóricas à Actividade Quotidiana*, AA. VV. Coordenada por Maria do Céu Patrão Neves, 2.ª edição, Coimbra, 2002, pp. 351 e 352), como também constitucionalmente (cf., entre outros, João Carlos Loureiro, "Estatuto do Embrião", *in Novos Desafios à Bioética*, AA. VV., coordenada por Luís Archer, Jorge Biscaia, Walter Osswald e Michel Renaud, Porto 2001, pp. 110 e segs., e A. M. Almeida Costa, *op. cit.*, pp. 210 e segs.), do ser da sua mãe ou mulher grávida — seja ele já uma *pessoa* ou não, mesmo numa acepção constitucional — e podendo ele estar em colisão com o direito a manter um projecto de vida como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade, titularizado na mulher grávida, não pode deixar, numa ponderação de concordância prática dos valores constitucionais, de adoptar-se, do ponto de vista da sua estrutura e natureza constitucional, uma solução que não acarrete o sacrifício do titular da vida humana.

Anote-se, de resto, que só o (implícito) reconhecimento de uma alteridade de titularidade constitucional do ser embrião/feto em relação à sua mãe é que justifica que o próprio acórdão, na esteira, aliás, do de 1998, procure intentar uma demonstração de existência de concordância prática entre o direito titularizado da mulher grávida e o direito respeitante ao embrião/feto.

O aborto importa a morte do concreto titular da vida humana, do concreto embrião/feto. Com ele extingue-se o direito de se desenvolver no seio materno (e de mais tarde nascer), de acordo com a informação codificada no DNA, a vida humana do concreto feto advindo do específico ovo ou zigoto, este, por sua vez, resultante da fecundação do concreto ovócito pelo concreto espermatozóide. O ser irrepetível advindo da partogénese celular deixa de existir, saindo violado, por completo, o seu direito à vida humana.

Pelo contrário, o prosseguimento da vida uterina não extingue a liberdade da mulher a manter um projecto de vida como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade, mas tão só, quando muito, a obriga a que adapte, para o futuro, o seu projecto de vida às novas circunstâncias, tal qual pode acontecer por força de muitas outras circunstâncias possíveis naturalisticamente, como, por exemplo, a doença, o desemprego, acidentes, etc.

Ela continua a ser titular de um direito pessoal ao livre desenvolvimento, de o poder exercer e manifestar, repetidamente, em todas as outras condições da sua vida. Seguindo a lógica do acórdão, a mulher grávida *manterá* a sua liberdade de desenvolver o seu projecto de vida quantas as vezes que optar pela interrupção da gravidez. Porém, em todas essas vezes, ocorrerá a extinção do direito à vida humana de um concreto titular — o concreto feto em gestação.

Nesta linha de pensamento, há-de convir-se que a interrupção voluntária de gravidez, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez, assume tão só a natureza de um simples meio de contracepção ou mesmo de planeamento familiar cuja determinação do concreto conteúdo corresponde a um direito *absoluto* da mulher grávida, fazendo irrelevar, para o concreto embrião/feto, qualquer protecção constitucional do seu direito à vida humana, consagrado no artigo 24.º, n.º 1, da CRP.

Ou seja, a concepção do acórdão assenta numa ideia de completa *liberalização do aborto*, condicionando-o a condições que visam *apenas* acautelar o aspecto de saúde da mulher abortanda e não em qualquer ideia de que deve ser efectuada uma ponderação de direitos ou valores: contra a vontade, de livre opção, da mulher de abortar, nas primeiras 10 semanas de gravidez, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado, *nada* (absoluto) se pode opor.

Trata-se, por outro lado, de uma solução cuja admissibilidade não vemos como possa ser acolhida pelo princípio constitucional da proporcionalidade, na sua acepção de *justa medida*. Essa desproporcionalidade torna-se patente não só quando abandona, por inteiro, a natureza do direito que está em colisão com o direito da mulher grávida, permitindo o seu sacrifício, *de plano*, nas primeiras 10 semanas, como quando a valoração acaba por ficar dependente apenas da decorrência de simples prazos de gestação, e da aleatoriedade decisória que, durante eles, poderá ser feita, livremente, pela mulher grávida, podendo ser levada a cabo, sem censura penal, num limite em que o feto tem até já forma humana (desde as 8 semanas) (cf. Fernando J. Regateiro, *Manual de Genética Médica*, Coimbra, 2003, pp. 310 a 312).

Como se verifica dos seus termos, o acórdão invoca a realização de uma concordância prática dos direitos em questão no plano abstracto, indicando até, nesse sentido, a existência de vários regimes de protecção da maternidade, que identifica.

Todavia, a primeira objecção que poderá fazer-se a propósito de tal atitude é que, posta a questão em *termos*

abstractos (plano do conteúdo/extensão do direito objectivo à vida humana), no plano de constitucionalidade, caberia ao próprio legislador constitucional resolvê-la e não ao legislador ordinário, mormente no que toca ao conteúdo essencial do direito, que é aquele que é tocado pelo aborto.

E não se esgrima, contra esta posição, como está pressuposto pelo acórdão, para justificar a existência de um juízo ponderativo de concordância prática, que só tal operação permite enquadrar constitucionalmente as causas de desculpabilização e de justificação da interrupção voluntária de gravidez existentes na lei em vigor, pois estas, apenas, correspondem a concretizações, relativamente aos concretos direitos constitucionais que estão em causa, de princípios constitucionais autónomos, que valem para *todo* o direito criminal — as causas de justificação e de desculpabilização.

