



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Beatriz Rosa Marques Bolas

ABORTO POR NEGLIGÊNCIA
POSSÍVEL TIPIIFICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO-
PENAL PORTUGUÊS

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses
(conducente ao grau de Mestre) orientada pela Professora Doutora Sónia
Mariza Florêncio Fidalgo e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Janeiro de 2020



Beatriz Rosa Marques Bolas

O aborto por negligência: possível tipificação no ordenamento jurídico-penal português

Negligent abortion: possible incrimination in the Portuguese legal system

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo em Direito (conducente ao grau de Mestre), na área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientadora: Professora Doutora Sónia Mariza Florêncio Fidalgo

Coimbra, 2020

Agradecimentos

Aos meus pais, pela oportunidade, pelo voto de confiança e pelo apoio que me deram para conquistar esta etapa.

Ao Marco, pela motivação e carinho nos momentos mais difíceis.

Aos meus amigos por estar presentes apesar da minha ausência.

À Doutora Sónia Fidalgo pela disponibilidade, conselhos e simpatia.

Resumo

O presente estudo versa sobre a problemática da não tipificação do aborto por negligência e visa abordar o facto de o legislador português não o elencar no catálogo de crimes previsto no Código Penal Português.

Deste modo, debruçar-me-ei sobre os motivos que originam a necessidade desta tipificação, desde a dignidade penal do bem jurídico que visa proteger, ao risco que deriva de certos casos concretos que podem ser fatais para a vida intrauterina, nomeadamente a negligência médica e a negligência proveniente da própria mulher grávida. Irei ainda abordar o aborto negligente em comparação com o homicídio por negligência previsto no artigo 137.º do CP.

Por fim, farei uma breve referência ao ordenamento jurídico-penal Espanhol que optou pela tipificação do aborto por negligência.

Palavras-chave: Aborto Negligente, Negligência, Aborto.

Abstract

The present study deals with the problem of the no incrimination of negligent abortion and aims to address the fact that the Portuguese legislator does not list it in the catalog of crimes provided by the Portuguese criminal law.

In this way, I will address the reasons for the necessity of the incrimination of negligent abortion, reasons like criminal dignity of the legal good which it seeks to protect, to the risk arising from certain specific cases which may be fatal to intrauterine life, namely medical malpractice and the negligence arising from the pregnant woman. I will also address negligent abortion compared to the negligent homicide provided by the article 137.º of Portuguese criminal law code.

At last, I will make a brief reference to the Spanish criminal law that opted for the incrimination of the negligent abortion.

Keywords: Negligent Abortion, Negligence, Abortion.

Lista de Siglas e Abreviaturas

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CC – Código Civil

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

IVG – Interrupção Voluntária da Gravidez

Índice:

Notas introdutórias	7
Capítulo I – O aborto por negligência	
1. Considerações preliminares	9
2. O bem jurídico	14
Capítulo II – A tipificação do aborto por negligência	19
1. A punição do aborto por negligência – cláusula geral	21
2. A punição do aborto por negligência praticado por profissionais	24
2.1. O aborto por negligência em sede de negligência médica	25
2.2. O aborto por negligência profissional, fora do âmbito da medicina	29
3. A cláusula de exclusão de ilicitude da gestante no aborto negligente	29
Capítulo III – O homicídio por negligência e o aborto por negligência	32
Capítulo IV – Breve análise do crime de aborto por negligência no Direito Penal	38
Espanhol	
Epílogo	41
Bibliografia	44

Notas Introdutórias

O Direito Penal é um ramo do direito que visa a proteção dos bens jurídicos essenciais que se inserem na nossa comunidade de direito. É através do Direito Penal que o Estado exerce o seu poder punitivo, porém, para que tal aconteça, temos que ter em conta o princípio da legalidade «*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*», o que significa que ninguém pode ser condenado por um crime que não esteja tipificado, como refere o artigo 1.º, n.º 1 do Código Penal Português. O n.º 3 do mesmo artigo, prevê ainda que é proibido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime.

Ocorre que, ao falarmos de aborto por negligência, o primeiro facto que se manifesta é a não tipificação do aborto negligente. Isto posto, o pretexto para a abordagem deste assunto é a relevância que se deve dar ao facto de o aborto por negligência não fazer parte da sequência de crimes negligentes penalmente tutelados, uma vez que o que está em causa é a proteção de um bem jurídico dos mais primordiais da nossa comunidade jurídica: a vida intrauterina.

A vida intrauterina é um bem jurídico que encontra tutela penal no artigo 140.º do CP, através do crime de aborto, porém esta proteção demonstra ser insuficiente quando perante um tipo negligente de aborto. Desta forma, tendo em conta que a sociedade atual é uma sociedade de riscos, coloca-se a seguinte questão: será que devido ao fato de a nossa sociedade ser uma sociedade de riscos, o nosso legislador não deveria ter em conta que, sendo o período gestacional uma fase que requer um certo nível de cuidado, esta deveria ter um nível de proteção que abrangesse a negligência? A meu ver, por estarmos perante um bem jurídico que deriva da vida humana e que se encontra consagrado no artigo 32.º da nossa Constituição (ou Lei Fundamental), desta forma, o legislador, ao consagrar o homicídio por negligência, deveria ter considerado também a consagração do aborto por negligência.

Desta forma, ao longo desta explanação pretendo destrinçar os motivos da relevância que a tipificação do aborto por negligência acarreta, tendo em conta não só a problemática da negligência médica, como também a negligência proveniente da própria gestante e de terceiros que interajam com esta, demonstrando a importância que a tipificação do aborto por negligência

acarreta para o ordenamento jurídico-penal português, onde podemos, eventualmente, estar perante uma lacuna por parte do nosso legislador.

Isto posto, gostaria de começar esta exposição através de umas considerações preliminares de forma a enquadrar a temática do aborto por negligência no nosso ordenamento jurídico.

Capítulo I

O aborto por negligência

1. Considerações preliminares

Uma das questões fulcrais que se coloca nesta temática é «O que é o aborto negligente?», de que se trata? Para podermos chegar a uma resposta concisa sobre o que é o aborto por negligência temos de abordar os seus conceitos base: o aborto e a negligência.

Começemos pela negligência¹, uma vez que se trata de um dos temas base da doutrina do direito penal. Atualmente o facto negligente constitui uma das «formas básicas, tipicamente cunhadas, de aparecimento do crime, ao mesmo nível do facto doloso»². Desta forma, e seguindo a linha de pensamento de Figueiredo Dias, a decisão político-criminal de punir a negligência é justificada de um duplo ponto de vista: «da dignidade penal, sempre que estão em causa bens jurídicos, individuais ou coletivos, que se contam entre os mais importantes da ordem legal dos bens jurídicos; e o da carência de pena, sobretudo quando se trata da contenção de fontes de perigo grave para a existência de pessoas em comunidade, ainda mais se for frequente que delas derivem resultados lesivos por falta de cuidado na sua manipulação.»³

A punição da negligência assume uma maior relevância atualmente, pois a nossa sociedade é uma sociedade de riscos, o que significa que nos deparamos com várias situações, que apesar de serem quotidianas, podem constituir risco para um bem jurídico, de forma que, apesar de não haver dolo, há negligência, ou seja, houve falta de cuidado, sendo esta falta de cuidado que gerou a realização de um facto que preenche um tipo crime, sendo esta uma justificação da punibilidade da negligência.

¹ A relevância da negligência deve-se ao artigo 13º do Código Penal português, que nos diz que a negligência só é punível nos casos especialmente previstos na lei, conjugado com o princípio da legalidade da lei penal, previsto no artigo 1.º do CP.

² Dias, Jorge de Figueiredo *in* Temas Básicos da Doutrina Penal, página 350 e Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal – Parte Geral Tomo I, página 1001.

³ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Temas Básicos... ob. cit., pág. 350 e Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., pág. 1002.

No direito penal português a negligência encontra-se prevista no artigo 15.º do Código Penal, segundo o qual «Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias está obrigado e de que é capaz: a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização; ou b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.». Porém temos de ter em conta que um sujeito só pode ser punido por negligência nos casos especialmente previstos na lei, como refere o artigo 13.º do CP. Desta forma é necessário que a lei refira expressamente a negligência, como ocorre com o crime de homicídio por negligência previsto no artigo 137.º CP.

A negligência consiste na «violação de um dever de cuidado ou criação de um risco não permitido»⁴, ou seja, o agente não representa a vontade de realizar o tipo objetivo de ilícito, mas como não adotou o comportamento devido, tendo em conta as suas capacidades em comparação com o “homem-médio”, violou o dever de cuidado que lhe era imposto ou criou uma situação de perigo não permitido. No polo oposto situa-se o dolo, sendo que este se caracteriza por ser «o conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo». ⁵ Não podemos deixar de referir, aqui, também a tese defendida por Eduardo Correia, que entende, nos mesmos moldes, que a negligência consiste em «censurar a realização de um tipo legal de crime a um agente, na medida em que este omitiu aqueles deveres de diligência a que, segundo as circunstâncias e os seus conhecimentos e capacidades pessoais era obrigado»⁶.

Na abordagem ao nosso tema, teremos em consideração o tipo de ilícito negligente, de acordo com a conceção de Figueiredo Dias⁷. Assim sendo, segundo o autor mencionado, para que se verifique o preenchimento do tipo-ilícito negligente é necessário que ocorra a violação de um dever de cuidado juridicamente imposto ao agente, de que resulte a produção de um

⁴ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Temas Básicos... ob. cit., pág. 244.

⁵ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Temas Básicos... ob. cit., pág. 244.

⁶ Correia, Eduardo *in* Direito Criminal, página 421.

⁷ O autor apresenta a sua conceção da estrutura do tipo de ilícito negligente em Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., págs. 1006 e ss., Velhos e novos problemas da doutrina da negligência em Direito Penal *in* Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, págs. 665 e ss., Temas Básicos... ob. cit., págs. 349 e ss.

resultado típico, sendo que este resultado tinha de ser previsível e evitável para o “homem-médio”⁸.

É de afirmar que a violação de um dever de cuidado como elemento do facto negligente consiste na «violação de exigências de comportamento em geral obrigatórias cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respetiva, para evitar realizações não dolosas de um tipo objetivo de ilícito»⁹.

Para além disso, nos crimes negligentes, a culpa exprime uma atitude do agente de descuido ou leviandade perante as normas e as exigências de comportamento que lhe são impostas pelo Direito¹⁰, sendo esta culpa que se verifica no tipo subjetivo do facto negligente.

Isto posto, concluído o pequeno esclarecimento sobre a negligência passemos ao aborto no seu sentido estrito.

