

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola de Lisboa



As lesões pré-natais

Reflexão acerca da (eventual) tutela penal
da integridade física pré-natal

Rafaela de Aragão Pimenta

Dissertação em Mestrado Forense
Sob a orientação do Professor Doutor
Germano Marques da Silva
Março de 2017

*À minha mãe
e à minha avó*

*“Pois o Direito Penal não deve proteger apenas aqueles que não nasceram
mas também, e sobretudo, aqueles que nasceram”*
(Vera Lúcia Raposo).

ÍNDICE

I. Introdução	p.6
Capítulo I	
1. Constituição penal e a criminalização.....	p.7
Capítulo II	
2. O estatuto jurídico do ser humano pré-natal na ordem constitucional e penal portuguesa.....	p. 18
2.1 O estatuto do ser pré-natal na ordem jurídica portuguesa: generalidades.....	p. 18
2.2 A vida humana pré-natal na Constituição da República Portuguesa.....	p. 22
2.3 A vida humana pré-natal no Código Penal português.....	p. 28
Capítulo III	
3. A protecção penal da integridade física pré-natal.....	p. 33
3.1. A integridade física pré-natal no Código Penal português.....	p. 33
3.2. A relevância da tutela jurídica da integridade física pré-natal.....	p. 35
3.3. Dignidade penal e necessidade da tutela penal da integridade física pré-natal.	p. 37
Capítulo IV	
4. As lesões pré-natais no Direito Penal Comparado.....	p.40
4.1. O Código Penal Espanhol em especial.....	p.40
Capítulo V	
5. (eventual) tipo de ilícito de lesões pré-natais no Código Penal.....	p.44
5.1. Generalidades.....	p.44
5.2. Bem jurídico protegido.....	p.44
5.3. O tipo objectivo de ilícito.....	p.45
5.4. O tipo subjectivo de ilícito.....	p.49
II. Conclusão	p. 52
III. Bibliografia	p. 53

Lista de Abreviaturas:

Ac. — Acórdão

Cf. — Confira

CRP — Constituição da República Portuguesa

e.g. (exempli gratia) — por exemplo

i.e. (id est) — isto é

Op. Cit. (opus citatum) — obra citada

p. — página

pp. — páginas

ss. — seguintes

TC — Tribunal Constitucional

TS — Tribunal Superior

I. INTRODUÇÃO

Apesar de estar, na sua essência, ligado à protecção de bens jurídicos relativos a pessoas, o Direito Penal português não ignora o nascituro.

A tutela penal conferida ao não nascido está, no entanto, íntima e unicamente ligada ao tipo clássico de aborto, que incrimina as ofensas dolosas ao bem jurídico vida intra-uterina.

A integridade física pré-natal, por outro lado, não encontra qualquer protecção no Código Penal. Afastada a aplicação dos tipos clássicos (*e.g.* de ofensas à integridade física ou de aborto), condutas que lesem o *corpo* ou a *saúde* do ser humano *in utero*, mas que não impeçam o seu nascimento, são, deste modo, penalmente irrelevantes. E isto, ainda que estas lesões se venham a repercutir e a manifestar (como *commumente* ocorre) na pessoa que vem a nascer, limitando a sua capacidade física, limitando (quem sabe toda) a sua vida.

A reflexão jurídico-penal em torno da integridade física pré-natal, ganha cada vez mais relevância, sobretudo a propósito de actos danosos cometidos pela própria gestante (fruto, *e.g.* de comportamentos de risco, como o consumo excessivo de álcool ou de estupefacientes), mas mantém o seu cabimento relativamente a comportamentos de terceiros, nomeadamente, médicos — especialmente, no que diz respeito à prescrição de certos medicamentos (vejam-se as milhares de vítimas da Talidomida), mas também à errada utilização dos meios de diagnóstico pré-natal.

Numa era em que o nascituro é já, não só, reconhecido (tanto pela ciência médica como pelo Direito), como *vida humana singular*, mas também como *organismo biologicamente autónomo* (o concebido não é um órgão da mãe), a questão jurídico-penal acerca da integridade física pré-natal impõe, cada vez mais, uma atenta reflexão.

Perante a atitude de outros ordenamentos penais, que passaram a criminalizar as lesões causadas ao *corpo* ou à *saúde* do embrião *in utero*, (veja-se o exemplo do espanhol, que inseriu, em 1995, o ilícito penal de lesões fetais) urge debater e refletir acerca da pertinência e necessidade de uma eventual tutela penal da integridade física pré-natal, no ordenamento jurídico português.

É precisamente esta reflexão que nos propomos a fazer ao longo da presente dissertação.

CAPÍTULO I

1. A CONSTITUIÇÃO PENAL E A CRIMINALIZAÇÃO

Antes de passarmos à questão de saber se o legislador penal português deve intervir no sentido de punir as lesões pré-natais, incumbe fazer um esforço para nos colocarmos no seu papel no momento em que *decide* que determinada conduta deve ser criminalizada, de modo a analisarmos os passos que devem ser dados em ordem a uma intervenção legítima e não arbitrária.

Num Estado de Direito democrático, liberal e humanista — como é o Estado português, (cf. artigos 1º e 2º da Constituição da República Portuguesa) —, a criminalização (ou descriminalização) de uma conduta é um exercício necessariamente limitado e justificado, estando longe de ser uma mera decisão política. Tendo a pena a potencialidade de consistir numa restrição da liberdade das pessoas ou do seu património pessoal e traduzindo-se sempre numa afectação da dignidade humana — valores fundamentais em qualquer Estado liberal — não podia ser de outra forma.

O poder punitivo do Estado é um poder apoiado, formal e materialmente, na Constituição¹. A Constituição Penal levanta, desde logo, rigorosos limites à intervenção legislativa punitiva: no seu artigo 29º, a Lei fundamental portuguesa prevê um conjunto de princípios condutores de toda a política criminal, que, por um lado, garantem aos cidadãos o direito subjectivo de jamais serem punidos à sua margem e que, por outro, impõem ao Estado o dever de conformação legislativa em matéria criminal com esses mesmos princípios², que obstem à possibilidade de uma intervenção arbitrária ou excessiva.

O legislador está, em matéria de política criminal, fortemente condicionado pelo princípio da legalidade — refletido no brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege* — princípio que, por sua vez, abrange várias determinações.

¹ Cf. Brito, José de Sousa e (1978), “A lei penal na Constituição”, in VV.AA., *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, pp. 197-254. No mesmo sentido, Dias, Jorge de Figueiredo (1988), *Direito Penal 2: parte geral — As consequências jurídicas do crime*, p. 51.

² Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa anotada* vol. I, 4ª edição, p. 193.

O princípio da legalidade, impõe que o crime (a pena) esteja descrito em lei formal, estabelecendo a reserva de lei da Assembleia da República em matéria criminal — o Governo só poderá legislar sobre esta matéria através de autorização daquela (cf. artigo 165º, n.º1, al. c) da Constituição).

O *nullum crimen nulla poena sine lege* reflete-se ainda no princípio da tipicidade que, por sua vez, impõe a especificação e delimitação, do tipo de crime, tornando ilegítimas definições incertas ou vagas³ e proibindo a analogia na definição de crimes. Este princípio abrange ainda as penas, que devem estar determinadas relativamente a cada tipo de crime.

Ao nível da sua aplicação, o princípio da legalidade repercute-se na proibição da retroactividade (contra réu), impedindo que a lei qualifique como crime factos passados, ou aplique a crimes anteriores, penas mais pesadas. Este princípio obriga ainda a que seja desconsiderado crime um facto que uma lei posterior vem despenalizar ou que passe a ser punido com menos severidade se uma lei posterior vier a sancionar de forma mais leve (princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável).

Sendo a lei punitiva uma lei restritiva de direitos fundamentais, as limitações de que temos vindo a falar não podem, no entanto, ser suficientes. Um Estado (material) de Direito não pode dar oportunidade a qualquer tipo de poder arbitrário ou absoluto, tendo a obrigação de consolidar instrumentos *genuínos* (que ganhem consistência para além da lei formal) que garantam o controlo, não só a nível de forma, mas também de *conteúdo* da lei criminal. Assim, não basta uma lei punitiva escrita, prévia e certa para que a lei criminalizadora seja legítima⁴.

Para efeitos de criminalização deve ser dada resposta concisa à questão de saber se determinada conduta apresenta *dignidade punitiva*.

E responder afirmativamente a esta questão é, em primeiro lugar, constatar a existência de um bem jurídico-penal a proteger. O Direito Penal de um Estado liberal

³ Neste sentido, Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4ª edição.

⁴ Esta ideia remonta já ao conceito material de crime proposto por Feuerbach no século XIX. Cf. Almeida, Carlota Pizarro de, “Algumas reflexões a propósito do acórdão 211/95 do Tribunal Constitucional”, in Palma, Maria Fernanda, Almeida, Carlota Pizarro e Vialonga, José Manuel (2009), *Casos e materiais de direito penal*, 3ª ed., Almedina, pp

apresenta uma natureza essencialmente protectora⁵, assumindo como principal função a protecção de bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo e à vida em comunidade. E é precisamente este o ponto de partida para uma intervenção punitiva legítima: *o bem jurídico-penal*.

