

Processo n.º 312/2006

Data: 29/Novembro/2007

Assuntos:

- Crime de aborto consentido

SUMÁRIO:

1. As regras do consentimento em direito penal apartam-se das regras do direito civil – cfr. art. 30º, n.º 1, d) e 37º do CP .

2. O consentimento para o aborto consentido traduz-se num *assentimento, acordo* da mulher grávida. O interesse protegido será o da vida humana intra-uterina que não estará na disponibilidade de quem anui à prática abortiva, sendo o desvalor do elemento típico, na ponderação de eventual agravação do crime, a liberdade e autodeterminação do portador do objecto de protecção penalmente tutelado.

3. O facto de alguns dos arguidos não terem habilitações profissionais de natureza médica, tal não afasta a possibilidade da sua participação nas práticas abortivas.

4. Se se identificam dois tipos de danos causados pelo facto

ilícito imputado aos arguidos, o dano no feto e à vida intra uterina e o dano causado à jovem gestante que a tornou infértil e que, indubitavelmente, se ficou a dever à conduta e actuação dos arguidos por prática abortiva grosseira, indevida e negligente, este último dano é passível de indemnização, ainda que o aborto tenha sido feito a seu pedido.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 312/2006

(Recurso Penal)

Data: 29/Novembro/2007

Recorrentes: A
B

Objecto do Recurso: Acórdão condenatório da 1ª Instância

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

I – RELATÓRIO

Os arguidos **C, A e B** foram condenados na pena de 2 anos e 3 meses de prisão, pela prática, em co-autoria material e na forma consumada, por um crime de aborto consentido p. e p. pelo art. 1.º n.º 1 e art. 2.º do DL n.º 59/95/M, de 27 de Novembro com redacção dada pela Lei n.º 10/2004, para além de terem ainda sido condenados os três arguidos solidariamente em MOP300.00,00 como indemnização pelos danos morais causados à ofendida.

Os arguidos recorreram e porque o 1º é revel cabe apreciar apenas dos recursos interpostos por **A e B** que concluem a sua motivação e recurso nos seguintes termos:

1.^a *Imputam os Recorrentes à decisão recorrida os vícios de erro de direito ou de erro notório na apreciação da prova na vertente de violação das legis artis previstos no n.º 1 e na alínea c) do n.º 2º do art. 400º do C. P. Penal, respectivamente, e, ainda, o da insuficiência da matéria de facto para a decisão e o da contradição insanável na fundamentação, respectivamente, previstos nas alíneas a) e b) do n.º 2 da mesma disposição legal.*

2.^a *Os factos foram enquadrados no tipo de ilícito previsto no art. 1º do Decreto-Lei n.º 59/95/M, de 27 de Novembro, pelo que o consentimento é um elemento integrador do tipo.*

3.^a *Nos casos de aborto em que o consentimento é elemento integrante do tipo, tratando-se de uma gestante menor e inimputável, tal consentimento deve ser processualmente demonstrado, porque há sempre co-autoria entre o terceiro que pratica o aborto e a gestante (ou seu representante legal) que o solicita. O douto Tribunal não se pronunciou sobre o consentimento nem, tão-pouco, sobre o co-autor do crime de aborto, previsto no n.º 2 do art. 1º do DL n.º 59/95/M.*

4.^a *O douto Tribunal recorrido, através do facto provado "D, na altura, tinha menos de 14 anos de idade e a decisão foi tomada sem concordância dos pais", não podia ter concluído que o consentimento - enquanto elemento integrador do crime de aborto previsto no art. 1º do Decreto-Lei n.º 59/95/M - estava processualmente demonstrado.*

5.^a *Prescrevendo o art. 111º do Código Civil de Macau que é menor quem não tiver ainda completado 18 anos de idade e entrando em linha de conta com a disposição do art. 112º, tem-se que os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos, sendo que essa incapacidade é, nos termos do art. 113º, suprida pelo poder paternal; decorre, pois, que*

*o consentimento para a interrupção da gravidez em que se encontrava **D** só seria válido se tivesse sido dado pelos seus pais (ou um deles) e se ela não se tivesse, expressamente, oposto à sua prática.*

