

O ABORTO COMO PROBLEMA DE POLITICA CRIMINAL *

Pelo Dr. Costa Andrade

I — Introdução: Política criminal

1 — O movimento de descriminalização, correspondente ao sinal destes tempos de intensa reforma penal, veio converter o aborto num tópico privilegiado de discussão. Foro secular e quase privativo de teólogos, moralistas e filósofos, o aborto passou também a ser tema de juristas a que logo se associaram os ideólogos, oriundos de diversas áreas políticas e armados de aparelhagens conceituais e doutrinárias de desigual mérito, empenhados em pôr de pé e em marcha movimentos «a favor» ou «contra». O que fez do aborto uma espécie de Babel onde as vozes vão subindo de tom, onde os discursos religioso, teológico, moralista, sociológico, jurídico, ideológico... se cruzam entre si, se emprestam categorias e argumentos, se permutam confusões, se gritam muitas palavras e pouco diálogo.

* O presente artigo reproduz, sem alterações, o texto duma conferência que o autor proferiu em 17 de Janeiro de 1979 a convite do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados e integrada no Instituto da Conferência. Apenas se acrescentaram as notas de rodapé, com o intuito de oferecer algumas indicações bibliográficas susceptíveis de propiciarem um alargamento do horizonte da discussão.

Sabe-se como o progresso nas coisas humanas se prende incindivelmente com a claridade com que se logre distinguir entre si as coisas e identificar os planos da sua abordagem e tratamento. Foi em obediência a este imperativo metodológico que decidimos fixar-nos no aborto como problema de *política criminal*. Ser-nos-ão, por isso, aqui e agora, estranhas todas as considerações não relevantes em sede de política criminal nem pertinentes ao seu discurso específico. Discurso consabidamente autónomo, de todo em todo inconfundível com o discurso próprio da teologia ou da apologética, da ideologia e até com o da dogmática jurídico-penal. Sintetizando esta última contraposição, dizia expressivamente LISZT, pai das modernas ciências criminais e o primeiro teorizador consciente e sistemático da política criminal como ciência: «o direito penal constitui a fronteira intransponível da política criminal».

Claro que a referência a esta distinção não vale como a defesa duma dogmática jurídico-penal inteiramente asséptica aos critérios de adequação e aos juízos de valor da política criminal. Pelo contrário, ganha cada vez mais presa a ideia de que a dogmática e a política criminais se devem perspectivar em termos de polaridade e de fecundidade recíprocas, progressivamente aprofundadas. Simplesmente, isto em nada pode tolher a autonomia estrutural relativa destes dois domínios da teoria e da praxis penais. Como escreve ROXIN, confesadamente empenhado nesta interpenetração, há uma «política criminal que inclui os métodos adequados, em sentido social, para a luta contra o delito... enquanto ao direito penal, no sentido jurídico da palavra, deve corresponder a função liberal do Estado-de-Direito: assegurar a igualdade na aplicação do direito e a liberdade individual face aos ataques do Leviathan do Estado».(1)

(1) C. Roxin, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Barcelona 1972, p. 16.

2 — Numa maior aproximação da ideia de *política criminal* (2), deve começar por se acentuar que ela se desdobra num leque muito diversificado de problemas que ganham em especificidade e complexidade em função das concretas áreas da criminalidade ou, mais genericamente, do comportamento desviante. Todavia, o estudo do aborto ou dos fenómenos afins no plano da política criminal tende a privilegiar um conjunto de problemas susceptíveis de arrumação segundo duas coordenadas fundamentais: a da *legitimidade* e a da *eficácia*.

a) Importa, em primeiro lugar, pôr a questão da *legitimidade* da mobilização do arsenal de meios punitivos do Estado ao serviço do que se costuma designar por «legislar moralidade». Trata-se de acompanhar o jusfilósofo HART e perguntar com ele até que ponto «é moralmente admissível impor coactivamente a moralidade como tal. Deve a imoralidade como tal constituir um crime»? (3) O que constitui um velho problema, recorrente na teoria política e na filosofia do direito que já no século passado foi penetrantemente equacionado por S. MILL e por ele solucionado em termos ainda hoje substancialmente capazes de adesão. «A força coactiva do Estado — escrevia o filósofo no seu conhecido *On Liberty* — só pode ser devidamente utilizada em relação a qualquer membro da comunidade contra a sua vontade, quando está em jogo um único objectivo: prevenir o dano dos outros». Aos olhos de MILL, não se justificava, no quadro deste tipo de condutas, qualquer margem de moralismo ou de paternalismo legalmente impostos.

Também hoje, e cada vez mais, surge como duvidoso que o Estado deva intrometer-se na vida do cidadão defendendo-o de comportamentos por ele livremente assumidos se bem que susceptíveis de o lesarem moralmente. «Pelo menos para o direito criminal — escrevem nesta linha MORRIS e

(2) Sobre o conceito de *política criminal*, a sua evolução histórica e os seus valores específicos, entre outros, G. Nass, *Der Staat und seine Verbrecher*, Wiesbaden 1968, p. 91; W. Hassmer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Hamburg 1974, p. 23 s.

(3) H. L. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1968, p. 4.

HAWKINS — o homem possui o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, pressuposto que não ofenda directamente a pessoa ou o património de outrem»(4).

Num plano mais geral, contesta-se crescentemente a possibilidade de colocar o direito criminal ao serviço de históricas cristalizações moralísticas. Problema que, como facilmente se intui, ganha em acuidade em se tratando de sociedades culturalmente plurais e em que o Estado aparece como guardião dum quadro concreto de preceitos morais(5).

Nesta medida, tendem a aceitar-se e a generalizar-se as conclusões do relatório do *Wolfenden Committee* (1957) na parte em que, a propósito do homossexualismo e da prostituição na Inglaterra, recomenda que, em matéria de moralidade, o direito criminal se limite a preservar a ordem e o decoro públicos, a proteger os cidadãos contra as formas agressivas de comportamento e, sobretudo, a prevenir a corrupção e a exploração dos mais vulneráveis, nomeadamente os menores. «A menos que esteja em causa um atentado deliberado contra a sociedade — lê-se no relatório — a conduta deve constituir problema de moralidade ou imoralidade privada o que, em termos sintéticos e crus, não é assunto do direito, já que não se deve equiparar a esfera do crime à do pecado. Contudo, dizer isto não significa, de modo algum coonestar ou encorajar a imoralidade privada».

Tudo, em síntese, se reconduz a repensar o teor de relações que se pretendem ver estabelecidas entre a moral e o direito, sc. o direito criminal. Vistas as coisas com esta dimensão, é

(4) N. Morris and G. Hawkins, *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, Chicago, 1970, p. 2.

(5) Sobre isto, e no que especificamente se refere à criminalização do aborto, G. Landrove Diaz, *Política Criminal del Aborto*, Barcelona 1976, p. 25; P. Bockelmann, *Das Problem der Zulässigkeit von Schwangerschaftsunterbrechungen in Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform*. Universitätstage, Berlin 1964, p. 211 s., especialmente p. 230; em sentido convergente e em geral, Eduardo Correia, *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, in Bol. Fac. Direito, Coimbra 1973, p. 257 s.

manifesto que o seu tratamento mais cuidado, ultrapassa o alcance destas considerações. Sempre serão, contudo, de recordar os perigos que, do ponto de vista dum modelo democrático, comportam tanto a rígida separação entre o direito e a moral como, por paradoxal convergência, a sua abusiva identificação. Aí está a experiência histórica a demonstrar dramaticamente até onde pode levar o positivismo jurídico radicado em certas teorias puras do direito; nem escasseiam os exemplos de atropelos monstruosos possibilitados por um direito criminal auto-identificado com determinados códigos morais.⁽⁶⁾