O crime de aborto está tipificado no artigo 140.º CP e, visa proteger o bem jurídico vida humana, mais precisamente a vida intrauterina, que assumirá uma autonomia numa perspectiva de tutela jurídico-penal. Esta autonomia jurídica deve-se a vários aspetos, como refere Damião da Cunha «Por um lado, o facto de a proteção da vida intrauterina poder ser fonte de conflitos de interesses (em especial, para a mulher grávida) e, por outro, o facto de a “portadora” e a “garante” do bem jurídico ser também a mulher grávida (...). São, pois dois elementos que legitimam a autonomização da vida intrauterina como bem jurídico-penal»¹¹.

Seguindo a linha de raciocínio do autor acima referenciado, em relação ao crime de aborto, não há dúvidas que o bem jurídico que se visa proteger é a vida intrauterina, sendo o objeto da proteção o embrião ou o feto, uma vez que o crime de aborto pressupõe a nidação, que consiste na implantação do óvulo no útero da mulher grávida¹².

⁸ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., págs. 1006 e 1007.

⁹ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., pág. 1014

¹⁰ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., pág. 1043

¹¹ Cunha, J. M. Damião da – Comentário ao Artigo 140º (Aborto). In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, pág. 224.

¹² Cunha, J. M. Damião da – Comentário ao Artigo 140º (Aborto). In *Comentário Conimbricense...* ob. cit., pág. 225.

Um ponto importante que temos de ter em conta no crime de aborto é que a valoração penal atribuída varia consoante as ilicitudes que se cometa. Isto significa que, ao analisarmos o artigo 140.º do CP temos três alíneas em que a valoração penal é modificada em função de quem faz abortar e se houve ou não consentimento por parte da mulher grávida.

Ao começar pela primeira alínea esta diz que «quem, por qualquer meio e *sem consentimento da mulher grávida*, a fizer abortar é punido com pena de prisão de dois a oito anos», sendo esta a forma mais grave de aborto, uma vez que não existe o consentimento da mulher grávida, onde não se tem em conta somente a proteção do bem jurídico vida intrauterina, como também de valores e direitos que pertencem à mulher grávida¹³.

A segunda alínea diz «quem, por qualquer meio e *com consentimento* da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão até três anos». Neste caso, «a concordância da mulher grávida constitui um fator de redução do ilícito», sendo que o «agente e a mulher grávida são identicamente punidos»¹⁴, como se poderá verificar na alínea seguinte.

A terceira alínea contém o seguinte «a *mulher grávida que der consentimento* ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até três anos», aqui temos a proteção do bem jurídico quando a própria mulher grávida constitui um risco para tal.

A despenalização do aborto, mais concretamente a interrupção voluntária da gravidez, foi alvo de alguma polémica. Em Portugal, até à entrada em vigor da Lei 6/84, de 11 de maio, seria punido como aborto toda a interrupção voluntária da gravidez, devido sobretudo à influência que exercia a Igreja Católica sobre as conceções comunitárias¹⁵, desta forma, o Código Penal não continha nenhuma referência a interrupção voluntária da gravidez. Com a entrada em vigor da Lei 6/84, o Código Penal sofre alterações no capítulo II relativo aos crimes contra a vida intrauterina. Desde logo, passa a ser possível a interrupção voluntária da gravidez não punível em determinadas situações previstas no artigo 140º do Código Penal. Ora com a Lei

¹³ Direitos como a integridade física, a liberdade, entre outros que serão enunciados posteriormente.

¹⁴ Cunha, J. M. Damiano da – Comentário ao Artigo 140º (Aborto). In *Comentário...* ob. cit., pág. 230.

¹⁵ Dias, Jorge de Figueiredo – Nótula antes do artigo 142.º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, pág. 243.

6/84 passa a ser possível a interrupção voluntária da gravidez através do modelo das indicações.¹⁶

A polémica em torno da interrupção voluntária da gravidez deu-se devido ao modelo do prazo, visto que foi alvo de um debate social e jurídico. Com o modelo do prazo, a IVG não é punível se a mulher grávida decidir abortar, sem nenhuma das indicações referidas no artigo 140º CP alterado pela Lei 6/84, nas primeiras 10 semanas de gravidez. Esta alteração Código Penal deu-se com a Lei 16/2007 que altera o Código Penal, de forma que o artigo 142º do Código Penal, com a redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95 e pela Lei n.º 90/97, onde na sua alínea e) enuncia o seguinte: «For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas da gravidez». Desta forma, podemos afirmar que o regime da interrupção voluntária da gravidez em Portugal rege-se pelo modelo do prazo e pelo modelo das indicações.

Concluída a análise dos conceitos base do tema que se pretende abordar, cabe agora definir o que é o aborto por negligência.

O aborto por negligência ocorre quando alguém, por falta de cuidado age de forma a que provoca o aborto a uma mulher grávida. Quando o agente viola um dever de cuidado ou cria um risco não permitido, como o agente não tem o conhecimento nem a vontade de realizar o tipo objetivo, há a ausência de dolo, sendo que estamos perante um facto negligente. Como foi referido supra, devido ao artigo 13.º do CP, a negligência, no sistema jurídico-penal português não se pode aplicar por analogia, uma vez que, para além de a analogia ser expressamente proibida no direito penal português por via do princípio da legalidade consagrado no artigo 1.º, n.º3 do CP, por isso é que o artigo 13.º do CP consagra que a negligência só é aplicada nos casos especialmente previstos, sendo regra geral que só os factos praticados com dolo é que são puníveis.

¹⁶ Sobre este ponto, Dias, Jorge de Figueiredo – Nótula antes do artigo 142.º. In *Comentário...* ob. cit., pág. 244: «A situação só se alterou, como se disse, por força da L 6/84, de 11-5, que, dando nova redação aos arts. 139º a 141º, introduziu no direito português a “exclusão da ilicitude do aborto” quando praticado, com consentimento da grávida, por um médico em função de determinadas indicações: a indicação terapêutica [als. a) e b)], a indicação embriopática ou fetopática ou por lesão do nascituro [al. c)] e a indicação criminal, criminológica, ética, jurídica ou humanitária [al. d)], todas do artigo 140º].»

Assim, compreende-se o facto de não se poder punir o agente que provoque um aborto por negligência, visto que é necessário que este se encontre no elenco de crimes previstos no Código Penal. Desta forma, a que motivos se deve a necessidade de tipificação do aborto negligente? Para dar resposta a este problema temos de analisar o bem jurídico que se visa proteger com esta tipificação.

2. O bem jurídico:

Quando falamos no crime de aborto qual é o bem jurídico que se visa proteger? Em resposta a esta questão, seguindo a linha de pensamento de Damião da Cunha¹⁷, Paulo Pinto de Albuquerque¹⁸ e, Fernando Silva¹⁹, o bem jurídico que se visa tutelar com o crime de aborto é a vida intrauterina em primeiro plano e, tendo em conta a existência ou não existência de consentimento por parte da gestante, a integridade física e a liberdade de decisão da mulher grávida.

Relativamente ao enquadramento constitucional do bem jurídico, tem sido gerada a possibilidade de tal ocorrer através do artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa, havendo três respostas diferentes para esta possibilidade de enquadrar o bem jurídico vida intrauterina no direito à vida consagrado no artigo referido. Desta forma, acompanhando o raciocínio de Fernando Silva²⁰ as três respostas possíveis são: «a que considera que apenas a vida formada conhece proteção a esse nível²¹; a que considera não haver diferença entre o valor

¹⁷ Cunha, J. M. Damião da – Comentário ao Artigo 140º (Aborto). In *Comentário...* ob. cit., pág. 223 «O bem jurídico protegido é a vida humana, embora no caso se proteja mais precisamente a vida humana intrauterina, que assumirá assim autonomia numa perspetiva de tutela jurídico-penal».

¹⁸ Albuquerque, Paulo Pinto de, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* página 543 «Os bens jurídicos protegidos são, no caso de aborto não consentido, a vida intrauterina e a integridade física da mãe. No caso de aborto consentido, o único bem jurídico protegido é a vida intrauterina».

¹⁹ Silva, Fernando, in *Direito Penal Especial Crimes contra as pessoas* página 193 «O crime de aborto, tipificado no art.º 140.º do Código Penal, está integrado no capítulo dos crimes contra a vida intrauterina. O bem jurídico que primordialmente se tutela nesta incriminação é precisamente a vida intrauterina».

²⁰ Silva, Fernando in *Direito ...* ob. cit., pág. 188.

²¹ Posição adotada no Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 31/1982, de 13.04.1982, relator Lopes Rocha, que segundo o qual a vida intrauterina encontra tutela noutros preceitos da CRP, como nos artigos 36.º, 67.º e 68.º, visto que é um bem jurídico indisponível e que o direito a vida abrangido na CRP, apesar de caber neste a vida intrauterina, o legislador apenas teve em mente a vida extrauterina.

da vida formada ou em formação, entendendo haver uma imposição constitucional no sentido de proteger ambas as formas de vida²²; e a que defende que, embora o art.º 24.º n.º1 consagre ambas as formas de vida, não resulta nenhuma imposição no sentido de promover a sua proteção penal²³».

Em relação a esta problemática encontro-me de acordo com a posição adotada pelo Tribunal Constitucional nos seus acórdão n.º 25/84 e n.º 85/85, que reconhece que ambas as formas de vida estão protegidas pelo artigo 24.º n.º 1 da CRP.

Começando pela análise do acórdão n.º 25/84, o Tribunal Constitucional afirma que reconhece que a vida humana intrauterina se encontra abrangida pelo preceito indicado. Ocorre, ainda, que o Tribunal Constitucional conclui que se impõe ao direito, penal ou civil, tutelar essa vida intrauterina.

Esta tutela deve-se à tradição cultural do nosso ordenamento jurídico que vê a vida humana como um dos valores éticos essenciais da vida em comunidade. Deste modo, se a vida intrauterina se encontra abrangida pelo direito à vida, que tem como essência a vida humana, esta deve ser também ser tutelada por ser um dos valores básicos da nossa vida comunitária.

Esta posição do Tribunal Constitucional é reforçada pelo acórdão n.º 85/85, segundo o qual «a vida intrauterina não é constitucionalmente irrelevante ou indiferente, sendo antes um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da proteção conferida em geral à vida humana enquanto bem constitucionalmente objetivo (CRP, art. 24.º, n.º 1).»