*6.ª Tratando-se de um aborto ilegal, não tem relevância jurídica o facto dado por provado "(...) os três arguidos nunca exigiram **D** ou aos pais para assinar a declaração da aceitação do aborto". Tal exigência só tem razão de ser nos casos previstos no art. 3º do Decreto-Lei n.º 59/95/M, que trata dos casos de aborto legal; no aborto ilegal, tal exigência equivaleria a uma confissão antecipada de um facto ilícito quer da parte do terceiro quer da parte da grávida (ou do seu representante legal sendo esta incapaz).*

7.ª Existem elementos nos autos que comprovam que a mãe da gestante, menor de 13 anos de idade, sabia que esta se encontrava grávida, tendo sido ela a induzir a filha a fazer o aborto; tal facto, foi, porém, desvalorizado pelo douto Tribunal recorrido que, também, fez descaso absoluto das circunstâncias que antecederam a prática do aborto.

*8.ª Existem nos autos elementos de prova irrefutável no sentido de que o 1º arguido, Dr. **C**, médico, estava licenciado para prestar cuidados de saúde nessa qualidade e o 3º arguido, **B**, mestre de Medicina Tradicional Chinesa, estava licenciado para prestar cuidados de saúde nessa qualidade; porém, o Tribunal recorrido deu como provado que ambos desenvolviam a mesma actividade, como médicos, só porque ambos partilhavam a mesma fracção autónoma como local para o desenvolvimento das suas respectivas actividades.*

9.ª Entre a Medicina Convencional (também designada por Clássica e Ocidental) e a Medicina Tradicional Chinesa existe uma diferença muito grande quer no que respeita aos princípios terapêuticos, quer no que respeita aos métodos de diagnose, quer, ainda, no que respeita à farmacopeia.

10.^a O 2º Recorrente, enquanto mestre de MTC, desconhece os métodos da medicina ocidental para fazer abortos, apenas sabendo que, nesse campo, a MTC usa, tão-só, substâncias abortivas, sendo impensável o recurso a manobras abortivas invasivas do organismo das grávidas.

11.^a A 1ª Recorrente desempenhava apenas as funções de empregada, razão por que seria impensável que ela tivesse injectado um líquido à gestante; as averiguações, face às suspeitas levantadas pela mãe da menor, feitas pela DSS - entidade competente para licenciar e fiscalizar o exercício privado da prestação de cuidados de saúde - concluíram não haver provas suficientes de que a mesma tenha praticado qualquer acto de enfermagem, embora não seja uma decisão a transpor para o presente processo, impunha-se que o douto Tribunal recorrido a ela se referisse e fundamentasse as razões por que chegara a conclusão diferente.

12.^a O 1º arguido, enquanto médico, confessadamente, praticou manobras abortivas pelas quais cobrou o montante de MOP\$5,000.00, não tendo repartido com os Recorrentes aquela quantia em dinheiro e, após os factos terem chegado ao conhecimento das autoridades policiais, ausentou-se de Macau para parte incerta.

13.^a Houve, intencionalmente, da parte da mãe da menor um interesse em que os ora Recorrentes fossem envolvidos nos factos praticados pelo 1º arguido para que ficasse garantida a indemnização que a menor tem direito por ter ficado com sequelas físicas permanentes de elevada gravidade.

14.^a Ao fixar uma indemnização a título de danos morais, o Ilustre Colectivo não entrou em linha de conta com a complexidade da situação; na verdade, tem-se por um lado um acto ilícito do qual resultaram danos para uma participante desse acto ilícito e por outro lado, tem-se um acto médico praticado com falta de perícia, negligente e imprudente.

15.^a Embora o Ilustre Colectivo tenha enquadrado os factos no crime de aborto consentido, ao fixar o montante da indemnização, não tomou em consideração que quer a lesada quer a sua mãe contribuíram, também, para a produção (a menor e a sua mãe) e para o agravamento (a mãe) dos danos, não sendo, por essa razão, justo e equilibrado o valor de MOP\$300,000.00 fixado como indemnização a título de danos morais devidas à gestante.

16.^a O Ac. recorrido fez uma incorrecta interpretação das normas do art. 1º do Decreto-Lei n.º 59/95/M, de 27 de Novembro, ao não determinar o co-autor do terceiro que praticou o aborto.

17.^a O Ac. recorrido fez uma incorrecta interpretação das normas do Decreto-Lei n.º 80/94/M, de 31 de Dezembro (com as alterações do Decreto-Lei n.º 20/98/M), ao não diferenciar o âmbito de actividade de cada um dos 1º e 3º arguidos, enquanto agentes que prestavam, como privados, cuidados de saúde, actividade para a qual estavam devidamente licenciados pela DSS.