Depois a tese do acórdão sofre de um verdadeiro ilogismo: é que os direitos cuja existência alega, apenas, constituirão direitos para quem tiver a sorte de não ser abortado. A sua eficácia depende da existência de titulares de direito à vida humana que tenham nascido.

A vida humana não existe sem um *titular* e não é possível falar-se de violação, que o preceito constitucional proíbe, sem ser relativamente à posição jurídica de quem se encontre investido na titularidade de um direito.

De contrário, o que está em causa é, ainda, a definição do conteúdo constitucional desse direito, dos seus contornos, do seu conteúdo essencial, no mínimo. E, a ser assim, tal domínio não cabe nos poderes do legislador ordinário, mas nos do constitucional.

Essa é, também, a razão pela qual repudiamos a tese, admitida no acórdão (pontos 7 a 10), sobre a admissibilidade de uma dúvida interpretativa sobre a solução, em abstracto, no plano da constitucionalidade, de um conflito de valores ou direitos constitucionais, como a que está, em causa, na proposta de referendo, poder ser devolvida ao eleitorado, através de mecanismos como o referendo e não de eleições em que possam ser assumidos poderes constituintes por parte da Assembleia da República.

É que o voto expresso neste caso, desde que afirmativo, apenas pode traduzir uma posição de poder político legislativo ordinário, no sentido transportado pela pergunta, ou seja, corporiza, apenas, uma posição de poder legislativo ordinário, não incorporando quaisquer poderes de definição do conteúdo dos direitos e garantias constitucionais, só possível através da concessão/assumpção de poderes constituintes.

Resta, por último, apreciar a posição em que se abona o acórdão, segundo a qual não se esgota, no domínio penal, o âmbito de protecção do direito constitucional à vida humana e de que não existe uma imposição constitucional à criminalização.

Estamos de acordo quanto à primeira consideração, mas já não podemos acompanhar, de forma alguma, a segunda proposição.

E não podemos, porque entendemos que existem direitos constitucionais cuja existência e exercício hão-de, *necessariamente*, impor a criminalização das atitudes que os violarem, por, *na sua defesa*, o legislador ordinário *dever* usar *todos* os meios constitucionalmente possíveis e entre estes, evidentemente, a sua última *ratio* — o direito criminal.

É o caso do direito à vida humana uterina e pós-uterina. Trata-se de um direito que é pressuposto necessário da existência de todos os demais (direito *com pretensão* de absoluto), de um direito sem cuja existência, em seres concretos, não é concebível qualquer princípio de dignidade da pessoa humana e existência de uma comunidade politicamente organizada em Estado.

O direito à vida humana de qualquer titular constitucional que ele seja, nascido ou não nascido, porque a Constituição os não distingue, é um direito fundante do Homem e da sociedade organizada.

Na mesma situação se encontra, por exemplo, a protecção do princípio democrático do Estado de direito. Sem protecção do princípio democrático do Estado de direito, por *todos* os meios constitucionalmente permitidos, este não poderá existir e subsistir. Sendo assim, não poderá o legislador ordinário deixar de utilizar na sua protecção a última *ratio* — o direito criminal. — *Benjamim Rodrigues.*

Declaração de voto

Votei vencido por entender que: *(i)* a formulação da pergunta não satisfaz os requisitos constitucionais e legais da clareza e da objectividade; *(ii)* é injustificada a restrição do "universo eleitoral" aos eleitores residentes no território nacional; e *(iii)* a resposta afirmativa é susceptível de conduzir a uma solução jurídica inconstitucional.

1 — A falta de clareza e de objectividade da pergunta.

1.1 — A Constituição da República Portuguesa (CRP) exige, no seu artigo 115.º, n.º 6, que as questões objecto de referendo sejam "*formuladas com objectividade, clareza e precisão*", tendo a Lei Orgânica do Regime do Referendo (Lei n.º 15-A/98, de 3 de Abril, alterada pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 8 de Setembro — LORR) reiterado que "*as perguntas são formuladas com objectividade, clareza e precisão (...), sem sugerirem, directa ou indirectamente, o sentido das respostas*".

Os requisitos da *clareza* e da *precisão* implicam que a pergunta seja formulada "de modo unívoco e explícito, sem ambiguidades" (Acórdão n.º 704/2004), insusceptível de "comportar mais do que uma interpretação" (Acórdão n.º 531/98). O requisito da *objectividade* impede a utilização de formulações susceptíveis de "induzir os eleitores em erro, influenciando o sentido da resposta" (Acórdão n.º 531/98).

Entendo que a pergunta ora em apreciação *não é clara* quando utiliza a expressão "em estabelecimento de saúde legalmente autorizado", e *não é objectiva* quando usa a expressão "despenalização da interrupção voluntária da gravidez".

1.2 — A primeira expressão é susceptível de duas interpretações: tratar-se de estabelecimento de saúde legalmente autorizado a praticar abortos (autorização específica) ou tratar-se de estabelecimento de saúde legalmente autorizado a funcionar como estabelecimento de saúde *tout court* (autorização genérica).