Além disso, neste acórdão n.º 85/85, o Tribunal Constitucional refere ainda que, para além de a vida intrauterina se enquadrar no artigo 24.º da CRP, este enquadramento é como valor constitucional objetivo: «vida intrauterina compartilha da proteção que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucional objetivo), mas que não pode gozar da proteção constitucional do *direito à vida* propriamente

²² Posição adotada pelo Tribunal Constitucional, nos acórdãos n.º 25/84 e n.º 85/85.

²³ Esta terceira posição, como refere Fernando Silva em Silva, Fernando, *in* Direito... ob. cit., pág. , «situa-se num plano moderado em relação às duas anteriores. Reconhece que a vida humana consagrada no art.º 24.º da CRP se refere a vida intrauterina e extrauterina, mas não aceita que a mesma signifique a imposição da obrigação do Estado em tutelar ambas as formas de vida».

dito – que só cabe a pessoas -, podendo portanto aquele ter de ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos». Sucede que, sendo um valor constitucional este perece em relação a outros direitos fundamentais, sendo que se verifica uma diferenciação entre o bem jurídico vida intrauterina e vida formada. Como se retira do acórdão mencionado supra «A proteção que é devida ao direito de cada homem à sua vida não é aplicável diretamente, nem no mesmo plano, à vida pré-natal, intrauterina»²⁴.

Deste modo, há uma diferenciação entre os bens jurídicos vida intrauterina e vida humana já formada, uma vez que esta última goza de um maior nível de proteção do que a primeira.

Nesta diferenciação entre o bem jurídico vida e o bem jurídico vida intrauterina, temos de ter em consideração as palavras de Figueiredo Dias²⁵ «No homicídio e no aborto são jurídico-penalmente distintos os bens jurídicos protegidos e não apenas os objetos do ataque que contra eles se dirija; e isto ainda quando se deva considerar que ambos constituem “vida humana” (...). Tratasse-se do mesmo bem jurídico e seria difícil excogitar razões político-criminalmente fundadas para que fosse tão distinta quanto o é (...) a força de tutela do mesmo bem jurídico, conduzindo-o no caso do homicídio simples à possibilidade de aplicação de uma pena de prisão de 16 anos e no aborto simples a uma pena máxima de 8 anos». Desta forma é de concluir que, apesar de ambos poderem ser enquadrados no artigo 24.º n.º1 da CRP, são bens jurídicos que apesar de estarem penalmente protegidos, são distintos, havendo uma maior proteção da vida humana já formada em relação à vida intrauterina, como realça Fernando Silva «O sistema apresenta um enquadramento distinto, permitindo concluir que as diferenças existentes não são apenas de nível quantitativo, mas também qualitativo, consagrando-se uma valoração superior da vida formada em relação à vida intrauterina.»²⁶.

Em suma, o bem jurídico que se visa proteger com o crime de aborto é a vida intrauterina que se insere no artigo 24.º da CRP «direito à vida», mas diferencia-se da vida

²⁴ Acórdão Tribunal Constitucional n.º85/85.

²⁵ Dias, Jorge de Figueiredo – Nótula antes do artigo 131.º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, pág. 7.

²⁶ Silva, Fernando in *Direito ... ob. cit.*, pág. 195.

humana já formada, tendo esta última uma valorização superior (apesar de ambas se encontrarem consagradas no artigo 24.º n.º1 da CRP), uma vez que são bens jurídicos distintos que se encontram penalmente protegidos por crimes distintos. A vida humana já formada é o bem jurídico protegido pelo crime de homicídio nas suas várias vertentes, enquanto que a vida intrauterina é o bem jurídico protegido pelo crime de aborto, sendo a diferenciação da sua valoração visível no facto de ambos os crimes estarem previstos nos capítulos destinados a estes onde o crime de homicídio aparece primeiro que o crime de aborto e, nas suas molduras penais, uma vez que no crime de aborto simples a pena máxima é de oito anos, enquanto que esta é a pena mínima para o crime de homicídio.

Para finalizar este capítulo relativo ao bem jurídico protegido pelo crime de aborto temos ainda de ter em conta valores e direitos inerentes à mulher grávida, como a sua liberdade, a sua integridade física e os seus interesses como bens jurídicos a proteger com a incriminação do aborto.

Como referi anteriormente, o bem jurídico vida intrauterina, consagrado objetivamente no artigo 24.º da Lei Fundamental, cede perante outros valores juridicamente consagrados. Daí ser possível a interrupção voluntária da gravidez onde o aborto não é punível. Estes direitos pertencem respetivamente à mulher grávida, sendo estes o direito à integridade física (consagrado no artigo 25.º CRP), direito à liberdade (consagrado no artigo 27.º CRP), sendo que no contexto do crime de aborto, referimos-mos concretamente à liberdade de decisão e de realização da vontade²⁷, o direito à maternidade (consagrado no artigo 68.º CRP, em especial atenção o seu n.º 3), o direito ao bom nome e reputação (consagrado no artigo 26.º CRP).

É precisamente devido a estes direitos que a distinção referida supra é importante, uma vez que o direito à vida, neste caso intrauterina, é um direito que irá ceder face a todos estes direitos, devido ao seu carácter de direito não juridicamente subjetivado, como é referido no acórdão n.º 25/84²⁸ « Em todo o caso, sempre seria de acentuar que no confronto de um valor não juridicamente subjetivado – o da vida humana intrauterina – com outros valores juridicamente subjetivados na mulher grávida, com a natureza de direitos fundamentais, é lícito

²⁷ Cunha, J. M. Damião da – Comentário ao Artigo 140º (Aborto). In *Comentário...* ob. cit., pág. 226.

²⁸ Acórdão n.º 25/84, citado também no acórdão n.º 85/85.

admitir a possibilidade de sacrifício daquele que não deixe de observar os aludidos três requisitos, principalmente quando tal é apenas admitido, como sucede no decreto em apreço, nas primeiras semanas da gravidez». Ou seja, é possível sacrificar o bem jurídico vida intrauterina desde que se encontrem preenchidos os requisitos da proporcionalidade, necessidade e adequação).

Estes direitos que a mulher grávida é detentora só fazem sentido serem abrangidos pelo crime de aborto e, desta forma, integrarem a esfera do bem jurídico que se visa proteger, no caso de a mulher grávida não der o seu consentimento para o aborto. Isto porque se a mulher der o seu consentimento para proceder ao aborto fora das circunstâncias da interrupção voluntária da gravidez, apesar de colocar estes direitos sob ameaça, é da mulher grávida que parte e da sua liberdade de decisão, sendo apenas alvo da proteção a vida intrauterina.

Findando este capítulo é de concluir que o bem jurídico que se visa proteger com o crime de aborto²⁹ é a vida intrauterina, que se encontra consagrado, objetivamente, no artigo 24º CRP. Acresce ainda os bens jurídicos subjacentes à gestante, como a sua vida, a sua integridade física, para além de direitos subjetivamente consagrados na Lei Fundamental, como o direito à saúde e à maternidade.

²⁹ Neste sentido, é o mesmo bem jurídico que se pretende proteger com a tipificação do aborto negligente.

Capítulo II

A tipificação do aborto por negligência

Na atualidade, a sociedade em que habitamos é uma sociedade de riscos, sendo que a violação de um dever de cuidado pode vir a ser um fator de perigo para vários bens considerados essências na nossa comunidade. Desta forma, para proteger os bens essenciais da comunidade deste perigo derivado da violação de um dever de cuidado o da criação de um risco não permitido, é que existe a possibilidade de punir penalmente a negligência. Neste sentido, ao tipificar o aborto por negligência o que se pretende é proteger a vida intrauterina, como também, alguns direitos inerentes da mulher grávida, como o direito à vida, à integridade física, à liberdade e à maternidade.

Por conseguinte, tem de se ter em conta essencialmente um círculo restrito de agentes. Em primeiro lugar, os profissionais de saúde, nomeadamente médicos, a nível de negligência médica, devido à relação de proximidade com a gestante e ao acompanhamento da gestação; em segundo lugar profissionais que exerçam uma relação laboral com a mulher grávida e, por último a própria mulher grávida. No entanto, não significa que estes sejam os únicos agentes visados pelo aborto por negligência. Isto significa que o aborto por negligência, ao ser tipificado, é um crime comum, o que significa que o agente não tem de ter uma determinada característica. A distinção faz-se devido ao facto de este grupo de agentes terem um maior dever de cuidado que o homem médio³⁰, devido à proximidade com a gestante e, desta forma com o feto ou embrião.

Posto isto, por que motivo se deve considerar a possível tipificação do aborto por negligência? Em primeiro lugar esta tipificação deve-se, como referido supra, ao princípio da legalidade presente no artigo 1.º do CP e à consequente proibição do uso da analogia em direito penal. Desta forma, e tendo em conta também o artigo 13.º do CP, só nos casos «especialmente previstos na lei» é que é punível o facto praticado por negligência e, como pode ser constatado, não constitui uma cláusula geral de negligência. Para além disto a negligência é limitada a

³⁰ Isto porque, a título de exemplo, não podemos exigir a um homem médio, isto é um cidadão médio, o mesmo dever de cuidado que compete a um médico, pois o médico devido à profissão que exerce tem um maior dever no exercício das suas funções.

determinados casos, porque a principal característica da negligência é a ausência de dolo, sendo que só em casos restritos esta é tipificada. São os casos em que o bem jurídico lesado é tão importante para a sociedade que exige uma intervenção do Estado para punir o agente que o lese de forma a proteger os interesses da comunidade. Consequentemente para que alguém seja punido pela prática de um aborto por negligência este tem de estar tipificado no Código Penal.

Em segundo lugar, temos de ter em conta o bem jurídico protegido pela incriminação do aborto por negligência. Podemos ter vários, como referido supra, a vida intrauterina é o bem jurídico base que se pretende proteger, mas temos ainda a vida da gestante, como a sua integridade física, a sua saúde e o direito à maternidade que são aqueles que se encontram ameaçados pelo aborto por negligência. A grande dúvida que se coloca é se estes direitos que se visam proteger com esta incriminação são essenciais para a sociedade de tal forma que justifiquem sua tutela penal contra atos negligentes.

Como referido, o bem jurídico na base da incriminação do aborto é a vida intrauterina. A tutela penal da vida intrauterina deve-se ao facto de esta ser um dos bens jurídicos fundamentais da nossa ordem jurídica. A relevância que se atribuí a um bem jurídico depende da tradição cultural do país, sendo que em Portugal um dos valores essenciais, consagrado na Lei Fundamental, no seu artigo 1.º, a dignidade da pessoa humana, explanada no artigo 24.º da Constituição, no «direito à vida», demonstra o quão primordial a vida humana é no nosso ordenamento jurídico. Consequentemente, estando a vida intrauterina inserida, do ponto de vista objetivo, neste artigo 24.º CRP, como referido supra, deve ser visto como um dos bens jurídicos essenciais da nossa sociedade.