(6) No mesmo sentido e defendendo uma terceira via — de autonomia e de tensão dialéctica entre a moral e o direito criminal — A. Kaufmann, *Strafrechtspraxis und sittliche Normen. Zugleich ein Beitrag zu den §§ 218 ff. StGB*, Juristische Schulung 1978, p. 361 s.; do mesmo autor e no mesmo sentido, *Recht und Sittlichkeit*, Tübingen 1964. Cf. ainda sobre o tema, S. Schafer, *Theories in Criminology*, N. Iorque 1969, p. 62 s.. Será conveniente recordar que a criminalização e punição do aborto assumiu formas particularmente drásticas sob os regimes totalitários mais agressivos a que o nosso século assistiu. Assim, na Itália na vigência do *Codice Rocco* promulgado em 1930. Para além do agravamento substancial das sanções não deixa de ser significativo o facto de o aborto ter sido subtraído ao quadro dos crimes contra as pessoas e integrado na rubrica dos crimes contra a «integridade e sanidade da raça». «O aborto provocado — escrevia o legislador na sua fundamentação — constitui na realidade uma ofensa à vida da própria raça e, por isso, da Nação e do Estado... a ofensa dos interesses do Estado é aqui preponderante.» De modo análogo se passaram as coisas sob o nazismo que punia com grande rigor tanto o aborto como as práticas anticonceptivas. E isto enquanto (por Lei de 9 de Março de 1943) se declarava totalmente impune o aborto praticado na pessoa de qualquer mulher não ariana. Também na França se viu o governo de Vichy — através das leis de 1 de Setembro de 1941 e de 15 de Fevereiro de 1942 — agravar a punição do aborto, em nome de razões que relevavam directamente da intenção de tutelar a raça. É também ao peso dos interesses demográficos do Estado que parece dever atribuir-se a evolução verificada na União Soviética até ao fim da Segunda Guerra. Sabe-se como, logo a seguir à Revolução (*Decreto sobre a protecção da saúde feminina*, 1920), se liberalizou na União Soviética o aborto, liberalização a que se manteriam fiéis os códigos de 1922 e 1926. As coisas vieram, todavia, a alterar-se sob o domínio de Staline: o Decreto do Soviete Supremo de 27 de Junho de 1936 restabeleceu a regra da criminalização

b) Em segundo lugar, a política criminal determina-se por critérios de eficácia e de rendabilidade. Sem que tal implique a recusa de todo o lastro ético,⁽⁷⁾ a política criminal deve concretizar-se em soluções dirigidas à maximização do conformismo e dos ganhos sociais e à minimização dos seus custos.

Assente, v.g., que o aborto constitui um acto em si irrecusavelmente negativo e intrinsecamente mau, daí não decorre axiomáticamente a necessidade da sua criminalização. Entre aquela constatação e esta injunção de política criminal medeia uma solução de continuidade e um salto qualitativo que só podem vencer-se se, e na medida em que, se concluir que a criminalização do aborto é um instrumento efectivo de prevenção e não acarreta consequências disfuncionais significa-

do aborto. O que a literatura oficial (v.g. *Justiça Soviética*, 1936) encarou como consequência natural do «crescente bem-estar material» da mulher trabalhadora. Ainda segundo a mesma revista, a publicação deste diploma foi precedida duma discussão generalizada que «envolveu literalmente todos os trabalhadores — homens e mulheres — do país.» E acrescenta que «infundiu em todos um imenso entusiasmo e inspiração, profunda gratidão ao partido e ao governo e amor pelo nosso grande Staline.» Cit. apud V. Chalidze, *Criminal Russia. Crime in the Soviet Union*, N. Iorque 1977, p. 127.

(7) Como refere oportunamente Klug, não deve recusar-se, sem mais, a pertinência dos critérios de oportunidade como se eles estivessem, sempre e necessariamente, em conflito com as exigências da ética. A sua valoração «não significa — segundo o autor — que se renuncia à valoração ética a favor de *um pensamento de mera utilidade e oportunidade*. Isto assenta num erro surpreendente, se bem que os que nele incorrem estejam em muito boa companhia, na companhia, por exemplo, do celebradíssimo Kant. Importa ter presente que os critérios de oportunidade e utilidade são categorias formais... Só é possível uma apreciação (da sua utilização) quando estas categorias se enchem de conteúdo. A afirmação de que uma acção é oportuna não nos diz nada, no sentido da sua valoração moral, positiva ou negativa... Sobre isto, que é em si elementar, chamou a atenção N. Hartmann na sua *Ética* com toda a clareza desejável. ... Os fins ou utilidades prosseguidas podem, perfeitamente, ser de sumo valor moral.» U. Klug, *Problemas de Filosofía del Derecho y de Política Jurídica en el Derecho Penal Sexual*, in *Sexualidad y Crimen*, Madrid 1969, p. 37 s.

tivas. E esta conclusão só pode resultar duma adequada abordagem empírico-sociológica, capaz de lançar luz sobre a fenomenologia típica desta forma de comportamento e sobre as suas causas.

Não se vê, com efeito, como seria possível fazer derivar dos dogmas encontrados pela especulação teológica, metafísica ou jurídica, as respostas de política criminal. Não parece, por exemplo, que a aceitação da tese central da teologia católica — constante, entre outras, da *Casti Connubii* (1930, Pio XI), dos documentos do concílio do Vaticano II⁽⁸⁾ ou da encíclica *Humanae Vitae* — e segundo a qual a vida intra-uterina é já vida na sua plenitude, subtraída à disponibilidade do homem, seja, em sede de política criminal, logicamente vinculativa da criminalização do aborto. Tudo estará em saber se esta — atentos os limites das suas forças e a dimensão dos efeitos directos ou indirectos, intencionados ou não — não redundará, afinal, num oneroso desserviço à causa da própria vida. E se o apego indiscutido à ideia da criminalização pode louvar-se de algo mais que da concessão ritualística a um enunciado capaz de assegurar alguma tranquilidade de consciência.

(8) Como a Constituição *Gaudium et Spes* (Constituição Pastoral sobre a Igreja no Mundo Contemporâneo) em que o aborto é em absoluto condenado nos n.ºs 27 e 51. Neste último número, é referenciado como um «crime abominável». Cf. *Vaticano II. Documentos Conciliares*, Lisboa (União Gráfica), 1972, p. 167 e 191. A *Casti Connubii* persiste, todavia, como o repositório fundamental da doutrina da Igreja Católica sobre o aborto que condena como «crime gravíssimo», ao mesmo tempo que reconhece a sua prática como «frequentíssima». A justificação desta condenação radica na representação da vida intra-uterina como autêntica *vida* e no «preceito de Deus e a voz da natureza que clama: não matarás». Deixaram, assim, de ter peso as razões de índole escatológica — o destino dum ser humano morto sem o baptismo — que noutros tempos foram determinantes. Em conformidade, a encíclica rejeita a validade justificativa de qualquer das *indicações*, designadamente da *indicação médica*. «Quanto à *indicação médica ou terapêutica* — refere a encíclica — já dissémos, veneráveis irmãos quanta compaixão nos desperta o estado da mãe, ameaçada devido à situação natural pelo perigo de perder a saúde ou, mesmo, a vida. Que causa, porém, poderá alguma vez legitimar a morte directamente provocada dum inocente?»

O mesmo sucede com os axiomas ético-jurídicos. Não será arriscado acreditar na existência dum só do consenso em torno da ideia de que a esperança de vida em gestação deve ser reconhecida como um sujeito de direito e um sujeito de direitos, designadamente do direito às medidas mais idóneas à sua viabilização como vida em efectividade existencial. Já não se poderá esperar é que se encare unanimemente a criminalização como esgotando os meios de tutela e realizando-a com eficácia. É o que ilustra impressivamente a experiência germânica.