Historicamente, a concepção de bem jurídico-penal recua já à época do Iluminismo criminal — época em que foram encetados esforços no sentido de levantar limites materiais ao poder punitivo arbitrário — e foi tendo uma evolução algo conturbada, acabando mesmo por evidenciar “uma capacidade de adaptação a diferentes ou mesmo opostas concepções (embora se possa entender que algumas representaram a sua adulteração ou o seu esvaziamento)”⁶ afastando-se de qualquer linha de continuidade.

Actualmente, a concepção de bem jurídico regressa à concepção garantística que manifestava o conceito material de crime do Iluminismo, assumindo hoje, não só, uma função sistemática (organização na lei dos tipos de crime e compreensão teológica do seu alcance) mas também, e mais importante que isso, uma *função crítica*, operando como um verdadeiro limite à intervenção do legislador penal⁷.

Apesar de permanecer um conceito abstrato e de, à sua volta, co-existirem ainda assim inúmeras definições que o tentam densificar, a concepção de bem jurídico reúne um consenso de fundo quanto ao carácter de essencialidade, ou de fundamentalidade, para a existência humana em comunidade de que os bens se devem revestir para serem considerados bens jurídicos dignos de tutela penal⁸. A decisiva conclusão resultante da teoria do bem jurídico, enquanto garantia da liberdade, consiste na ilegitimidade da incriminação quando referida a comportamentos que não ponham em causa nem o livre

⁵ Neste sentido, Costa, José de Faria, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal”, in VV.AA, *Revista de legislação e jurisprudência*, n.º 3978, ano 142º (Jan/ Fev. de 2013), pp.

⁶ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da (1995), “*Constituição e crime*” — *uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, UCP editora, p. 71. Veja-se também Almeida, Carlota Pizarro de, “Algumas reflexões a propósito do acórdão 211/95 do Tribunal Constitucional”, in Palma, Maria Fernanda; Almeida, Carlota Pizarro e Vialonga, José Manuel (2009), *Casos e materiais de direito penal*, 3ª Ed., Almedina, p. 205.

⁷ Neste sentido, Costa, José Faria da, *Op. Cit.* nota 5

⁸ *Vide* Cunha, Maria da Conceição Ferreira da (1995), *Op. Cit.* p. 83.

desenvolvimento do indivíduo, nem as condições sociais necessárias a esse desenvolvimento⁹.

Daqui resultam, desde logo, duas importantes consequências: 1) a ilegitimidade de uma intervenção penal em ordem a uma tutela de valores de ordem moral¹⁰ e 2) a *mutabilidade* dos bens jurídicos a proteger, o que obriga o legislador a acompanhar o ambiente valorativo da respectiva comunidade, espacio-temporalmente situada¹¹.

Todavia, apesar deste consenso de fundo, quanto ao seu carácter de essencialidade, o bem jurídico penal permanece uma categoria abstrata carente de concretização e é aqui que a questão assume a sua essencialidade: na altura de “converter o bem jurídico num conceito dotado de função crítica, capaz de orientar ou até mesmo de vincular o legislador penal na escolha dos factos a criminalizar e a descriminalizar”¹².

A criminalização de certa conduta está, como vimos, dependente da existência de um bem jurídico a proteger e certamente que a *determinação* de um bem jurídico digno de tutela criminal não será uma mera decisão política. A verdade é que no exercício da sua actividade, o legislador penal não deixa de ter uma larga margem de descricionariedade e também não deixa de ser correcto dizer que o acto de legislar implica sempre juízos de valor. A concepção de bem jurídico não consegue, por si só, estabelecer uma barreira física entre o que *pode* ou *não pode* ser criminalizado.

Para que possam ser extraídas consequências práticas e concretas da concepção (abstrata) de bem jurídico que sejam verdadeiramente vinculativas para o legislador penal é necessário recorrer a uma “instância mediadora que lhe confira operatividade”¹³, a um instrumento legítimo que permita então proceder à sua concretização — e esse instrumento é a Constituição¹⁴.

⁹ Cf. Roxin, Claus, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, in, VV.AA., *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 3, fascículo 1.

¹⁰ Vide, Dias, Jorge de Figueiredo (1988), *Direito Penal 2 — As consequências jurídicas do crime*, p. 43.

¹¹ Cf. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da (1995), *Op. Cit.*, p. 112.

¹² Cf. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da (1995), *Op. Cit.*

¹³ Cf. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da (1995), *Op. Cit.*, p. 104.

¹⁴ Neste sentido, Brito, José de Sousa e (1978), “A lei penal na Constituição”, in VV.AA., *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, pp. 197-254. Vide também, Dias, Jorge de Figueiredo, “«O Direito Penal do Bem Jurídico» como princípio jurídico-constitucional”,

Contendo a Constituição — em sentido material¹⁵ — o aglomerado axiológico que, não só faz parte de uma determinada sociedade, como dá expressão e estrutura o próprio (tipo de) Estado, o papel de *mediatizador* de um conceito de bem jurídico com sentido crítico não podia deixar de lhe ser entregue¹⁶. É a Constituição de cada Estado o elemento que, de forma consensual, reúne e dá expressão aos princípios fundamentais, às valorações essenciais, que caracterizam essa precisa sociedade, daí que a questão de saber o que *pode ser legitimamente* objecto de pena — no fundo, o que pode ser objecto de protecção do Direito Penal — deva ser dirigida à Constituição¹⁷. Como afirma Roxin¹⁸, “num Estado de direito baseado na liberdade dos indivíduos, um conceito político-criminal de bem jurídico vinculante só pode resultar das tarefas positivadas na Constituição”.

Resta então a questão de saber que tipo de relação existe entre a liberdade de opção (descricionarieidade) legislativa e a necessidade de concretização constitucional¹⁹. E esta não é uma questão de somenos, já que dela derivam várias consequências, nomeadamente,

in VV.AA., Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 142, n.º 3998, pp. 250-266. E ainda, Cunha, Maria da Conceição Ferreira da (1995), “*Constituição e crime*” — *uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, UCP editora.

¹⁵ Jorge Miranda entende que “Constituição material é, pois, o acervo de princípios fundamentais estruturantes e caracterizantes de cada Constituição em sentido material positivo; a manifestação directa e imediata de uma ideia de Direito que se impõe numa dada colectividade (seja pelo consentimento, seja pela adesão passiva); a resultante primária do exercício do poder constituinte material; e, em democracia, a expressão máxima da vontade popular livremente formada”. Cf. Miranda, Jorge (2014) *Manual de direito constitucional*, Coimbra Ed., tomo II,, p. 25.

¹⁶ Neste sentido, Dias, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* nota 14. No mesmo sentido, Brito, José de Sousa e (1978), *Op. Cit.* nota 14.

¹⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* nota 14.

¹⁸Cf. Roxin, Claus (1982), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 7 e ss. *apud*, Cunha, Maria da Conceição Ferreira da (1985), “*Constituição e crime*” — *uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, UCP editora, p.145.

¹⁹ Conceição Cunha faz uma análise da doutrina jurídica italiana, apontando as várias concepções que existem acerca desta relação, naquele ordenamento. Cf. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da (1995), *Op. Cit.* pp.167 e ss.

ao nível da separação de poderes — se considerarmos, acompanhando uma concepção restrita, que devem ser consideradas inconstitucionais todas as normas que criminalizem a violação de valores sem uma expressão na Constituição, estaremos a alargar o âmbito de competência em matéria penal do Tribunal Constitucional, em detrimento do grau de descricionariedade do legislador penal (e vice-versa).

Nas palavras de Figueiredo Dias²⁰, “a noção de bem jurídico torna-se politico-criminalmente útil, erigindo-se em padrão crítico do sistema jurídico-penal, quando se aceite que a ordem dos bens jurídicos tuteláveis pelo direito penal constitui uma ordenação axiológica *como aquela que preside à Constituição*. Entre as duas ordens se verificando uma relação que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de *analogia material*, fundada numa essencial *correspondência de sentido e* — do ponto de vista da sua tutela — *de fins*. Correspondência que deriva, também ela, de a ordem jurídico-constitucional constituir o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo da actividade punitiva do Estado. É nesta acepção — concluía eu — que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica. Sendo por esta via — e só por ela em definitivo — que os bens jurídicos se “transformam” em *bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal*, numa palavra, em *bens jurídico-penais*”.

E tudo o que tem vindo a ser exposto é imposto pela Constituição — o artigo 18º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa impõe que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”²¹.

Deste artigo se retira que a Constituição impõe ao legislador penal, pressupostos materiais de legitimidade para efeitos de criminalização de determinadas condutas, já que estas implicam sempre, como já dissemos, uma efectiva restrição a direitos fundamentais — nomeadamente, ao direito à liberdade (previsto no artigo 27º da Constituição) ou ao direito de propriedade (previsto no artigo 62º).

