



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Jéssica Soeiro Fernandes

A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO POR NEGLIGÊNCIA

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico –forenses, orientada pela Professora Doutora Sónia Fidalgo e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Outubro de 2020



Jéssica Soeiro Fernandes

A Criminalização do Aborto por Negligência
(Criminalization of negligent abortion)

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
Da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo
De Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre)
Na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Orientadora: Professora Doutora Sónia Fidalgo

Coimbra, 2020

Agradecimentos

À minha família, em particular, à mãe, aos meus amigos e ao Diogo, por todo o apoio que me dão, sempre.

À Prof. Doutora Sónia Fidalgo, por toda a disponibilidade demonstrada ao longo deste projeto.

Resumo

O objeto de estudo da presente dissertação é a possível criminalização do aborto por negligência no ordenamento jurídico português.

Conforme decorre da norma do artigo 13.º do Código Penal, um facto é punível a título de negligência apenas nos casos expressamente previstos na lei.

Atualmente, em Portugal, o referido diploma apenas prevê o crime de aborto na forma dolosa, no seu artigo 140.º, não se tendo pronunciado o legislador português relativamente a um crime de aborto por negligência.

Ou seja, daqui resulta que um sujeito que adote uma conduta negligente que resulte na morte do feto não incorre em qualquer responsabilidade criminal.

No entanto, tendo em conta os bens jurídicos em causa neste contexto, sobretudo a vida intra-uterina, que é um bem de primeira ordem, consagrado no artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa, não parece justo que este não beneficie de tutela penal quando é lesado por condutas negligentes.

Neste contexto surgem duas questões a que se pretende dar resposta nesta dissertação: a primeira prende-se com os casos em que o agente do crime é um profissional de saúde e o aborto ocorre no âmbito do exercício da sua atividade profissional e a segunda tem que ver com as situações em que a morte do feto é consequência de comportamentos negligentes levados a cabo pela própria mulher grávida.

Para concretizar o objetivo proposto, começarei por fazer uma breve abordagem à figura da negligência, seguida de um, também breve, estudo do crime de aborto doloso, de forma a enquadrar um possível crime de aborto por negligência no ordenamento jurídico português, fazendo ainda referência à solução consagrada no Código Penal Espanhol.

Palavras-chave:

- Aborto;
- Negligência;
- Aborto por negligência.

Abstract

The object of study of this dissertation is the possible criminalization of negligent abortion in the Portuguese legal system.

As is clear from the rule in the Article 13.º of the Penal Code, a fact is punishable by way of negligence only in the cases expressly provided by the law.

Currently, in Portugal, the referred diploma only provides the crime of abortion in its Article 140, and the Portuguese legislature has not pronounced itself on a crime of negligent abortion.

In other words, it follows that a person who adopts negligent conduct that results in the death of the fetus does not incur in any criminal liability.

However, taking into account the legal assets in question in this context, especially intra-uterine life, which is a first-rate asset, enshrined in Article 24 of the Constitution of the Portuguese Republic, it does not seem fair that it does not benefit from protection when it is injured by negligent conducts.

In this context, two questions arise and that are intended to be answered in this dissertation: the first concerns the cases in which the person who commits the crime is a health professional and the abortion occurs within the scope of his professional activity and the second has to do with situations in which the death of the fetus results of negligent behaviors carried out by the pregnant woman herself.

To achieve the proposed goal, I will start by making a brief reference to the figure of negligence, followed by a also brief study of the crime of abortion in order to frame a possible crime of negligent abortion in the Portuguese criminal law. At last, I also will mention the solution enshrined in the Spanish Penal Code.

Keywords:

- Abortion;
- Negligence;
- Negligent abortion.

Abreviaturas

Ac. - Acórdão

Al. - Alínea

Art. - Artigo

Cfr. - Confronte

CP - Código Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

IVG - Interrupção Voluntária da Gravidez

Nº - Número

Pág. - Página

TC - Tribunal Constitucional

Índice

Introdução	6
Capítulo I - A Negligência. Definição legal e considerações gerais.	7
1.1. Negligência consciente e inconsciente. Negligência grosseira	8
1.2. Estrutura dogmática da negligência e a doutrina do “duplo escalão”	10
1.2.1 Tipo de Ilícito: O tipo de ilícito negligente como violação de um dever de cuidado	10
1.3 A culpa negligente	11
Capítulo II - O crime de aborto	13
2.1. Evolução Histórica do crime de aborto no Direito Português.....	13
2.2. O bem jurídico	14
2.3. O Tipo objetivo de ilícito	14
2.4. As causas de justificação do aborto.....	16
2.4.1. Os modelos de justificação.....	16
2.4.2. O artigo 142.º como causa de justificação	17
Capítulo III - Aborto por Negligência	22
3.1- O bem jurídico.....	22
3.3. O tipo objetivo de ilícito.....	26
3.4. Soluções no direito comparado – O caso espanhol.....	30
Conclusão	33
Bibliografia.....	34

Introdução

O tema desta dissertação incide sobre o estudo da possibilidade de compatibilizar a criminalização do aborto por negligência com o ordenamento jurídico português.

Conforme decorre do artigo 13.º do Código Penal, um facto é punível quando for praticado com dolo ou a título de negligência, neste caso, somente quando tal se encontra expressamente previsto na lei. Este preceito consagra, portanto, um princípio da taxatividade no âmbito dos crimes por negligência.

Atualmente, em Portugal, o Código Penal apenas prevê o crime de aborto doloso, no seu artigo 140.º, não fazendo qualquer referência a um crime de aborto por negligência.

Ora, daqui resulta que o agente que adopte uma conduta negligente que provoque a morte de um feto, não incorre em responsabilidade criminal, o que se traduz numa desproteção do bem jurídico vida-intra uterina, bem este que encontra consagração no artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa.

Desta forma, apesar de este ser um bem jurídico de primeira ordem, não é completamente tutelado pelo sistema jurídico-penal português, na medida em que as agressões negligentes infligidas ao feto que resultem na sua morte não merecem qualquer atenção por parte do direito penal.

Ademais, nesta fase inicial da vida, em que o feto é tão vulnerável, deveria existir uma preocupação acrescida com a sua tutela, o que não se verifica hoje em dia, pois nem o aborto, como já se referiu, nem as ofensas à integridade física, têm relevância penal quando provêm de comportamentos negligentes.

Uma vez que só o aborto doloso é punido por lei, ficam de fora do âmbito de proteção deste crime os casos em que o aborto é resultado de negligência médica. E uma das questões a que pretendo dar resposta nesta dissertação prende-se justamente com esta problemática: deverá tipificar-se o aborto por negligência, de modo a que esses casos de negligência médica sejam devidamente punidos?

Outra questão diz respeito ao facto de que, por vezes, sucede que a morte do feto seja devido a atitudes negligentes da própria mulher grávida, nomeadamente, o consumo de álcool e estupefacientes. Nestas situações, deverá a esta ser-lhe imputada a prática de um crime?

Capítulo I - A Negligência. Definição legal e considerações gerais.

É no artigo 15.º do Código Penal que se encontra consagrada a figura da negligência. Nos termos deste artigo, ‘*age com negligência quem por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz, representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização ou não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto*’.

Os crimes por negligência começaram a ocupar um papel de relevo na doutrina penal a partir do século XIX, altura em que se deu a Revolução Industrial, que acarretou novos perigos decorrentes da utilização de nova maquinaria e novos produtos.

Aliados a estes efeitos da *industrialização*, estão também os efeitos resultantes dos riscos inerentes ao constante desenvolvimento técnico e científico a partir da segunda metade do século XX.

É neste contexto da chamada ‘*sociedade do risco*’ que a negligência começa a desempenhar uma função cada vez mais fundamental. Tal prende-se com o facto de cada vez mais as lesões a bens jurídicos resultarem da inobservância de regras de cuidado e não da vontade do agente¹.

Esta vicissitude motivou o legislador a ocupar-se mais frequentemente com a previsão de crimes cometidos por negligência, aumentando, desta forma, o leque deste tipo de delitos.