No Acórdão n.º 288/98 o Tribunal Constitucional interpretou a expressão naquele primeiro sentido, interpretação que foi mantida pelo precedente acórdão. Afigura-se-me, porém, que é a segunda a interpretação correcta, como, a meu ver, resulta da história das iniciativas parlamentares pertinentes, em que a expressão surge como equivalente a "estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido" (cf. Projectos de Lei n.os 177/VII, 235/VII, 236/

VII, 417/VII, 451/VII, 453/VII, 16/VIII, 64/VIII, 1/IX, 89/IX, 405/IX, 409/IX, 1/X, 6/X, 12/X, 19/X e 166/X), que é, aliás, a utilizada no corpo do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal. O que se pretendeu exigir terá sido que o aborto fosse praticado em estabelecimento de saúde, quer oficial, quer legalmente autorizado (no sentido de oficialmente reconhecido), e não em quaisquer outras instalações, mas não se terá querido limitar tais intervenções a estabelecimentos de saúde especificamente autorizados a praticar abortos (admitindo que estas autorizações específicas existam ou venham a existir). A simples existência desta dualidade de interpretações demonstra a *falta de clareza* desta parte da pergunta.

1.3 — Mais grave, porém, é a *falta de objectividade* que deriva do uso da expressão "despenalização da interrupção voluntária da gravidez".

Interessará começar por recordar as oito formulações propostas para a pergunta ao longo das diversas tentativas de processo referendário nesta matéria:

1) "Não existindo razões médicas, o aborto deve ser livre durante as primeiras 12 semanas?" (Projecto de Resolução n.º 38/VII, apresentado pelo PSD, *Diário da Assembleia da República* (*DAR*), II Série-A, n.º 12, de 9/1/1997);

2) "Não existindo razões médicas, o aborto deve ser livre durante as primeiras 10 semanas?" (Projecto de Resolução n.º 75/VII, apresentado pelo PSD, *DAR*, II-A, n.º 23, de 15/1/1998);

3) "1 — Concorda que o aborto seja livre nas primeiras 10 semanas de gravidez? 2 — Concorda que razões de natureza económica ou social possam justificar o aborto por constituírem perigo grave para a saúde da mulher?" (proposta de substituição do Projecto n.º 75/VII, apresentada pelo PSD e CDS-PP, *DAR*, I, n.º 51, de 20/3/1998);

4) "Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas 10 primeiras semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?" (proposta de substituição do Projecto n.º 75/VII, apresentada pelo PS (*DAR*, I, n.º 51, de 20/3/1998), que viria a ser adoptada pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/98 (*Diário da República* (*DR*), I Série-A, n.º 76, de 31/3/1998), e retomada no Projecto de Resolução n.º 69/X, apresentado pelo PS (*DAR*, II-A, n.º 50, de 22/9/2005), adoptado pela Resolução da Assembleia da República n.º 52-A/2005 (*DR*, I-A, Supl. ao n.º 188, de 29/9/2005), e no Projecto de Resolução n.º 148/X, apresentadas pelo PS (*DAR*, II-A, n.º 2, de 21/9/2006), adoptado pela Resolução da Assembleia da República n.º 54-A/2006 (*DR*, I Série, 2.º Supl. ao n.º 203, de 20/10/2006));

5) "Concorda que deixe de constituir crime o aborto realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez, com o consentimento da mulher, em estabelecimento legal de saúde?" (Projecto de Resolução n.º 7/X, apresentado pelo BE, *DAR*, II-A, n.º 4, de 2/4/2005);

6) "Concorda que deixe de constituir crime o aborto realizado nas primeiras 10 semanas de gravidez, com o consentimento da mulher, em estabelecimento legal de saúde?" (Projecto de Resolução n.º 9/X, apresentado pelo PS (*DAR*, II-A, n.º 4, de 2/4/2005), adoptado pela Resolução da Assembleia da República n.º 16-A/2005 (*DR*, I-A, Supl. ao n.º 78, de 21/4/2005));

7) "Concorda com a despenalização do aborto realizado nas primeiras 16 semanas de gravidez, com o consentimento da mulher, em estabelecimento legal de saúde" (proposta de substituição do Projecto n.º 9/X, apresentado pelo CDS-PP, *DAR*, II-A, n.º 8, de 22/4/2005);

8) "Concorda com a liberalização do aborto, se realizado, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?" (Proposta de substituição do Projecto n.º 148/X, apresentada pelo CDS, *DAR*, II-A, n.º 12, de 28/10/2006).

Nestas formulações são utilizados os conceitos de "liberalização", "despenalização" e "descriminalização", que, como é sabido, têm sentidos bem diferenciados e efeitos distintos, desde logo o de que, como assinala JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (*Comentário Conimbricense do Código Penal*, *Parte Especial*, Tomo I, Coimbra, 1999, p. 178), "se a interrupção for um facto ilícito, ainda que não punível, o Estado se sentirá desobrigado das prestações sociais decorrentes da intervenção médica — de acordo com o princípio de que não podem ser dispendidos dinheiros públicos com factos constitutivos de ilícitos penais".

Tenho por evidente que a medida legislativa que os proponentes do referendo visam aprovar, na hipótese de resposta afirmativa vinculativa, não consiste numa mera despenalização (sem descriminalização). Não se trata, na verdade, de previsão de situações de não aplicação de penas a determinados autores de condutas que continuam a ser qualificadas como criminalmente ilícitas (como acontece com as propostas de eliminação do n.º 3 do artigo 140.º do Código Penal, constantes dos Projectos de Lei n.os 308/X (PCP), 309/X (Os Verdes) e 317/X (BE), que, essas sim, conduzem à não punição da mulher grávida em todas as situações de crimes de aborto, praticados fora das previsões do artigo 142.º), mas muito mais do que isso. Trata-se de deixar de considerar como crime, relativamente a todos os participantes nessas intervenções (e não apenas à mulher grávida), o aborto praticado, nas primeiras dez semanas de gravidez, por opção da mulher, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado. E não se trata apenas de afastar a ilicitude criminal, mas toda e qualquer ilicitude. E ainda mais: trata-se de assegurar, pelo próprio Estado, designadamente através do serviço nacional de saúde, a prática desses actos. Isto é: pretende-se passar de uma situação de "crime punível", não a uma situação de "crime não punível", mas a uma situação de "não crime", de "não ilícito" e de "direito a prestação do Estado".