Em primeiro lugar, exige-se a previsão constitucional expressa da respectiva restrição, *i.e.*, “toda a restrição tem de estar expressamente credenciada no texto

²⁰ Dias, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* nota 14.

²¹ Redacção da LC n.º 1/82, que alterou os n.º 2 e 3.

constitucional, tornando-se portanto necessário que a admissibilidade da restrição encontre nele expressão suficiente e adequada (parecendo de admitir, porém, que a previsão não necessita de ser directa para ser expressa)²².

Em segundo lugar, a Constituição obriga a que a restrição seja justificada pela salvaguarda de um outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (cfr. n.º 2 *in fine*). Este pressuposto material impõe ao legislador que o interesse invocado para restringir um qualquer direito fundamental tenha na Constituição suficiente e adequada expressão.

O legislador penal só terá, deste modo, legitimidade para criminalizar uma conduta em nome da protecção de um bem jurídico, que será, necessariamente, um bem que está numa relação de *analogia substancial* com os valores que presidem à ordenação constitucional²³.

Mas, note-se, esta relação de *analogia substancial* que existe entre os bens jurídico-penais e a ordenação axiológica constitucional não é, nem pode ser, uma relação de identidade.

Esta *relação de analogia substancial* não implica que todos os bens constitucionais sejam elevados à categoria de bem jurídico-penais. Nem faria sentido que assim fosse. Por vários motivos. Em primeiro lugar, porque a tutela constitucional não se confunde com a penal que é uma tutela, não só de última *ratio*, mas também fragmentária. A protecção de bens jurídico-penais é (como veremos adiante) uma protecção de *último meio*, estando reservada para casos em que não existem meios alternativos adequados ou suficientemente eficazes para tutelar esse particular bem jurídico. Por outro lado, o legislador penal, ao concretizar valores constitucionais poderá, por exemplo, fazê-lo tendo somente em conta determinados aspectos desse valor ou apenas quando se preenchem determinados pressupostos, como pode ainda reservar a protecção de certo bem jurídico para circunstâncias específicas ou apenas relativamente a agressões mais graves (etc.), que impliquem uma maior *danosidade social*, uma maior lesão ou perigo para os bens jurídicos. Como aponta Conceição Cunha²⁴, pode inclusivamente, suceder o inverso: “pode o Direito Penal, na concretização de princípios ou valores com algum

²² Neste sentido, Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I, 4ª edição, anotação ao artigo 18º, pág. 391.

²⁴ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, *Op. Cit.* nota 14, p. 208.

relevo constitucional, conceder uma protecção mais ampla a esses valores; até porque tratando-se de uma relação com princípios ou valores de conteúdo muito vago, na sua configuração concreta podem ganhar em completude de tutela, desde que tal não vá contra o espírito da Constituição ou contra algum seu preceito em particular, podendo mesmo tutelar-se penalmente um bem que não encontre relação directa na Constituição, desde que a encontre, de algum modo, de uma forma implícita” ou que encontre no texto constitucional “expressão suficiente e adequada”²⁵.

Mas a verdade é que, sendo a Constituição Portuguesa — e referimo-nos à Constituição formal — uma das mais extensas Constituições²⁶, não será, na maioria das vezes, sequer necessário recorrer a valores implícitos.

A ofensa a um bem jurídico com reflexo em valores constitucionais²⁷ que cause uma *danosidade social*, não é, ainda assim, condição suficiente para uma legítima intervenção criminalizadora.

A Constituição da República Portuguesa, ao impor que a restrição dos direitos, liberdades e garantias se resuma *ao necessário*, remete o legislador penal para um dever de respeito pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo — também conhecido por princípio da proibição do excesso (cfr. artigo 18º n.º 2, 2.ª parte).

O princípio da proporcionalidade em sentido lato, divide-se em três sub-princípios: o princípio da adequação (ou da idoneidade), da exigibilidade (ou indispensabilidade) e ainda no princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

O princípio constitucional da adequação impõe que as leis restritivas se revelem como meio adequado para a prossecução dos fins por si visados — o que, no que concerne ao direito penal, significa que as medidas criminalizadoras devem ser adequadas à protecção de bens jurídicos.

²⁵ Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4ª edição, Coimbra Ed., vol. I, p. 391.

²⁶ A Constituição da República Portuguesa de 1976 tem 296 artigos, mais do que a Constituição espanhola de 1978 (169 artigos), que a alemã de 1949, (146 artigos), que a francesa de 1946 (89 artigos) e que a brasileira de 1988 (250 artigos).

²⁷ Neste sentido, Cunha, Maria da Conceição Ferreira da (1985), *Op. Cit.* p. 218; Em sentido diverso, considerando que a necessidade penal se enquadra ainda na dignidade penal, Cunha, Paulo Ferreira da (1998), *A Constituição do crime — da substancial constitucionalidade do direito penal*, Coimbra editora, p.48.

O princípio da exigibilidade impõe que as medidas restritivas se revelem essenciais ou *necessárias*, no sentido em que os objectivos a alcançar por essa medida não podiam ser atingidos por outros meios menos onerosos para os direitos restringidos. No âmbito do direito penal, esta exigência resume-se ao princípio da subsidiariedade e ao princípio da necessidade da pena — a tutela através de sanções penais terá de ser o único meio de defesa (por insuficiência ou ineficácia de outros meios, por exemplo, do direito civil, do direito administrativo, medidas sociais etc.). Se não houver necessidade de tutelar bens jurídicos, porque o facto não representa uma verdadeira afectação daqueles ou se houver um meio menos grave (que a pena) de os tutelar, a medida será inconstitucional.

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito impõe o equilíbrio ou uma *justa medida* entre a restrição de direitos e os fins obtidos com a medida restritiva. A Constituição proíbe que exista uma desproporção entre a restrição de direitos e os fins a alcançar com a medida restritiva. Ao nível da lei penal, terá obrigatoriamente de haver uma relação de equilíbrio (de proporcionalidade) entre o bem tutelado e os direitos restringidos. Para respeitar esta exigência de proporcionalidade entre bem tutelado/direitos restringidos, o legislador penal terá de tomar em conta vários factores, entre os quais, o grau de importância do bem-jurídico a proteger, as consequências sociais da sua lesão, a culpa do agente, as circunstâncias do caso, etc., factores que irão consequentemente influir no grau de antecipação da tutela, nas formas de lesão a penalizar e ainda na medida abstracta da pena²⁸.

Do princípio constitucional da proporcionalidade (em particular, na sua vertente de *exigibilidade* e *adequação*, atrás expostas) extrai-se um segundo, mas não menos relevante, limite à punição: a exigência da verificação de uma efectiva carência de tutela penal, que se resume ao carácter de *ultima ratio* do Direito Penal. E é neste sentido que Roxin afirma que “o bem jurídico recebe uma dupla protecção: pelo Direito Penal e ante o Direito Penal que, usado exageradamente provoca precisamente as situações que quer combater”²⁹.

²⁸ Neste sentido, Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, *Op. Cit.*, p. 212.

²⁹ Roxin, Claus, *Sentidos y Límites de la Pena Estadual*, p.22 *apud* Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, *Op. Cit.* p. 221.

Assim, para efeitos de criminalização de uma conduta é, não só, indispensável que esta lese ou ponha em perigo um bem jurídico, mas também que se verifique uma efectiva *necessidade* de tutela penal — assim a Constituição o impõe³⁰.

A necessidade de tutela penal decorre, como já antecipámos, do artigo 18º, n.º2 da Constituição da República Portuguesa e encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa — cfr. artigo 1º da Constituição da República Portuguesa — e no princípio do Estado de direito democrático — artigo 2º da Constituição — estando em estreita relação com o fim último do direito penal — a protecção de bens jurídicos através da prevenção geral (beneficiando-se a positiva) e especial (cfr. artigo 40º do Código Penal).

Representando uma restrição a direitos fundamentais, a sanção penal deve ser reduzida ao necessário — a pena só será justificada na medida em que seja indispensável, na sua existência e na sua medida, à conservação e à paz da sociedade³¹ — sendo que só propósitos de prevenção, geral e especial, e nunca de absoluta retribuição ou expiação da culpa poderão justificar o recurso à sanção criminal³².

O *princípio da necessidade* concretiza-se, assim, no princípio da intervenção mínima do Direito Penal — haverá intervenção do direito penal quando não existam outros meios capazes de conferir uma tutela suficiente e adequada ao bem digno de protecção — e no princípio da adequação e eficácia — ser a tutela penal meio adequado e idóneo à protecção do bem em causa e que aquela não represente mais custos do que benefícios³³.

Para averiguar se a tutela penal é necessária o legislador penal terá, nomeadamente, que verificar se existem outros meios (jurídicos ou não), alternativos à pena, que se demonstrem suficientes e adequados à protecção do bem a proteger. Todavia, apesar de existirem vários esforços no sentido do desenvolvimento de uma “ciência da

³⁰ Cf. Andrade, Manuel da Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime”, in VV.AA, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, Fasc. 2, pp. 173-205.

³¹ Cf. Brito, José de Sousa, *Op. Cit.* nota 1.

³² Cf. Dias, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* nota 1, p. 54.