A negligência é, no entender de Figueiredo Dias, ‘*uma forma básica do aparecimento do crime*’, encontrando-se, assim, ao mesmo nível do dolo, não sendo uma forma menos agravada de um determinado crime doloso. Nas palavras do referido autor, o facto negligente é um ‘*aliud relativamente ao facto doloso correspondente*’. Isto quer dizer que o mesmo facto desvalioso, por exemplo, um homicídio, consoante tenha sido cometido a título doloso ou a título negligente, consubstanciará dois tipos legais de crime diferentes (respetivamente, homicídio (doloso) e homicídio por negligência).

Daqui resulta que, apesar de, quer o dolo, quer a negligência, serem ambas formas básicas do aparecimento do crime, há diferenças entre si. Enquanto que nos crimes dolosos

¹CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Pp.523 e 524.

a vontade do agente visa a realização integral do tipo, no caso dos crimes negligentes isto não acontece, porquanto a conduta do agente não preenche o elemento volitivo.

No entanto, e ao contrário do que defende Figueiredo Dias, não deixa de haver quem considere a negligência uma forma especial do aparecimento do crime, o que se justificaria pela razão histórica de, em regra, relativamente ao crimes negligentes, vigorar um princípio da taxatividade segundo o qual estes apenas seriam puníveis ‘nos casos expressamente previstos na lei’.

A necessidade de se punir determinados tipos de crime negligentes decorre da dignidade penal dos bens jurídicos em causa, quando sejam considerados os mais importantes da ordem jurídica legal e da necessidade de pena, quando se trata de fontes de perigo grave que originem, frequentemente, resultados desvaliosos por violação do dever de cuidado e que ponham em causa a subsistência de uma comunidade.

1.1. Negligência consciente e inconsciente. Negligência grosseira

Atendendo à definição de negligência conferida pelo Código Penal, no art.º 15.º, é possível distinguir entre a negligência consciente, na alínea a), e negligência inconsciente, na alínea b).

Assim, a negligência consciente caracteriza-se pelo facto de o agente representar como possíveis os perigos decorrentes da sua ação sem, contudo, acreditar que os mesmos venham efetivamente a concretizar-se, lesando determinado bem jurídico, ao passo que a negligência inconsciente verifica-se quando o agente não chega sequer a representar como possível que a sua conduta poderá originar uma lesão num bem jurídico.

Esta distinção tem relevância quer no plano da culpa, quer no plano do ilícito.

Desde logo, ao nível da culpa, e ao contrário do que é usual pensar-se, a negligência consciente não é, necessariamente, mais culposa do que a negligência inconsciente, na medida em que na negligência consciente o agente representa a possibilidade de o seu comportamento ser susceptível de causar um resultado desvalioso, ao passo que na negligência inconsciente há a ausência dessa representação.

No entanto, como refere Taipa de Carvalho, ‘*consistindo a culpa negligente numa atitude ético-pessoal de descuido ou leviandade (numa como personalidade descuidada ou leviana) perante os bens jurídico-penais colocados em risco por uma ação*

que a experiência demonstra ser perigosa, o facto de o agente nem sequer representar tais riscos pode, na maior parte dos casos, ser revelador de uma personalidade que já se ‘habitou’ a não representar sequer os perigos da sua ação. Uma tal personalidade, uma tal atitude é mais perigosa (sob o ponto de vista social e político-criminal) e mais culposa do que aquele que, embora não deixe de ser censurável, diante de uma ação em si mesma perigosa, atualiza tais perigos. É que este, por força da tensão ética interior que a possibilidade de um resultado desvalioso lhe desperta será, naturalmente, levado a não ser tão descuidado como aquele que, por força do hábito de descuido, nem sequer lhe vem à cabeça os riscos da ação que pratica.’²

É neste contexto da culpa negligente que surge a negligência grosseira, enquanto *‘forma qualificada do agir negligente.’³*

Efetivamente, o legislador, partindo do conceito geral de culpa negligente, autonomizou a negligência grosseira como causa de agravação modificativa da pena aplicável a um crime. Exemplo disto é o homicídio por negligência, previsto no art.º 137.º do Código Penal. Nos termos do n.º 1 do referido preceito, quem matar outra pessoa por negligência “simples” é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa contudo, caso se verifique que tenha ocorrido negligência grosseria, a moldura penal é agravada, podendo o agente ser punido com pena de prisão até 5 anos, conforme decorre do n.º 2.

De acordo com Faria Costa, *‘a negligência grosseira existirá, na verdade, sempre que, por força de um alto e inqualificável teor de imprevisão, ou por força de uma profunda ausência de cuidado elementar, forem desrespeitadas as mais evidentes regras de cuidado- de- perigo para com o outro.’⁴*

Como critérios de aferição da existência de negligência grosseira devem ser considerados a especial relevância do bem jurídico lesado, a intensidade acrescida do perigo, isto é o forte risco de produção do resultado e ainda o especial dever de cuidado a que o agente está sujeito, atendendo às suas características pessoais.

² CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 535

³ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 393

⁴ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p.393

1.2. Estrutura dogmática da negligência e a doutrina do “duplo escalão”

A estrutura do facto negligente resulta do prómio da norma do art.º 15.º do CP, que consagra a doutrina do “duplo escalão”.

Nos termos do referido preceito, a estrutura fundamental da negligência contempla o tipo de ilícito, isto é, a violação do cuidado a que, segundo as circunstâncias, o agente está obrigado (a violação do cuidado devido), e o tipo de culpa, enquanto violação do cuidado que o agente, segundo os seus conhecimentos e capacidades pessoais, está em condições de prestar.

De acordo com mencionada doutrina, o tipo de ilícito do facto negligente considera-se preenchido sempre que uma conduta se afaste da que era devida numa situação de perigo para bens jurídico-penalmente relevantes. Não é suficiente a mera causação de um resultado, sendo ainda necessário que tenha havido violação de um dever de cuidado que recaia sobre o agente. Isto é, implica que o resultado fosse previsível e evitável para o “homem médio” pertencente à categoria intelectual e social e ao círculo de vida do agente.

E apenas quando o tipo de ilícito negligente se mostre preenchido pelo comportamento em causa fará sentido então averiguar se está ou não preenchido o tipo de culpa do facto negligente, ou seja, se o dever de cuidado que sobre o agente impende poderia ter sido por este prestado, de acordo com as suas capacidades pessoais.

1.2.1 Tipo de Ilícito: O tipo de ilícito negligente como violação de um dever de cuidado

Conforme refere Figueiredo Dias, *“o tipo de ilícito negligente considera-se preenchido por um comportamento sempre que este discrepa daquele que era devido em um situação de perigo para bens jurídico-penalmente relevantes, para deste modo se evitar uma violação juridicamente proibida.”*⁵

Desta noção de tipo de ilícito negligente depreende-se que, para que se verifique a ilicitude do facto, este pressupõe a observação de dois elementos: a violação do dever de cuidado e a possibilidade objetiva de prever o preenchimento do tipo legal de crime.

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 864

Assim, em primeiro lugar, conforme resulta do artigo 15.º do Código Penal, segundo o qual age com negligência quem ‘ *não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz*’, o comportamento do agente tem de traduzir-se numa violação do dever objetivo de cuidado, entendida como ‘*a 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 de objetivo de ilícito*’⁶.

Deste preceito é possível extrair a ideia de que a violação do dever de cuidado que impende sobre o agente consubstancia o ‘*desvalor de ação*’ próprio do facto negligente.

Em segundo lugar, é necessário que o perigo seja objectivamente previsível, o que apenas ocorre quando o agente, enquanto pessoa ‘*consciente e cuidadosa*’⁷, vislumbra a sua conduta como sendo susceptível de provocar um resultado desvalioso.

Posto isto, o agente está vinculado a atuar com o cuidado objetivamente exigível sempre que o perigo seja objetivamente previsível. Contudo, nas situações em que o agente cumpra o dever objetivo de cuidado a que está obrigado e mesmo assim o resultado desvalioso se produz, então não será possível imputá-lo à conduta do agente, porquanto não se verifica o ‘*desvalor de ação*’.