Nem se diga, como foi aduzido no debate parlamentar, que não se trata de "descriminalização" por o crime de aborto continuar a ser punível quando praticado para além das 10 semanas. A questão, porém, é que um conjunto de situações (prática do aborto, por opção da mulher, até às 10 semanas de gravidez, sem que se verifiquem as "indicações" do artigo 142.º), que eram consideradas crime e como tal punidas, deixam de ser consideradas como crime relativamente a todos os intervenientes nessas práticas.

Neste contexto, embora fosse sustentável que, em rigor, se trata de uma "legalização" do aborto em causa [na apresentação da Projecto de Resolução foi expressamente referido: "*(...) ao legalizar a interrupção voluntária da gravidez sob determinadas condições, não se está, como é evidente, a liberalizar o aborto, está-se apenas a alargar, de forma razoável e equilibrada, o elenco das excepções, já hoje admitidas na lei, à regra geral de criminalização que permanece em vigor. (...) Por isso, propomos a realização desta consulta popular, onde a*

única questão a decidir é saber se «sim» ou «não» à licitude da interrupção voluntária da gravidez, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento autorizado" — *DAR*, I, n.º 14, de 20/10/2006, p. 8 (sublinhados acrescentados)], a pergunta a formular, para ser objectiva, teria, no mínimo, de referir a intenção de "deixar de constituir crime" tal conduta. Isto é: devia ter sido mantida a formulação dos Projectos de Resolução n.os 7/X (BE) e 9/IX (PS) — "*Concorda que deixe de constituir crime o aborto realizado nas primeiras 10 [12 para o BE] semanas de gravidez, com o consentimento da mulher, em estabelecimento legal de saúde?*" — acolhida na Resolução da Assembleia da República n.º 16-A/2005.

A isto acresce que, quer na discussão pública em curso sobre este tema, quer, mais relevantemente, na apresentação parlamentar da iniciativa referendária, se tem sistematicamente insistido na associação desta iniciativa ao propósito de pôr termo à perseguição criminal, julgamento, condenação e prisão das *mulheres grávidas que pratiquem aborto*. E o uso da expressão "despenalização", na pergunta, pode propiciar o entendimento de que é esse propósito que se visa alcançar, o que não corresponde à realidade. Na verdade, face ao apontado desiderato, a aprovação da medida legislativa que resultará de eventual resposta positiva vinculativa ao referendo surge como inadequada, por *defeito* e por *excesso*: *por defeito*, porque não evitará a perseguição criminal das mulheres que pratiquem aborto para além das 10 semanas fora das indicações do artigo 142.º do Código Penal e ainda das que pratiquem aborto dentro das 10 semanas, mas fora de estabelecimento de saúde legalmente autorizado; *por excesso*, porque exclui da incriminação, não apenas as mulheres grávidas, mas todos os intervenientes no acto em causa.

Não se leia nas considerações precedentes qualquer tomada de posição negativa quanto ao mérito da iniciativa. Não é disso que se visa nesta sede, em que apenas se trata de verificar o respeito dos requisitos de clareza e de objectividade exigíveis à pergunta do referendo.

E, pelas razões expostas, concluo que, para além da falta de clareza da expressão "estabelecimento de saúde legalmente autorizado", a expressão "despenalização da interrupção voluntária da gravidez" não respeita o requisito da objectividade, pois se mostra susceptível de "induzir os eleitores em erro, influenciando o sentido da resposta".

2 — A definição do "universo eleitoral".

A proposta referendária limita a intervenção no referendo aos "cidadãos eleitores recenseados no território nacional".

O precedente acórdão (n.º 26), para considerar justificada esta limitação, invoca argumentos (ser a "aplicação da lei penal portuguesa a cidadãos residentes no estrangeiro relativamente excepcional e condicionada" e não ter a matéria do referendo "a ver especificamente com a particular situação dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro"), que não posso acompanhar.

Com efeito, afigura-se-me de todo impertinente o argumento extraído das regras sobre a aplicação no espaço da lei penal portuguesa. Não pode constituir critério adequado para aferir da relevância da participação no referendo dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro a circunstância de, por regra, as normas penais portuguesas lhes não serem aplicáveis. O interesse na participação no referendo não pode resultar da susceptibilidade de ser autor ou vítima dos crimes em causa.

Por outro lado, a CRP (artigo 115.º, n.º 12) não restringe a participação dos cidadãos residentes no estrangeiro aos referendos sobre matéria que apenas lhes diga especificamente respeito, mas sim sobre matéria "*que lhes diga também especificamente respeito*". E em lado algum a CRP manda considerar esses cidadãos "*na sua condição de emigrantes*", condição que, aliás, muitos deles não terão.