Assim, e tendo em conta as palavras de Figueiredo Dias, «Temos para nós não pertencer razão aos que negam que atrás do aborto se possa delinear um bem jurídico em sentido jurídico-penal: qualquer que seja, uma vez mais, a posição que se tome relativamente a saber o que seja o feto do ponto de vista físico e espiritual, não temos dúvida de que à vida fetal

pertencem os atributos indispensáveis para a qualificar como bem jurídico penalmente relevante»³¹ .

Após apreender a opinião do autor citado, exteriorizo a minha concordância, de forma a que, sendo a vida intrauterina um bem jurídico penalmente relevante e, apresentando uma conexão à vida humana já formada, através do artigo 24.º CRP é evidente a importância da sua proteção face a condutas que o lesem, mesmo que estas condutas sejam por atos negligentes, daí que, mediante esta perspectiva, considero impreterível a tipificação do aborto por negligência, de forma a alargar a tutela penal da vida intrauterina, salvaguardando-a dos perigos derivados da violação de um dever de cuidado ou da criação de um risco não permitido.

Acresce ainda à necessidade da tipificação do aborto por negligência para uma proteção mais eficaz da vida intrauterina, a circunstância de se visar a defesa de outros bens jurídicos e direitos interligados ao crime de aborto, sendo o caso da integridade física da mulher grávida³², o direito à maternidade, direito à saúde e até a própria vida da mulher grávida pode ser ameaçada com o aborto causado por negligência.

Findando este ponto, é de extrema importância que tais bens jurídicos e os seus direitos inerentes sejam salvaguardados em caso de aborto por negligência, sendo esta uma lacuna grave no nosso ordenamento jurídico-penal, uma vez que está em causa bens jurídicos dos mais valorosos que a nossa comunidade jurídica ressalva.

1. A punição do aborto por negligência – cláusula geral:

Após deslindar o fundamento da tipificação do aborto por negligência como tipo ilícito, percorrerei o sentido desta tipificação.

³¹ Dias, Jorge de Figueiredo, Lei criminal e controlo da criminalidade. *In*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, pág. 23.

³² A morte ou a ofensa à integridade física da mulher grávida assume um papel importante, uma vez que este é um fator de agravamento da pena no crime de aborto.

Principiarei este tópico com uma cláusula geral, ou seja, imaginando a estrutura de um artigo que tipifique o aborto negligente como crime³³. Esta será uma cláusula que engloba a totalidade dos agentes que provoquem um aborto por negligência. Assim sendo, esta dita cláusula geral seria a seguinte: «*Qualquer pessoa que por negligência grosseira causar um aborto é punido*»³⁴.

Considerando esta dita cláusula geral, temos de ter em conta os seus elementos constitutivos. Isto posto, temos de ter em especial atenção a negligência, pois é este o elemento essencial para que o agente seja punido pela prática de aborto por negligência. Desta forma, o tipo objetivo de ilícito será análogo ao tipo objetivo de ilícito concedido para o crime de aborto previsto no artigo 140.º CP. Relativamente ao bem jurídico tutelado, como referido supra, a vida intrauterina é o bem jurídico nuclear deste preceito, porém há outros bens jurídicos associados a este, como é o caso da integridade física da mulher grávida, o direito à saúde, à maternidade e até à vida, pois são direitos e bens jurídicos que podem ser colocados em risco devido ao aborto e, conseqüentemente do aborto negligente.

Tendo em conta a conduta, esta não releva para o aborto por negligência, o que é necessário é que se verifique o resultado, ou seja, da conduta tem que advir o aborto para que esta seja punível. No entanto, temos de ter em conta toda a problemática em torno da imputação objetiva do resultado à conduta. Desta forma o tipo do aborto por negligência é preenchido quando haja violação de um dever de cuidado ou a criação de um risco não permitido do qual derive o aborto.

No aborto por negligência, a meu ver, o facto deverá ser punido quando estivermos perante uma negligência grosseira, isto é, quando houver um «grau essencialmente aumentado ou expandido de negligência»³⁵. De outro modo, tendo em conta a linha de pensamento de Figueiredo Dias, citado pelo Supremo Tribunal de Justiça³⁶ «implica uma especial

³³ Seguirei, a título de exemplo, a tipificação apresentada pelo Código Penal Espanhol, onde o aborto por negligência é crime, no seu artigo 146.º, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³⁴ Abstenho-me, neste âmbito, de atribuir uma determinada moldura penal, tendo somente o objetivo de alertar para a tipificação do aborto por negligência.

³⁵ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Temas Básicos... ob. cit., pág. 380

³⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 29004/10.3T2SNT.L1.S1

intensificação da negligência não só ao nível da culpa, mas também do ilícito. A nível do tipo de ilícito torna-se indispensável que se esteja perante um comportamento particularmente perigoso e um resultado de verificação altamente provável à luz da conduta adotada. Mas daqui não pode concluir-se sem mais que também o tipo de culpa resulta, nestes casos, inevitavelmente aumentado, antes tem de alcançar-se a prova autónoma de que o agente revelou no facto uma atitude particularmente censurável de leviandade ou de descuido perante o comando jurídico-penal, plasmando nele qualidades particularmente censuráveis de irresponsabilidade e insensatez»³⁷.

Quando no nosso Código Penal nos referimos à negligência grosseira, esta pode ser tida em conta para dois aspetos, ou como agravação da pena, ou como fundamento para a punição, dito de outra forma, ou a pena é agravada devido ao facto de estarmos perante negligência grosseira, ou o facto é punível porque foi efetuado com negligência grosseira.

No caso do aborto por negligência, como estamos perante um bem jurídico que apesar de estar incluído no âmbito do artigo 24.º da Constituição, temos de ter em conta que há uma valoração distinta entre a vida intrauterina e a vida humana já formada, sendo que a negligência por que se pune no homicídio por negligência deve ser diferente da negligência por que se pune no aborto por negligência.

Desta forma, no homicídio por negligência previsto no artigo 137.º CP, basta que haja negligência, não importando se esta é grosseira ou não para que o agente seja punido, sendo que o facto de a negligência ser grosseira apenas intervirá como agravante da pena. Assim sendo, devido ao facto de o bem jurídico protegido pelo homicídio ser a vida humana já formada, sendo detentora de uma valorização superior à da vida intrauterina. Por conseguinte é que a negligência por que se pune no homicídio deve ser diferente da negligência da que se punirá no aborto, sendo esta no aborto por negligência a negligência grosseira.

Findando este capítulo relativo à cláusula geral, o aborto por negligência é um crime em que o fator que o diferencia do aborto previsto no artigo 140.º CP é o facto de o aborto se dever a um ato negligente, porém não é qualquer ato negligente que se enquadra no aborto

³⁷ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., pág. 1051.

negligente, mas sim atos praticados por negligência grosseira, isto porque, para além do referido supra, temos de ter em atenção que, se o aborto negligente não for punido por negligência grosseira, mas somente por negligência, isto alteraria por completo a vida da mulher grávida, impondo um enorme controlo e regulamentação sobre a gestante e todo o seu círculo social, nomeadamente das pessoas mais próximas, como o cônjuge/companheiro, familiares, amigos, entre outros³⁸. Desta forma a gestante teria a sua liberdade de livre desenvolvimento da personalidade e de atuação bastante restringida devido ao controlo penal imposto com a incriminação do aborto por negligência³⁹. É por isso que entendo que a negligência que deve ser punida no aborto negligente é a negligência grosseira.

2. A punição do aborto por negligência praticado por profissionais:

Após termos abordado o contexto da cláusula geral relativa ao aborto por negligência, temos de ter em conta que nem todos os agentes que possam provocar um aborto por negligência se encontram no mesmo patamar, ou seja, há certos agentes que tendo em conta a sua profissão, deveria ser de esperar um mais elevado grau de cuidado. É devido a este facto que se impõe a necessidade de agravar este elevado grau de descuido proveniente de certos agentes. Assim, como na dita cláusula geral a negligência punida é a negligência grosseira, a forma de agravar a pena, neste contexto, devida às características que estes agentes detém e que têm de ser consideradas no caso em concreto, é, neste contexto, através da inabilitação especial para o exercício de funções, cargo ou ofício.

Desta forma, nesta segunda alínea da tipificação do aborto por negligência, seriam tidos em conta estes agentes dotados de certas capacidades que afetam a sua atuação negligente. Desta forma, a sua redação seria a seguinte: «Quando o aborto é cometido devida a negligência

³⁸ Peñaranda Ramos, Enrique – La Protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo. *In Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 11 (2003).

³⁹ Este é também um argumento utilizado para excluir a ilicitude da gestante em caso de aborto negligente, como veremos mais à frente.

profissional, também deve ser aplicada a pena de inabilitação especial para o exercício de profissão, ofício ou cargo⁴⁰».

2.1. O aborto por negligência em sede de negligência médica:

Ao referirmo-nos à negligência profissional em sede de aborto por negligência, o principal domínio profissional que nos surge na ideia é a Medicina, uma vez que, é a área que detém uma relação íntima com a vida intrauterina e todo o seu processo, até mesmo quando esta dá lugar a uma vida humana já formada, ou seja, com o nascimento. Assim, é imperativamente necessário abordar a temática da negligência médica quando nos debruçamos sobre a tipificação do aborto por negligência.

Relativamente à estrutura do tipo legal negligente a que recorrerei para versar sobre a negligência médica será o exposto por Figueiredo Dias⁴¹; e, no que respeita à negligência médica, seguirei a linha de raciocínio de Sónia Fidalgo⁴².

Partindo da conceção de Figueiredo Dias, o preenchimento do tipo de ilícito do facto negligente deriva do comportamento quando este se distancia daquele que se deveria adotar numa situação de perigo sendo que é indispensável que haja a violação de um dever de cuidado, por parte do agente, que conduziu à produção do resultado e, que o resultado seja previsível e evitável para o homem prudente, dotado das capacidades que detém o “homem médio”.⁴³ Desta forma, no contexto de aborto negligente devido a negligência médica, está em causa a violação de um dever de cuidado por parte do médico.

O relevo penal dos crimes negligentes não reside no facto de a vontade do agente em produzir o resultado, como ocorre nos crimes dolosos, mas sim no facto de não se verificar um comportamento que é imposto ao agente e que, em comparação com a ação que este

⁴⁰ Artigo 146.º Código Penal Espanhol.