Durante as duas últimas décadas, travou-se na Alemanha ocidental um intenso debate sobre o tema, debate cuja trajetória é possível refazer, dado o quase inesgotável legado de documentação que deixou atrás de si. À parte posições intermédias de menor alcance, estiveram frente a frente duas teses opostas: uma vocacionadamente conservadora, admitindo apenas a consagração dum apertado leque de *indicações* (9); outra voltada para a meta da mais decidida liberalização da interrupção da gravidez, dentro de determinadas condições temporais. Significativamente, contudo, ambas as posições se louvam do reconhecimento da vida intra-uterina como um *bem jurídico* em relação ao qual tem plena eficácia a tutela constitucional do direito à vida. «O objectivo dos preceitos sobre a interrupção da gravidez — escreve-se na fundamentação do projecto mais liberalizador — tem de ser o da sua contenção. A morte dum embrião é, com efeito, à parte casos excepcionais, eticamente reprovável bem como, e sobretudo, a *destruição dum bem jurídico*.» Fazendo-se eco da mesma ideia, repetida até à saciedade pelos autores que enfileiraram nesta orientação, escreve, por exemplo BAUMANN, um dos seus representantes mais militantes: «É precisamente porque tomamos a sério a defesa da vida em desenvolvimento que apresentamos o nosso projecto e nos propomos alterar a realidade vigente — a um nível que tende para a nulidade de defesa. Também nós partimos da

(9) Cf. H. Jescheck, *La Reforma del Derecho Penal Alemán: Fundamentos, Métodos, Resultados*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1972, p. 631 s.

constatação de que o artigo 2.º da Lei Fundamental tutela a vida embrionária e faz ao legislador ordinário injunções nesse sentido. Simplesmente, nada se contém na Constituição sobre o tipo e o modo de realização da protecção da vida em desenvolvimento. Quanto a isto, terá de ser o legislador penal a decidir-se pelo que reputar adequado e efectivo. Parece-nos, de todo o modo, insuficiente bastar-se com a estrita proibição do aborto quando se sabe que esta proibição é totalmente ineficaz. Tal norma serve apenas para tranquilizar a consciência. Tem-se a sensação de se ter cumprido o dever, de nada interessando o panorama efectivo da realidade.»⁽¹⁰⁾

3 — Bem se justifica, por último, a preferência que nos merece aqui a perspectiva *política*, a expensas dum enfoque mais marcadamente jurídico, aparentemente mais ajustado à circunstância. Acontece, porém — e nisto todos estaremos de acordo — que, como questão de direito, o aborto em Portugal é, fundamentalmente, um problema do Direito a fazer. Isto é, o aborto perfila-se à nossa consciência jurídica mais como problema do que como sistema.

Não seria, na verdade, sumamente compensador tentar retratar nos seus traços mais significativos o regime vigente entre nós. Por se tratar dum regime consabidamente simples, assente na criminalização, apenas se ressaltando a excepção justificante da indicação terapêutica. Os problemas jurídicos emergentes, se bem que delicados e complexos, circunscrevem-se aos do rigoroso enquadramento dogmático deste contra-tipo: deve, desde logo, conceber-se a *indicação médica* como um mero *direito de necessidade* ou antes como um autêntico

(10) J. Baumann, *Schutz des werdenden Lebens — notwendig, aber wie?*, in J. Baumann (Hrsg.), *Das Abtreibungsverbot des § 218*, Ulm 1972, p. 28 s. No mesmo sentido, G. Grünwald, *Zum Mehrheitsvorschlag des Alternativ-Entwurfs*, *ibidem* p. 194 s; G. Fezer, *Zum gegenwertigen Stand der Reform des § 218 StGB*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1974, p. 65 s.

conflicto de deveres?⁽¹¹⁾ Por outro lado, e ainda a título de exemplo, como recortar o regime do *erro* sobre a verificação ou não em concreto duma hipótese de necessidade médica?⁽¹²⁾

São, por tudo isto, manifestas as vantagens duma abordagem *política*, tratando-se como se trata de participar na escolha dum caminho. É, de resto, na veste de *políticos* — no sentido etimológico de participantes nas coisas da pólis — que poderemos falar de plena voz e em nome próprio. Isto enquanto é evidente que as operações típicas do jurista — de heurística e de hermenêutica — o obrigam a conceder muito à alteridade e à heteronomia: ser jurista pode ser também, inescapavelmente, uma certa forma de alienação.

II — *A perspectiva criminológica do aborto*

4 — Sendo a política criminal, a seu modo, um *social engineering*, ela pressupõe naturalmente uma referência criminológica dos singulares tipos de comportamento deviante. Faz-se, assim, mister, no que concerne ao aborto, uma representação o mais correcta possível da sua fenomenologia: tanto no que toca às suas manifestações como às hipóteses explicativas mais credenciadas.

Ora, o estudo criminológico do aborto vem-se ultimamente fazendo no quadro da categoria mais genérica dos chamados *crimes sem vítima*. A expressão foi cunhada em 1965

(11) Neste sentido, Boaventura Santos, *L'Interruption de la Grossesse sur Indication Médicale dans le Droit Pénal Portugais*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra 1967, p. 179 s., especialmente 183 s., 195 e 217. Em sentido divergente, inclinando-se para a ideia do direito de necessidade, F. Dias, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal* 1969, p. 432, bem como em *Lei Criminal e Controlo da Criminalidade*, Revista da Ordem dos Advogados, 1976, p. 89.

(12) Cf. F. Dias, *O Problema...*, p. 431 e s.; J. Baumann, *Schwierigkeiten und Gefahren eines Indikationsmodells beim Schwangerschaftsabbruch*, in *Lebendiges Strafrecht*, Festg. zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, Bern 1977, p. 134 s, sobretudo 139 s.

pelo criminólogo americano EDWIN SCHUR num livro chamado justamente *Crimes Without Victims* (versando sobre o aborto, o homossexualismo e o consumo de droga) e viria a conhecer um êxito surpreendente no âmbito da teoria e da investigação criminológicas. Hoje é invariavelmente sob a rubrica de *crimes without victims* ou de *victimless crimes* que se estudam aquelas formas de delinquência bem como outras que lhes são análogas: prostituição, jogo ilícito, práticas sexuais entre adultos, corrupção e as diversas formas de mercado negro de bens proibidos, como o álcool, a pornografia, etc.

Numa primeira aproximação descritiva, os *crimes sem vítima* surgem como uma «permuta voluntária de bens ou serviços muito desejados, proibida e sancionada por leis que normalmente não se aplicam e têm, além disso, um papel promotor de patologias secundárias ou derivadas»⁽¹³⁾. É ainda SCHUR que, numa perspectiva mais analítica, refere que «os crimes sem vítima são criados sempre que se pretende banir por meio da legislação criminal a permuta livre de bens ou serviços intensamente procurados».⁽¹⁴⁾

Dum ponto de vista estrutural, os *crimes sem vítima* caracterizam-se pela sua natureza *transaccional* e consensual e, por via de regra, pela privacidade da sua realização. O que se pode chamar de *delinquente* e *vítima* encontram-se e relacionam-se à margem da coacção. Falta em absoluto, na interacção entre ambos, a dramaturgia própria da criminalidade normal: falta, por isso, quem, em termos psicológicos e reais, se represente como vítima dum crime e assuma o respectivo papel.⁽¹⁵⁾ Ao acordar com B, a prostituta A relaciona-se com ele em termos radicalmente diferentes dos que se relaciona com D que, por hipótese, a viola. No primeiro caso, A e B não se relacionam em termos de *conflito* mas de certa *solidariedade*. Não é realista esperar que A se acolha à tutela da lei e das autoridades

(13) E. Schur, *Crimes Without Victims*, Nova Jersey, 1965, p. 68.

(14) E. Schur and M. Bedau, *Victimless Crimes. Two Sides of a Controversy*, Nova Jersey 1974, p. 6.

(15) *Ibidem*, p. 7.

e invoque a sua *solidariedade* contra o delinquente. A inversa é que será normal. De igual modo, não é vulgar que a mulher que se submeteu a um aborto clandestino venha participar contra o médico que o realizou.