Há que atender que não é à generalidade dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro que é facultada a participação no referendo, nem sequer ao grupo, mais reduzido, dos que, estando recenseados, são eleitores da Assembleia da República. É, apenas, ao grupo estrito de cidadãos portugueses a quem, apesar de residirem no estrangeiro, foi admitida a participação nas eleições para Presidente da República por mantenham "*laços de efectiva ligação à comunidade nacional*" (artigo 121.º, n.º 2, da CRP, para que remete o artigo 115.º, n.º 12) e que *efectivamente exercitaram esse direito de recenseamento* (o que revela a actualidade do seu interesse na participação nos assuntos públicos nacionais), designadamente titulares de órgãos da União Europeia e de organizações internacionais, diplomatas e outros funcionários e agentes em serviço em representações externas do Estado, funcionários e agentes das comunidades e da União Europeia e de organizações internacionais, professores de escolas portuguesas, cooperantes (artigo 1.º-A, n.º 1, da Lei Eleitoral para Presidente da República — Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de Maio, alterado, por último, pela Lei Orgânica n.º 5/2005, de 8 de Setembro); cônjuges ou equiparados, parentes ou afins, que vivam com os cidadãos atrás mencionados (artigo 1.º-A, n.º 2, da mesma Lei); e os cidadãos que não estejam ausentes do território nacional para além de determinados limites temporais, consoante sejam residentes nos Estados membros da União Europeia ou nos países de língua oficial portuguesa ou nos demais Estados ou que se tenham deslocado a Portugal e aqui permanecido durante determinado período de tempo em época recente (artigo 1.º-B da mesma Lei).

Por outro lado, a matéria em causa no referendo, como o evidencia a intensidade do debate público que a tem rodeado ao longo de um já dilatado período de tempo, está directamente ligada à definição dos valores fundamentais estruturantes da comunidade nacional, problemática que não pode deixar de afectar os portugueses que, apesar de residentes no estrangeiro, têm manifestado laços de efectiva ligação à comunidade nacional e revelado interesse actual na intervenção directa na vida política nacional.

Não se vislumbra motivo justificado para excluir este grupo de cidadãos portugueses da participação num referendo que, atenta a matéria sobre que versa, *também* lhes diz *especificamente* respeito, e no qual, aliás, irão participar cidadãos estrangeiros residentes em Portugal — os referidos no artigo 38.º da LORR.

3 — A inconstitucionalidade da solução legislativa derivada de eventual resposta positiva vinculativa ao referendo.

3.1 — Apesar da notória divisão de posições revelada pelos quatro acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional sobre a problemática do aborto (Acórdãos n.os 25/84, 85/85, 288/98 e o presente), num aspecto crucial verificou-se unanimidade por parte dos 31 juízes das di-

versas formações que subscreveram esses acórdãos: todos eles, *nemine discrepante*, assumiram que **a vida intra-uterina constitui um bem constitucionalmente tutelado**, donde deriva a obrigação do Estado de a defender.

O reconhecimento da dignidade constitucional da vida intra-uterina (comum, aliás, à generalidade das pronúncias de diversos Tribunais Constitucionais da nossa área civilizacional) — que é independente de concepções filosóficas ou religiosas sobre o início da vida humana — não impede, como é óbvio, a admissão de que a sua tutela seja menos forte do que a da vida das pessoas humanas (desde sempre revelada na diferenciação das penas aplicáveis aos crimes de aborto e de homicídio) e que possa conhecer gradações consoante a fase de desenvolvimento do feto, designadamente em sede de ponderação da solução do conflito entre esse valor e outros valores igualmente dignos de protecção constitucional, relacionados com a mulher grávida.

O que se me afigura constitucionalmente inadmissível, por incompatível com o reconhecido dever do Estado de tutelar a vida intra-uterina — com consequente postergação da concepção primária do feto como uma *víscera* da mulher, sobre a qual esta deteria total liberdade de disposição — é admitir que, embora na fase inicial de desenvolvimento do feto, se adopte solução legal que represente a sua total desprotecção, com absoluta prevalência da "liberdade de opção" da mulher grávida, sem que o Estado faça o mínimo esforço no sentido da salvaguarda da vida do feto, antes adoptando uma posição de neutral indiferença ou, pior ainda, de activa promoção da destruição dessa vida.

Não acompanho, assim, o argumento expendido no n.º 48 do Acórdão n.º 288/98 e retomado no n.º 31 do precedente acórdão, que vislumbra uma ponderação de interesses no "contexto global" da regulação da matéria, como que "compensando" a desprotecção total da vida intra-uterina nas primeiras 10 semanas com a protecção total (ou quase total) nos últimos períodos de gestação, argumento que se me afigura inaceitável face à inarredável individualidade e infungibilidade de cada vida humana, mesmo que intra-uterina. Como se afirmou na declaração de voto do Cons. TAVARES DA COSTA aposta àquele acórdão, na vida intra-uterina manifesta-se "uma forma de vida que, desde logo, contém um acabado programa genético, único e irrepetível, o qual, se entretanto não conhecer destruição, culminará, inevitavelmente, com o nascimento de um ser humano" (sublinhado acrescentado) — cf., ainda, sobre este ponto, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, 2005, pp. 230—232).

3.2 — Não excluo, porém, compartilhar da convicção de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (*obra citada*, p. 172) "de que mesmo um sistema que **combinasse equilibradamente o sistema das indicações com o sistema dos prazos** não mereceria censura constitucional se nele assentasse o legislador ordinário; nomeadamente se um tal sistema se combinasse por sua vez, como deve, com um consistente e adequado **sistema de aconselhamento**" (negrito no original, sublinhado acrescentado).

Isto é: admitiria considerar não inconstitucional uma solução legislativa que, no período inicial da gestação, acabasse por conceder prevalência à opção da mulher grávida, desde que fosse associada à imposição de um sistema de aconselhamento, designadamente se este aconselhamento não fosse um aconselhamento meramente informativo, mas antes um aconselhamento orientado para a salvaguarda da vida.