1.3 A culpa negligente

O conteúdo da culpa negligente resulta da ‘*censurabilidade da ação ilícita-típica em função da atitude interna juridicamente desaprovada que naquela se expressa e a fundamenta.*’⁸

A culpa negligente traduz-se na ‘*atitude ético-pessoal de descuido ou leviandade do agente perante o bem jurídico lesado ou posto em perigo pela respetiva ação ilícita*

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 870.

⁷ O critério do ‘homem consciente e cuidadoso’ é o critério preferido pela generalidade da doutrina por ser mais adequado do que o critério do ‘homem médio’. Isto porque ‘*pode acontecer que o comportamento corrente, isto é, adotado pela maioria dos agentes de determinado sector seja descuidado, imprudente, não deixando, contudo, tais comportamentos de serem considerados negligentes*’. Sobre este assunto ver CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 527.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

*negligente'' , sendo que o que se censura no juízo de culpa negligente ao agente é a sua atitude de descuido que põe em risco bens jurídico-penais. ''*⁹

Ou seja, para que exista culpa negligente, com preenchimento do tipo de culpa, é necessário que o agente possa, de acordo com as suas capacidades pessoais, cumprir o dever de cuidado a que se encontra obrigado.

São pressupostos da culpa negligente a previsibilidade subjetiva do perigo e a possibilidade de o agente ter cumprido o dever objetivo de cuidado.

Este primeiro pressuposto traduz-se na capacidade de o agente prever os riscos do seu comportamento, que deve ser aferida de acordo com as suas aptidões individuais e as circunstâncias concretas do caso.

Por sua vez, a possibilidade pessoal de o agente cumprir o dever de cuidado significa que, de acordo com os seus conhecimentos e as suas capacidades pessoais, este é capaz de cumprir o dever de cuidado que sobre ele impende.

Contrariamente, se o agente não possuir tais capacidades para cumprir o cuidado exigível, prevenindo que da sua conduta resultassem desvaliosos, então, à partida, não poderá ser considerado culpado, conforme decorre, *a contrariu*, do próprio artigo 15.º do Código Penal, que estatui que '*age com negligência quem (...) não proceder com o cuidado (...) de que é capaz*'.

Neste sentido, no entanto, surge a culpa por assunção, de acordo com a qual, sempre que o agente represente ou tenha a possibilidade de representar os riscos inerentes ao seu comportamento, sabe, ou deveria saber que não se encontra em condições de levar a cabo o dever de cuidado que a prática da sua implica. Isto é, o agente conhece ou deveria conhecer que ao praticar determinada ação, não está em condições para controlar os efeitos que esta produzirá

⁹ CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 530.

Capítulo II - O crime de aborto

2.1. Evolução Histórica do crime de aborto no Direito Português

O Código Penal Português de 1886 estabelecia, no seu artigo 358.º, a punição plena do crime de aborto. De acordo com a redação do referido preceito, ‘*aquele, que de propósito fizer abortar uma mulher pejada, empregando para este fim violências, ou bebidas, ou medicamentos, ou qualquer outro meio, se o crime for cometido sem consentimento da mulher, será condenado na pena de prisão maior temporária com trabalho*’.

Com a introdução desta norma na lei, os crimes de homicídio e aborto passaram a constituir dois crimes diferentes, autónomos entre si, o que não sucedia até então.¹⁰

Na versão originária do Código Penal de 1982, que vigora até hoje, reafirmou-se a posição do diploma anterior ao consagrar, no artigo 139.º, o crime de aborto autonomamente e a sua punição plena.

Contudo, começava a fazer-se sentir a necessidade de permitir a prática do aborto em determinadas circunstâncias, nomeadamente quando da continuidade da gravidez resultassem lesões graves e irreversíveis, quer para a mãe, quer para o bebé.

Tal veio a acontecer com a Lei 6/84, de 11 de Maio, que alterou o Código Penal e introduziu a ‘exclusão da ilicitude do aborto’, desde que praticado com o consentimento da mulher grávida e ao abrigo de umas das indicações previstas no artigo 140.º do CP.

Uma das alterações mais importantes em matéria de Interrupção Voluntária da Gravidez resultou da resposta positiva à questão «*Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?*», colocada no referendo datado de 11 de Fevereiro de 2007, o segundo referendo acerca desta matéria.¹¹ Consequentemente, a Lei 16/2007, de 17 de Abril, conferiu expressão legislativa ao referendo, reformulando o artigo 142.º do Código Penal, ao qual acrescentou a al. e), de

¹⁰ No livro das Ordenações Filipinas fazia-se uma breve menção sobre o aborto, ordenando-se a perseguição das mulheres suspeitas de terem recorrido a esta prática sem, contudo, ser feita uma distinção entre aborto e homicídio. Sobre este assunto ver SILVA, Fernando. *Direito Penal Especial: os crimes contra as pessoas*. 3.ª ed. Lisboa: Quid Juris?, 2011. P. 192

¹¹ Em 28 de Junho de 1998, foi realizado um referendo no qual se questionava os eleitores sobre a sua concordância, ou não, com a ‘*despenalização da IVG, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado*’. A maioria dos votantes respondeu negativamente.

acordo com a qual a interrupção voluntária da gravidez não é punível se “ *for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez*”.

2.2. O bem jurídico

Adianta-se, desde já, que se considera que os bens jurídicos tutelados pela incriminação do aborto são a vida intra-uterina, a integridade física e a liberdade de decisão e de realização da vontade da mulher grávida.

Porém, tendo em conta a coincidência entre os bens jurídicos protegidos entre este crime e um possível crime de aborto por negligência, deixa-se as considerações sobre este assunto para o capítulo III, para o qual se remete.

2.3. O Tipo objetivo de ilícito

O crime de aborto tem como objeto o feto ou embrião, sendo que esta distinção não assume grande relevo para efeitos de punibilidade. Para o efeito, pressupõe-se que tenha ocorrido já a implantação do embrião no útero, isto é, a nidação, sendo a partir daí que se inicia a tutela da vida intra-uterina, que se estende até ao momento em que se inicia a vida humana para efeitos de tutela penal.

O crime de aborto é um crime de resultado, que tem como consequência a interrupção da gravidez, ou seja, a morte do feto/embrião, provocada voluntariamente, seja através da expulsão prematura ou da sua destruição dentro do ventre materno.

É necessário que se prove que o feto ainda estava vivo no momento em que se praticam as “manobras abortivas” e que venha a morrer na sequência destas.

A ação consiste em fazer abortar, sendo indiferente os meios de execução, desde que estes resultem na morte do feto/embrião. Por isso, é um crime de execução livre, uma vez que a lei não estabelece quais os meios através dos quais se faz abortar.

A conduta do agente tem de ter lugar num momento em que o feto se encontra vivo e a sua morte tem de ser consequência de tal conduta, ou seja, exige-se a demonstração do nexu causal entre os meios empregados pelo agente e o aborto.

O crime de aborto encontra-se tipificado no artigo 140.º do Código Penal, onde se encontram consagradas três modalidades de aborto, com graus de gravidade distintos: o aborto passivo, no n.º1, o aborto consentido, no n.º 2 e o aborto ativo, no n.º 3.

O aborto passivo é, nos termos do artigo 140.º, n.º1 do Código Penal, aquele que é praticado contra a sua vontade da mulher grávida. O consentimento, nesta situação, constitui um elemento negativo do tipo, na medida em que é necessário que este não se verifique para que se esteja perante uma conduta criminosa.

O aborto passivo é a forma mais grave do cometimento do aborto, sendo punido com uma pena de prisão de 2 a 8 anos, como resulta do disposto no artigo 140.º, n.º 1 do Código Penal, sendo que o aborto consentido e o aborto ativo são punidos com uma pena de prisão até 3 anos.

Esta severidade acrescida com que o aborto passivo é punido comparativamente às duas outras modalidades resulta do facto de *‘o desvalor da conduta ser necessariamente maior, e por neste tipo serem protegidos os bens jurídicos relativos à mãe, como a sua integridade física, a expectativa da maternidade e a sua liberdade de decisão’*¹², que nos outros casos não estão protegidos porque a mulher grávida abdicou de tal proteção, ao consentir na prática do aborto.