Fará, por isso, mais sentido falar de *cliente* que de *vítima*. É que, bem vistas as coisas, e descontados os pretensos efeitos negativos no plano da «ordem moral», todas as actividades em que se analisam os *crimes sem vítima* se revelam *funcionais* — as *funções latentes* de que fala ROBERT MERTON — noutras esferas, nomeadamente no plano da actividade económica. Direito ou moral entre-parênteses, todas estas condutas se deparam como formas normais de participação na realização da ordenação económica. «*Em termos estritamente económicos* — escreve MERTON — não há qualquer diferença entre o fornecimento de bens ou serviços lícitos e ilícitos... Será possível sustentar que nos países europeus onde a prostituição está legalizada e registada, a prostituta presta um serviço económico, enquanto nos Estados Unidos, onde ela não está legalmente sancionada, a prostituta não presta tal serviço? Ou que, quem pratica o aborto profissionalmente está no mercado económico quando tem a sua situação legalmente reconhecida e que está fora quando o aborto é tabu legal?»⁽¹⁶⁾

5 — Este retrato estrutural facilita sobremaneira a compreensão das características que, num plano mais funcional, os *crimes sem vítima* apresentam e que a criminologia tem posto, insistentemente, em evidência. Embora com peso diferencial em relação a cada um dos *crimes sem vítima*, há um conjunto de notas comuns à fenomenologia de todos eles. Sinteticamente e na medida em que se revelam mais interessantes para o nosso escopo directo:

a) De salientar, em primeiro lugar, que se trata de crimes que exibem elevadíssimas *cifras negras*: há um desfazamento enorme entre a criminalidade que presumivelmente acontece e aquela que, como tal, vem a ser tratada pelas instân-

(16) R. K. Merton, *Sociologia. Teoria e Estrutura* 1970, p. 130 s.

cias formais de controlo. Paralela e convergentemente, também nestas áreas do comportamento desviante se mostram muito decisivos os *mecanismos de selecção*, que provocam um recrutamento diferencial dos delinquentes em função da sua inserção económico-social e privilegiam a presença de certas camadas nas estatísticas oficiais.

Nem um nem outro destes factos são de estranhar. Dada a natureza consensual destas práticas, não aparece ninguém a avocar o estatuto de vítima e a provocar o funcionamento do sistema oficial de controlo ou a induzir o *input* do caso concreto nas instâncias deste sistema. Tenha-se, a propósito, presente que as agências de reacção e controlo — designadamente as investigatórias e persecutórias — não agem, por via de regra, proactivamente mas tão só reactivamente: cerca de 90 % dos casos tratados por elas são-no devido à provocação (ou solicitação) da vítima. Nem pode, por outro lado, contar-se com a intervenção de sucedâneos da vítima, v. g. a denúncia de um qualquer circunstante ou duma qualquer testemunha, dada a *invisibilidade* normal destas práticas, ocorridas em espaços de privacidade. Acresce que, tratando-se de actividades com um grau mais ou menos sofisticado de organização, os seus agentes estão geralmente em condições de responder com resistências e antídotos às tácticas mais engenhosas desenvolvidas pelas polícias.

Pode, assim, concluir-se que nos *crimes sem vítima* estão em jogo normas penais destinadas a permanecer, em geral, como letra morta. Ou são leis não aplicadas nem aplicáveis ou, na medida em que são aplicadas, tal implica insuportáveis custos materiais e morais. Nas tentativas da sua aplicação consomem-se incalculáveis recursos pecuniários e humanos em detrimento, por exemplo, da luta contra a criminalidade violenta. As dificuldades encontradas, por seu turno, induzirão o recurso à corrupção. Outras vezes, inversamente, provocam o exacerbamento do *ethos* profissional, levando v.g. os polícias à tentação do desrespeito dos direitos fundamentais ou à negociação de informação em troca da promessa de impunidade. Isto assume proporções exageradas em casos como os do consumo de droga: é vulgar negociar a impunidade do pequeno

consumidor em troca de informações sobre os «grandes» do negócio. Sem atender ao princípio da legalidade.

b) Os crimes sem vítima caracterizam-se, em segundo lugar, pelo facto de a sua criminalização provocar graves *disfunções* na prestação dos respectivos bens ou serviços que, apesar das normas incriminatórias, continua a ter lugar. Já houve quem, por isso, qualificasse estas normas como *iatrogéneas*.

Uma vez a prestação tornada ilícita e colocada sob a cominação de sanções penais, e dada a índole tendencialmente inelástica da procura, não é normal verificar-se o seu desaparecimento. Acontece apenas é que ela se desloca para o sub-mundo da ilegalidade ou do *mercado negro*. E sucede mesmo que as normas incriminatórias se convertem, ironicamente, numa espécie de barreiras alfandegárias protectivas dos operadores do mercado negro, eliminando a concorrência de operadores lícitos. «Sejam quais forem os nossos intentos, quando ilegalizamos o tráfego de mercadorias de procura inelástica — escreve HERBERT PACKER — o efeito é assegurar uma espécie de monopólio a favor do empresário disposto a violar a lei». Com o que se relaciona estreitamente o aparecimento de sindicatos do crime e do *crime organizado*. Apesar de constituir um problema complexo e plurifacetado, sabe-se, por exemplo, que o crime organizado na América teve na célebre Lei Seca dos anos 30 um estimulante poderoso da sua persistência e do seu desenvolvimento. Sabe-se igualmente como a proibição do aborto origina o aparecimento de sofisticadas organizações destinadas a assegurar a sua oferta, organizações que não raro apresentam ramificações trans-nacionais. Noutros casos — e pensamos sobretudo no homossexualismo, na prostituição, no consumo de estupefacientes... — a proibição penal leva as pessoas a agruparem-se em associações de índole *sub* — ou *contracultural*. Com a criação e frequência de tais formas comunitárias e marginais, ter-se-á em vista, para além de garantir a racionalização do acesso aos bens proibidos, assegurar o suporte mútuo e a legitimação recíproca segundo uma respeitabilidade diferente da respeitabilidade dominante.

Uma vez transposta para o sub-mundo da ilegalidade, a

prestação dos bens ou serviços ocorre frequentemente em condições extremamente degradantes e, sempre, em termos discriminatórios. Discriminação que se dá tanto no acesso aos bens e na sua qualidade, como no que respeita à exposição à actualização das instâncias repressivas. O aborto ilegal, por exemplo, é praticado entre as camadas mais desfavorecidas em moldes e circunstâncias mais degradantes e mais irreversivelmente traumatizantes que entre os estratos superiores. A estes não será difícil, muitas vezes, colocar a sua conduta a coberto duma circunstância justificativa, real ou não. Como terão sempre à mão os meios necessários para o recurso ao «turismo abortivo». Para além do que poderão sempre mobilizar mais sólidas e insuperáveis resistências à devassa das autoridades. Analogamente, e ainda a título de ilustração, verifica-se que os consumidores ilícitos de estupefacientes sofrem mais intensamente a presença das polícias quando pertinentes a ghettos ou a minorias desclassificadas.

c) Particularmente sintomático da natureza disfuncional ou iatrogénea da criminalização nestas áreas é o efeito multiplicador que ela desencadeia sobre a massa geral da criminalidade. Por propiciar, desde logo e como já vimos, o alastramento da *corrupção*. Como refere o relatório da comissão *Knapp* (1972), encarregada de investigar a corrupção em Nova York no quadro típico desta zona do comportamento desviante, a polícia funciona como uma «companhia de seguros: não se poderá operar se não se pagar regularmente o prémio».