Como resulta dos elementos de direito comparado largamente referidos no Acórdão n.º 288/98 (cf. também JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO, "Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais (A propósito de uma reforma legislativa)", *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV, Coimbra, 1998, pp. 327-403), há, na nossa área civilizacional, três modelos fundamentais em matéria de criminalização do aborto.

Um primeiro grupo engloba os países em que vigora a *proibição total*: Irlanda e Malta.

O segundo grupo é integrado pelos países que reconhecem apenas o *modelo das indicações*, isto é, "o reconhecimento de situações taxativamente indicadas e objectivamente controláveis (i. e., controláveis por terceiro) perante as quais a lei permite o sacrifício da vida intra-uterina" (FIGUEIREDO DIAS, *local citado*, p. 171). É o caso, embora com variações quanto ao tipo de "indicações" consideradas relevantes e a sua relacionação com os períodos de gestação, da Itália, Reino Unido, Luxemburgo, Suíça, Finlândia, Portugal e Espanha. [Em parêntesis refira-se que, ao contrário do que com frequência se refere no debate público, não vigora em Espanha um sistema "liberal", perante o qual seria chocantemente contrastante o "limitado" sistema português. O sistema legal espanhol é estritamente um sistema de indicações. O que ocorre é que, na prática, uma interpretação latíssima da indicação relacionada com a "saúde psíquica" da mulher grávida conduziu a uma permissividade na prática do aborto, sobretudo em "clínicas privadas", que têm como objecto exclusivo do sua actividade a prática abortiva (segundo informa JOÃO LOUREIRO, *estudo citado*, p. 339, 98% dos abortos realizados nas clínicas privadas apresentam como "indicação" o risco para a saúde psíquica da mãe)].

O terceiro grupo compreende os países que associam o modelo das indicações com o *modelo dos prazos*, segundo o qual o aborto será permitido, sem necessidade de justificação por parte da grávida ou do seu controlo por terceiro, dentro de certo prazo. Neste grupo, há ainda que distinguir entre os que não associam (Áustria, Dinamarca, Suécia e Grécia) e os que associam ao método dos prazos um *sistema de aconselhamento obrigatório* meramente informativo (Bélgica, França, Luxemburgo) ou um aconselhamento obrigatório orientado para a salvaguarda da vida (Holanda, Itália, Alemanha) e um período de reflexão (Bélgica, França, Holanda, Itália, Luxemburgo).

Na Holanda, estabeleceu-se, no artigo 5.º da *Wet afbreking zwangerschap*, de 1 de Maio de 1981, "um processo de aconselhamento obrigatório visando analisar alternativas à interrupção voluntária da gravidez e que o médico, se a mulher achar que a situação de emergência não poderá ser resolvida de outro modo, se certifique que a mulher manifestou e manteve o seu pedido de livre vontade após cuidadosa reflexão e na consciência da sua responsabilidade pela vida pré-natal e por si própria e pelos seus" (JOÃO LOUREIRO, *estudo citado*, p. 366-367).

Em Itália, durante os primeiros 90 dias da gravidez, a decisão de abortar cabe à mulher, mas sujeita a consulta em centro de consulta familiar, que a deve esclarecer e ponderar em conjunto com ela e com o autor da concepção (se a mulher assim consentir) todas as soluções pos-

síveis, com o objectivo de ajudar a mulher a ultrapassar as causas que poderiam conduzi-la a interromper a sua gravidez (cf. n.º 38 do Acórdão n.º 288/98).

Finalmente, na Alemanha, na sequência directa de pronunciamentos do respectivo Tribunal Constitucional, a possibilidade de prática de aborto, nas primeiras 12 semanas, a pedido da mulher, está dependente de aconselhamento obrigatório especificamente dirigido à protecção da vida embrionária e fetal, dispondo o n.º 1 do § 219 do Código Penal alemão (cf. JOÃO LOUREIRO, *local citado*, p. 389):

"O aconselhamento serve a protecção da vida que está por nascer. Deve orientar-se pelo esforço de encorajar a mulher a prosseguir a gravidez e de lhe abrir perspectivas para uma vida com a criança. Deve ajudá-la a tomar uma decisão responsável e em consciência. A mulher deve ter a consciência de que o feto, em cada uma das fases de gravidez, também tem o direito próprio à vida e que, por isso, de acordo com o sistema legal, uma interrupção da gravidez apenas pode ser considerada em situações de excepção, quando a mulher fica sujeita a um sacrifício que pelo nascimento da criança é agravado e se torna tão pesado e extraordinário que ultrapassa o limite do que se lhe pode exigir."

A meu ver, atento o quadro constitucional português vigente, não pode deixar-se de considerar inconstitucional um sistema que, na parte em que acolhe o método dos prazos, não o condicione a um sistema de aconselhamento orientado para a salvaguarda da vida. Na verdade, após se reconhecer que a vida intra-uterina constitui um valor constitucionalmente tutelado, cuja defesa incumbe ao Estado, é contraditório e incongruente considerar constitucionalmente aceitável uma solução em que a vida do feto é sacrificada, por mera opção da mulher, sem que o Estado tome qualquer iniciativa nesse domínio, a mínima das quais seria condicionar o aborto à obrigatoriedade de aconselhamento e de um período de reflexão. Aconselhamento este que, nos sistemas legais que o acolhem, não surge como mecanismo estranho à solução penal (como as consultas de planeamento familiar), mas antes se insere no estrito domínio penal, como condição da não incriminação ou punição do aborto.