³³ Neste sentido, Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, “Constituição e crime” — uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, UCP editora, p. 220.

subsidiariedade”³⁴, este não é um juízo fácil, na medida em que é difícil encontrar uma *unidade objectiva* que nos permita saber quando é que uma tutela alternativa é realmente eficaz/ suficiente ou, quando seja óbvio que as medidas alternativas à pena não o são, se o direito penal, é de facto, eficaz ou qual será o grau de eficácia que permita dizer que a pena é idónea³⁵. Trata-se de uma questão complexa, sobre a qual não nos iremos alongar. O legislador terá de, para este efeito, realizar uma pesquisa interdisciplinar e institucional sobre quais os meios jurídicos que refletem uma tutela eficiente³⁶ e fá-lo-á relativamente a condutas concretas, tendo sempre como plano de fundo a finalidade última do Direito Penal — a protecção de bens jurídicos — e os fins das penas — tendo sempre como primeiro e principal prisma a finalidade de prevenção geral positiva (correspondendo a finalidade de reforço da consciência jurídica da comunidade e do seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida)³⁷.

³⁴ Cfr. Roxin, Claus, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, in VV.AA., *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 3, fascículo. 1, pp. 7 e ss.

³⁵ Cf. Dias, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* nota 14.

³⁶ Neste sentido, Roxin, Claus, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, in VV.AA., *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 3, Fasc. 1, pp. 7 e ss.

³⁷ Cf. Dias, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* nota 14, p. 55; no mesmo sentido, Cunha, Maria da Conceição Ferreira da (1995), *Op. Cit.* p. 238.

CAPÍTULO II

2. O ESTATUTO JURÍDICO DO SER HUMANO PRÉ-NATAL NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL E PENAL PORTUGUESA

2.1. O estatuto do ser pré-natal na ordem jurídica portuguesa: generalidades

Prévia à questão central do presente trabalho — a de saber se o legislador deve punir as lesões pré-natais — deve ser a reflexão acerca da classificação jurídica do embrião³⁸ questão de extrema importância, que está longe de reunir consenso.

Por ser um assunto sobre o qual pesam as mais diversas áreas do conhecimento — desde a ciência médica, à filosofia e à ética —, a decisão jurídico-política a tomar acerca do estatuto do embrião deve ser uma decisão, não só sensível a todas essas matérias, mas também bastante refletida, tendo em conta as inúmeras consequências para a sociedade e para as pessoas que dela poderão advir³⁹.

Cientificamente, é incontestável que o embrião é vida humana⁴⁰: o embrião é um ser vivo — uma vez que é composto por células vivas — de natureza humana — porque contém ADN humano. Assim, com a fertilização⁴¹ forma-se, para além de qualquer dúvida, vida humana.

³⁸ Utilizamos a expressão embrião como sinónimo de não nascido, abrangendo também o feto, até ao início do nascimento.

³⁹ Na medida em que, não só influenciará, como será determinante, em questões como a interrupção voluntária da gravidez, as técnicas de Procriação Medicamente Assistida, o diagnóstico genético pré-implantatório, a colonagem, as manipulações genéticas, etc.

⁴⁰ Cf. Relatório da Procriação Medicamente assistida, de Julho de 2004, anexo ao Parecer 44/CNEV/2004, consultado em: <http://www.cneqv.pt>.

⁴¹ Sendo que, só a partir da nidação é possível reconhecer se estamos perante um ou mais seres humanos, uma vez que só por volta do 14º dia após a fertilização, o embrião alcança as características da unidade e da unicidade — até aí as células que compõem o embrião são totipotentes, ou seja, não são individualizadas, podendo dar origem a vários resultados (nomeadamente, a mais do que um ser humano). Cf. Raposo, Vera Lúcia (2014), *O direito à imortalidade*, Almedina, p. 483.

É certo que a decisão do que é ou não vida humana não cabe ao Direito, esta é uma realidade que lhe é anterior, impondo-se-lhe — aqui o Direito não tem qualquer papel constitutivo —, caindo unicamente na sua alçada a determinação do momento em que esta começa a usufruir de protecção, bem como o tipo de protecção que obterá. E nenhuma destas é uma decisão que tenha resposta absoluta ou sequer imutável.

O facto de, a partir da fertilização, se formar um ser vivo de natureza humana, não quer necessariamente dizer que lhe seja devida uma tutela jurídica nos mesmos termos que aquela que é devida à pessoa humana já nascida — a quem, num Estado de direito baseado na dignidade humana (cfr. artigo 1.º da Constituição), é conferido o mais elevado grau de protecção — ou sequer que lhe seja reservada uma protecção próxima. Este será um juízo que irá variar consoante o ordenamento jurídico⁴².

A premissa — biologicamente incontestável — *o embrião é vida humana*, deve contudo, afastar a ideia que o reduz a objecto de direito de propriedade, por considerá-lo mera *res*. Não nos parece que em qualquer Estado de Direito guiado por ideias humanistas, em que a vida humana assume um papel de peso central, seja defensável qualificar um ser vivo de espécie humana como coisa⁴³.

O facto de, a partir da fecundação se formar um ser vivo de natureza humana dotado de autonomia (desde logo, biológica e genética) e que, se tudo correr dentro dos padrões normais, virá a transformar-se numa pessoa, não parece coadunar-se com os corolários que advêm de “ser-se coisa” — não num Estado de Direito baseado na dignidade humana. Tendo o embrião uma “potencialidade própria e uma autonomia genética, já que, embora dependa da mãe para sobreviver, o seu desenvolvimento realizar-se-á de acordo com o

⁴² Testemunha disto é a diferença entre soluções adoptadas nos vários ordenamentos jurídicos — enquanto que os ordenamentos da América latina tendem a compreender os nascituros enquanto pessoa. Esta já não é a tendência na Europa e nos EUA. Cf. Raposo, Vera Lúcia (2014), *O direito à imortalidade*, Almedina, p. 499.

⁴³ Esta perspectiva é sobretudo defendida pela classe científica que pretende potenciar as práticas de experimentação embrionária. Parece-nos que a apoiar uma solução jurídica nos mesmos termos, ainda que conferindo ao embrião, como alguns defendem, o mesmo respeito devido aos órgãos humanos, levar-nos-ia a resultados tanto absurdos como perigosos. Cf. Raposo, Vera Lúcia (2014), *Op. Cit.* p. 506 -509.

seu próprio programa genético”⁴⁴, facto que o torna um “ser único e irrepetível”⁴⁵, não pode ser reduzido a um material humano ou a um órgão materno⁴⁶, afastando-se por completo a *coisificação* do embrião.

Existem, num sentido diametralmente oposto, inúmeras vozes, de diversas áreas (desde a religiosa, à da ética e filosofia) entre as quais se reúnem vários juristas, que entendem que o embrião não se diferencia da pessoa já nascida. Para estes autores, a pessoalidade não é um aspecto de aquisição instantânea (algo que se adquira apenas com o nascimento) mas antes um devir — a fase embrionária é apenas a etapa inicial de um longo e único processo, caracterizado por várias fases, que conduz à formação de uma pessoa.

Propugnando a inexistência de qualquer diferença entre *vida humana* e pessoa — “à vida humana corresponde uma pessoa humana, pois pessoa, é nuclearmente, uma vida”⁴⁷⁴⁸ —, entre *ser embrião* e *ser pessoa*, afirmam inúmeros juristas⁴⁹ que o ser não nascido não deve gozar de uma tutela menor à que o ordenamento prevê para qualquer outra pessoa, numa fase mais avançada, exigindo-se, para o embrião, a mesma protecção jurídica que se concede a qualquer pessoa nascida, sujeito de direitos fundamentais — desde logo, do direito à vida, previsto no artigo 24º, n.º 1 da Constituição.

⁴⁴ Lacadena, J., Statutus del embrión, apud Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.*, p. 510

⁴⁵ Cf. Dias, João Álvaro (1996), *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, p. 150; apud Otero, Paulo “Personalidade: um repensar do seu início?” in Miranda, Jorge e Silva e Marco António Marques da (coord.) et alli (2008), *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Quartier Latin Editora, pp. 1011-1022.

⁴⁶ Neste sentido, Raposo, Vera Lúcia (2014), *O Direito à Imortalidade*, Almedina, pág. 511.

⁴⁷ Cf. Campos, Diogo Leite de, “O estatuto jurídico do nascituro”, in VV.AA., *Nós: Estudos sobre o direito das pessoas*, pp. 75-84.

⁴⁸ As opiniões divergem, contudo, no momento decisivo do desenvolvimento embrionário em que se forma efectivamente uma pessoa — para uns será com a fecundação, outros com a nidacção, com a formação do sistema nervoso central, com o início da actividade cerebral, etc. Cf. Raposo, Vera Lúcia (2014), *Op. Cit.*, pp. 478 e ss.

⁴⁹ Entre eles, Cristas, Maria da Assunção Oliveira, “Quando o mais importante é a vida”, in VV.AA. (1998), *Vida e Direito*, pp. 109-110.