O aborto consentido, consagrado no n.º 2 do artigo 140.º do CP, resulta do facto de alguém fazer abortar uma mulher grávida com o seu consentimento. Neste caso, é indiferente quem tem a iniciativa para que o aborto se venha efetivamente a concretizar, relevando apenas que o agente atue com o consentimento da mulher grávida.

Nesta modalidade, o consentimento é indispensável para que se considere que a conduta é típica, surgindo assim, como um elemento positivo do tipo.

O consentimento de que aqui se fala trata-se de um consentimento *‘naturalístico’*¹³, porquanto é preciso averiguar, em cada caso concreto, se houve ou não a anuência da mulher grávida, não se estabelecendo qualquer condição quanto à forma de prestar o consentimento, quer no que diz respeito ao modo de o fazer, quer no que respeita às condições da mulher grávida. Basta apenas que o consentimento se traduza num ato livre e informado da mulher grávida.

¹² SILVA, Fernando. *Direito Penal Especial: os crimes contra as pessoas*. 3.ª ed. Lisboa: Quid Juris?, 2011. p. 199

¹³ SILVA, Fernando. *Direito Penal Especial: os crimes contra as pessoas*. 3.ª ed. Lisboa: Quid Juris?, 2011. Pág. 197

Por fim, o aborto ativo corresponde aos casos em que a gestante faz-se abortar a si própria, através de manobras abortivas que exerça sobre si mesma ou ainda através do consentimento prestado a terceiro.

2.4. As causas de justificação do aborto

O Código Penal de 1982, na sua versão originária, consagrava nos seus artigos 139.º, 140.º e 141.º, os crimes de aborto, aborto consentido e aborto agravado, respetivamente, sendo que em nenhuma dessas normas fazia alusão a causas de justificação. Quer isto dizer que proibia totalmente qualquer forma de aborto. Contudo, começou a discutir-se a possibilidade de permitir-se o recurso a tal prática em determinadas circunstâncias, o que culminou em várias alterações legislativas que começaram por introduzir um regime de justificação do aborto, que se encontra, atualmente, plasmado no artigo 142.º do Código Penal.

2.4.1. Os modelos de justificação

São três os modelos usados para definir a justificação do aborto: o modelo dos prazos, o modelo das indicações e o modelo da punição plena.

O modelo dos prazos é o modelo adotado na generalidade dos Estados europeus (Holanda, Bélgica, França, etc) e caracteriza-se por considerar lícito o aborto praticado dentro de um determinado prazo. Tem por base o grau de desenvolvimento do feto, correspondendo, normalmente, ao período de tempo em que a estrutura do tronco cerebral ainda não está completa e definitivamente constituída. Este prazo varia entre as 10 e as 12 semanas.

A adoção deste modelo está intrinsecamente ligada ao papel que a mulher grávida assume na decisão acerca da gravidez, conferindo-lhe autonomia na opção sobre o seu corpo e a desnecessidade de fundamentar a decisão de interromper voluntariamente a gravidez.

Este modelo parte do princípio que a vida intra-uterina tem diferentes níveis de desenvolvimento, a que correspondem valores distintos, quer em termos qualitativos, quer

em termos quantitativos, dispensando-se a necessidade de tutela enquanto o feto não tiver a sua estrutura do tronco cerebral formada.

Por sua vez, o modelo das indicações determina que o aborto seja praticado apenas em circunstâncias excepcionais, carecendo, por isso, a decisão pela interrupção voluntária da gravidez de fundamentação, sendo necessário, ainda, fazer prova das circunstâncias que fundamentam essa decisão. A justificação para o aborto reside no facto de a gravidez representar para a mulher grávida (e até mesmo para o feto), um conjunto de lesões irreparáveis. Ou seja, é necessário fazer uma ponderação dos interesses que se visam salvar e perceber se estes justificam o sacrifício da vida intra-uterina.

Já o modelo da punição plena, como o próprio nome indica, caracteriza-se por não admitir, em caso algum, o recurso ao aborto. O facto de se encarar o aborto como um facto ilícito e que deve ser punido tem por base o entendimento de que o direito à vida intra-uterina, equiparada à vida humana de pessoa já nascida, é um valor pleno e absoluto, não se aceitando qualquer lesão deste. Este é o que modelo vigora, atualmente, em países como o Brasil, Polónia e Malta e vigorou, até muito recentemente, na Irlanda¹⁴.

O regime português atual resulta das alterações introduzidas pela Lei n.º 6/84, de 11 de Maio, que instituiu causas de exclusão de ilicitude para alguns casos de interrupção voluntária da gravidez, e da Lei n.º 90/97, de 30 de Julho, que regulou os prazos em que se poderia praticar tais atos.

O nosso modelo parte, portanto, de uma conjugação dos modelos dos prazos e das indicações uma vez que *‘assenta em uma base que corresponde, na sua essência, ao modelo das indicações, exigindo que a prática do aborto seja sempre motivada por determinada circunstância, das que estão expressamente tipificadas na lei, mas também que a sua prática ocorra dentro de determinado tempo de gravidez. Basicamente o regime de justificação do aborto consagra a conjugação de três elementos: as indicações, o prazo e o consentimento da mulher grávida.’*¹⁵

2.4.2. O artigo 142.º como causa de justificação

¹⁴ Em Portugal, foi o modelo instituído pelo Código Penal de 1982 e que subsistiu até às alterações introduzidas pela Lei n.º 6/84.

¹⁵ SILVA, Fernando. *Direito Penal Especial: os crimes contra as pessoas*. 3.ª ed. Lisboa: Quid Juris?, 2011. Pp. 211 e 212.

O artigo 142.º do Código Penal contempla, taxativamente, um conjunto de indicações ao abrigo das quais é possível interromper a gravidez sem que esse acto seja considerado ilícito.

❖ A al. a) do n.º 1 do referido preceito prevê a **indicação médico-terapêutica**, no âmbito da qual vigora um princípio de subsidiariedade estrita e absoluta na medida em que esta é aplicável às situações em que a interrupção da gravidez surja como a única solução viável para afastar um perigo causado pela gravidez, eminente ou já instalado, para a vida ou saúde física e psíquica da grávida, e que possa traduzir-se numa ofensa grave e irreversível à saúde ou ao corpo ou à vida desta.

Quanto ao perigo, este tem de tratar-se de um perigo atual, real e efetivo, que já se verifica concretamente, não relevando para este conceito as condutas meramente preventivas, que visem apenas minimizar o risco de esse perigo se vir a concretizar.

Ao abrigo desta indicação, a IVG poderá ocorrer a todo o tempo.

❖ Na alínea b) do n.º 1 do artigo 142.º do CP, prevê-se a **indicação médico-terapêutica em sentido lato**, segundo a qual o aborto é justificado quando se mostre como o método indicado para *“evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida”*.

Comparativamente com a indicação médico-terapêutica em sentido estrito, verifica-se um alargamento dos seus limites, desde logo porque o aborto surge como *uma das* maneiras indicadas para evitar o perigo, e não como *a única* maneira de remover o perigo. Logo, já não se está perante um princípio de subsidiariedade estrita e absoluta.

Para além disto, ainda que se continue a exigir a gravidade da lesão, esta não tem de ser irreversível, como sucede com a indicação anterior, bastando o seu carácter duradouro. Assim, o dano que a continuidade da gravidez provavelmente produzirá na saúde da mulher grávida tem de ser grave e duradouro.

Por fim, enquanto que a indicação médico-terapêutica em sentido estrito pode ser realizada em qualquer altura da gravidez, a presente indicação só pode ser realizada até às primeiras 12 semanas.

❖ O recurso ao aborto de acordo com a **indicação fetopática**, consagrada na al. c) do n.º 1 o art.º 142 do CP, justifica-se pelo facto de o feto padecer, ou de poder vir a padecer, de alguma doença grave e irreversível, que pode consistir numa perturbação

corporal ou mental, ou de malformação congénita que põe em causa a sua sobrevivência ou que comprometa a qualidade de vida do nascituro após o nascimento.