⁴¹ Estrutura esta referida supra (Capítulo I). Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., págs. 1006 e ss., Velhos e novos problemas da doutrina da negligência em Direito Penal *in* Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, págs. 665 e ss., Temas Básicos... ob. cit., págs. 349 e ss.

⁴² Fidalgo, Sónia *in* Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa.

⁴³ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., pág. 1006 e 1007.

desencadeia, revela que o resultado poderia ter sido evitado, se o agente tivesse adotado a comportamento que lhe era exigido. Estamos, desta forma, perante a violação de um dever objetivo de cuidado ou perante a criação de um risco não permitido que integra um tipo de ilícito negligente.

No caso de esta violação do dever objetivo de cuidado ter como agente um médico e se, em virtude desta violação ofender um bem jurídico, poderá realizar o ilícito-típico, por exemplo, de ofensa à integridade física ou até mesmo de homicídio por negligência⁴⁴.

Por conseguinte, para que haja negligência médica, o médico tem de violar o dever objetivo de cuidado, porém a questão que se coloca é saber quais os comportamentos impostos ao médico de forma a percebermos quando é que há uma violação do dever objetivo de cuidado. Ou seja, o que se pretende perceber é se «para evitar incorrer em responsabilidade penal, o médico deve atuar de acordo com certas exigências mínimas de carácter geral»⁴⁵, ou se devemos ter em consideração as suas capacidades pessoais. De acordo com Sónia Fidalgo, «a doutrina dominante defende um critério objetivo: o dever de cuidado deverá ser determinado a partir do “homem médio” (no nosso caso, do “médico médio”) e as capacidades do agente, abaixo ou acima da média, devem ser tidas em consideração não ao nível do ilícito, mas ao nível da culpa»⁴⁶.

Esta é também a posição adotada por Figueiredo Dias, uma vez que o autor entende que a determinação do dever objetivo de cuidado deriva do cuidado objetivamente devido e, desta forma, convoca-se as capacidades da sua observância pelo “homem médio”⁴⁷. Isto posto, o autor concebe que o critério definidor do tipo de ilícito negligente é um «critério puramente objetivo, generalizador»⁴⁸, onde não se inclui as capacidades pessoais do agente concreto. Se estas capacidades pessoais, ainda no raciocínio de Figueiredo Dias, se posicionam abaixo das do “homem médio”, a realização do facto será na mesma imputada à violação do dever do cuidado, sendo que estas constituirão uma culpa negligente; se, por outro lado, se situarem acima,

⁴⁴ Fidalgo, Sónia *in* Responsabilidade penal... ob. cit., pág. 57.

⁴⁵ Fidalgo, Sónia *in* Responsabilidade penal... ob. cit., pág. 59

⁴⁶ Fidalgo, Sónia *in* Responsabilidade penal... ob. cit., pág. 59

⁴⁷ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., pág. 1015

⁴⁸ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., pág. 1015

«a integração do tipo de ilícito não deverá fazer apelo a exigências acrescidas de dever: o tipo de ilícito não terá sido integrado desde que o agente, por muito acima do “homem médio” que se situe no que toca às suas capacidades, tenha observado o cuidado objetivamente devido»⁴⁹.

Para que se verifique a violação do dever objetivo de cuidado, temos de ter em conta os seus critérios concretizadores. O primeiro critério concretizador do dever objetivo de cuidado encontra-se na própria lei, isto porque, o dever de cuidado é um elemento que se integra no tipo de ilícito negligente, sendo que quando há uma violação de normas de cuidado, estamos perante o preenchimento do tipo de ilícito⁵⁰. É este o sentido do artigo 15.º do CP, quando o legislador refere «segundo as circunstâncias», sendo que se tem de verificar se o agente violou o dever objetivo de cuidado no caso concreto, sendo que estamos perante um circunstancialismo refletido na dimensão objetiva do dever de cuidado⁵¹.

Desta forma, o médico tem de ter em conta não só este critério, como ainda outras normas jurídicas reguladoras da sua atividade. Estas normas reguladoras são o Estatuto da Ordem dos Médicos⁵² e o Estatuto do Médico⁵³, que estabelecem um conjunto de deveres que devem ser observados no exercício da sua profissão⁵⁴.

Para além destas normas jurídicas o médico tem de ter ainda em conta as *leges artis medicinae*. Segundo Figueiredo Dias, trata-se de «normas escritas de comportamento (não jurídicas), fixadas ou aceites por certos âmbitos de atividades e destinadas a conformá-las dentro de padrões de qualidade e, nomeadamente, a evitar a concretização de perigos para bens jurídicos que de tais atividades podem resultar»⁵⁵. As *leges artis* surgem como regras que são expressão da autorregulação dos profissionais de saúde, sendo que em Portugal se espelham no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, onde se encontram os deveres que os próprios médicos reconhecem inerentes à sua atividade profissional e, ainda, recomendações de conduta

⁴⁹ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., pág. 1015

⁵⁰ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., pág. 1019

⁵¹ Fidalgo, Sónia *in* Responsabilidade penal... ob. cit., págs. 68 e 69.

⁵² Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de Junho (alterado pelo Decreto-Lei n.º 217/94, de 20 de Agosto e pela Lei n.º 117/2015)

⁵³ Decreto-Lei n.º 373/79, de 8 de Setembro.

⁵⁴ Fidalgo, Sónia *in* Responsabilidade penal... ob. cit., pág. 69

⁵⁵ Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., pág. 1020.

de caráter ético em alguns casos concretos com um elevado nível de dificuldade⁵⁶. De acordo com este Código Deontológico da Ordem dos Médicos, a infração das normas constantes no Estatuto da Ordem dos Médicos ou do Código Deontológico constitui uma infração de responsabilidade disciplinar aplicada pelos órgãos competentes da Ordem dos Médicos.

Estas fontes (não jurídicas) de verificação de deveres objetivos de cuidados são importantes para a apreciação da conduta do médico por parte do juiz como elemento auxiliar das restantes fontes constituídas pelas normas jurídicas.

Transpondo o que foi abordado para o nosso tema, temos de ter em consideração que temos de observar a violação de um dever de cuidado na conduta de um médico em relação ao bem jurídico vida intrauterina, em que o resultado dessa violação de dever de cuidado seja um aborto por negligência.

Ora, visto o que foi abordado previamente, temos que atentar ao facto de que para que o tipo de ilícito negligente se encontre preenchido é necessário que as normas de cuidado que se enquadram especificamente naquele tipo de ilícito concreto sejam violadas⁵⁷. Por conseguinte, o aborto por negligência não preenche um tipo de ilícito no ordenamento jurídico-penal português. Deste modo, se em concreto, estiver em causa o bem jurídico vida intrauterina, em consequência da violação de um dever de cuidado por parte de um médico, não haverá qualquer responsabilidade penal, visto que não estamos perante um crime negligente. Isto posto, o médico apenas poderá incorrer em responsabilidade civil ou disciplinar⁵⁸.

É de realçar que tudo o que foi enunciado sobre o aborto negligente praticado no âmbito da negligência médica, o conceito de médico deverá ser interpretado em sentido amplo abrangendo os restantes profissionais de saúde, como v.g. os enfermeiros, os técnicos de radiologia, entre outros.

⁵⁶ Fidalgo, Sónia *in* Responsabilidade penal... ob. cit., pág. 74.

⁵⁷ Fidalgo, Sónia *in* Responsabilidade penal... ob. cit., pág. 68.

⁵⁸ Sendo esta infração disciplinar regulada pelos órgãos da Ordem dos Médicos, de acordo com o artigo 139.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

2.2. O aborto por negligência profissional, fora do âmbito da Medicina:

Após a análise da negligência médica em sede de aborto por negligência, temos de ter em conta que, não só os médicos, devido às suas características profissionais, podem provocar um aborto por negligência. Neste sentido temos de ter em especial consideração, aqueles profissionais que detém uma relação laboral com a gestante, sendo que nesta relação a gestante é subordinada a este profissional. Isto decorre do facto de a gestante ao ser uma subordinada na sua relação laboral, o seu superior hierárquico a poder sobrecarregar de tal forma que a faz abortar. Ora aqui estamos perante um ato negligente do superior hierárquico, uma vez que, ao ter conhecimento que a gestante sua subordinada se encontrava grávida, criou riscos que poderiam ser evitados o que fez com que a gestante abortasse. Ora estamos a falar de negligência por parte do superior hierárquico relativamente à sua subordinada⁵⁹, isto devido ao facto, de a gestante se encontrar pressionada para cumprir as ordens deste, por recear vir a ser alvo de um processo disciplinar por desobediência.

3. A cláusula de exclusão de ilicitude da gestante no aborto negligente:

Ao longo deste percurso temos vindo abordando a temática do aborto por negligência e a sua possível tipificação seguindo como exemplo o artigo 146.º do Código Penal Espanhol, no entanto, quando neste artigo o legislador penal espanhol se refere, em particular, à gestante, este escolhe não punir a mulher grávida pela prática de aborto por negligência.

Esta é uma questão sensível pois encontra-se em causa um conflito de interesses, por um lado, temos a proteção que recai sobre a vida intrauterina, por outro lado, temos o direito à livre personalidade da mulher, que é posto em causa se esta for punida em sede de aborto negligente.

⁵⁹ Como refere Valle Muñoz, José Manuel; Quintero Olivares, Gonzalo *in Comentarios al Nuevo Código Penal*, apud García Arán, «inclua aqui suposições como a do proprietário da empresa ou responsável por um local de trabalho que causa a interrupção de uma gravidez, sujeitando as mulheres a condições de trabalho que envolvam esse risco, desde que os requisitos de imprudência grosseira sejam atendidos» (tradução livre).

O legislador espanhol optou pela não punibilidade da mulher grávida de forma a não condicionar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade desta, isto porque, se a gestante fosse punida traduzir-se-ia numa intromissão intolerável na liberdade da mulher grávida e de todas as pessoas que se envolvem na sua vida⁶⁰.

Relativamente a esta problemática, penso que, numa primeira abordagem, tendo em conta a perspectiva da mulher grávida, concordei com o raciocínio que o legislador espanhol pretendeu através da não punibilidade da mulher grávida pelo aborto por negligência. Concordei tendo em conta que, o que difere o aborto doloso do aborto negligente é a ausência de culpa, ou seja, a mulher grávida não tinha a intenção de fazer abortar ou que alguém a fizesse abortar. Isto para não falar que, se a gestante não pretendia abortar, então significa que tinha expectativas de vir a ser mãe, expectativas estas que se frustraram. Assim, apesar de um ponto de vista criminal, a gestante ter agido por negligência, de um ponto de vista psicológico caíra sobre a gestante um sentido de culpa, sendo que foi a própria gestante que se colocou em situação de risco, o que originou o aborto por negligência. Sendo que, foi através desta primeira abordagem, a pensar na possível pressão psicológica que a própria se auto coloca e o facto de lhe servir como exemplo para o futuro, de forma não seria necessário que a força punitiva do Estado entrevisse.