Neste sentido, Paulo Otero, a propósito do artigo 24º, n.º1 da Constituição (que afirma a inviolabilidade da vida humana), sustenta que a Lei Constitucional “(...) não se limita a reconhecer um direito de vida, enquanto expressão de conservação de uma vida já nascida, envolvendo também a garantia de um direito à vida, traduzido no desenvolvimento de todas as manifestações de vida humana, incluindo o direito ao nascimento”⁵⁰. Assim, defende o Professor que a Constituição, não fazendo distinção entre vida nascida e não nascida, garante o mesmo grau de *inviolabilidade* e de protecção para qualquer forma de vida humana (*in vitro*, uterina e nascida) “circunstância que permite falar em direitos fundamentais do embrião humano”⁵¹.

O Código Civil português, por outro lado, faz depender a personalidade jurídica — *i.e.*, “(...) o reconhecimento pelo Direito que determinada realidade é susceptível de ser titular de direitos e obrigações (...)”⁵² — do nascimento completo e com vida (cf. artigo 66º, n.º1).

Assim, se só se tem direitos por se ser pessoa e se, em termos jurídicos, só a partir “do nascimento completo e com vida” se é pessoa (jurídica), o embrião não é, em princípio, sujeito de direitos, mormente de direitos fundamentais (*e.g.* do direito à vida).

Em relação a tal concepção diz Paulo Otero que “(...) nada existe, porém de mais falso (...). Ainda antes do nascimento, o Direito pode e deve intervir na tutela do ser humano, circunstância esta que é independente do reconhecimento de personalidade jurídica, pelo menos tal como esta surge configurada no Código Civil”⁵³.

Ao afirmar a inviolabilidade da vida humana, afirma o Professor, a Constituição não faz distinções, dirigindo-se também à vida pré-natal, não havendo razão para distinguir, a nível de tutela jurídica, entre o ser nascido e o não nascido — a este se estendem também os direitos fundamentais (*v.g.* o direito à vida para os embriões uterinos e o direito à implantação no útero materno para os embriões *in vitro*), devendo o Direito em geral e o Civil em particular, reconhecer-lhe uma personalidade jurídica parcial — só assim haverá conformidade com a Constituição, caso contrário permanecerá o “divórcio entre a

⁵⁰ Cf. Otero, Paulo, “Personalidade: um repensar do seu início?”, *in* Miranda, Jorge e Silva e Marco António Marques da (coord.), et alli (2008), *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Quartier Latin Editora, pp. 1011-1022.

⁵¹ Cf. Otero, Paulo, *Op. Cit.*

⁵² Cf. Otero, Paulo, *Op. Cit.*

⁵³ Cf. Otero, Paulo, *Op Cit.*

definição do momento do início da personalidade jurídica do Código Civil e a tutela que a Constituição confere à vida humana antes do nascimento”⁵⁴ — que reconhece ao não nascido a titularidade de direitos fundamentais⁵⁵.

2.2. A vida humana pré-natal na Constituição da República Portuguesa

Será o embrião, conforme aquela doutrina entende, sujeito de direitos fundamentais? Acompanhará este entendimento a Constituição da República Portuguesa?

A verdade é que a Constituição formal é, de alguma forma, dúbia quanto à atribuição de direitos fundamentais aos não nascidos —o texto fundamental, não só não explica o que entende por pessoa ou por sujeito de direitos fundamentais, como também não dedica (de forma directa) nenhum dos seus preceitos ao não nascido⁵⁶.

Por consubstanciar uma interpretação específica — distinta da que subjaz à lei ordinária — a interpretação da Constituição da República Portuguesa é da competência de um particular órgão jurisdicional, de legitimidade democrática acrescida: o Tribunal Constitucional. Pelo que as questões *supra* levantadas devem ser-lhe dirigidas.

A interpretação da Constituição formal por parte do Tribunal Constitucional, é realizada à luz da Constituição material⁵⁷ pelo que, apesar de a Constituição formal portuguesa não dedicar, de forma expressa, nenhum preceito ao não nascido, ou à vida humana não nascida, seria absurdo considerar que os ignora — tal concepção não teria espaço numa Constituição que logo nos seus primórdios afirma que o Estado português se baseia na dignidade da pessoa humana (cf. artigo 1º da Constituição da República Portuguesa).

⁵⁴ Cf. Otero, Paulo, *Op. Cit.*

⁵⁵ No mesmo sentido, cf. Cristas, Maria da Assunção Oliveira, *Op. Cit.*

⁵⁶ Expressão utilizada por Raposo, Vera Lúcia, em “Aqueles que nasceram (breve excuroso sobre o enquadramento penal das lesões pré-natais)”, *in* Andrade, Manuel Costa *et alli*, *Direito penal — Fundamentos dogmáticos e politico-criminais*, Coimbra Editora, pp. 1065-1109.

⁵⁷ Cf. Pereira, Ravi Afonso, “Interpretação Constitucional e Justiça Constitucional”, *in* VV.AA., *Tribunal Constitucional — 35º aniversário da Constituição de 1976*, Coimbra Editora, vol. II, pp. 43-81.

A interpretação que tem sido feita pelo Tribunal Constitucional, nas várias contendas que lhe chegam a exame relacionadas com a vida pré-natal, afasta-se da doutrina que entende que o embrião, sendo equiparado à pessoa nascida, é sujeito de direitos (v.g. do direito à vida, previsto no artigo 24º da Constituição)⁵⁸. Da interpretação feita pelo Tribunal do artigo 24º da Constituição, o direito subjectivo à vida (que daí decorre) é próprio de quem é pessoa, pelo que não se estende aos seres humanos não nascidos.

Não quer com isto dizer que o ser pré-natal não tenha qualquer relevância a nível constitucional. Antes pelo contrário.

Só as pessoas são titulares de direitos fundamentais. Mas a verdade é que os direitos fundamentais não se esgotam numa dimensão subjectiva ou individualista, digna de quem é pessoa⁵⁹. Para além desta dimensão, que confere a cada pessoa posições jurídicas subjectivas de vantagem individual na fruição do bem jurídico protegido pelo direito, os direitos fundamentais apresentam também uma dimensão objectiva, que exalta o reconhecimento dos mais dignos e estruturantes valores da comunidade, enquanto bens jurídicos protegidos⁶⁰.

Conforme afirma Gomes Canotilho, “(...) aos direitos fundamentais não poderá hoje assinalar-se uma única *dimensão* (subjectiva) e apenas uma *função* (protecção da esfera livre e individual do cidadão)”⁶¹. Os direitos fundamentais caracterizam-se, actualmente, pela sua expansão múltipla e pela sua *multifuncionalidade*⁶² — para além da sua dimensão jurídico-subjectiva, “é possível retirar das normas de direitos fundamentais, mesmo daquelas que prevêem primariamente posições jurídicas subjectivas, conteúdos jurídicos des-subjectivizados, que se subtraem ao quadro da estrita relação Estado/indivíduo para reclamarem uma validade universal e que são próprios da qualidade dos direitos

⁵⁸Cf., e.g., acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, Processo n.º 38/84, em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

⁵⁹Cf. Novais, Jorge Reis (2002), *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, vol. I.

⁶⁰Cf. Novais, Jorge Reis (2002), *Op.Cit.*, pág. 63.

⁶¹ Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra Editora, p. 1248.

⁶² Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes (2003), *Op. Cit.*, p. 1248.

fundamentais enquanto elementos objectivos fundamentais da ordem de Estado de direito democrático”⁶³.

Esta dimensão objectiva dos direitos fundamentais demanda, assim, que o Estado aja em ordem à protecção e promoção efectiva daqueles valores, independentemente da sua subjectivação.

Embora não seja equiparado à pessoa, o embrião é, como já adiantámos, vida humana. Representando um dos valores de maior proeminência e dignidade para a comunidade — se não mesmo o mais digno —, a vida humana impõe especial consideração por parte do Direito, mesmo quando no seu estágio inicial⁶⁴. Assim, ao estabelecer que “a vida humana é inviolável”, o artigo 24º da Constituição não pode esgotar-se num sentido meramente individual, que atribui a cada pessoa um direito subjectivo à vida — sobretudo num Estado de Direito baseado na dignidade da vida humana, como é o Estado Português (cf. artigo 1º da Constituição). A Constituição não se basta com esta garantia subjectiva e protege a própria vida humana, independentemente da sua titularidade individual, como valor ou bem objectivo — e aqui se insere a vida, em todas as suas fases, independentemente do momento em que se considere que ela se inicia⁶⁵.

Conforme afirma o Tribunal Constitucional, num acórdão relativo à interrupção voluntária da gravidez⁶⁶ : “(...) entende-se que a vida intra-uterina compartilha da protecção que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucional objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do direito à vida propriamente dito — que só cabe a pessoas (...)”⁶⁷. Como aponta o Tribunal, “a vida intra-uterina não é constitucionalmente irrelevante ou indiferente, sendo antes um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da protecção conferida em geral à vida humana enquanto bem constitucional objectivo (Constituição, artigo 24º, nº 1)”.