Mesmo na hipótese de o estado de doença ou malformação ter sido provocado por condutas da mulher grávida, como por exemplo, o consumo de álcool ou drogas, deve considera-se que esta indicação vale para justificar o aborto.

O limite máximo até ao qual se pode fazer um aborto ao abrigo desta indicação fixa-se nas primeiras 24 semanas de gravidez, por ser dentro deste prazo que é possível detetar-se a maioria das doenças ou malformações.

Se se tratar de um feto inviável, portanto, de um feto que não tem capacidade de sobreviver por si fora do útero materno, então o aborto pode ser realizado a todo o tempo, porquanto, não faria sentido exigir-se à gestante que levasse avante uma gravidez cujo fruto não iria subsistir porque, para além de se estar a alimentar uma expectativa sobre a maternidade, que não se consumará, está-se a criar riscos para a saúde da própria mãe.

❖ A Lei n.º 6/84 estatua no seu artigo 140.º, n.º1, al. d) que o aborto não era punível se existissem ‘*sérios indícios de que a gravidez resultou de violação da mulher*’.

Atualmente, a indicação **ético-criminológica** não se restringe apenas às situações de violação, abrangendo todos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, previstos nos artigos 163.º a 176.º do CP. Assim, ‘*fica de todo o modo claro que a indicação se verifica relativamente a todos os casos em que do crime sexual pode, pela natureza das coisas, resultar a gravidez da vítima*’¹⁶, e não apenas aos casos em que a gravidez é consequência de uma violação.

Como o próprio nome indica, esta indicação tem subjacente um carácter ético, visando atenuar as consequências para a mulher que engravidou após ser vítima de um crime de natureza sexual. Não se pode exigir a continuidade de uma gravidez indesejada, fruto de uma relação sexual contrária à vontade da mulher, sob pena de se pôr em causa a sua saúde mental e relações sociais.

Importa ainda acrescentar que neste contexto não é exigível que se esteja perante um crime no sentido formal, enquanto facto típico ilícito e culposo, sendo apenas necessário que o ato sexual praticado corresponda ao que está tipificado na lei como crime e que se possa estabelecer umnexo de causalidade entre este e a gravidez da mulher.

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*: Tomo I. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. pp. 289

A norma do artigo 142.º, n.º 1, al. d) do Código Penal não exige que haja a condenação do agente pela prática do crime nem que a vítima apresente queixa - crime contra o agressor.

No que a prazos diz respeito, a IVG deve ser praticada até à 16.ª semana.

❖ Na sequência do referendo de Fevereiro de 2007, no qual se aprovou o **aborto realizado por opção da mulher**, foi aditada, ao artigo 142.º n.º 1 do CP, pela Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, a al. e), segundo a qual a interrupção da gravidez não é punível ‘*se for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez*’. Foi assim consagrado o modelo do prazo no sistema penal português.

O artigo 142.º n.º 4, al. b) do CP impõe que o consentimento, neste caso, seja prestado em documento assinado pela mulher grávida, que deverá ser entregue no estabelecimento de saúde até ao momento da intervenção.

Nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 16/2007, a grávida deverá frequentar uma consulta obrigatória a fim de lhe proporcionar toda a informação relacionada com o procedimento, cabendo ao estabelecimento de saúde onde se realiza a IVG garantir a realização de tal consulta em tempo útil.

A referida lei salvaguarda ainda o direito à objeção de consciência dos médicos e demais profissionais de saúde relativamente a todos os atos respeitantes à IVG. A declaração de objeção de consciência tem carácter reservado, é de natureza pessoal, e a lei assegura que, em caso algum, esta possa ser objeto de registo ou publicação ou fundamento para qualquer decisão administrativa.

Contudo, para que o aborto não seja punível, não basta apenas que se verifique alguma das indicações mencionadas, sendo necessário que se estejam preenchidos os seguintes requisitos, comuns a todas estas causas de justificação.

Desta forma, é imperativo que a IVG seja realizada por ou sob orientação de médico, num estabelecimento de saúde oficializado, a fim de assegurar que esta ocorra em circunstâncias o menos lesivas possível para a integridade física da mulher grávida, conforme decorre do artigo 142.º, n.º 1 do Código Penal.

Ademais, resulta do n.º 2 do artigo 142.º que a verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez tem de ser certificada em atestado médico,

visando-se assegurar ‘*a funcionalidade de todo o sistema*’ e ‘*prevenir abusos e riscos acrescidos para a própria grávida e para o nascituro*’¹⁷.

A lei exige ainda que a gestante tenha de dar o seu consentimento, que deve ser prestado de forma livre e esclarecida, em documento escrito, assinado por esta, com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção, nos casos do artigo 142.º, n.º 4, al. a) do CP, ou até ao momento da intervenção, e sempre após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data de realização da primeira consulta, destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável, no caso previsto na alínea b) do referido preceito.

O pressuposto da antecedência mínima de três dias visa acautelar situações em que o consentimento não tenha sido prestado de modo esclarecido, funcionando como prova que aquela é efetivamente a vontade da mulher grávida e que esta o prestou de forma inequívoca.

Para consentir em tal prática, a mulher tem de ser maior de 16 anos e ser psiquicamente capaz, isto é, ‘*possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do acto que está a consentir*’.

Todavia, se não reunir estas condições, o consentimento terá de ser prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral, como dita o artigo 142.º n.º 5 do Código Penal.

Salienta-se o facto de o progenitor da criança não assumir qualquer papel juridicamente relevante na decisão pela interrupção da gravidez, nem de ser legalmente chamado a assumir a decisão, intervindo apenas se, eventualmente, for o representante legal da mulher grávida.

Para concluir, o consentimento tem de ser atual, isto porque, depois de prestado pode ser revogado, pelo que é relevante apenas a vontade da grávida no momento da prática da intervenção.¹⁸

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal: Tomo I. 2.ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p 270

¹⁸ Por vezes, pode acontecer que o aborto revista carácter de urgência, por exemplo por a mãe se encontrar em situação de perigo para a vida e não ser possível obter o seu consentimento. Nestes casos, o médico poderá optar pela interrupção da gravidez sem necessidade de tal consentimento, desde que fundamente a sua decisão e esta fundamentação seja conforme às *leges artis*. Sobre esta matéria ver DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal: Tomo I. 2.ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012. pp 277 e ss.

Capítulo III - Aborto por Negligência

“1- Quem, por negligência, fizer abortar mulher grávida, é punido.

2- O profissional de saúde que fizer abortar mulher grávida, é punido com pena principal e pena acessória de proibição do exercício de funções”

3- A mulher grávida não será punida ao abrigo deste preceito.”

O artigo 13.º do CP consagra um princípio da taxatividade no âmbito dos crimes por negligência ao estabelecer que *“ só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.”*

Destarte, como o Código Penal não contém qualquer norma que preveja o crime de aborto por negligência, isto significa que condutas negligentes que provoquem um aborto não têm qualquer relevância jurídico-penal.

Todavia, a probabilidade de, no momento do parto, ocorrerem lesões graves no bebé é imensa, pelo que, considerar o momento do início da vida *“o do nascimento completo e com vida”*, é dizer que o bem jurídico em causa durante o parto é a vida intra-uterina, bem esse sujeito a um regime de proteção próprio, e que neste caso, não é suficiente para acautelar determinadas situações, nomeadamente, a hipótese de ocorrer a sua morte por atuação negligente daquele que está a efectuar o parto, como por exemplo, o médico. Sendo o aborto punido unicamente a título doloso, não seria possível responsabilizar criminalmente ninguém pela sua morte, ficando o bem jurídico desamparado e sem adequada proteção.

Também os casos em que resultem ofensas na integridade física durante o momento do parto ficam sem qualquer proteção penal, na medida em que este é um interesse que apenas se protege em relação a pessoas já nascidas.

Tendo como ponto de partida toda a exposição feita anteriormente relativamente ao crime de aborto doloso, para a qual se remete, desde já, proceder-se-á, de seguida, a uma análise desta norma.