Verifica-se, por outro lado, que estas leis incriminatórias são responsáveis ponderadas pela chamada *criminalidade secundária* ou seja, a criminalidade que ocorre como consequência duma estigmatização negativa anterior e que funciona como forma de reacção, adaptação e até de conformação com a identidade atribuída por tal estigmatização. Pense-se, por exemplo, no roubo para conseguir estupefacientes proibidos. Pense-se nas carreiras de desvio e crime a que se vêem compelidas as pessoas condenadas a formas subculturais de vida. Pense-se ainda no crime de que são vítima certas pessoas — como homossexuais, prostitutas, etc. — moral ou legalmente desclas-

sificadas. A ilegalização destas actividades ou formas de vida, para além de tendencialmente inócuas no que toca ao seu combate, aumenta comprovadamente a vulnerabilidade das pessoas que as frequentam quanto aos crimes de violência, exploração e extorsão. É que, além do mais, se trata de pessoas que não podem recorrer à protecção das autoridades, já que isso valeria como auto-acusação. Como veremos de seguida, é este um condicionalismo que, por via de regra, impende sobre a mulher que se submete ao aborto ilegal e clandestino.

6 — Terá resultado da referência sumária à teoria criminológica dos *crimes sem vítima*, a sua cabal adequação ao caso específico do *aborto*, a cuja fenomenologia fomos pedindo algumas das ilustrações de que nos servimos. Contudo, e por ser do *aborto* que ora aqui curamos, parece pertinente uma consideração mais directa do aborto segundo este modelo teórico dos *crimes sem vítima*. Ganhe-se, ao menos, em clarificação dum problema tão complexo e tão delicado o que se possa perder em linearidade e harmonia formal da exposição.

a) É, desde logo, seguro que, tanto pela sua estrutura como pela natureza e repartição dos papéis *reais* dos participantes, o aborto se reconduz inteiramente à categoria criminológica do *crime sem vítima*. O que não será perturbado pelos resultados das querelas teológicas, filosóficas ou morais que podem referenciar a vida embrionária como uma «autêntica» vítima. A verdade é que, em termos sociológicos, o aborto surge, segundo refere SCHUR, como «uma transacção consensual de carácter privado, um pagamento voluntário de dinheiro pela prestação de serviços (ilícitos). Embora possa apontar-se a mulher em quem se praticou o aborto como a vítima, a verdade é que ela não partilha desta representação».⁽¹⁷⁾

Também no plano funcional a fenomenologia do aborto se conforma inteiramente como o retrato geral do *crime sem vítima*.

(17) Schur (1965), p. 39. Em sentido contrário, Bedau, *ob. cit.*, p. 65.

São conhecidas as dificuldades que levanta à actuação das autoridades investigatórias a mulher que se submeteu ao aborto.⁽¹⁸⁾ Independentemente da vontade de proteger ou não o abortista, o aborto só será conhecido, pelo lado da mulher, quando sobrevêm complicações que obrigam a um internamento hospitalar. Por ser assim, e por se verificar um profundo dissenso quanto à justeza da incriminação do aborto — conflito que abrange tanto as pessoas que o praticam, como os seus familiares, polícias... e os próprios juízes — é que o aborto regista tão acentuadas *cifras negras*. Segundo PINATEL,⁽¹⁹⁾ tratar-se-á mesmo do crime que bate o *record* no capítulo da «criminalidade oculta» ou não oficial. Por seu turno, a criminologia comparada revela que esta tendência para as *cifras negras* apresenta a constância duma lei, quando estão em jogo países com análogo quadro legislativo. Na Inglaterra, por exemplo, calcula-se que não haverá mais do que uma perseguição criminal por cada 1000 abortos reais; na Alemanha fala-se duma relação de 1 para 5000; na Espanha de 250 para 50 000 a 500 000. Não parece que as coisas sejam diferentes no nosso país: estima-se que o aborto real oscila à volta dos 100 000 anuais, enquanto sobe às estatísticas oficiais uma escassa dezena de condenações pelo crime de aborto.

c) Para além de ineficazes quanto à prevenção do comportamento em causa, as leis incriminatórias do aborto caracterizam-se também pelos efeitos disfuncionais que a sua simples vigência desencadeia. Mais do que em qualquer dos restantes *crimes sem vítima*, o recurso ao aborto, à margem ou contra a lei, implica custos sociais intoleráveis. Trata-se de

(18) Dificuldades que tendem a agravar-se com a consabida tendência dos delinquentes para sofisticarem as suas defesas face ao aperfeiçoamento das técnicas investigatórias. Como refere Schur, o aborto fornece um exemplo muito expressivo do que Sutherland designa por «desenvolvimento competitivo das técnicas do crime e de luta contra ele.» Acrescem as fugas à lei a coberto do chamado *turismo abortivo*. Sobre este, Landrove Diaz, *ob. cit.* p. 25 s.

(19) J. Pinatel, *Aperçu des Aspects Criminologiques de l'Avortement*, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé 1973, p. 744.

realidades sobejamente conhecidas, dada a existência de toda uma literatura que, com crescente empenho as vem pondo em evidência. Aí se incluem os graves riscos para a vida — em Portugal, por exemplo, verificar-se-ão cerca de 2000 mortes de mulheres devido ao aborto clandestino — bem como os plúrimos perigos para a saúde física.

Mas há ainda que ter em conta os alarmantes riscos para a saúde psíquica. Corresponde a um estereotipo da experiência comum a ideia de que o aborto provoca na mulher traumas duradouros e pesados sentimentos de culpa, susceptíveis de comprometer o seu equilíbrio mental. Tal ideia pode outrossim considerar-se clinicamente comprovada. Simplesmente, parece hoje adquirido que estes efeitos psiquiátricos têm um forte condicionamento cultural. É o que a criminologia comparativa, designadamente a consideração da experiência dos países mais avançados no caminho da descriminalização do aborto, como os países escandinavos, tem permitido concluir com alguma segurança.⁽²⁰⁾

O que, aliás, não custa a compreender. Desde a fase inicial da decisão, da procura e negociação até à sua consumação, o aborto clandestino obriga a mulher a uma interacção em condições de isolamento emocional, de bloqueamento das suas relações mais pessoais e de completa degradação moral. Compelida a uma retórica de encobrimento em relação à sociedade que lhe distribuía a sua respeitabilidade de todos-os-dias, ela tem ao mesmo tempo de se abrir e de negociar com uma organização desconhecida, mais ou menos rudimentar e artesanal, mais ou menos sofisticada. E isto em nítida desvantagem: enquanto do seu lado se transacciona o que pode ser a experiência mais densa da sua vida, joga-se do outro lado apenas mais um caso de rotina «profissional». Acresce o permanente envolvimento da consciência de, apesar de tudo, se estar a cometer um *crime*, o que não pode considerar-se despiendo. «Muitas mulheres — refere a propósito SIMONE DE BEAUVOIR —

⁽²⁰⁾ Schur, (1965), p. 40 s e (1974), p. 28 s. Cf. ainda L. Diaz, p. 112 s.

são intimidadas por uma moralidade que perante elas mantém intacto o seu prestígio, embora não possam conformar com ela o seu comportamento. É que, interiormente, elas respeitam a lei que transgridem, o que as faz sofrer».

Em sentido convergente, sublinha SCHUR que «a mulher vive sob o pânico de poder morrer na intervenção ou sofrer complicações posteriores, uma vez que os riscos do aborto ilegal têm sido objecto constante de discussão e divulgação... Ao mesmo tempo, o condicionamento pela ideia de que o aborto é um *crime*, juntamente com as condições objectivamente deprimentes e sórdidas em que o aborto é praticado, têm de ser decisivos no desenvolvimento dos sentimentos negativos... É seguro que as condições em que o aborto ilegal se realiza agravam expressivamente tudo o que de trauma e perigo se associa com uma interrupção da gravidez».