⁶³Cf. Novais, Jorge Reis (2002), *Op. Cit.* p. 52.

⁶⁴ Cf. Relatório-Parecer sobre a Experimentação no Embrião humano n.º15/CNEV/95, consultado em <http://www.cnevcv.pt>.

⁶⁵ *Vide* Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital (2007), *Op. Cit.*, pp. 173 e ss.

⁶⁶ Cf. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 85/58, de 29 de Maio.

⁶⁷ No mesmo sentido, Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital (2007), *Op. Cit.* pp. 173 e ss.

O Estado tem, assim, um dever de proteger o ser pré-natal (mesmo que *in vitro*). E este dever de protecção não se satisfaz com um papel de mera abstenção ou não intervenção. “O Estado não está apenas obrigado ao respeito da vida pré-natal, abstendo-se de qualquer acção susceptível de acarretar a destruição do seu desenvolvimento no ventre materno. Sobre ele recai também uma vinculação a prestações satisfatórias da garantia de efectivação (artigo 2.º da CRP) de tal valor, designadamente contra potenciais agressões de terceiros ou da própria gestante – dimensão sobre que, atenta a sua natureza, repousa o essencial da consistência prática do bem em causa”⁶⁸. O Estado está, assim, vinculado a uma activa intervenção em ordem à tutela do ser pré-natal.

Todavia, esta protecção do embrião enquanto bem jurídico constitucional objectivo não atinge, em princípio, o mesmo grau de tutela que é reservada para as pessoas já nascidas, a quem, por ser, desde logo, conferida uma tutela baseada em ambas as dimensões de garantia dos direitos fundamentais: subjectiva e objectiva⁶⁹, fica reservado o maior grau de protecção⁷⁰ que é conferido pelo ordenamento jurídico, já que “(..) a pessoa humana é o grande ponto de partida e de chegada do direito”⁷¹.

Apesar de a Constituição impor ao Estado um dever activo de protecção da vida não nascida, a verdade é que não determina nenhum modo específico de levar a cabo essa tutela⁷² — essa decisão cabe ao legislador. O ordenamento jurídico dispõe de diversas formas, umas com maior alcance que outras, de proteger os bens jurídico-constitucionais, sendo que a mais intensa é a tutela penal, que representa “o grau máximo de protecção”⁷³ de que o Estado pode lançar mão. No entanto, torna-se óbvio que, num

⁶⁸ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro. Consultado em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

⁶⁹ Dworkin, Ronald, “Unenumerated Rights: Whether and How Row Should Be Overruled?” *In* Stone, Geoffrey, *et alli* (1992), *Bill of rights in the modern state*, *apud* Raposo, Vera Lúcia (2014), *Op. Cit.* nota 41, p. 547.

⁷⁰ Desde logo, a que é conferida pelo Direito Penal que poderá, em grande parte dos casos, ser excessiva ou inadequada quando se trate de proteger a vida intra-uterina. Neste sentido, Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital, *Op. Cit.* pp. 173 e ss.

⁷¹ Cristas, Maria de Assunção O. (1998), “Quando o mais importante é a vida”, *in* AAVV, *Vida e Direito*, pp. 109-110.

⁷²Cf., Ac. TC n.º 75/2010 (11.4.3)

⁷³Neste sentido, Ac. TC 75/2010 (11.4.3)

Estado de Direito democrático baseado na dignidade da pessoa humana, o Estado não pode recorrer aos meios penais como forma-regra de protecção dos bens jurídicos — antes pelo contrário: o Direito Penal é e deve ser a excepção. Assim, o Estado só recorrerá, para efeitos de protecção da vida não nascida, aos instrumentos penais, quando estes forem os únicos suficientes para cumprir o seu dever de protecção.

O legislador ordinário beneficia, deste modo, de uma margem ampla de descricionarietà no que concerne à averiguação do modo de protecção da vida pré-natal, sendo que tem, obrigatoriamente, de levar em conta que tal protecção deve ser proporcional e adequada ao objecto e valores dela merecedores — *in casu*, a vida não nascida, nos seus vários estádios —, devendo ter em atenção a iminência ou grau de probabilidade do ataque ou da gravidade da ameaça que sobre aqueles impende, bem como das consequências restritivas que a medida de protecção produz nas esferas de autonomia privada dos potenciais afectados⁷⁴.

Todavia, apesar desta ampla descricionarietà no exercício desta competência (no fundo, no cumprimento do dever estadual de protecção), o legislador estará sempre duplamente limitado pela Constituição: por um lado, pelo princípio da proibição da insuficiência ou de défice de actuação⁷⁵, por outro, pela contraposta proibição do excesso (o primeiro, visando a garantia de um mínimo de protecção, o segundo, a proporcionalidade da restrição que a medida protectora implica na esfera dos potenciais afectados) — só respeitando ambos haverá conformidade com a Constituição⁷⁶.

A protecção da vida pré-natal não tem, assim, que ser idêntica nas várias fases do seu desenvolvimento⁷⁷ (sob pena de chocarmos com um dos limites: a insuficiência ou o excesso). Conforme afirma o Tribunal Constitucional em várias das suas decisões, a protecção da vida pré-natal, no ordenamento jurídico português, é levada a cabo de forma

⁷⁴Cf. Novais, Jorge Reis (2002), *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, vol. I, pág. 52.

⁷⁵ Sobre a proibição da insuficiência em relação com a contraposta proibição do excesso: cf. Silva, Jorge Pereira da, “Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial”, in VV.AA., (2012), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, vol. II, pp. 185-210.

⁷⁶ Cf. Ac. TC n.º 75/2010 (ponto 11.4.3)

⁷⁷ Cf. Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital (2007), *Op. Cit.* pp. 173 e ss.

gradual⁷⁸: por regra⁷⁹, tornar-se-á mais forte consoante o avançar do seu desenvolvimento, tendo, ainda assim, sempre em conta os potenciais perigos ou riscos de lesão a que poderá estar sujeita e dando relevância a certos momentos cruciais, de “transformação” ou desenvolvimento.

Conforme afirma Vera Raposo, “O embrião é uma entidade em devir. O seu estatuto não é estanque, mas sim uma posição jurídica em permanente desenvolvimento, que arranca de uma não-pessoa em formação rumo a uma pessoa, onde uma fase não pode ser pensada autonomamente da anterior. À medida que o embrião se aproxima desta meta, mais reforçada será a sua protecção e maior será o grau de exigência quanto à justificação apresentada para a sua destruição”⁸⁰. Acrescenta a Professora que, à vida humana pré-natal — sob qualquer forma — é sempre reservado “um limiar mínimo de protecção que tem obrigatoriamente de ser respeitado, pois sendo uma forma de vida humana já se encontra a coberto da esfera de protecção do princípio da dignidade humana que inaugura a CRP (art. 1.º)”⁸¹.

Vejamos, então, como se encontra protegida a vida humana não nascida no ordenamento jurídico português, mais concretamente, no ordenamento penal.

⁷⁸ Cf. Ac. TC n.º 74/2010; Cf. também Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital (2007), *Op. Cit.*, pp. 173 e ss.

⁷⁹ Todavia, esta protecção gradual não é absoluta: o legislador terá sempre de respeitar, por um lado, a proibição da insuficiência e, por outro, a proibição do excesso, sendo que para tal terá de estar atento aos potenciais perigos a que o valor protegido poderá estar exposto — factores que, por vezes, obrigá-lo-ão a desviar-se dessa protecção tendencialmente gradual. Assim, veja-se, entre outros, o artigo 40º da Lei da Procriação Medicamente Assistida que prevê protecção penal para os embriões *in vitro* protegendo a vida humana *in vitro* de técnicas de experimentação ou investigação científicas não permitidas naquela mesma lei. Cf. Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁸⁰ Cf. Raposo, Vera Lúcia (2014), *Op. Cit.*

⁸¹ Cf. Raposo, Vera Lúcia (2014), *Op. Cit.* p. 546.

2.3. A vida humana pré-natal no Código Penal português

Conforme afirmámos, não existe uma total identidade entre bens jurídico-constitucionais e bens jurídico-penais⁸², verificando-se apenas uma relação de “analogia substancial”⁸³ entre ambos. No fundo, como afirma a Professora Vera Raposo, “significa isto que o legislador penal tende a criminalizar a violação dos bens jurídicos (expressa ou implicitamente) consagrados na CRP mas a tal não está obrigado (excepto na presença de obrigações expressas de criminalização)”⁸⁴. No entanto, não será incorrecto afirmar que existem bens jurídicos de tal relevância para a sociedade e agressões de tal forma insuportáveis que não podem escapar à acção do legislador penal⁸⁵ — será, por exemplo, o caso do valor vida humana, enquanto vida de uma pessoa (a sua natureza enquanto bem jurídico digno de protecção penal parece indiscutível no nosso ordenamento).

Verificámos que a vida humana não nascida assume relevância constitucional enquanto valor objectivo, exigindo do Estado uma postura activa em prol da sua protecção — o que não significa que, para o fazer, tenha de lançar mão do meio mais forte (mas também mais oneroso): o Direito Penal — apenas podendo fazê-lo quando se verificarem os pressupostos da criminalização⁸⁶.