3.1- O bem jurídico

O direito à vida é o primeiro dos direitos fundamentais enunciados pela Constituição da República Portuguesa, encontrando-se consagrado no seu artigo 24.º, de acordo com o qual “*a vida humana é inviolável*”.

Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, “*o direito à vida é material e valorativamente o bem (...) mais importante do catálogo de direitos fundamentais e da ordem jurídico-constitucional no seu conjunto.*”¹⁹

Problemática é a questão de saber se deve admitir-se o enquadramento constitucional da proteção da vida intra-uterina a partir do artigo 24.º da CRP ou se este tutela apenas a vida humana de pessoa já nascida.

Para esta pergunta existem na doutrina três respostas possíveis: a de que apenas a vida humana de pessoa já nascida goza dessa proteção²⁰; ambas as formas de vida são protegidas por essa norma; ambas as formas de vida estão consagradas no artigo 24.º, apesar de este não conter nenhuma obrigação de promover a sua proteção penal²¹.

Concorda-se com a tese segundo a qual o artigo 24.º da CRP consagra tanto a vida de pessoa já nascida, como a vida intra-uterina, devendo ambas as formas de vida serem tuteladas penalmente. Esta posição foi adotada pelo Tribunal Constitucional, nos Acórdãos n.º 25/84 e 85/85, e por António Almeida Costa.

Como explica o referido autor, “*a norma em apreço limita-se a enunciar, sem quaisquer restrições, a máxima geral de que a «vida humana» é inviolável. Ora, naquele conceito cabem, tanto a vida humana intra-uterina, como a extra-uterina, pelo que, circunscrever o alcance da norma a esta última se traduz numa verdadeira interpretação restritiva. Aqui se levantam, porém, as maiores dificuldades do prisma da interpretação constitucional. É que, desta forma, se viola o princípio do in dubio pro libertate, segundo*

¹⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*: anotada. Vol. I. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 447

²⁰ Sobre este assunto, foi sustentado por um parecer da Procuradoria - Geral da República que o artigo 24.º da CRP prevê apenas a tutela da vida humana de pessoa já nascida. Este parecer parte do princípio que o legislador se cingia apenas à vida humana de pessoa já nascida, remetendo a tutela do bem jurídico vida intra-uterina para as normas constitucionais que consagram o direito à família e à maternidade. Para defender esta posição, os procuradores argumentam que os critérios interpretativos utilizáveis não são decisivos para afastarem a dúvida sobre se a garantia do direito à vida abrange a vida intra-uterina. Como prova de que o direito à vida não engloba o direito à vida intra-uterina seria o facto de a lei permitir o aborto em determinadas circunstâncias.

²¹ Há ainda quem entenda que o artigo 24.º da CRP consagra estas formas de vida sem que resulte, contudo, a obrigatoriedade para o Estado de as proteger penalmente, porquanto a consagração constitucional de um bem jurídico não se traduz na “*existência de incriminações obrigatórias*”

o qual, em caso de dúvida, na matéria de direitos fundamentais se deve optar sempre pela interpretação que atribua ao direito em causa a maior latitude.”²²

No entanto, esta tese não considera a vida intra-uterina como sendo um direito absoluto, admitindo a compatibilidade das causas de justificação do aborto com a tutela jurídico- penal da vida.

Com efeito, é pertinente distinguir entre vida humana de pessoa já nascida e vida intra-uterina ou, por outras palavras, vida de pessoa ainda não nascida.

Como elementos justificadores da autonomização da vida intra-uterina como bem jurídico-penal temos o facto de a proteção da vida intra-uterina poder ser alvo de conflito de interesses, em especial para a mulher grávida e o facto de a “garante” deste bem jurídico ser também a mulher grávida.

Sobre este tópico já o Tribunal Constitucional se pronunciou, no Ac. 75/2010, partindo da ideia de que a tutela da vida intra-uterina decorre do artigo 24.º da CRP, que consagra o direito à vida e que esse bem jurídico se autonomiza face à proteção da vida humana, podendo ser graduado em diferentes fases, sendo que a cada fase corresponde um determinado “grau” de proteção penal.

Este Acórdão perfilha o entendimento de que *“a vida intra-uterina é um bem digno de tutela em todas as fases pré-natais, sem prejuízo de admitir diferentes níveis e formas de protecção, em correspondência com a progressiva formação do novo ente”*.²³

Neste sentido, coloca-se a questão de saber a partir de que momento se dá a passagem da vida intra-uterina para a vida humana de pessoa já nascida, questão essa de grande relevância para saber se se está perante um caso de aborto ou antes, de um caso de homicídio.

O direito penal não vai buscar solução a tal pergunta ao critério constante do artigo 66.º do Código Civil, segundo o qual a personalidade jurídica adquire-se *“com o nascimento completo e com vida”*, e antecipa o momento da tutela da vida de pessoa já nascida para o início do parto, que se identifica com o início das contrações.

Assim, até ao início das contrações o bem jurídico em causa é a vida intra-uterina, protegida pela incriminação penal do aborto e, a partir do momento em que se iniciam as

²² COSTA, António Almeida, *Aborto e Direito Penal: Algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 44, 1984. pp 615 e ss.

²³ Acórdão 75/2010 do Tribunal Constitucional, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/2670436/details/maximized>.

contrações, está-se já perante o bem jurídico vida humana de pessoa já nascida, tutelada pelo crime de homicídio.

Esta distinção justifica-se pela vulnerabilidade em que se encontram, quer a mãe, quer a criança, no momento do parto, estando expostos aos perigos que advém de uma situação tão delicada e dolorosa.

Daqui decorre a necessidade de proteger a vida intra uterina de condutas negligentes, pelo que não poderia deixar de ser este o bem jurídico primordialmente tutelado pelo crime de aborto por negligência, cuja incriminação é defendida por este estudo, à semelhança do que sucede com o crime de aborto (doloso).

Posto isto, deve concluir-se que o bem jurídico protegido pelo tipo legal de crime em causa é a vida intra-uterina, que não deve confundir-se com o bem jurídico vida humana de pessoa já nascida, tutelado pelos crimes contra a vida, pois goza de uma autonomia jurídico-penal em relação a este, o que explica o porquê de os regimes de proteção serem diferentes, quer ao nível de molduras legais, quer ao nível da proteção típica, como por exemplo, a ausência de punição por negligência, que é o tema central desta tese.

Porém, a vida intra-uterina não é o único bem jurídico visado por uma possível incriminação do aborto por negligência. Também o direito à integridade física, contemplada pela CRP, no seu artigo 25.º, constitui um direito fundamental inviolável, nos termos desse mesmo preceito.

Para além da CRP, também o Código Penal confere proteção penal à integridade física, nos seus artigos 143.º e ss.

O direito à integridade física consiste no direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo, por meios físicos. Neste sentido, consubstanciam ofensas à integridade física todas as ofensas no corpo ou na saúde da vítima.

Como um aborto implica sempre uma atuação no corpo da mulher, é inevitável que daí resultem lesões, que podem manifestar-se em dores sentidas na sequência da intervenção, em feridas que podem surgir nos genitais, ou em consequências psíquicas que se podem desenvolver após a intervenção.

Relativamente ao crime de aborto doloso, este bem jurídico justifica a agravação pelo resultado, prevista no artigo 141.º e a exigência de o aborto ter se ser efetuado em estabelecimento oficial e sob a direção de um médico.

Por fim, quando o agente provoca um aborto na gestante sem que esta tenha consentido esse ato, a sua liberdade de decisão é lesada uma vez que lhe é negada a oportunidade de escolher livremente o destino do feto, frustrando a sua expectativa de maternidade, que é um direito conferido pelo artigo 68.º da CRP.

A liberdade de decisão e de realização da vontade da mulher grávida tem alguma influência na configuração do crime de aborto por negligência uma vez que ofensas a este bem jurídico levam a uma agravação da ilicitude do aborto, conforme está patente na norma do artigo 140.º n.º 1 do CP, fazendo um paralelismo com o crime de aborto doloso. Desta forma, a liberdade de decisão e de realização da vontade da grávida pode ser considerado como outro bem jurídico tutelado pela incriminação do aborto por negligência.