18.^a O Ac. recorrido violou as normas dos artigos 111º, 112º e 113º do Código Civil e, ainda, o art. 564º do mesmo código.

A final formulam o pedido no sentido de que seja anulado o julgamento e ordenado o reenvio do processo a fim se serem sanados os vícios indicados.

Responde o Digno Magistrado do MP, alegando, em síntese:

1 - Não deve ser admitido, por extemporâneo, o recurso do arguido C, uma vez que

este tendo sido julgado à revelia não foi ainda pessoalmente notificado do acórdão

2 - A prova produzida em audiência de julgamento não foi objecto de documentação, por a mesma não ter sido requerida;

3 - Não havendo documentação da prova só é invocável a contradição entre os factos dados como provados e já não entre os dados como provados e aqueles que o recorrente entende deveriam ter sido dados como provados;

4 - Não é por isso legítimo alegar-se factos que deveriam ter sido dados como provados, e que não constam do "objecto do processo", resultantes de depoimentos produzidos em fase de Inquérito ou na audiência de julgamento e não documentados na respectiva acta pois o Tribunal "ad quem" está impedido de os apreciar;

5 - O douto acórdão não padece do vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto dada como provada, o qual só se verificaria se o tribunal não tivesse apurado matéria de facto necessária a uma boa decisão da causa, matéria essa que lhe cabia investigar, dentro do objecto do processo, tal como está circunscrito pela acusação e defesa, o que não acontece.

*6 - O consentimento da **D**, dado como provado no acórdão é irrelevante dado ter esta, à data dos factos, "menos de 14 anos de idade".*

7 - Logo estamos perante um crime de aborto "não consentido", agravado, cuja moldura penal é no seu mínimo de 2 anos e 8 meses de prisão,

8 - Superior à pena concreta aplicada aos arguidos - 2 anos e 3 meses -.

9 - Não se verificando o alegado vício da insuficiência da matéria de facto dada

como provada não há lugar ao pretendido reenvio.

10 - Como só os arguidos recorreram não pode a pena ser agravada em obediência ao princípio da proibição da "reformatio in pejus".

Deve, pois, no sentido apontado, ser negado provimento ao recurso dos arguidos **A e B**.

A Exma Senhora Procuradora Adjunta formulou o seguinte douto parecer:

*Inconformando com o douto Acórdão que os condenou pela prática de um crime de aborto consentido agravado p.p. pelos artigos 1º n.º 1 e 2º do DL n.º 59/95/M, vêm os arguidos **A e B** interpor recurso, imputando os vícios referidos nas al.s a) a c) do n.º 2 do art. 400º do CPPM.*

Na sua resposta à motivação do recurso, o Magistrado do Ministério Público evidencia já a sem razão dos recorrentes, posição esta que merece a nossa concordância, bem como as judiciosas considerações aí explanadas.

É sabido que a jurisprudência dos tribunais de Macau tem entendido que, para que se verifique o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, "é necessário que a matéria de facto provada se apresente insuficiente, incompleta para a decisão proferida, por se verificar lacuna no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito adequada, ou porque impede a decisão de direito ou porque sem ela não é possível chegar-se à conclusão de direito encontrada".

Por outro lado, existe erro notório na apreciação da prova "quando se retira de um facto uma conclusão inaceitável, quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada ou tarifada, ou quando se violam as regras da experiência ou as legis artis na apreciação da prova. E tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passe despercebido ao comum dos observadores". (cfr. Ac.s do TUI, de 30-1-2003, 15-10-2003 e 11-2-2004, respectivamente nos processos nos 18/2002, 16/2003 e 3/2004, entre outros)

*Com a invocação do erro na apreciação da prova e da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, abordam os recorrentes a questão de **consentimento** como elemento integrador do crime.*

*Concordamos com as suas considerações sobre a incapacidade da menor **D** para o exercício de direito e o respectivo suprimento pelo poder paternal, face ao disposto nos artigos 111º a 113º do Código Civil de Macau.*

Por outro lado, resulta da al. b) do nº 3 do art. 3º do DL n.º 59/95/M que, no caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, o consentimento, que conjuntamente com as outras circunstâncias torna não punível a interrupção da gravidez, é prestado sucessivamente e conforme os casos pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.