Incumbe-nos agora olhar para a vida pré-natal da perspectiva do Direito Penal.

O Código Penal português começa por dedicar a sua Parte Especial ao bem jurídico vida, começando por discriminar os crimes contra este bem jurídico (cujo tipo legal fundamental é precisamente o homicídio, cf. artigo 131º) — conferindo-lhe ampla protecção. Todavia, é de fácil percepção que aqui não se inclui a protecção à vida pré-natal.

A lei penal é clara na separação que faz entre o bem jurídico *vida* (nascida) e a *vida intra-uterina*, conferindo a ambos diferentes âmbitos de tutela — o que é consequência

⁸² *Vide* capítulo I.

⁸³ Dias, Jorge de Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito à luz da jurisprudência constitucional portuguesa”, *in* VV.AA, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 145, n.º 3998

⁸⁴ Cf. Raposo, Vera Lúcia (2014), *Op. Cit.* p. 612.

⁸⁵ Andrade, Manuel da Costa, *O novo Código Penal*, *apud* Raposo, Vera Lúcia (2014), *Op. Cit.* p. 614.

⁸⁶ *Vide* capítulo I.

de um conjunto de proposições constitucionais — desde logo, do facto de os direitos, liberdades e garantias não valerem directamente e de pleno para a vida pré-natal⁸⁷, e ainda da limitação constitucional a que o legislador penal está especialmente adstrito: a proibição do excesso⁸⁸.

O legislador foi expresso ao separar o âmbito de protecção que concede ao bem jurídico *vida* enquanto *vida de outra pessoa* — protegido no Capítulo I do Título I da Parte Especial (dos crimes contra a vida) e centralmente⁸⁹ pelo crime de homicídio (cf. artigo 131º do Código Penal) — e ao bem jurídico *vida intra-uterina* — tutelado no Capítulo II do mesmo Título (dos crimes contra a vida intra-uterina) onde se encontra previsto o crime de aborto (cf. artigo 140º).

O Código Penal tutela o não nascido através do tipo de ilícito de aborto. Este tipo penal protege apenas o embrião uterino a partir da nidação⁹⁰ e até ao início do trabalho

⁸⁷ Cf. Cunha, J. M. Damião da, in Figueiredo Dias (coord.), et alli. Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I, p.

⁸⁸ Cf., Silva, Jorge Pereira da, “Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial”, in AA.VV. (2012), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, vol. II, pp. 185-210.

⁸⁹ Conforme afirma Figueiredo Dias (em anotação ao artigo 131º do Código Penal), “O crime de homicídio descrito neste preceito constitui o tipo legal fundamental dos crimes contra a vida (...). É a partir deste tipo legal fundamental que a lei edifica os restantes tipos de crimes contra a vida, ora qualificando-o (homicídio qualificado, art. 132º), ora privilegiando-o (homicídio privilegiado, homicídio a pedido da vítima e infanticídio, arts. 133º, 134º e 136º), ora especializando as formas de ataque ao bem jurídico (incitamento ou ajuda ao suicídio, exposição ou abandono e propaganda do suicídio, arts. 135º, 138º e 139º) ou o tipo subjectivo de ilícito e o tipo de culpa congruente (homicídio por negligência, art. 137º). Cf. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, p.3.

⁹⁰ O Código Penal português coloca o início da protecção no momento da nidação precisamente porque só a partir desta fase o embrião alcança as características da unidade e da unicidade (i.e. da individualização). Até aqui existe apenas um conjunto de células que poderão originar diferentes resultados (poderão, por exemplo, surgir mais do que um ser humano ou poderá mesmo constatar-se que esse conjunto de células não passa apenas disso não tendo qualquer potencialidade de vir a originar um ser humano). Cf. Raposo, Vera Lúcia (2014), *Op. Cit.*

de parto (*i.e.*, início do nascimento), a partir do qual não se poderá mais falar de crime de aborto, mas sim de homicídio (cf. artigo 131º).

O crime de aborto não protege toda a vida pré-natal, mas apenas a implantada no útero materno — e a partir da nidação⁹¹ (*i.e.*, por volta do 14º dia após a fecundação) e até ao início do nascimento.

O embrião *in vitro* não é objecto de protecção só ilícito típico de aborto — e quanto a isto não existem quaisquer dúvidas — o aborto insere-se no capítulo dos crimes contra a vida intra-uterina⁹².

A justificar o entendimento que tem sido propugnado pela doutrina dominante, quanto ao início da vida intra-uterina, para efeitos de protecção pelo ilícito típico de aborto, estão razões de ordem científica — só a partir da nidação o embrião alcança as características da unidade e da unicidade (*i.e.* da individualização), sendo que, até esta fase (que ocorre por volta do 14º dia após a fertilização) existe apenas um conjunto de células que poderão originar diferentes resultados: poderão, por exemplo, originar mais do que um ser humano ou poderá mesmo constatar-se que esse conjunto de células não tem qualquer potencialidade de vir a originar um ser humano⁹³.

A última afirmação prende-se com a questão do início da vida para efeito de delimitação do âmbito de protecção da norma relativa ao homicídio (cf. artigo 131º). A verdade é que, apesar de esta não ser uma questão que reúne consenso absoluto, a tese do

⁹¹ Em sentido diverso, entendendo que o início da vida intra uterina para efeitos de tutela penal se dá com a fecundação, Maia Gonçalves e Leal Henriques/ Sima Santos cf. Cunha, José Damião da, *in* Dias, Jorge de Figueiredo (coord.), *et alli*, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2ª edição, p.

⁹² Na verdade, não se prevê sanção penal para a eliminação de embriões fertilizados *in vitro* no âmbito das técnicas de procriação medicamente assistida, que acabam por não ser implantados e, conseqüentemente destruídos. Se assim fosse, ter-se-iam de proibir as técnicas de fertilização *in vitro* (na medida em que no estado actual destas práticas é ainda impossível evitar os embriões excedentários) — o que seria manifestamente excessivo e oneroso, podendo mesmo contundir com o direito pessoal à procriação e à constituição de família (constitucionalmente previsto — cf. art.º 67º). Neste sentido, Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.* em sentido idêntico Cordeiro, Menezes, *apud* Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.*

⁹³ Cf. Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.*; no mesmo sentido, Cunha, José Damião da, *Op. Cit.*

início de vida reportado ao início do trabalho de parto (i.e, ao início do nascimento)⁹⁴ é a tese que domina, tanto na jurisprudência como na doutrina portuguesa⁹⁵. A tese do início de vida que segue o ordenamento civilista, em prol de uma ideia de unidade do ordenamento jurídico, e o reporta ao “nascimento completo e com vida” (i.e, ao fim do processo de nascimento) tem sido afastada, por ter a potencialidade de conduzir a resultados perigosos.

Esta não é, de todo, uma questão de somenos: veja-se que, se os tribunais adoptassem esta última perspectiva, a morte causada durante o parto (caindo no âmbito do ilícito típico de aborto) estaria unicamente protegida face a ofensas dolosas (uma vez que a lei portuguesa não prevê o aborto negligente). Se tivermos em conta que o processo de nascimento é uma situação que comporta especiais riscos, não só para a vida, mas para a integridade física e saúde da criança que está a nascer, a adoptar-se a segunda tese, esta ficaria demasiado desprotegida⁹⁶. Conforme afirma Figueiredo Dias⁹⁷, “(...) o fim de protecção da norma do homicídio impõe que a morte dada durante o parto, seja qual for a via pela qual este se opere, se considere já um verdadeiro homicídio” e “a esta consideração funcional-teleológica acresce aliás (...) um argumento textual: o de que, por um lado, o art.º 136º pune como *homicídio* privilegiado (não como aborto!) a morte pela mãe dada ao seu filho *durante o parto* e, por conseguinte, num momento em que o processo de nascimento não se completou ainda; e o de que, por outro lado, o crime de aborto é expressamente considerado como crime contra a vida *intra-uterina*, o que significa que ele não tem lugar quando começou já o período de expulsão”.

A lei penal portuguesa não prevê, todavia, uma proibição absoluta do aborto. O actual Código Penal permite, em certos casos típicos, a interrupção voluntária da gravidez, realizada por um médico (cf. artigo 142º).

⁹⁴ Quanto à questão de saber quando se inicia o processo de nascimento, a posição dominante na jurisprudência tem sido a de que este tem o seu início no momento em que há já contrações ritmadas. *Vide* Dias, Jorge de Figueiredo, *in* Dias, J. de Figueiredo (coord.), *et alli*, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Ed. Tomo I.

⁹⁵ Cf. entre outros, Dias, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* nota 57.

⁹⁶ Cf. Dias, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* nota 94.

⁹⁷ Cf. Dias, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* nota 94.