Por último, a inferioridade da mulher em todo o processo coloca-a numa posição de extrema vulnerabilidade e dependência, em relação aos operadores dum mercado preparado para a exploração. Decidida a libertar-se, a todo o preço, duma gravidez indesejada, a mulher transforma-se em vítima fácil das mais diversas formas de exploração: desde a normal extorsão financeira, à chantagem e exploração sexual. Como refere LANDROVE DIAZ, «As servidões sexuais ou a chantagem florescem nesta atmosfera de clandestinidade e silêncio: a mulher que logrou o aborto há-de pagar um preço elevado. A intransigência da lei penal converte-se, assim, em factor criminogéneo de primeira grandeza. Ao ser tão frequentemente iludida, como revelam as estatísticas, a lei determina a proliferação de uma série de actividades delituosas de índole diversa. A tipificação do aborto origina, pois, crimes».(21)

III — Os caminhos da descriminalização

7 — Com a precisão do sentido e dos critérios da política criminal e com a referência aos traços mais salientes da

(21) *Ob. cit.*, p. 104 s.

criminologia do aborto, ganharam-se duas coordenadas que reduzem sobremaneira a gama de opções possíveis e estreitam a margem de diversão e confusão. Deve, em conformidade, renunciar-se a toda a pretensão de decalcar o direito criminal pelos preceitos duma ordem moral. Para além da sua mais do que duvidosa legitimidade, uma tal tentativa cedo se defrontaria com a rebeldia da vida real. E nenhum legislador deve produzir normas, à partida, incapazes de plasmar a realidade. Assim, mesmo que, por hipótese, se dispusesse a actuar como mandatário da doutrina católica, o legislador não poderia deixar de ficar perturbado, ante a necessidade de obedecer à injunção da *Casti Connubii*, segundo a qual «é obrigação da autoridade pública a de defender a vida dos inocentes com leis e penas adequadas», face à constatação da insuperável inadequação das leis penais.

Deve, pelas mesmas razões, fugir-se à tentação reducionista de perspectivar a contraposição criminalizar — descriminalizar como se ela equivallesse pura e simplesmente a ser-se *contra* ou a *favor* do aborto. É que, em rigor, do que se trata é apenas o pretender-se ou não que médicos qualificados se substituam aos operadores ilícitos na prestação deste serviço. Em causa está apenas o pretender-se ou não a subtracção dum serviço, de implicações humanas e éticas de tanta monta, às condições onerosas e às leis obscuras dum mercado negro e a sua submissão à transparência do ordenamento jurídico e dos códigos deontológicos. Em causa está apenas a disponibilidade para se procurarem respostas alternativas ao problema do aborto — apesar de tudo, sempre um mal em si mesmo — ou o propósito de se manter o estado de coisas vigentes. Na certeza de que a solução vigente — a criminalização — constitui uma terapêutica inócua em relação à doença, portadora de múltiplas contra-indicações, capaz de desencadear outras patologias cujos limites mal se adivinham. Mas que abrangem, consabidamente, a multiplicação da criminalidade e a erosão do prestígio e da força do próprio direito criminal. Recorrendo mais uma vez às formulações de SCHUR, «tal como eu a entendo, a discussão sobre *crimes sem vítima* e descriminalização tem a ver sobretudo com a moralidade de certas leis, mais do

que com a moralidade dos comportamentos proscritos. Assim, por exemplo, é a *moralidade de fazer do aborto uma infracção criminal*, que não a *moralidade do aborto*, que constitui o cerne da controvérsia. Embora possa ser difícil abordar adequadamente qualquer destas questões sem ter em atenção a outra, há que sublinhar que os proponentes da descriminalização não proclamam de modo algum que o *aborto é moral*, mas antes e apenas que *as leis incriminatórias do aborto são imorais*. É que, tendo em conta os resultados disponíveis, empiricamente comprovados, tais leis surgem indissociavelmente ligadas a danos sociais incalculavelmente mais pesadas do que os que ocorreriam na sua ausência».⁽²²⁾

Foi isto que bem compreenderam os penalistas americanos autores do *Model Penal Code* (1962) que tantas alterações provocaria nos Estados Unidos. «A experiência comprova — lê-se na respectiva fundamentação — que centenas de milhares de mulheres, casadas ou não, continuam a procurar o aborto... em termos que põem em risco as suas vidas e as submetem à exploração e à degradação. É um preço manifestamente excessivo...»

8 — Postas as coisas nestes termos, não parece que o princípio da descriminalização do aborto, como meta de *política criminal*, encontre concorrentes sérios. Trata-se dum objectivo para o qual se encaminha a generalidade dos Estados, que tem por si o suporte das recomendações de organismos supranacionais (como a O.M.S.) e que aparece invariavelmente inscrito nas conclusões dos congressos internacionais de criminologia, medicina, sociologia, etc. Pelo que, a partir de agora, todos os problemas se convertem em problemas de modelo ou caminho a seguir.

a) Convirá, a propósito, recordar que a lição do direito comparado, se é certo que apresenta um quadro extremamente diversificado de modelos, a verdade é que todas as soluções

(22) Schur, (1974), p. 113 s.

descriminalizatórias se podem acantonar em torno de dois tipos fundamentais. Distintos entre si, não só e nem tanto pela amplitude que concedem à descriminalização, mas também, e sobretudo, pela lógica que os anima. Dum lado, estão as legislações que assentam no princípio básico do direito ao aborto, pondo de pé regimes amplamente permissivos. As restrições legais, porventura subsistentes, mais não visam que «regulamentar» o exercício deste direito: estabelecendo limites temporais ou impondo a prática de medidas de prevenção ou profilaxia. Com ligeiras diferenças, é esta a solução adoptada pela generalidade dos países socialistas, designadamente a União Soviética e a R.D.A. Também entre os países do Ocidente cresce o número dos que aceitam um regime semelhante. É o caso da Dinamarca, da França⁽²³⁾, e, a partir de 1970, dos Estados de Nova York, Alasca, Haway, Washington e, na prática, a partir de 1973 na generalidade dos Estados Unidos.

Do outro lado estão as legislações que partem do princípio inverso: o aborto deve, em geral, ser considerado como crime, apenas se admitindo a existência de um leque maior ou menor de situações que devem impedir a punição do aborto. É o modelo vigente, a partir de 1970 e na sua máxima amplitude, na Califórnia bem como na República Federal da Alemanha, a partir de 1976.

Estes dois tipos de experiências de descriminalização correspondem no fundo à contraposição, feita sobretudo pela dogmática alemã, entre *modelo dos prazos* e *modelo das indicações*. O primeiro acentuando a necessidade de se apreciar diferentemente o aborto em função da fase do processo de gravidez em que ocorre. Defende-se, em conformidade, a existência de um período inicial em que deve vigorar uma liberalização praticamente total: o que nalgumas legislações deve ocorrer nas primeiras doze semanas, enquanto nos Estados Unidos, e de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, este período deve corresponder àquele em

(23) Sobre a interessante evolução da legislação francesa, L. Diaz, p. 116 s.

que o feto não apresenta ainda condições de viabilidade se separado do seio materno — os primeiros seis meses. Para o *modelo das indicações* a regra deve ser a da incriminação, independentemente da fase em que o aborto tem lugar. Ressalva-se apenas o regime das *indicações* que afastam a punibilidade ou derimem mesmo a ilicitude. Indicações que, segundo o elenco clássico, são sobretudo quatro: a *médica* (também chamada terapêutica ou necessária), a *eugénica*, a *ética* (também designada criminológica) e a *económico-social* (também chamada «de miséria»).

b) No que especificamente concerne ao *modelo das indicações*, cabe salientar que ele é susceptível de concretização positiva em regimes muito díspares. Nem todas as legislações adoptam o leque completo das indicações. É frequente, por outro lado, a combinação das indicações segundo vários critérios. Não raro, por exemplo, assiste-se à sua arrumação segundo relações de hierarquia. Como acontece hoje na República Federal da Alemanha onde as indicações ética e eugénica funcionam como pressupostos de aplicação da indicação médica; ou como sucede quando se restringe a relevância da indicação ética aos limites da indicação eugénica.

Nem sequer se verifica convergência entre as legislações quanto ao conteúdo e alcance das singulares indicações. Assim, no que toca à *indicação médica*, pode optar-se pela solução mais restritiva, conferindo apenas eficácia justificativa às situações de perigo que ameaçam a *vida* da grávida; pode estender-se este regime à defesa da sua *saúde física* ou, indo ainda mais longe, também à *saúde psíquica*; como pode ainda, numa posição extrema, dar relevo a certos aspectos económico-sociais para efeitos da indicação médica.