No caso sub judice só seria válido o consentimento para o aborto dado pelos pais da menor em causa.

No entanto, cremos que não está em causa uma situação de insuficiência da matéria de facto provada nem do erro na apreciação da prova.

Alegam os recorrentes que foi a mãe da menor que a induziu a fazer o aborto, pois

toda a sua actuação, decorrente dos autos, antes e depois das práticas abortivas apontam para este sentido.

Porém, não foi assim provado nos autos; antes pelo contrário, ficou provado que à data dos factos a menor tinha apenas 13 anos de idade e a decisão de aborto foi tomada sem o consentimento dos pais.

Não se pode dizer que o Tribunal a quo deixou de se pronunciar sobre a questão de consentimento, sendo certo que, contrariamente à afirmação dos recorrentes, o Tribunal não deu como assente que a mãe da menor deu consentimento para aborto.

Daí que se permite indagar a qualificação jurídica dos factos provados, já que não se parece estar perante um caso de aborto consentido e a prática do aborto "não consentido" deve ser punida com o crime de aborto p.p. pelo art. 136º do CPPM.

E salvo o devido respeito, não parece relevante discutir aqui a responsabilidade da mãe da menor, até porque não foi acusada nos presentes autos.

Por outro lado, negam os recorrentes a sua participação nas manobras abortivas a que foi submetida a menor.

No entanto, a sua participação resulta claramente da matéria de facto provada.

E na fundamentação da sua convicção, o Tribunal a quo fez consignar que a convicção foi formada com base na análise sintética e global das declarações prestadas pelos oras recorrentes na audiência de julgamento, das declarações da menor que descreveu o decurso dos factos, relatando que na maioria do tempo foi cuidada e tratada pelos recorrentes e a operação de aborto foi realizada pelos três arguidos em conjunto, dos depoimentos da mãe

e padrao da menor e dos restantes elementos de prova produzidos nos autos.

É verdade que os recorrentes eram, respectivamente, empregada da clínica e médico de medicina tradicional chinesa, normalmente sem formação e qualidade devida para fazer operação abortiva, admitindo também a diferença muito grande entre a medicina tradicional chinesa e a medicina ocidental.

No entanto, nem por isso se pode afastar a intervenção efectiva dos recorrentes nas actividades abortivas, porque são coisas bem diferentes, o que se toma ainda mais perigosa a sua participação.

Nota-se que na clínica em causa trabalhavam apenas os recorrentes e o arguido C, sem enfermeira nem mais ninguém.

E pelas regras da experiência comum não é afastada a hipótese de os recorrentes ajudarem o arguido C nas actividades operacionais, como por exemplo no aborto ora em causa.

Quanto às averiguações efectuadas pelos Serviços de Saúde, motivadas pela comunicação da PSP sobre a intervenção dos recorrentes no aborto, resulta apenas que não foram carreados elementos probatórios suficientes para imputar aos mesmos a violação do disposto no n.º 1 do art. 20º e nas al.s f) e h) do n.º 1 do art. 3 do DL n.º 84/90/M, com alterações introduzidas pelo DL n.º 20/98/M, que regulam as matérias de exercício ilegal da profissão e de deveres profissionais, respectivamente.

Ora, tal como reconhecem os próprios recorrentes, estamos perante jurisdições diferentes; por outro lado, os objectivos dos processos são diferentes e as diligências foram feitas também nos termos distintos.

A insuficiência da prova verificada naqueles processos de averiguações não implica, como consequência necessária, a mesma coisa no presente processo crime em que se vigora o princípio da suficiência.

E vigorando no processo penal o princípio da livre apreciação da prova consagrado no art. 114º do CPPM, cabe ao tribunal apreciar e analisar todas as provas produzidas em audiência e formar a sua convicção.

E não se percebe como e onde está verificado o vício da contradição insanável da fundamentação, também invocado pelos recorrentes, no que toca aos factos provados.

Como salienta o Magistrado do Ministério Público, o que os recorrentes fizeram foi invocar contradição entre o que o Tribunal deu como provado e aquilo que, na visão dos recorrentes, deveria ser dado como provado.

Consequentemente, não pode haver lugar ao reenvio do processo pretendido pelos recorrentes.

Quanto à medida concreta de pena, face à qualificação jurídica diferente ,imputada aos recorrentes e à respectiva moldura da pena aplicável, há de ter em conta o princípio de reformatio in pejus consagrado no art. 399º do CPPM.