3.3 — É certo que, quer o Acórdão n.º 288/98, quer o precedente acórdão, acabem por reconhecer a relevância da introdução, na lei que vier a ser aprovada na sequência de eventual resposta afirmativa vinculativa ao referendo, da "obrigatoriedade de uma prévia consulta de aconselhamento, em que possa ser dada à mulher a informação necessária sobre os direitos sociais e os apoios de que poderia beneficiar no caso de levar a termo a gravidez, bem como o estabelecimento de um período de reflexão entre essa consulta e a intervenção abortiva, para assegurar que a mulher tomou a sua decisão de forma livre, informada e não precipitada, evitando-se a interrupção da gravidez motivada por súbito desespero" (n.º 52 do Acórdão n.º 288/98, retomado no n.º 34 do precedente acórdão).

Acontece, porém, que, perante os termos em que está formulada a pergunta do referendo, se a lei aprovada na sua sequência não contemplar esse condicionamento (e, como veremos, é mesmo questionável que o possa inserir), ela não poderá ser vetada pelo Presidente da República nem sujeita a fiscalização preventiva do Tribunal Constitucional com o fundamento de ser inconstitucional a não consagração do aconselhamento obrigatório como condição de não punibilidade.

É o que resulta, a meu ver, da força vinculativa constitucionalmente atribuída à resposta afirmativa ao referendo, com participação neste de mais de metade dos eleitores inscritos no recenseamento.

As diversas iniciativas legislativas surgidas, neste domínio, na última década, na parte em que visavam a introdução do sistema dos prazos (Projectos de Lei n.os 177/VII, 235/VII, 236/VII, 417/VII, 451/VII, 453/VII, 16/VIII, 64/VIII, 1/IX, 89/IX, 405/IX, 409/IX, 1/X, 6/X, 12/X, 19/X, 166/X, 308/X, 309/X e 317/X), previram o condicionamento da não punibilidade do aborto, por opção da mulher, aos seguintes requisitos:

1) ser a interrupção da gravidez efectuada por médico ou sob a sua direcção;
2) ser feita em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido;
3) durante as primeiras 10 ou 12 semanas de gravidez;
4) com invocação de motivos relacionados com a preservação da integridade moral e dignidade social da mulher e com uma maternidade consciente e responsável; e
5) após consulta num centro de acolhimento familiar ou comissão de apoio à maternidade.

A proposta de referendo apenas contempla, como condições de "despenalização" (*rectius*, descriminalização), para além da opção da mulher, o prazo de 10 semanas e a natureza do estabelecimento de saúde.

Do carácter vinculativo do referendo (artigo 115.º, n.º 1, da CRP) resulta que o sentido da vontade popular soberana, por esse meio directamente expressa, se impõe aos órgãos de soberania que sejam chamados a intervir no subsequente processo legislativo. Impõe à Assembleia da República e ao Governo a aprovação, em prazo certo, do acto legislativo de sentido correspondente à resposta afirmativa (artigo 241.º da LORR) e proíbe ao Presidente da República a recusa de promulgação do acto legislativo "por discordância com o sentido apurado em referendo com eficácia vinculativa" (artigo 242.º da LORR).

Desta última proibição de veto presidencial (sem distinção entre veto político e veto por inconstitucionalidade) resulta a impossibilidade de fiscalização preventiva, pelo Tribunal Constitucional, da constitucionalidade do acto legislativo concretizador da pronúncia referendária, desde que o sentido desse acto caiba dentro do alcance de tal pronúncia. Isto é, tal como JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (*Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra, 2006, p. 309), entendo que só será admissível o Presidente da República requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização preventiva da lei concretizadora da pronúncia referendária "apenas naquilo em que ela estiver para além do conteúdo da proposta referendada, ou no tocante a inconstitucionalidade orgânica ou formal". Trata-se de entendimento também subscrito por MARIA BENEDITA URBANO (*O Referendo — Perfil Histórico-Evolutivo do Instituto. Configuração Jurídica do Referendo em Portugal*, Coimbra, 1998, p. 287: "(...) isto equivale à impossibilidade de o PR utilizar o seu veto político e de pedir a fiscalização preventiva das normas concretizadoras da consulta referendária, pelo menos na parte em que elas se limitem a traduzir correctamente a vontade popular"), por LUÍS BARBOSA RODRIGUES (*O Referendo Português a Nível Nacional*, Coimbra, 1994,

pp. 230-231, onde após, referir estar vedado ao Presidente da República recusar a promulgação da lei que concretize o resultado do referendo, acrescenta: "No que se refere ao Tribunal Constitucional (...) parece líquido que este não deverá pronunciar-se preventivamente acerca da concretização normativa do resultado do referendo, mesmo se instado pelo Presidente da República a fazê-lo"), e mesmo por VITALINO CANAS (*Referendo Nacional — Introdução e Regime*, Lisboa, 1998, pp. 23 e 35 e nota 37), que, apesar de admitir que o Presidente da República peça "a fiscalização preventiva da constitucionalidade de quaisquer normas constantes de um acto executor da decisão dos cidadãos expressa em referendo, tenham elas ligação directa com essa execução ou não e seja o referendo vinculativo ou não", reconhece que, "quando o Tribunal Constitucional tenha efectuado aquilo que se designou por fiscalização pré-preventiva das normas, a sua jurisdição se reduza à averiguação sobre se a norma produzida na sequência do referendo coincide com a norma pré-avaliada".