As soluções legislativas revelam ainda diferenças sensíveis quando vistas no contra-luz dum enquadramento já mais jurídico-doutrinal. A começar pela categorização dogmática das *indicações*. São as indicações meras causas de exclusão da punibilidade, ou devem, pelo contrário, conceber-se como circunstâncias derimentes de elementos necessários à subsistência da infracção? E, neste caso, qual o seu lugar sistemático de inserção e relevância: constituirão meros afloramentos tipicizados

da cláusula geral de inexigibilidade, derimentes, por isso, da *culpa*, ou valerão antes como verdadeiros contra-tipos ou tipos-justificadores, derimentes da *ilicitude*?⁽²⁴⁾ As interrogações poderiam continuar neste sentido. Suposto, por exemplo, como nos parece mais correcto, que as indicações devem valer como verdadeiras causas de exclusão da ilicitude, deverão, concretamente, corresponder a um *direito de necessidade*, ou deverão mesmo configurar um autêntico *conflito de deveres*?

Estas algumas das questões que se suscitam numa perspectiva de política legislativa não se podendo afirmar que a resposta seja, em qualquer dos casos, indiferente no plano das consequências práticas. Assim, por exemplo, a resposta à última questão formulada é determinante da posição do médico e pode implicar o recurso frequente à válvula de segurança que é a figura do *criminoso por convicção*.⁽²⁵⁾ Com efeito, quem encarar a *indicação médica* como criando um *conflito de deveres* que impõe ao médico o cumprimento do dever mais forte — salvar a vida da grávida — poderá ter de o responsabilizar por homicídio por omissão, caso da sua recusa resulte a morte da mulher. Já serão outras as coisas no quadro dum *direito de necessidade*. Então, o médico só poderá vir a defrontar-se com uma situação de conflito de consciência nos casos em que ele, eventualmente, surja como detentor duma *posição de garante*.⁽²⁶⁾ A estes problemas, já de per si suficientes para ericar de dificul-

(24) Sobre a questão e sobre as suas consequências prático-jurídicas, P. Bockelmann, *ob. cit.*, p. 216 s.; W. Sax, *Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch*, Juristenzeitung 1977, p. 326 s. Kaufmann, por seu turno, sustenta que as indicações não devem conceber-se como autênticas causas de justificação nem sequer como causas de exclusão da culpa ou mesmo da punibilidade. Segundo o autor, devem antes considerar-se como criando autênticos «espaços livres de direito» (*rechtsfreien Räume*). Cf. Kaufmann (1978), 366 s.

(25) Sobre esta figura, F. Dias, *O problema*, cit. p. 337; Boaventura Santos, *ob. loc. cit.*

(26) Pense-se, por exemplo, que a situação de perigo para a vida da grávida ocorreu durante uma viagem por mar e não há quem a possa socorrer a não ser o médico contratado para assistir os viajantes. Bockelmann, *ob. cit.* p. 232.

dades o caminho das opções legislativas, outros acrescem quando se passa para o caso específico da *indicação ética*. A decisão sobre a sua verificação pressupõe uma determinada comprovação prévia da prática do crime a que se imputa a gravidez. Simplesmente, que tipo de *prova* deve, para o efeito, exigir-se? Será uma prova que satisfaça as exigências duma sentença condenatória? E como regular a articulação no tempo da tramitação de dois processos tão intimamente ligados?

c) Será ainda de acentuar — regressando à contraposição entre *modelo dos prazos* e *modelo das indicações* — que a sua exclusão recíproca não é necessária. São frequentes, pelo contrário, os regimes assentes na combinação de ambos. O caso mais normal será o de o *modelo dos prazos* integrar o *modelo das indicações* quanto ao aborto que ocorra uma vez vencidos os limites do período em que vigora a regra da liberalização. Como paradigma desta combinação pode citar-se a *Quinta Lei de Reforma Penal* (18-6-1974)⁽²⁷⁾ da República Federal da Alemanha, lei que o Tribunal Constitucional viria a considerar ferida de inconstitucionalidade. (Sentença de 25-2-1975).

Nem se pense sequer que a adopção pura de qualquer dos dois modelos conduza necessariamente a soluções práticas finais divergentes quanto às margens de criminalização-descriminalização. Tal representação é também infirmada pela lição do direito comparado, segundo a qual é notória a convergência prática dos dois modelos e a tendência para desembocar em quadros de soluções sensivelmente coincidentes. É o que documenta expressivamente o cotejo das experiências germânica e americana, aparentemente tão dissemelhantes nos seus percursos, mas tão próximas nos resultados a que acabaram por chegar.

Na Alemanha frustrou-se, como vimos, a tentativa de descriminalização pela via do *modelo dos prazos*, consagrado

(27) Segundo esta lei, nunca seria punido o aborto praticado por um médico, com o consentimento da mulher, durante as primeiras doze semanas da gravidez. Depois deste prazo, o aborto seria ainda permitido a coberto das indicações médica e eugénica.

na *Quinta Lei*, que foi declarada inconstitucional. Baseou-se o aresto do Tribunal de Karlsruhe no direito do embrião à vida e à sua tutela pelo que a interrupção da gravidez só seria admissível quando, à luz de indicação médica, fosse de considerar *inexigível* à mulher a continuação da gravidez. Ao mesmo tempo, porém, o Tribunal Constitucional Federal sugeria ao legislador ordinário a identificação e previsão normativa de situações análogas face às quais fosse de considerar verificada a mesma inexigibilidade. Os resultados são conhecidos. O legislador aproveitou o espaço que lhe era prodigalizado: com a *Décima Quinta Lei de Reforma Penal* (18-5-1976), a Alemanha passou a dispor dum regime legal assente ao *modelo das indicações*, permitindo resultados que, numa perspectiva de descriminalização, excederão porventura os que seriam alcançáveis com a *Quinta Lei*.⁽²⁸⁾

Também a experiência americana se afigura interessante de seguir resumidamente.⁽²⁹⁾ Duas notas merecem, à partida, destaque. Para assinalar, em primeiro lugar, o ritmo surpreendentemente acelerado das reformas introduzidas, tendo em conta o carácter reconhecidamente conservador das legislações americanas a este propósito, que a custo admitiam uma estreita *indicação médica*. É o facto é que tudo se alterou no curto espaço de uma década. Não deixa, em segundo lugar, de merecer referência a circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter aparecido como o principal dinamizador e até agente destas reformas.

Um passo importante foi avançado em 1962 com a apresentação do *Model Penal Code* pelo American Law Institute, projecto portador duma ampla descriminalização pela via das *indicações*. Segundo ele, com efeito,

«Um médico pode interromper a gravidez quando se convence que a sua prossecução poderia causar

(28) Neste sentido, Sax, *ob. loc. cit.*

(29) Sobre ela, E-W. Hanack, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs*, in Baumann (Hrsg) p. 215 s.; J. Herrmann, *La Suprema Corte delgi Stati Uniti e la Liberalizzazione dell' Aborto*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 1974, p. 377 s.

graves riscos à saúde *física* ou *mental* da mãe ou que a criança poderia nascer gravemente lesada *física* ou *mentalmente*; ou quando a gravidez foi consequência de violação, incesto ou relações sexuais obtidas criminosamente (por *felony*). Para este efeito, consideram-se criminosas as relações sexuais ilícitas com uma menor de 16 anos. O aborto só poderá considerar-se justificado se realizado numa clínica para tal autorizada».