E não parece merecer censura a decisão que fixou o montante de MOP\$300,000.00 como indemnização pelos danos morais, tendo em consideração a gravidade das consequências provocadas pelos factos praticados pelo arguido C e pelos ora recorrentes na pessoa da menor.

Pelo exposto, entendemos que se deve julgar improcedente o presente recurso.

Foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Com pertinência, respiga-se do acórdão recorrido o seguinte:

“(…)

Após a audiência, foram comprovados os seguintes factos:

Em 17 de Março de 2003, às 17h00 e pouco, **D** que estava grávida de cinco meses na altura foi sozinha à clínica **B, C**, situada na XXX n.ºs XXX, XXX, Bloco n.º XXX, XXX andar XXX para consulta médica e pediu de forma verbal que a clínica fizesse abortar. Este tinha pedido consulta, sete dias atrás, à médica da medicina chinesa **E** no XXX 診所, localizada na XXX n.º XXX, andar XXX.

O apartamento onde se localiza a referida clínica **B e C** é pertencente ao arguido **B**, que tem três quartos, entre os quais, um quarto é arrendado ao arguido **C** como quarto de consulta exclusiva mediante uma renda mensal de MOP1.500,00, um serve como quarto de consulta comum e o outro é usado para fins privados do arguido **B**.

A arguida **F** trabalhava naquela clínica para auxiliar os referidos dos arguidos, recebeu do arguido **C** MOP2.000,00 como salário mensal

Quando **D** chegou à referida clínica, os três arguidos estavam ali, pelo que **D**

entregou MOP5.500,00 à arguida **F** como despesa de operação de aborto, a maior parte da qual é subtraída por **D** no armário da mãe **G**.

D tinha menos que 14 anos, decidindo abortar sem que os seus pais consentissem, além disso, os 3 arguidos nunca exigiram que **D** ou seus pais assinassem na declaração sobre o aborto.

Na clínica, o arguido **C** usou o instrumento, apreendido no processo, para examinar o corpo de **D**, e inseriu uma gaza para dentro da vagina de **D**, enquanto a arguida **F** fez injeção oxitócica na sua mão direita, e o arguido **B** ajudou a passar-lhe a injeção.

Após a injeção, a arguida **F** mandou **D** regressar para casa em primeiro, voltaria se doesse a barriga para efectuar operação de aborto.

Às 8h00 e pouco do dia seguinte, **D** tornou a ir à clínica “**B, C**”, o arguido **C** depois de receber o telefonema do arguido **B**, correu à clínica e de seguida efectuou as operações por **D** que era deitada acima da cama de no quarto de consulta exclusiva, enquanto os arguidos **B** e **F** estavam presentes a prestar auxílios. A operação inteira durou cerca de uma hora, no entanto, placenta necrótica foi deixada na cavidade abdominal de **D**

D na noite depois de ter recebido operação, teve dores na barriga, e foi levada pelo seu padrasto a clínica **B** e **C**, como não havia melhoria, foi levada em 20 de Março de 2003, às 22h42 pela ambulância para o Hospital Keang Wu.

Após o diagnóstico no Hospital Keang Wu, comprovou-se que **D** sofreu perfuração uterina, acompanhada de infecção intrauterina e peritonite purulenta,

causada por submeter à indução ao parto de gravidez entópico. Para salvar e tratar a ofendida, o seu útero foi removido.

De acordo com a perícia da médico legal clínico constante de fls. 109 dos autos de investigação, **D** perdeu definitivamente a fertilidade resultante da histerectomia causada pela operação de aborto e sofreu o perigo de vida por causa de infecção intrauterina e peritonite purulenta, pelo que o aborto provocou-lhe grave ofensa à sua integridade física.

Os três arguidos em vontade comum e da forma acordada, cooperaram em efectuar operações de aborto por terceiro com vista a realizar fins lucrativas, causando ofensa grave à integridade física da grávida em virtude da mesma operação.

Os três arguidos agiram voluntária, consciente e dolorosamente.

De acordo com o CRC, o 1.º arguido é delinquente primário.

A 2.ª arguida é empregada da clínica **B** e **C**, mediante salário de MOP5.000,00.

A arguida é casada, não tem ninguém a seu cargo.

A arguida não confessou os referidos factos, sendo delinquente primário.

O 3.º arguido é médico da medicina chinesa mediante salário mensal de MOP8.000,00.