Para concluir, no que diz respeito à integridade física e à liberdade de decisão e realização da grávida, salienta-se que a necessidade proteção destes bens jurídicos se faz sentir de forma mais intensa relativamente ao crime de aborto doloso, porquanto, nesse, a mulher grávida dispõe desses bens jurídicos, prestando o seu consentimento, o que não se verifica nos casos em que a interrupção da gravidez resulta de comportamentos negligentes, uma vez que nestes não se verifica o dolo, a intenção, na morte do feto.

3.3. O tipo objetivo de ilícito

Em conformidade com o aludido relativamente ao crime de aborto doloso, também o crime de aborto por negligência teria como objeto o feto, sendo um crime de resultado, que pressupõe que a conduta desvaliosa seja causadora da morte deste, independentemente da forma utilizada sendo, por isso, também um crime de execução livre.

Também este preceito abrangeria três modalidades do aborto, cada uma prevista nos seus diferentes números:

❖ No n.º 1, prevê-se o aborto provocado por terceiro. Nesta modalidade, o crime caracteriza-se por ser, quanto ao agente, um crime comum, na medida em que pode ser cometido por qualquer pessoa.

O agente, neste caso, será quem não assegurar o cumprimento do dever de cuidado a que está vinculado, de acordo com as suas capacidades pessoais, resultando, deste incumprimento, a morte do feto²⁴.

❖ No n.º 2, prevê-se o aborto resultante de negligência médica. Neste caso, o aborto por negligência seria um crime próprio, pois o agente apenas poderia ser um profissional de saúde, mais concretamente, um médico.

O exercício da medicina tem como objeto os bens mais importantes do ordenamento jurídico, isto é, a vida e a integridade física dos cidadãos, razão pela qual o Direito Penal oferece um regime diferenciado e privilegiado ao exercício da medicina, em virtude da importante função social exercida pela classe médica. Todavia, este não pode, ao abrigo desse regime especial de que beneficia a classe médica, adoptar uma postura de passividade nas situações em que da violação do dever de cuidado que recai sobre um indivíduo dessa classe resultem danos na integridade física ou mesmo na vida dos pacientes.

A negligência no exercício da medicina está intrinsecamente ligada à questão do erro em medicina. O erro pode classificar-se em faltas ou lapsos, quando o médico está ciente da forma como deverá agir mas, no entanto, da sua ação não resulta o fim visado, e em enganos, quando o médico age de acordo com a sua intenção sem, contudo, ter tomado a decisão correta, obtendo, portanto, um resultado errado derivado da falha de julgamento.²⁵

Sónia Fidalgo tece considerações sobre o erro médico dizendo que ‘ ‘ *um erro de que advém uma lesão grave ou até a morte de um paciente constitui uma tragédia para o doente e para a sua família. Por isso, a sociedade tem sentido necessidade de encontrar (e punir) os responsáveis por tais erros. (...) E a verdade é que muitos erros médicos são consequência de falhas das organizações em que os médicos desenvolvem a sua atividade.*’ ’²⁶

Nas situações em que se verifica que o médico cometeu um erro, é necessário ter em conta se este observou as *leges artis* que regulam aquela situação em concreto.

²⁴ Neste ponto, remete-se para as considerações acerca da negligência, feitas no Capítulo I.

²⁵ Sobre este assunto, ver FIDALGO, Sónia. *Responsabilidade Penal Por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 28 a 31

²⁶ FIDALGO, Sónia. *Responsabilidade Penal Por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 25

As *leges artis* são ‘ os métodos e procedimentos de atuação já comprovados que exprimem o ‘estádio atual da ciência médica’ (COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo* 67) e que permitem afirmar a conformação a um padrão abstrato de cuidado por parte do médico que desenvolve a sua atividade dentro da obediência às mesmas regras.’²⁷ e que podem assumir a forma escrita ou não, uma vez que também os *usus*, ou seja, os costumes da medicina, são relevantes para aferir se o dever de cuidado no caso concreto foi ou não observado.²⁸

Na hipótese de ter cumprido tais regras, então terá cometido um *erro honesto*, caso contrário, terá incorrido numa *violação*, que corresponde a um comportamento que não é o adequado, por violar as regras normais de atuação.

Neste contexto do erro, é indispensável a intervenção do direito penal, uma vez que os bens jurídicos que podem ser lesados durante uma intervenção médica são da maior importância.

Assim, se da violação das *leges artis* resultar um agravamento do estado de saúde do paciente, então o médico está a lesar a integridade física ou até mesmo a vida do paciente, e, sendo estes bens jurídicos que, pela sua importância são tutelados pelo direito penal, então este poderá incorrer em responsabilidade penal, podendo vir a ser punido pelos crimes de ofensas à integridade física ou homicídio por negligência, previstos, respetivamente, nos artigos 148.º e 137.º do Código Penal.

A estrutura do facto negligente no exercício da medicina identifica-se com a estrutura do facto negligente no geral, sendo constituída por um tipo de ilícito e por um tipo de culpa.

O tipo de ilícito negligente no exercício da medicina traduz-se na violação, por parte do médico, de um dever objetivo de cuidado que sobre ele recai e que resultou na produção de um resultado típico e evitável, tal como uma ofensa ao corpo ou à saúde do doente ou até mesmo a sua morte. Assim, o médico poderá incorrer na prática de um crime de ofensa à integridade física por negligência ou homicídio por negligência.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*: Tomo I. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 407

²⁸ As *leges artis* escritas encontram-se compiladas no Código Deontológico dos Médicos, diploma que consiste num ‘ conjunto de normas de comportamento, cuja prática não só é recomendável como deve servir de orientação nos diferentes aspectos da relação humana que se estabelece no decurso do exercício profissional’²⁸

Portanto, a violação do dever objetivo de cuidado integra o campo do ilícito-típico negligente.

Neste contexto, surge a questão de saber qual o critério definidor do tipo de ilícito negligente.

Na doutrina predomina o entendimento de que o dever de cuidado deve ser aferido atendendo ao critério do “médico médio” e que as capacidades pessoais do agente, sejam elas inferiores ou superiores à média, devem relevar ao nível da culpa e não ao nível do ilícito.

Desta forma, o médico atuará com negligência quando não procede com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz, conforme decorre da letra do artigo 15.º do Código Penal. Este preceito impõe, desta forma, que se apreenda as regras de cuidado a que o médico está vinculado no contexto específico do exercício da medicina.

Concluindo, para que se possa responsabilizar penalmente um médico por ofensas à integridade física por negligência ou homicídio por negligência, é necessário que este não tenha cumprido o dever de cuidado que sobre ele impende, preenchendo, desta maneira o ilícito-típico negligente.

Todavia, isto não é suficiente, sendo ainda necessário que o médico se encontre em condição de cumprir o dever de cuidado, tendo em conta os seus conhecimentos e capacidades pessoais e não afaste o perigo ou evite o resultado desvalioso. Traduzindo-se, é ainda necessário que o médico tenha atuado com descuido ou leviandade, verificando-se a culpa negligente.

Perante o exposto, tendo em consideração a tutela de que o bem jurídico vida intra-uterina é alvo no nosso ordenamento jurídico, então não se percebe como é que o direito penal pode deixar de intervir nas situações em que os “atentados” à vida intra uterina que decorrem de condutas negligentes do profissional de saúde.

❖ Por fim, o n.º 3 reporta-se aos casos em que o aborto é consequência de condutas negligentes levadas a cabo pela própria mulher grávida, como por exemplo, consumo de álcool ou estupefacientes durante a gravidez, o que suscita a questão de saber se, neste âmbito, deverá ou não ser o seu comportamento penalmente relevante.

Embora os exemplos dados supra a título de comportamentos negligentes possam ser considerados chocantes e contrários aos bons costumes e, nesse sentido, poderiam ser

suscetíveis de se optar, desde logo, por uma condenação da grávida, a verdade é que existem outros comportamentos, também negligentes, que não despoletam, à primeira vista, a necessidade de punir essas mulheres. Pense-se no caso de uma gestante que, numa fase muito precoce da gravidez, viaje de avião e sofra um aborto na sequência dessa mesma viagem. Talvez por não ter procurado aconselhamento médico e por nunca ter pensado que viria a sofrer um aborto devido à viagem, está-se aqui perante um caso de negligência inconsciente, uma vez que esta nunca chegou sequer a representar como possível que o facto de viajar de avião a levasse a abortar.