No caso concreto, se, face a resposta afirmativa vinculativa ao referendo, a Assembleia da República aprovar uma lei em que condicione a "despenalização" do aborto às três condições expressas na pergunta (opção da mulher, período de 10 semanas e estabelecimento de saúde legalmente autorizado) — hipótese em que não vejo como se poderá sustentar que a lei desrespeite o sentido da resposta —, a questão da inconstitucionalidade dessa solução legislativa, por se entender que seria indispensável a imposição de uma consulta de aconselhamento e/ou de um período de reflexão, não poderá ser colocada ao Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização preventiva, contrariamente ao que pressupõem o Acórdão n.º 288/98 e o precedente acórdão, sendo mesmo questionável a constitucionalidade da imposição, pelo legislador, de outras condições de "despenalização" para além das que constam da pergunta, tal como seria inconstitucional, por exemplo, a fixação do período de gravidez em 8 semanas, em vez das 10 semanas que da mesma constam.

A solução para evitar o aparecimento irremediável de soluções legislativas inconstitucionais consiste no particular rigor que o Tribunal Constitucional deve colocar na apreciação da constitucionalidade das soluções legislativas emergentes das respostas (positiva ou negativa). Não basta, contrariamente à decisão que no presente acórdão obteve maioria, que nenhuma das respostas implique *necessariamente* uma solução jurídica incompatível com a Constituição. O que importa assegurar é que nenhuma das *possíveis* soluções jurídicas que caibam no sentido da resposta (relativamente às quais o Tribunal Constitucional, pelas razões expostas, não terá oportunidade de se voltar a pronunciar em sede de fiscalização preventiva) viole a Constituição.

No presente caso, a meu ver, não apenas uma das soluções possíveis, mas até a solução que *directamente* resultará da resposta afirmativa, se se converter a formulação literal desta em artigo de lei, é inconstitucional, atenta a completa falta de intervenção do Estado na tutela da vida intra-uterina, bem constitucionalmente protegido, que exigiria, no mínimo, a imposição da obrigatoriedade de uma consulta de aconselhamento e de um período de reflexão antes da consumação do aborto. Ora, em vez dessa intervenção para salvaguarda da vida, de tal solução resultará, nem sequer uma posição de neutralidade ou de indiferença do Estado (que já seria criticável), mas inclusivamente uma posição de promoção do aborto, através da facilitação da sua prática, por mera opção da mulher grávida, sem invocação de motivos, nos serviços públicos de saúde, tendencialmente gratuitos. — *Mário José de Araújo Torres.*

Declaração de voto

1 — Coincidem, no presente aresto, duas matérias de difícil resolução. A primeira tem a ver com a os requisitos formais e substantivos da convocação de referendo, e a segunda diz respeito à natureza da questão especificamente tratada: a descriminalização do crime de aborto quando voluntariamente praticado "nas primeiras 10 semanas em estabelecimento de saúde legalmente autorizado".

2 — Votei em sentido contrário à solução encontrada pelo Tribunal em resposta a estas duas questões, pois entendo, essencialmente, que a pergunta formulada não espelha com clareza, precisão e objectividade — como a Constituição impõe — a matéria que é colocada à consideração dos cidadãos, e também porque entendo que uma resposta positiva à pergunta determina violação do n.º 1 do artigo 24.º da Constituição.

3 — As cautelas com que a lei rodeia a convocação de referendo explicam-se pelo peso que, nas democracias ocidentais, é conferido à opinião pública expressa em sufrágio universal, fora dos momentos eleitorais determinados pelos ciclos políticos previstos na Constituição. É, assim, essencial — ao fim e ao cabo para garantir a genuinidade da resposta dos cidadãos —, que a pergunta seja absolutamente clara e objectiva, não só na sua locução gramatical, mas também no seu conteúdo, expondo a questão por forma a permitir a sua completa apreensão. Não é, a meu ver, o caso em presença, pois a pergunta não esclarece, nem deixa espaço para que se perceba, que, actualmente, a lei já não penaliza *sempre* a interrupção voluntária da gravidez (artigo 142.º do Código Penal). Em suma, a pergunta pode falsamente fazer concluir que o tratamento jurídico do aborto se desenvolve na dicotomia crime/descriminalização, sem ocorrência de situações justificativas de não punibilidade já previstas no actual sistema legal. Ao colocar deficientemente os dados da questão, a pergunta não é, a meu ver, precisa nem objectiva.

4 — Quanto à segunda questão, entendo muito simplesmente que se a Constituição, no aludido preceito, protege, sem excepção, a vida humana, é necessário que se conclua que esse dever de protecção legal se estende a *todas* as formas de vida humana e, portanto, à vida intra-uterina. O que não significa que se imponha um grau de intensidade necessariamente igual na protecção de todas as formas de vida. Significa, isso sim, que se me afigura constitucionalmente desconforme que se retirem completamente todos os obstáculos legais à morte da vida intra-uterina, nesse período de 10 semanas.

5 — Para além disto, acompanho, embora com dúvidas, a solução perfilhada nas alíneas *b*), *c*), *d*), *g*) e *h*) da decisão. — *Carlos Pamplona de Oliveira.*

I SÉRIE

DIÁRIO DA REPÚBLICA

Depósito legal n.º 8814/85 ISSN 0870-9963

Preço deste número (IVA incluído 5%)

€ 1,80

Diário da República Electrónico: **Endereço Internet: http://dre.pt**
Correio electrónico: dre@incm.pt • Linha azul: 808 200 110 • Fax: 21 394 5750

Toda a correspondência sobre assinaturas deverá ser dirigida para a Imprensa Nacional-Casa da Moeda, S. A., Departamento Comercial, Sector de Publicações Oficiais, Rua de D. Francisco Manuel de Melo, 5, 1099-002 Lisboa