O arguido é casado, não tem ninguém a seu cargo.

O arguido não confessou os referidos factos, sendo delinquente primário.

A ofendida **D** declarou exigir indemnização pelos danos sofridos.

Factos não provados: nada a assinalar.

Convicção do Tribunal

Sintetizadas as declarações prestadas pelos 2.º e 3.º arguidos na audiência de julgamento, a declaração da ofendida quanto ao decurso do facto, segundo a qual ela, na maioria do tempo, foi cuidada e tratada pelos 2.º e 3.º arguidos, e a operação de aborto foi realizada pelos três arguidos em conjunto, os depoimentos da mãe da ofendida, do padrasto da ofendida e um agente da P.J, a declaração prestada pelo médico **H** de forma imparcial, o relatório do médico constante dos autos (fls. 107 a 109 dos autos), e a referida prova documental constante dos autos, o colectivo formou sua convicção.

3. De acordo com os factos provados, os 3 arguidos, em vontade comum e da forma acordada, cooperaram em efectuar operações de aborto por terceiro com vista a realizar fins lucrativas, causando ofensa grave à integridade física da grávida em virtude da operação de aborto, cometendo assim um crime de aborto consentido.

(...)”

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa pela análise das seguintes

questões, enquanto enformadoras de vícios imputados à decisão recorrida, tais como erro de direito, erro na apreciação da prova na vertente de violação de *legis artis*, insuficiência de matéria de facto e contradição insanável na fundamentação, previstos no n.º 2 do art. 400º do CPP:

- Do consentimento enquanto elemento integrante do crime de aborto previsto no art. 1º do DL n.º 59/95/M, de 27/Nov.

- Da não participação dos recorrentes nas manobras abortivas;

- Da responsabilidade civil decorrente da prática do acto ilícito

2. Questionam os recorrentes a validade do consentimento dado pela grávida, menor, de 13 anos de idade, **D**, enquanto elemento típico integrante da previsão típica do crime de aborto consentido, p. e p. no art. 1º do supra referido Dec.-Lei, porquanto concedido por quem era incapaz, carecendo de suprimento por parte dos seus representantes legais.

Para afirmarem ainda que a mãe da dita menor é que a induziu a fazer aquele aborto, o que decorre de toda a sua actuação antes e depois das práticas abortivas levadas a cabo no corpo daquela jovem.

Actuação que concretizam em factos que procuram extrair de diversos elementos dos autos e da descrição da factualidade comprovada.

E concluem no sentido de que o Tribunal devia ter apurado esse envolvimento e participação da mãe da menor, devendo esta ser responsabilizada, além do mais, por violação em grau elevadíssimo dos deveres de protecção da filha.

E o MP enfatiza a questão relativa á incapacidade da menor, afirmando a necessidade de suprimento dessa incapacidade por parte dos seus representantes legais.

Para dizer ainda que o consentimento prestado pela menor não era válido, o que decorre do disposto nos artigos 111º, 112º e 113º e do regime e pressupostos do consentimento previsto no n.º 3, b) do DL 59/95/M de 27/Nov., em que se prevê o suprimento da incapacidade nas circunstâncias em que a interrupção da gravidez não é punível.

3. Desde logo algumas observações se nos antolham.

Em primeiro lugar, uma questão é a da validade do consentimento da menor para a prática do aborto e outra é a de apurar quem o devia prestar.

Realidade esta que ainda é diferente do apuramento do envolvimento e consentimento da representante da menor.

Em segundo lugar procura-se responsabilizar alguém que não foi constituído arguido nos autos e que não foi alvo de acusação.

Depois, invocam-se factos e uma actuação que não era objecto

do processo nem foi oportunamente suscitada pela defesa.

4. Quanto à questão da incapacidade para prestar o consentimento, tal não releva de todo.

Desde logo as regras do consentimento em direito penal apartam-se das regras do direito civil – cfr. art. 30º, n.º 1, d) e 37º do CP .

Importando acentuar que não se trata aqui de um *interesse livremente disponível* ou sequer de um qualquer *direito* de quem presta o consentimento, donde há que concluir que, mesmo que prestado pela mãe, enquanto representante legal, tal consentimento sempre seria irrelevante.