Tendo presente a norma do artigo 142.º, n.º 1, al.) e do CP, que exclui a ilicitude do aborto doloso realizado até às 10 semanas por opção da mulher grávida, então não faria sentido punir o aborto por negligência que tenha origem em comportamentos negligentes da mesma durante esse mesmo período de tempo.

E penso que mesmo após esse limite também não o deva ser, à semelhança da resposta encontrada pelo direito penal espanhol.

Mesmo estando verificados todos os pressupostos da negligência²⁹, incluindo a violação do dever de cuidado que impende sobre a grávida, que surge como a garante do bem jurídico em causa, penso não haver a necessidade de puni-la, independentemente dos contornos do caso em concreto. Isto porque, sendo o direito penal de *ultima ratio*, deve apenas intervir quando a lesão do bem jurídico assume uma gravidade que justifique tal intervenção. Uma vez que as sequelas do aborto manifestam-se apenas no corpo da mulher e no feto, lesando bens jurídicos que apenas a estes dois “intervenientes” dizem respeito, não decorrendo qualquer perigosidade ou danos para terceiros, julgo não estar verificada tal gravidade que se exige para que o direito penal possa atuar, sendo por isso desnecessário criar a possibilidade de se condenar criminalmente gestantes nestas situações.

3.4. Soluções no direito comparado – O caso espanhol

O Código Penal Espanhol consagra nos seus artigos 145.º e 146.º os crimes de aborto doloso e por negligência, respetivamente.

²⁹ Sobre este assunto, *Cfr.* capítulo I.

Dispõe a norma que incrimina o aborto por negligência que ‘*Quem, por negligência grosseira, provocar um aborto, sé punido com pena de prisão de três a cinco meses ou multa de seis a 10 meses.*

Quando o aborto for cometido por negligência profissional, é punido com pena acessória de proibição de exercício de funções.

A grávida não será punida’’

Este diploma confere uma proteção mais alargada à vida intra uterina comparativamente ao Código Penal Português, porquanto protege não apenas a vida intra uterina de acções dolosas como também de ações negligentes. Para além de que não se limita a tutelar apenas a vida intrauterina do nascituro, estendendo tal proteção também à integridade física do mesmo, ao abrigo do disposto nos artigos 157.º e 158.º, que prevêm os crimes de ofensas à integridade física nas formas dolosa e negligente.

A Sentença n.º 53/1985, de 11 de Abril, do Tribunal Constitucional Espanhol, no âmbito da fiscalização da constitucionalidade do sistema das indicações, reconheceu a vida intra-uterina como bem jurídico. Neste sentido, e tendo em conta o disposto na Lei Fundamental Espanhola, entende o Douto Tribunal que ‘*a vida dos nascituros, enquanto valor fundamental – a vida humana- consagrado no art.º 15.º da Constituição, constitui um bem jurídico cuja proteção encontra no referido preceito fundamento constitucional*’³⁰. Ademais, esta conclusão ‘*resulta também dos debates parlamentares em torno da elaboração do mencionado artigo do texto constitucional, cuja atualidade justifica a sua utilização como elemento interpretativa*’³¹.

Também a Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol 116/1999, de 17 de Junho, que embora não incida sobre questões relacionadas com o aborto³², reconhece que o nascituro tem o direito a nascer livre de doenças, lesões ou deficiências físicas e psíquicas imputáveis à conduta de terceiros. Ou seja, contrariamente à regra do ordenamento jurídico português, que não tutela as ofensas à integridade física do nascituro, no direito espanhol, este bem jurídico é alvo de proteção.

O crime de aborto por negligência previsto no Código Penal Espanhol caracteriza-se por ser um crime de execução livre, na medida em que é indiferente o meio utilizado

³⁰ Sentença n.º 53/1985, de 11 de Abril, do Tribunal Constitucional Espanhol, disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433>.

³¹ Idem.

³² A referida decisão prende-se com a questão da procriação medicamente assistida e encontra-se disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3858>

pelo agente, desde que seja susceptível, idóneo a provocar a morte do feto, sendo necessária a verificação de um nexo de causalidade entre a conduta do agente e a expulsão do feto sem vida do ventre materno.

É um crime de resultado, pois a sua consumação acontece aquando da morte do feto. Não obstante, são comuns as vezes em que a lesão, apesar de produzir-se antes do nascimento, só se pode determinar após este.

Quanto ao agente, é um crime comum, pois qualquer pessoa pode ser o autor deste crime.

A pena aplicável é a de prisão de três a cinco meses ou multa de 6 a 10 meses. No entanto, quando o crime resultar de negligência por parte de um profissional de saúde, este arrisca-se ainda a uma pena acessória de proibição do exercício da profissão, função ou atividade por um período de 1 a 3 anos, uma vez que a sua conduta está associada à violação das *leges artis*, o que revela incapacidade técnica deste para o exercício da sua atividade profissional.

O art.º 146.º acautela ainda as situações em que a conduta negligente ocasionadora do aborto decorra da própria mulher grávida excluindo, neste caso, a responsabilidade criminal da mesma.

Conclusão

A vida intra-uterina é uma forma de vida humana, tanto que encontra proteção na norma do artigo 140.º do Código Penal, que tipifica o crime de aborto. Como tal, é um bem jurídico cuja consagração decorre do art.º 24.º da Constituição da República Portuguesa sendo, por isso, um bem de primeira ordem. Tal deveria ser fundamento suficiente para que fosse absolutamente tutelado pelo direito penal contudo, a proteção que o referido diploma confere a este bem jurídico estende-se apenas aos atentados doloso.

Ademais, estando em causa ainda outros bens jurídicos, como a integridade física e a liberdade de decisão e de realização de vontade da gestante, é incoerente que se puna uma mulher que tenha a intenção de por termo à gravidez, porque assim o deseja, e não se dê relevância penal a condutas negligentes de terceiros que resultem na morte do feto e que frustrem as expetativas que a grávida tem em vir a ser mãe e lesem a sua integridade física.

Perante o exposto, atendendo à dignidade penal atribuída à vida intra-uterina, não se compreende como é que o legislador português se abstém de criar uma norma que preveja o crime de aborto por negligência, à semelhança daquela que existe no ordenamento jurídico espanhol.

Bibliografia

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*: anotada. Vol. I. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014

CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COSTA, António Almeida, *Aborto e Direito Penal: Algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 44, 1984.

COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

DIAS, Augusto Silva. *Direito Penal – Parte Especial: Crimes contra a vida e a integridade física*. 2.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal: Tomo I*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012

FIDALGO, Sónia. *Responsabilidade Penal Por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SILVA, Fernando. *Direito Penal Especial: os crimes contra as pessoas*. 3.^a ed. Lisboa: Quid Juris?, 2011.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, de 4 de Abril.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85, de 25 de Junho.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, de 26 de Março.

Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol 53/1985, de 11 de Abril.

Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol 116/1999, de 17 de Junho.

Legislação

Código Civil, aprovado pelo DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro, na redação dada pela Lei n.º 85/2019, de 3 de Setembro.

Código Deontológico dos Médicos, aprovado pelo Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro.

Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, na redação dada pela Lei n.º 58/2020, de 31 de Agosto.

Código Penal de 1886, aprovado por Decreto de 16 de Setembro de 1886, 7.ª Edição.

Código Penal Espanhol, aprovado pela Lei Orgânica 10/1995, de 23 de Novembro
Constituição da República Portuguesa, aprovada por Decreto de 10 de Abril de 1976, na redação dada pela Lei n.º 1/2005, de 12 de Agosto.

Constituição Espanhola, aprovada pelas Cortes Gerais em 31 de Outubro de 1978.

Lei 6/84, de 11 de Maio.

Lei 16/2007, de 17 de Abril.

Lei n.º 90/97, de 30 de Julho.