Não tendo, embora, logrado converter-se em lei, a verdade é que o projecto de *Código Penal Modelo*, devido, além do mais, ao prestígio da associação que o elaborara, valia como um sintoma e veio a actuar como catalizador das reformas a que vários Estados lançaram mãos. Assim, já em 1970 encontramos Estados — designadamente Alasca, Nova Iorque, Haway e Washington⁽³⁰⁾ — que haviam ultrapassado o horizonte do projecto, consagrando um *modelo dos prazos*. Enquanto isto, outros Estados — v.g. Califórnia — atingiam pela via das *indicações* os mesmos resultados liberalizadores.

Outro marco decisivo — e porventura o menos esperado — foi colocado em Janeiro de 1973 através de duas decisões do Supremo Tribunal Federal. No mais significativo destes casos, o *Roe v. Wade*, entendeu o Tribunal que, no decurso dos três primeiros meses de gravidez, compete inteiramente à discricionariedade do médico consultado a decisão sobre o *se* e o *como* da interrupção da gravidez; só depois de se entrar no quarto mês podem os Estados impor medidas destinadas à protecção da grávida, exigindo, designadamente a especialização do médico e que a intervenção tenha lugar numa clínica; por último, só depois de se poder considerar o feto capaz de vida — isto é só depois do início do sétimo mês — só então poderão os legisladores estaduais, em nome da tutela da vida

(30) Os três primeiros Estados por via legislativa, o último por via referendária.

in fieri, limitar a prática do aborto aos casos de perigo para a vida ou saúde da grávida.

No fundo, esta autêntica legislação *by court* veio introduzir a total liberalização do aborto nos primeiros *seis meses*. Trata-se, por outro lado, dum regime que o Supremo Tribunal pretendeu fazer decorrer directamente da Constituição e que deverá, por isso, ser imperativo em relação aos legisladores dos Estados. De salientar ainda o tipo de fundamentação a que o Supremo Tribunal se ateu: partindo da maior dignidade dos valores que contendem com a grávida, o Tribunal, em vez da tradicional referência à *vida* ou *saúde* privilegiou o direito à *reserva da vida privada* que goza de aberta tutela no direito constitucional dos Estados Unidos. (31)

(31) A doutrina que fez vencimento na decisão do caso *Roe v. Wade*, inscreve-se numa linha evolutiva que nos últimos anos vem convertendo a tutela do *right of privacy* num dos vectores mais importantes da moderna política criminal americana, sobretudo em sede de descriminalização. Linha que começou a definir-se em 1965 quando (na decisão do caso *Griswold v. Connecticut*) e em nome do *right of privacy*, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional uma lei que punia a utilização de contraceptivos; foi também em nome deste direito que o mesmo Tribunal considerou inconstitucional a punição da posse de material pornográfico (*Stanley v. Georgia*, 1969). À mesma ideia obedeceu ainda a decisão do Supremo Tribunal do Alasca (*Ravin v. State*, 1975) que revogou uma lei que punia a posse de marijuana para consumo particular. O raciocínio em que assentou a decisão do caso *Roe v. Wade* pode sintetizar-se nestes termos: a garantia constitucional do *right of privacy* impede a intervenção do Estado na decisão de uma mulher querer ou não vir a ser mãe. Este direito da mulher só deve ser ponderado e eventualmente limitado quando em conflito com outros interesses relevantes e prementes (*compelling*), que só podem ser o da *saúde* da grávida ou a vida do feto depois de atingido o limiar da *viabilidade*. Antes deste momento, não pode falar-se de direitos constitucionais da vida em gestação já que o catálogo constitucional dos direitos fundamentais apenas se destina à «pessoa» que aquela vida ainda não é. Como seria de esperar, não tem sido pacífica a aceitação do regime imposto por este *raw judicial power*, segundo a expressão de um dos juizes vencidos na decisão. Contra ele se vêm erguendo muitas resistências, algumas expressamente consagradas nas legislações estaduais. Sobre a linha de política criminal que começámos por referir, cf. T. Weigend, *Entwicklung und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA*, Zeit-

9 — Terminaremos com uma brevíssima referência ao horizonte previsível ou desejável para o nosso país. A necessidade de alterar o estado de coisas vigente, no sentido da descriminalização afigura-se-nos, à partida, sem alternativa.

Afigura-se-nos outrossim ser de privilegiar um adequado *modelo das indicações*, como meio de abrir caminho e pôr em marcha as reformas. Sumariando razões, tal solução é-nos, além do mais, sugerida por um certo entendimento do mundo, da vida e do direito que nos leva, por exemplo, a discordar da liberalização do aborto em nome duma liberdade sem limites à disposição do próprio corpo. Ela há-de também ser recomendada por uma consideração atenta da nossa realidade sociológica e cultural que, por certo, nos fará dizer com HART: «A nossa história mostra claramente que é comparativamente fácil fazer direito criminal e extremamente difícil desfazê-lo».

Cremos, em conformidade, que a mirada prospectiva das soluções a encontrar deve passar necessariamente pelo projecto EDUARDO CORREIA (*Parte Especial*), cujo artigo 152.º, n.º 1 prevê:

«O aborto praticado por um médico, com o devido consentimento, não é punível quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, tal intervenção é o único meio de remover um perigo de morte ou de uma grave e irreversível lesão da saúde ou da integridade física da mulher».

Deste projecto pôde,⁽³²⁾ com toda a propriedade, dizer-se em 1967 que ele permitiria alcançar as legislações mais modernas. Tal só não poderá hoje repetir-se devido à aceleração entre-

schrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1978, p. 1083 s; para uma análise pormenorizada do caso *Roe v. Wade*, Herrmann, *Die Liberalisierung der Schwangerschaftsunterbrechung durch den Supreme Court der Vereinigten Staaten*, Juristenzeitung 1973, p. 490 s. Dentre os adversários da decisão, Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, *The Yale Law Journal* 1973, p. 902 s.

(32) V. g. Boaventura Santos, *ob. loc. cit.*

tanto verificada no direito comparado. Todavia, e na medida em que parece desejável, as distâncias voltarão de novo a encurtar-se superando o que parece ser — hoje — a principal limitação do projecto: circunscrever à integridade física, negando à integridade psíquica, os perigos susceptíveis de legitimar a interrupção da gravidez. Cremos, por isso, que a solução correcta para o nosso país terá de encontrar-se no meio do caminho que medeia entre o Projecto e o *Model Penal Code* americano ou o Código Penal germânico. Segundo este, e por força da já referida *Décima Quinta Lei de Reforma Penal* (§ 218 a):

«1 — Não é punível a interrupção da gravidez feita por um médico quando:

- 1.º A grávida consente e
- 2.º à luz dos conhecimentos médicos e tendo em conta as condições actuais e futuras da vida da grávida, a interrupção da gravidez está indicada para evitar à grávida um perigo de vida ou um perigo de grave dano para a saúde física e psíquica e esses perigos não se podem remover de qualquer outro modo que se exija que a grávida suporte.

2 — Consideram-se verificados os pressupostos do n.º 1, 2.º quando, de acordo com os conhecimentos médicos:

1.º há fortes motivos para prever que, por razões de hereditariedade ou influências danosas antes do nascimento, a criança nasceria incuravelmente atingida na sua saúde, com tal gravidade que é inexigível a continuação da gravidez;

2.º a grávida tenha sido vítima de um crime previsto nos §§ 176 a 179 e há fundadas razões para se acreditar que a gravidez foi por ele provocada; ou

3.º para além disso, a interrupção da gravidez é indicada para remover o perigo de um estado de necessidade que: a) é tão grave que não se exige que a grávida leve ao termo a sua gravidez e: b) não pode ser evitado por qualquer outro meio tal que seja exigível à grávida que o suporte».

10 — Seja como for quanto a este ponto, sempre será líquido que não podem depositar-se na descriminalização todas as esperanças. Nem sequer pensamos que haja de lhe ser reservado o primeiro plano no ataque aos problemas morais, jurídicos e políticos que aqui se multiplicam. Nem cedemos à tentação de absolutizar as soluções, certos de que qualquer solução será sempre, a nosso ver, uma forma histórica de estar a caminho.