No entanto nem tudo é preto no branco e temos de ter em conta que as soluções que encontramos tem de ser adaptadas a cada caso concreto. Com isto, refiro-me ao casos de fronteira entre a negligência e o dolo eventual. Refiro-me concretamente aos casos de gestantes alcoólicas, que fumem excessivamente ou que sejam toxicodependentes. Nestes casos, em que a gestante sabe que está grávida, estamos perante uma situação em que a própria representa o perigo, mas não se conforma com a sua realização e continua a usar substância nocivas para o bebé e acaba por provocar o aborto sobre forma negligente. Nesta circunstâncias, estamos perante uma questão de relevo, pois se considerarmos a atuação da gestante como dolo eventual⁶¹, esta será punida em sede de aborto, porém se for considerada em sede de negligência

⁶⁰Peñaranda Ramos, Enrique – La Protección de la ... *In Revista de Derecho Penal y Criminología*, ob. cit.

⁶¹ De acordo com o artigo 14.º n.º3 do nosso Código Penal, «Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente atuar conformando-se com aquela realização».

consciente não será punida porque o aborto por negligência não é crime, em Portugal e, se fosse como ocorre em Espanha, também não seria porque a gestante não é punida por aborto negligente.

Ora, não é de primordial importância prevenir este tipo de perigos de onde podem resultar o aborto por negligência, uma vez que a gestante tinha consciência de que punha em perigo o feto e, mesmo assim, preferiu adotar o comportamento de risco apenas se conformando com a sua não realização?

Desta forma, considero que seja acertado que, perante as circunstâncias descritas, através da tipificação do aborto por negligência, não podemos simplesmente definir que a gestante não deva ser punida por abortar negligentemente. Ou seja, não devemos entrar num controlo exaustivo do processo gestacional da mulher grávida, interferindo, desta forma, na sua própria liberdade de expressão, ao ponto de se controlar todos os comportamentos que esta adote, desde a alimentação, até às suas tarefas de rotina⁶², mas sim, ter em conta certos fatores de risco elevado, como é o caso do abuso de álcool, tabaco e estupefacientes.

Constatamos, desta forma que, a gestante, de forma a não vir a sua liberdade drasticamente limitada devido à tipificação do aborto negligente, este deve ver a sua incriminação limitada, contendo assim uma cláusula de exclusão de ilicitude. Porém, esta cláusula deve deixar de ser válida nos casos em que a mulher grávida, tendo a consciência de que irá adotar comportamentos de risco extremo para o feto ou embrião, se convence que não irá acontecer nada de mal e adota na mesma estes comportamentos, em casos como o abuso do consumo de estupefacientes, álcool ou tabaco, devendo, nestes casos concretos a gestante ser punida em caso de aborto negligente.

⁶² Sobre este ponto ver Peñaranda Ramos, Enrique – La Protección de la ... *In Revista de Derecho Penal y Criminología*, ob. cit.

Capítulo III

O homicídio por negligência e o aborto por negligência

Quando falamos de um crime contra a vida que seja por negligência, o tipo-ilícito que se integra nesta categoria, sendo o único no capítulo dos crimes contra a vida, é o homicídio por negligência.

Ora, o homicídio por negligência, encontra-se previsto no artigo 137.º do Código Penal, que enuncia o seguinte: «1- *Quem matar outra pessoa por negligência é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2- Em caso de negligência grosseira, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos.*»

O tipo de ilícito negligente aqui representado visa a proteção do bem jurídico considerado o mais fundamental na nossa comunidade, a vida humana já formada. Assim sendo, a justificação da decisão político-criminal de punição do homicídio por negligência é fundamentada pela sua dignidade penal, visto que a sua tutela visa a proteção de um dos bens jurídicos mais significativos e, pela carência de pena face aos perigos iminentes da sociedade de riscos contemporânea⁶³.

Além disso, também Maria Joana de Castro Oliveira entende que a punição do crime de homicídio por negligência é totalmente compreensível devido ao facto de o bem jurídico que esta norma visa proteger, sendo que o legislador entendeu impor cuidados acrescidos, sendo, desta forma, «um facto ilícito cuja gravidade, no plano das consequências, se situa num patamar muito elevado».⁶⁴

No homicídio por negligência qualquer forma de negligência é punido, caso o resultado da conduta seja a morte. No artigo 137.º, n.º 2 do Código Penal surge a figura da negligência grosseira como agravante, ou seja, como circunstância modificativa da moldura penal. Relativamente à negligência grosseira, esta pode ser vista de duas formas, ou como agravante da pena, ou como fundamento desta. Quanto à definição da referida negligência grosseira, esta

⁶³ Dias, Jorge de Figueiredo; Brandão, Nuno *in* Comentário Conimbricense... ob. cit., pág. 175.

⁶⁴ Oliveira, Maria João de Castro *in* A imputação objetiva na perspetiva do homicídio negligente, pág. 179.

não é precisa, porém, segundo Figueiredo Dias, surge como «um grau essencialmente aumentado ou expandido de negligência».⁶⁵ Neste ponto temos de ter ainda em conta a posição de Roxin, que entende que é uma ação especialmente perigosa que caracteriza a negligência e não a atitude interna do agente, sendo que se o comportamento do agente é extremamente perigoso, conclui-se que há uma culpa intensificada, ou seja, deve haver um agravamento da pena proporcional ao elevado grau de perigo derivado do comportamento adotado pelo sujeito⁶⁶.

A punibilidade do homicídio por negligência, de acordo com Maria de Castro Oliveira, reside em vários fundamentos. O primeiro fundamento reside na falta de cuidado que o agente demonstra dado o «circunstancialismo concreto da situação e atendendo às suas capacidades para representar o correto e necessário cuidado exigido, bem como o resultado que previsivelmente se verificaria em virtude do seu não acatamento»⁶⁷. Outro fundamento que a autora refere é o facto de a punibilidade do homicídio por negligência ter de residir no princípio da culpa, uma vez que este «norteia todo o direito penal, mesmo nos casos de negligência inconsciente». O último fundamento traduz-se na «opção do legislador orientada no sentido de proteger os valores essenciais da sociedade e assim responsabilizar o agente infrator pelo respeito da vida e da integridade física e psíquica dos demais sujeitos do ordenamento jurídico bem como pelo respeito pela proteção dos interesses fundamentais da nação e da autoridade do Estado»⁶⁸.

Tendo em vista o bem jurídico protegido pela norma que tipifica e pune o homicídio por negligência, juntamente com o fundamento da punibilidade do crime, compreende-se a opção do legislador, numa perspetiva de política criminal, não se podendo desligar esta punição da finalidade atribuída às penas, conforme enuncia o artigo 40.º, n.º1 do Código Penal, nomeadamente a proteção dos bens jurídicos.⁶⁹

⁶⁵ Dias, Jorge de Figueiredo - Os velhos e novos problemas da negligência *in* Estudos dedicados ao Prof. Doutor... ob. cit., pág. 692 e Dias, Jorge de Figueiredo *in* Direito Penal... ob. cit., pág. 1050.

⁶⁶ Roxin, Claus *in* *Derecho Penal – Parte General Tomo I*, pág. 1026.

⁶⁷ Oliveira, Maria Joana de Castro *in* A imputação objetiva ... ob. cit., pág. 177 e ss.

⁶⁸ Oliveira, Maria Joana de Castro *in* A imputação objetiva ... ob. cit., pág. 177 e ss.

⁶⁹ Oliveira, Maria Joana de Castro *in* A imputação objetiva ... ob. cit., págs. 183 e 184.

Desta forma, atendendo aos fundamentos enunciados supra, temos de ter em conta que tanto no homicídio por negligência como no aborto negligente os fundamentos são análogos, isto porque se tivermos em conta a essência do homicídio por negligência e do aborto por negligência, ambos pretendem proteger a vida humana, apesar de o primeiro visar proteger a vida humana já formada, enquanto o segundo visa a proteção da vida intrauterina. Porém, apesar de o bem jurídico ser distinto, os fundamentos da tipificação do homicídio por negligência, servem de justificação para a possível tipificação do aborto por negligência, uma vez que se visa proteger o feto da falta de cuidado do agente que o coloca em perigo. Para além disso, o que está em causa uma é vida humana, apesar de intrauterina, é um dos valores essenciais da nossa comunidade jurídica, de forma que se tem de responsabilizar o agente pela falta de cuidado que coloque em risco este bem jurídico.

Destarte, tendo em consideração que tanto o homicídio por negligência como o aborto por negligência visam proteger a vida humana, poderemos equiparar a vida intrauterina e a vida humana já formada em termos de tutela penal? A resposta é claramente negativa, uma vez que estamos perante bens jurídicos diferentes, protegidos por crimes diferentes, uma vez que há uma diferenciação onde se atribui à vida humana já formada um maior nível de proteção do que à vida intrauterina, como é de constatar nos artigos respetivos ao homicídio e ao aborto onde, apesar de estar em causa vidas humanas, o homicídio detém uma moldura penal superior ao aborto, sendo que no homicídio a moldura penal prevista no artigo 131.º do Código Penal é de 8 a 16 anos de prisão, enquanto que, para o aborto a pena pode ir dos 2 a 8 anos de prisão. Para além das molduras penais temos, na parte especial do Código Penal Português, o seu capítulo I dedicado aos crimes contra a vida e, logo a seguir o capítulo II dedicado aos crimes contra a vida intrauterina, salientando um género de hierarquia entre crimes, colocando em primeiro lugar o crime que protege o bem mais essencial da nossa comunidade jurídica, seguindo-se os restantes⁷⁰.