Em bom rigor nem se trata aqui de um consentimento, mas sim *assentimento*, *acordo* da mulher, jovem grávida.¹ O interesse protegido será o da vida humana intra-uterina² que não estará na disponibilidade de quem anui à prática abortiva, sendo o desvalor do elemento típico, na ponderação de eventual agravação do crime, a liberdade e autodeterminação do portador do objecto de protecção penalmente tutelado.

No fundo, no caso dos autos, não há forma de operar um consentimento eficaz, donde a integração típica se há-de fazer sem recurso

¹ - Costa Andrade, Consentimento e Acordo em DP, 1991, 507, 413

² - Damião da Cunha, Comentário Conimbricense, I, 1999, 148

a um qualquer mecanismo de suprimento, donde resulta o acerto da acusação e condenação pelo crime do art. 1º do DL n.º 59/95/M, de 27 de Nov. A pedra de toque na distinção entre este crime e o do art. 140º do CP está não tanto no *consentimento*, mas sim na existência da *acção consentida*.³

E as coisas não se deixarão de perceber melhor se se perspectivarem diferentemente. A mãe não queria expressamente o aborto, ao invés da filha que o queria realizar; A mãe queria expressamente o aborto e a filha repudiava-o. Como é bem de ver a agravação não deixa de operar sempre independentemente da intervenção do representante legal.

5. Pretende-se que o Tribunal apurasse do envolvimento da mãe do menor que teria induzido a filha e os arguidos à prática do aborto.

Não têm razão ainda aqui os recorrentes.

Tal factualidade não foi suscitada oportunamente nem dela havia que conhecer officiosamente.

Pela razão simples de que a filha, jovem grávida não foi constituída arguida nem estava a responder por tal crime, face à sua inimputabilidade. Aí, sim, importaria saber até que ponto a jovem foi afectada na sua autonomia e determinação.

³ - Maia Gonçalves, CPP, Anot., 1994, 172

E quanto à incriminação dos arguidos não se vê em que medida a participação activa da mãe da jovem fosse relevante no sentido de desculpabilização ou atenuação da conduta. Antes pelo contrário, porque se tratava de pessoa adulta e plenamente responsável sempre podiam os arguidos confrontá-la, com outra autoridade e veemência, com o desvalor da acção.

6. Com isto que se vem dizendo afasta-se claramente a necessidade de análise e apuramento da factualidade que os recorrentes pretendem que fosse considerada assente.

Não obstante, trata-se, por isso, irrelevantemente, de matéria não alegada, não comprovada, não susceptível de confirmação, inexistindo elementos nos autos que permitam considerá-la como assente

7. Da não participação dos ora recorrentes na manobras abortivas

Em resumo, pretendem não terem sido eles os autores do facto típico criminoso, mas sim o arguido ausente.

Esgrimindo com a diferente habilitação profissional, diferenciando as actividades desenvolvidas por cada um dos arguidos, médico convencional aquele 1º arguido, empregada de consultório a segunda e medicina tradicional chinesa o terceiro só aquele podia ter desenvolvido as descritas práticas abortivas, até porque foi ele que cobrou

o dinheiro, não repartido com os co-arguidos.

Mais uma vez se referem factos que vêm ao arrepio do que consignado ficou e que não são desmentidos pelos elementos dos autos e pelas regras da experiência comum.

Basta pensar que o acto ilícito em presença bem podia ter sido empreendido por alguém que não fosse profissional de saúde ou com ela relacionado, pelo que, no caso, a proximidade espacial e funcional existente entre os arguidos bem pode integrar um quadro favorável à comparticipação criminosa, tal como vem provado.

8. Resta abordar a questão relativa à indemnização.

No fundo, os recorrentes põem apenas em causa o seu quantitativo, no essencial, por entenderem que se a mesma resulta da prática de acto ilícito ele não deixou de ser praticado a pedido da lesada, pelo que sempre importaria projectar essa vertente no montante de MOP 300.000,00 que veio a ser encontrado.

Não cabe aqui querelar sobre a natureza da responsabilidade por acto médico, mas tão somente saber, face aos termos em que a questão vem posta, se o montante encontrado se mostra justo e adequado.

Realça-se que, independentemente da natureza da responsabilidade em causa,⁴ na análise dos pressupostos da

⁴ - Cfr. Ac. do TUI, proc. 23/2005, de 18/1/2006

responsabilidade, de forma a perspectivar o dano causado, não se deve deixar de ter presente o interesse protegido e violado que importa ressarcir. E sob esse ponto de vista identificam-se danos de dois tipos causados pelo facto ilícito imputado aos arguidos: o dano no feto e à vida intra - uterina e o dano causado à jovem gestante que a tornou infértil e que, indubitavelmente, se ficou a dever à conduta e actuação dos arguidos por prática abortiva grosseira, indevida e negligente, na sequência da perfuração uterina.