Pois bem, se a vida humana já formada surge como o bem jurídico primordial, logo a seguir encontra-se o capítulo dedicado à vida intrauterina, sendo assim, temos de ter em conta

⁷⁰ Dias, Jorge de Figueiredo – Nótula antes do artigo 131.º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, pág. 7.

que é um dos bens jurídicos essenciais da nossa comunidade jurídica, logo após à vida humana já formada. Atendendo a estes factos, porque é que no nosso Código Penal, a vida humana já formada é protegida pelo homicídio por negligência, mas o aborto, que também visa proteger uma vida humana (em formação) não se encontra legalmente tipificado relativamente a atos negligentes que desencadeiam o aborto? Isto posto é também de relevância referir que, nesta linha de raciocínio, se a vida intrauterina é um dos bens essenciais da nossa sociedade, estando a sua tutela penal enquadrada no crime de aborto, localizada no capítulo II da parte especial do Código Penal, imediatamente após o crime de homicídio, cuja tutela penal visa proteger a vida humana, seguindo esta hierarquia de qualificação dos bens jurídicos, em terceiro lugar surge-nos a tutela penal da integridade física, sendo no capítulo dedicado à ofensa à integridade física, encontramos no artigo 148.º do Código Penal a tipificação do crime de ofensa à integridade física por negligência. Não deveria, desta forma, o legislador ter atribuído à vida intrauterina um mais elevado grau de proteção, nomeadamente tendo em conta que a nossa sociedade atual é uma sociedade de riscos, tipificando o aborto por negligência? A meu ver a resposta a esta questão devia ser positiva, uma vez que ao ser um dos bens essenciais da nossa comunidade jurídica e tratando-se de uma futura vida humana, um ser que irá adquirir personalidade jurídica, o legislador deveria atribuir uma maior proteção à vida intrauterina através da tipificação do aborto negligente, de forma a que sejam punidos os atos negligentes que colocam em perigo este bem jurídico.

Um dos fatores que se pode ter em conta para a tipificação do aborto por negligência reside na fronteira entre o fim do aborto por negligência e o início do homicídio por negligência que se situa na problemática do início da vida humana. Esta questão é muito relevante, uma vez que o aborto por negligência não é um crime no ordenamento jurídico-penal português, sendo que, se estivermos perante uma conduta negligente de onde deriva a morte poderá ocorrer em sede homicídio por negligência, estaremos assim perante o tipo-ilícito previsto no artigo 137.º do Código Penal.

Desta maneira, podemos afirmar a existência de duas teses relativas ao início da vida⁷¹. Uma dessas teses é alusiva ao Direito Civil, de acordo com o qual, o início da vida depende do «nascimento completo e com vida», como consagra o Código Civil Português no seu artigo 66.º, n.º 1. Por comparação, a segunda tese exprime o oposto, visto que salvaguarda que o início da vida sucede no começo do ato de nascimento e não com a sua completude, como refere a primeira tese, isto devido aos vários riscos que o parto acarreta.

Da minha perspetiva entendo que se deve adotar a segunda tese, subscrevendo à posição adotada por Figueiredo Dias. O autor entende que «o fim da proteção da norma do homicídio impõe que a morte dada durante o parto, seja qual for a via pela qual este se opere, se considere já um verdadeiro homicídio, antes que um aborto. Nesse sentido falta a necessidade de correspondência entre a especial força de tutela jurídico-penal e os especiais perigos que podem verificar-se no decurso do processo de nascimento»⁷² e, é de ter ainda em conta o argumento textual do artigo relativo ao infanticídio⁷³, uma vez que a morte poderá ocorrer durante o parto, onde esta morte é tida como um homicídio privilegiado.

Consequentemente temos de apurar o momento em que se inicia o ato de nascimento, sendo que de acordo com o autor referido supra, o ato de nascimento ocorre quando «se iniciam contrações ritmadas, intensas e frequentes que previsivelmente conduzirão à expulsão do feto», porém se tiver lugar um processo cirúrgico, será no momento em que este processo começa⁷⁴.

Desta forma, podemos concluir que, apesar de haver uma maior proteção penal devido à tese que defende que o início da vida ocorre com o início do ato de nascimento, ou seja, no início do parto, tutelando a morte do nascituro como homicídio por negligência, se a morte do nascituro ocorrer antes do ato de nascimento não há lugar à proteção penal por atos negligentes. Para além disso, com a tipificação do aborto por negligência deixa de ser necessário recorrer a estas conceções doutrinárias relativas ao início da vida, uma vez que, o feto já se encontra

⁷¹ Neste ponto, ver Dias, Jorge de Figueiredo – Nótula antes do artigo 131.º. In *Comentário Conimbricense...* ob. cit., pág. 7.

⁷² Dias, Jorge de Figueiredo – Nótula antes do artigo 131.º. In *Comentário Conimbricense...* ob. cit., págs. 8 e 9.

⁷³ Artigo 136.º Código Penal.

⁷⁴ Dias, Jorge de Figueiredo – Nótula antes do artigo 131.º. In *Comentário Conimbricense...* ob. cit., pág. 9.

protegido por uma tutela penal mais vasta, caso não sobreviva ao parto (sendo este um processo de risco elevado) devido a negligência. Assim, podemos considerar o artigo 66.º do CC como o início da vida, visto que é uma definição legal, aproximando o Direito Penal ao Direito Civil, para uma maior uniformização normativa, sem colocar em causa a vida do feto, estabelecendo uma barreira mais precisa quanto à delimitação do crime de aborto e do crime de homicídio. É por isso que se torna essencial a tipificação do aborto negligente, para proteger o feto nestas situações de negligência, apresentado um maior rigor jurídico.

Assim, atualmente, em caso de aborto por negligência apenas atua o Direito Civil, no âmbito da responsabilidade civil consagrada no artigo 483.º CC, através do pagamento de uma indemnização por danos não patrimoniais (artigo 496.º, n.º 2 CC) aos progenitores, como decorre do acórdão do TRC de 8 de março de 2017, Processo 232/13⁷⁵, e não o direito penal para punir a atuação negligente por parte do agente. Caso já esteja em curso o parto e, através de uma atuação negligente, antes de o nascimento ser completo, o nascituro vier a morrer, aí já o agente é punido por homicídio por negligência. É neste contexto que nos encontramos perante a fronteira da punibilidade e da não punibilidade de atos negligentes que colocam em perigo o bem jurídico vida, mesmo que esteja em causa a vida intrauterina, não deixa de ser um bem jurídico dos mais importantes da nossa sociedade enquanto sociedade de direito, sendo de extrema importância que o legislador reflita sobre a possibilidade de punir atos negligentes que provoquem o aborto.

⁷⁵ De acordo com o acórdão mencionado, ao ser violado um dever geral de respeito pelo bem jurídico vida, não subjetivado, esta pode ser englobada na norma do artigo 483.º, n.º 1 CC, através da leitura ampla do conceito de interesses alheios, sendo este o fundamento da obrigação de indemnização. Apesar de estarmos perante uma vida desprovida de personalidade jurídica, o artigo 496.º, n.ºs 2 e 3 CC permite incluir a morte do ser humano que ainda não nasceu, mas que foi concebido. Ainda neste âmbito vide Acórdão TRC de 29 de janeiro de 2013, Processo n.º 475/04.9.TBANS.C1.

Capítulo IV

Breve análise do crime aborto por negligência no direito penal espanhol

Contrariamente ao direito penal português, no direito penal espanhol, encontra-se tipificado no Código Penal, Livro II, Título II «Del Aborto», artigo 146., o aborto por negligência («Aborto Imprudente»)⁷⁶.

Nesse artigo 146 do Código Penal Espanhol encontramos três alíneas, a primeira diz-nos que, «*Qualquer pessoa que por negligência grave causar um aborto será punido com pena de prisão de doze a vinte e quatro fins de semana*», na segunda, «*Quando o aborto é cometido devido a negligência profissional, também deve ser aplicada a pena de inabilitação especial para o exercício da profissão, ofício ou cargo*», por último na terceira temos uma cláusula de exclusão de ilicitude da gestante «*A mulher grávida não será punida de acordo com este preceito*».

É através deste artigo 146.º que o legislador espanhol coloca termo à problemática da admissibilidade do aborto por negligência. Esta decisão de política criminal encontra justificação desde a valoração jurídica que apresenta o objeto de proteção, como da necessidade de combater os ataques com a maior carga prejudicial que poderia destruí-lo⁷⁷.

Desta forma, a reforma efetuada ao Código Penal Espanhol veio reforçar a proteção à vida intrauterina, através de duas vertentes, a primeira através da incriminação do aborto por negligência e, a segunda, pela tipificação das lesões ao feto. Desta forma os artigos 146.º, 157.º e 158.º do Código Penal Espanhol vêm responder às exigências da doutrina para o sancionamento da produção negligente de aborto e a causa de lesões no feto, tanto dolosas como negligentes que eram, anteriormente, consideradas impunes⁷⁸.

No contexto da punição do aborto negligente temos de ter em conta que se traduzirá numa intromissão na vida da gestante e do seu círculo social, uma vez que, haverá um maior controlo e regulamentação de todo o modo de vida da gestante e do meio que a rodeia durante

⁷⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁷⁷ Valle Muñoz, José Manuel; Quintero Olivares, Gonzalo *in Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 728.

⁷⁸ Peñaranda Ramos, Enrique – La Protección de la ... *In Revista de Derecho Penal y Criminología*, ob. cit., pág. 166.

a gravidez. É desta forma que se justifica, no direito penal espanhol, a limitação da punibilidade às ações de negligência grosseira em relação a terceiros que agem fora deste círculo, de modo a não colocar em causa o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher grávida, isto, de forma a que não seja exigido à gestante que reconfigure todo o seu modo de vida apenas pelo facto de estar grávida⁷⁹, o que pode constituir uma certa pressão sobre a gestante que poderá prejudicar a gravidez. Foi com este intuito que o Código Penal Espanhol de 1995 veio atribuir uma cláusula de exclusão da ilicitude se o aborto negligente for praticado pela própria gestante, tanto no caso do aborto negligente como nas lesões ao feto.

Para além de excluir a ilicitude da gestante no crime de aborto por negligência, o legislador espanhol foi mais além quando se fala em negligência praticada por negligência profissional, sendo que abrange não só os médicos, em termos de negligência médica, como também as relações laborais da gestante, que pode ser submetida a condições laborais que ponham em risco a vida ou saúde do feto ou embrião⁸⁰. Este preceito é inovador no sentido de ter uma proteção mais rigorosa da vida intrauterina.

O legislador espanhol optou por incriminar o aborto por negligência, juntamente com a lesões contra o feto de forma a ampliar o âmbito de proteção da vida intrauterina, uma vez que, de acordo com o Tribunal Constitucional Espanhol, a vida humana é vista como um processo, processo este que tem início dentro do útero materno, sendo uma realidade que se vai formando de forma corpórea, é uma vida que só terá termo com a morte⁸¹.