Ora o dano indemnizado na sentença recorrida foi o dano causado à ofendida nesta vertente e aí, sem dúvida alguma, não se pode defender que a ofendida contribuiu de alguma forma para esse resultado.

Ora, em face da gravidade das lesões, suas consequências e traumas que necessariamente a perda do útero não deixa de acarretar para uma mulher, para mais, jovem e com normal esperança de reprodutividade, a indemnização encontrada não peca por qualquer excesso.

Acresce, na caracterização da conduta que originará a reparação dos danos, uma actuação integrante de uma negligência censurável e de um erro grosseiro em que se terá traduzido a não remoção da placenta e a perfuração uterina, não podendo os recorrentes escudar-se com a falta de conhecimentos técnicos a partir do momento em que decidem praticar um acto ilegal e que não estavam em condições de praticar.

Como não se deixa de ter por irrelevante o pretense consentimento da ofendida, não só porque esse resultado não foi por si

desejado, como pelo facto de não possuir capacidade em termos cíveis para o efeito.

9. A medida da pena não é posta em crise

10. Nesta conformidade e sem necessidade de maiores desenvolvimentos o recurso será julgado improcedente.

Não merecem, pois, provimento os recursos dos arguidos, ora sob apreciação.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em julgar improcedentes os recursos dos arguidos **A** e **B**.

Não se conhece do recurso de **C** vista a sua situação de revelia.

Custas pelos recorrentes, fixando em 6 UCs a taxa de justiça.

Macau, 29 de Novembro de 2007,

João A. G. Gil de Oliveira

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong

Parcialmente vencido nos termos da
declaração de voto que se junta

第 312/2006 號卷宗

表決聲明

本人認同本合議庭裁判中就刑事部份裁定上訴人的上訴理據和請求理由不成立。

然而，就肯定原審法院依職權裁量的損害賠償部份正確而裁定這一部份的上訴理據和請求不成立，本人基於以下的理由不予認同。

事實上，根據一審獲證事實，被原審法院視為「被害人」的 **D** 在刑法學說上不能被視為被害人。

本案所涉者為十一月二十七日第 59/95/M 號法令第一條規定同意墮胎罪。

毫無疑問，三名被一審判罪的嫌犯基於一審獲證並可對彼等歸責的事實是應以同一法令第一條第一款論處。

被一審法院視作「被害人」的 **D**，在明知自己懷有身孕，而同意及接受案中三名嫌犯對其當時懷有的胎兒進行人工流產時，實質上是墮胎事實的其中一名共同正犯，其之所以沒有成為嫌犯和被判罪單純是基於她在實施事實時仍未年滿十六歲和因而在刑事上屬不可歸責者。

如被一審法院視之為「被害人」的 **D** 為參與共同犯罪事實的行為人，則自然地不可能成為同一事實的被害人。

雖然被一審法院視為「被害人」的 **D** 在其同意和接受參與的事實中在其身體完整性遭到嚴重傷害，但畢竟是在沒有基本衛生條件和欠缺應具備的醫療及急救

設備的場所內接受對已懷孕五個月的胎兒進行人工流產的非常可能的後果。

雖然第 59/95/M 號法令第三條第一款 a)項規定未滿十六歲的孕婦不能自行作出有效的同意接受合法的墮胎行爲，但這規定僅應被解釋爲凡由未滿十六歲的孕婦作出的同意不能阻却墮胎事實的可處罰性，而不就等如可解釋爲倘同意接受墮胎的孕婦爲未滿十六歲，則該孕婦被視爲墮胎事實的被害人。

事實上，年齡是決定人的可歸責與否，而不是用作界定屬行爲人或被害人身份的準則。

因此，D 是不可歸責的行爲人，且其身受的傷害是其接受上述條件下進行的手術的固有風險變成實害所使然，故不是被害人，和依法不應獲得損害賠償。

基此，本合議庭應予廢止一審法院判決中法院依職權裁量的民事損害賠償的部份，而非如本合議庭多數表決的裁判般予以確認。

二零零七年十一月二十八日

賴健雄