Como decorre no direito português, as penas relativas ao aborto e ao homicídio, no direito espanhol, também são distintas, isto porque, por um lado estamos perante bens jurídicos de natureza diversa e, por outro, devido à ideia seguida pelo Tribunal Constitucional Espanhol de que a vida humana, deve ter uma proteção contínua de carácter progressivo e intensificador, que se iniciará durante a gestação, ou seja, pela proteção do feto.⁸²

⁷⁹ Peñaranda Ramos, Enrique – La Protección de la ... *In Revista de Derecho Penal y Criminología*, ob. cit., pág. 218

⁸⁰ Valle Muñiz, José Manuel; Quintero Olivares, Gonzalo *in Comentarios al ...* ob. cit., pág. 728.

⁸¹ Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol – STC 53/1985.

⁸² Peñaranda Ramos, Enrique – La Protección de la ... *In Revista de Derecho Penal y Criminología*, ob. cit., pág. 180

Desta forma, comparativamente ao ordenamento político-criminal espanhol, podemos concluir que em Portugal temos, de facto, que ter em consideração a importância que o aborto negligente pode ter no nosso direito penal, uma vez que está em causa um bem jurídico dos mais importantes, que deve ser protegido, pois trata-se de uma vida, que deve ser acompanhada desde a sua formação no ventre materno e não só quando estivermos perante uma vida humana já formada. Desta forma e, tendo em conta o artigo 146.º do Código Penal Espanhol, devemos fazer uma abordagem sobre esta temática, devido à sua importância.

Sendo assim, o legislador português deve ter em conta que o feto merece tutela penal não só para crimes dolosos, mas também para crimes negligentes, como o reconheceu o legislador espanhol, de modo a que se conceda a devida proteção a este bem jurídico.

Epílogo

O ordenamento jurídico-penal português atribuí dignidade penal ao bem jurídico vida intrauterina através da tipificação do aborto no artigo 140.º do CP. Porém esta tutela só é atribuída ao aborto cometido de forma dolosa. A questão que foi abordada ao longo deste estudo foi a importância da tipificação do aborto por negligência, sendo agora possível apreender a importância desta tipificação.

Destarte percebe-se, em primeiro lugar, devido ao bem jurídico que se visa proteger. Com o aborto por negligência o bem jurídico que se pretende proteger, tal como no aborto doloso, é a vida intrauterina, ou seja, temos de ter em conta que estamos a referir-nos a uma vida humana, porém, sendo este o bem jurídico base da nossa ordem jurídica, sob a forma de vida intrauterina, qual o motivo deste não ser protegido dos atos negligentes pela nossa lei penal? Isto, tendo em conta o facto de que se encontra objetivamente consagrado na nossa Lei Fundamental, no artigo 24.º. Visto que estamos perante uma vida humana em formação, esta possui dignidade penal para ser protegida de atos negligentes, principalmente, tendo em consideração toda a temática que envolveu a despenalização do aborto até às 10 semanas de gravidez⁸³ por vontade da mulher grávida.

Em segundo lugar, temos de considerar o facto de que apesar de haver uma valoração diferente entre a vida humana (já formada) e a vida intrauterina (em formação)⁸⁴, estas derivam do mesmo direito fundamental, o direito à vida consagrado no artigo 24.º CRP. Desta forma, é importante punir o aborto por negligência da mesma forma que se pune o homicídio por negligência, com as devidas adaptações ao bem jurídico que se visa proteger.

O terceiro fator a ter em conta reside no facto de a nossa sociedade ser uma sociedade de riscos, de onde emerge a necessidade de atribuir um maior relevo penal aos atos negligentes e às ameaças que estes constituem para os bens jurídicos protegidos pelo nosso

⁸³ Como decorre do artigo 142.º CP, n.º1, alínea e).

⁸⁴ Quanto à diferenciação entre a vida humana já formada e a vida intrauterina, entende-se o facto de à primeira se atribuir uma maior tutela penal, como se pode verificar no facto de haver dois crimes distintos – homicídio e aborto -, com molduras penais distintas, tendo em conta que estamos perante dois bens jurídicos distintos.

ordenamento jurídico-penal. Refiro-me, nomeadamente, a certos setores profissionais, que influenciarão, concretamente, a segurança do feto ou embrião, devido à sua proximidade, podendo colocar em risco o bem jurídico que se visa proteger com a tipificação do aborto negligente.

A primeira profissão que nos surge com uma relação íntima à vida intrauterina é a medicina, mais especificamente, a negligência médica, que consiste na violação de um dever de cuidado por parte de um médico, sendo que se o resultado que advém dessa violação de dever de cuidado for um aborto, não há qualquer tutela penal. Sendo, por isso, importante que o legislador reveja a necessidade de tipificação do aborto negligente, devido aos perigos decorrentes do exercício da medicina. Contudo, não são apenas os médicos que devem ser considerados em sede de aborto negligente, mas também profissionais que detenham uma relação laboral com a gestante, submetendo-a a condições de risco que preencham os requisitos do aborto por negligência. Nestes casos, em que estamos perante a atuação de profissionais, com a tipificação do aborto por negligência, deve-se ponderar na formulação de uma pena acessória de inabilitação especial do exercício de funções. Consequentemente, é necessário afirmar que o aborto negligente é um crime comum, isto é, qualquer pessoa pode preencher este tipo negligente, daí a necessidade desta pena acessória para os profissionais, devido à imposição de uma dever de cuidado mais elevado proveniente das suas características enquanto profissional, no exercício das suas funções.

Entretanto, não podemos deixar de analisar os comportamentos efetivados pela mulher grávida. Isto porque, por um lado não podemos impor à gestante uma determinada conduta, um controlo penal do desenvolvimento da sua gestação, visto que isto colocaria em causa não só a sua liberdade, como também se traduziria num nível de pressão elevado sobre esta que poderia influenciar negativamente a gestação e, consequentemente a vida intrauterina. Isto não significa que se deva estabelecer uma cláusula de exclusão de ilicitude absoluta para a mulher grávida, uma vez que, há determinados comportamentos que comportam um risco elevado para o feto ou embrião, como é o caso do abuso de álcool, tabaco ou o uso de estupefacientes, sendo que, nestes casos concretos, a gestante deve ser punida por aborto negligente.

O último fator a considerar para a tipificação do aborto por negligência reside na maior precisão jurídica para qualificar o início da vida, visto que, atualmente, devido ao processo de nascimento (o parto) ser um acontecimento de elevado risco, para que os atos negligentes sejam punidos neste caso concreto, seguem-se concepções doutrinárias relativas ao início da vida⁸⁵, que, segundo a concepção adotada, o início da vida dá-se com o início do ato de nascimento (com o início das contrações que darão origem ao parto), de forma a que, se o feto não sobreviver ao parto devido à violação de um dever de cuidado por parte de um médico, a sua morte encontra tutela penal em sede de homicídio por negligência. Ora, com a tipificação do aborto por negligência estas concepções deixam de ser necessárias para atribuir proteção penal ao feto, uma vez que já estaria abrangido pelo crime de aborto por negligência, podendo, assim, ser considerado como início da vida o nascimento completo e com vida, conforme o artigo 66.º do Código Civil português, harmonizando o nosso Direito (Civil e Penal).

Após a exposição destas considerações é de concluir que, de facto, estamos perante uma lacuna por parte do nosso legislador, que escolheu não tipificar o aborto por negligência, sendo relevante, visto que estamos perante um bem jurídico que é digno de tutela penal não só para atos dolosos, como também para atos negligentes, em virtude da valoração ético-cultural que lhe é atribuída, de forma a conseguirmos uma maior proteção da vida intrauterina, bem como da gestante.

⁸⁵ Sobre este ponto ver Capítulo III.

Bibliografia:

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.^a edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, novembro 2015. ISBN: 9789725404898.

CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, julho de 2016. ISBN 978-972-40-0123-4.

CUNHA, J. M. Damião da – Comentário ao artigo 140º (Aborto). In *Comentário Conimbricense do Código Penal*. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2.

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno – Comentário ao Artigo 137º (Homicídio por negligência). In *Comentário Conimbricense do Código Penal*. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal Parte Geral - Tomo I*. 3.^a Edição. Coimbra: GESTLEGAL, outubro 2019. ISBN: 978-989-8951-24-3.

DIAS, Jorge de Figueiredo – Lei criminal e controlo da criminalidade. In *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. 1976.

DIAS, Jorge de Figueiredo – Nótula antes do artigo 131.º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal*. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2.

DIAS, Jorge de Figueiredo – Nótula antes do artigo 142º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal*. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Temas Básicos da Doutrina Penal*. 1.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. ISBN: 972-32-1012-6.

DIAS, Jorge de Figueiredo – Velhos e novos problemas da doutrina da negligência em Direito Penal. In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*. 1.^a Edição. Universidade Católica Editora. 2002. ISBN: 972-54-0044-5610074.

FIDALGO, Sónia – *Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa*. 1.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora, outubro de 2008. ISBN 978-972-32-1634-9.

OLIVEIRA, Maria João de Castro – *A imputação objetiva na perspetiva do homicídio negligente*. 1.^a Edição. Coimbra, Coimbra Editora. 2004. ISBN: 972-32-1265-X.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique – La Protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo. In *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, n.º 11 (2003).

ROXIN, Claus – *Derecho Penal, Parte General Tomo I*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. 2.^a Edição. Madrid: Civitas Ediciones, 2006. ISBN: 84-470-2545-4.

SILVA, Fernando – Homicídio por Negligência. In *Direito Penal Especial*. 2.^a edição. Lisboa: Quid Iuris?, 2008. ISBN 978-972-724-373-0.

VALLE MUÑIZ, José; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo – Título II, Del Aborto. In *Comentarios al Nuevo Código Penal*. 2.ª Edição. Elcano (Navarra): Aranzadi Editorial. ISBN: 84-8410-577-6.

Jurisprudência:

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, de abril de 1984.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85, de junho de 1985.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – Processo n.º 29004/10.3T2SNT.L1.S1.

Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 31/1982, de 13.04.1982, relator Lopes Rocha.

Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol STC 53/1985.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de janeiro de 2013 – Processo n.º 475/04.9TBANS.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 8 de março de 2017 – Processo n.º 232/13.1GBTCS.C1.

Legislação:

Código Penal Português, Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de Março (alterado pela Lei n.º 102/2019, de 06 de Setembro).

Código Penal Espanhol, Ley Orgánica 10/1995, 23 Noviembre del Código Penal.

Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de Junho (alterado pelo Decreto-Lei n.º 217/94, de 20 de Agosto e pela Lei n.º 117/2015).

Decreto-Lei n.º 373/79, de 8 de Setembro.

Código Civil Português, Decreto-lei n.º 47344/66, de 25 de novembro (alterado pela Lei n.º 85/2019, de 03 de Setembro).