Apesar de a existência do nascituro não se confundir com a existência da mãe⁹⁸, a verdade é que depende desta ao nível mais profundo que um ser pode depender de outro. Embora representem seres diferentes, a relação entre o nascituro e a sua mãe manifesta uma espécie de “dualidade na unidade”⁹⁹, resultante do facto de os interesses do embrião só poderem ser satisfeitos por intermédio da mãe, pelo que o primeiro não pode ser pensado sem se pensar também na segunda. E é precisamente em torno desta “dualidade na unidade” que corre o regime atinente à interrupção voluntária da gravidez — o Código Penal admite a interrupção da gravidez mediante a verificação de uma das três indicações ou num prazo de dez semanas, favorecendo (não só, mas sobretudo) os interesses jurídicos da mãe — sejam eles, a sua integridade física, psíquica, ou a sua autodeterminação — em detrimento da vida do nascituro (cf. artigo 142º).

Torna-se, assim, evidente que a protecção concedida à vida humana não nascida é bem mais fragmentada que a concedida à vida humana nascida — basta compararmos o ilícito típico de aborto com o de homicídio — podendo aquela ser, inclusivamente, sacrificada por simples opção da mulher, num prazo de dez semanas (cf. artigo 142º, n.º1, al. e)).

⁹⁸ São organismos biológica e juridicamente distintos.

⁹⁹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* nota 94.

CAPÍTULO III

3. A PROTECÇÃO PENAL DA INTEGRIDADE FÍSICA PRÉ-NATAL

3.1. A integridade física pré-natal no Código Penal português

A protecção do não nascido está, no ordenamento penal português, intrinsecamente ligada ao tipo de ilícito de aborto: a lei penal protege o nascituro de condutas dolosas que ataquem a sua vida — cf. artigo 140º do Código Penal.

Quanto à protecção da integridade física pré-natal, o ordenamento penal é omissivo. Afastada a aplicação dos tipos clássicos — *e.g.* de ofensas à integridade física (artigo 143º e ss.) ou de aborto (artigo 140º) —, condutas que lesem o *corpo* ou a *saúde* do nascituro, mas que não impeçam o nascimento, não encontram sanção na lei penal.

De facto, poder-se-ia colocar a questão de saber se lesões físicas causadas ao nascituro, *in utero*, susceptíveis de se manifestarem na pessoa nascida, não encontrariam tutela penal por via do ilícito típico de ofensas à integridade física (cf. artigo 143º do Código Penal ou 144º, em caso de ofensa grave). Mas a resposta é claramente negativa: por um lado, porque a protecção dispensada por este tipo legal tem lugar apenas a partir do nascimento, por outro, porque o critério adoptado pelo legislador para apurar a responsabilidade penal do agente é o momento da prática do facto — que, no caso em estudo, ocorre antes do nascimento — e não o da verificação do resultado (cf. artigo 3º do Código Penal)¹⁰⁰.

A este respeito é também possível colocar a questão de saber se, perante a lesão ao nascituro *in utero*, não seria ainda aplicável o tipo legal de ofensas à integridade física, não quanto a este, mas em relação à mãe, por aquela conduta revelar uma ofensa à integridade física da gestante. Actualmente, está completamente assente a ideia de que o nascituro e a gestante constituem dois organismos, biológica e juridicamente, distintos — o embrião não é um órgão, muito menos um membro do corpo da mãe — pelo que,

¹⁰⁰ Cf. Faria, Paula Ribeiro de, em Figueiredo Dias (coord.), *et alli* (2012) *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, 2ª Edição, Coimbra Ed. Tomo I, p. 298 e ss.

perante lesões causadas ao *corpo* do primeiro, não poderá, sem mais, ser aplicado o tipo de ilícito de ofensas à integridade física relativamente à mãe¹⁰¹.

Ressalvam-se, obviamente, os casos em que a integridade física da mãe é, de facto, lesada — aí o agente será responsabilizado por via do artigo 143º, já que a gestante é sujeito passivo do tipo de ilícito aí presente. Mas isto em nada retira a pertinência da reflexão acerca da potencial necessidade da introdução de um tipo de ilícito com idêntica natureza para o nascituro. Até porque as lesões ao nascituro podem ser perpetradas sem que a integridade física da mãe seja, de alguma forma, ofendida (veja-se o caso da Talidomida e de outros medicamentos, que não obstante causarem lesões corporais ou provocarem uma doença ao embrião, não deixam de ser benéficas para o organismo da gestante), pelo que, nestes casos, jamais teria aplicação o tipo de ilícito de ofensas à integridade física.

O artigo 143º do Código Penal não tem, assim, qualquer aplicação por força de lesões ocorridas *in utero*. Note-se que, quando a gestante é, de facto, vítima de ofensas à integridade física e a actuação do agente provoca lesões ao *corpo* do nascituro, nem sequer poderá conceber-se o agravamento da pena do agente, por via do artigo 144º, na medida em que a lesão ao embrião não preenche os pressupostos de ofensas à integridade física grave¹⁰².

Em caso de lesões provocadas ao nascituro, o ilícito típico de aborto também não tem aplicação. Desde logo, porque não é produzido o resultado exigido pelo tipo: o abortamento (cf. artigo 140º do Código Penal). Poder-se-ia, ainda assim, defender a punição do agente por aborto na forma tentada. Todavia, não só não existe confusão entre os âmbitos de aplicação de um crime de aborto na forma tentada — em que o agente *decide* cometer este tipo de ilícito sem que, no entanto, este chegue a consumir-se (cf. artigo 22º, n.º 1 do Código Penal) — e de um (eventual) tipo de ilícito de lesões pré-

¹⁰¹ Em sentido contrário, Paula Ribeiro de Faria, entende que a integridade física da mãe é sempre ofendida, em caso de lesões embrionárias/ fetais, por lesão da sua capacidade reprodutiva. Cf. Faria, Paula Ribeiro de, *Op. Cit.* nota 100.

¹⁰² Neste sentido, Raposo, Vera Lúcia, “Aqueles que nasceram (Breve excuroso sobre o enquadramento penal das lesões pré-natais)”, in Andrade, Manuel Costa *et alli*, *Direito penal — Fundamentos dogmáticos e político-criminais*, Coimbra Editora, pp. 1065-1109.

natais¹⁰³, como a punibilidade da tentativa do ilícito de aborto é bastante reduzida — limitando-se aos casos em que esta é praticada por um terceiro, sem o consentimento da gestante. De fora ficam os casos em que a gestante dá o seu consentimento ao agente ou quando é a própria a praticar a tentativa de aborto (cf. artigo 140º, n.º 2 e 3 e artigo 23º do Código Penal). Nestas situações, que muitas vezes provocam deformações graves ao nascituro, não existe qualquer sanção penal.

Torna-se assim claro que a integridade física do embrião não encontra qualquer tipo de protecção na Lei penal — aquele que (inclusivamente, de forma dolosa) lese o corpo ou a saúde do não nascido, mesmo que causando deformações irreversíveis, não é penalmente censurado. A tutela penal do não nascido está assim, intrínseca e unicamente ligada ao ilícito de aborto, exigindo-se, para efeitos de protecção, que aquele não chegue a nascer¹⁰⁴.

3.2. A relevância da tutela jurídica da integridade física pré-natal

A questão jurídica da integridade física do embrião não é uma questão de somenos e é, inclusivamente, uma discussão que remonta ao século passado. Esta matéria tem, na verdade, vindo a ganhar relevância, sobretudo numa era em que, com os avanços alcançados pela ciência médica, é já possível detectar e tratar *in utero* eventuais doenças ou malformações físicas do embrião¹⁰⁵.

¹⁰³ A separação entre ambos não será fácil, deverão valer critérios idênticos aos que subjazem à distinção entre os delitos de ofensas à integridade física consumado e homicídio na forma tentada.

¹⁰⁴ Cf. Raposo, Vera Lúcia, “Aqueles que nasceram (breve excuroso sobre o enquadramento penal das lesões pré-natais)” *in* Andrade, Manuel da Costa (org.), *et alli*, *Direito Penal — Fundamentos dogmáticos e político-criminais*, Coimbra Editora, pp. 1065-1109. Salvaguardando-se, no entanto, o crime de aborto na forma tentada.

¹⁰⁵ Cf. Raposo, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth)” *in* VV.AA, *Revista do Ministério Público*, Ano 33, n.º 132, pp. 71-125.

A discussão jurídico-penal em torno da tutela da integridade física do não nascido surgiu essencialmente a propósito de actos danosos cometidos pela própria mãe¹⁰⁶ (e.g. comportamentos de risco, como o consumo abusivo de estupefacientes ou álcool, recusa de tratamentos médicos indispensáveis ao bem-estar do concebido, etc.), mas mantém a sua pertinência relativamente a actos de terceiros, nomeadamente médicos ou agressores comuns — muitas vezes, agressores da mãe que acabam por lesar o nascituro, mas não só, na medida em que é possível lesar o concebido sem que esse comportamento represente uma agressão à integridade física da grávida (e.g. através de medicamentos, outras substâncias psicotrópicas, diagnósticos pré-natais — veja-se o exemplo da amniocentese — tentativas frustradas de aborto¹⁰⁷, etc.)¹⁰⁸.

Uma das causas mais frequentes de lesão à integridade física do não nascido deriva, na verdade, da ingestão de medicamentos por parte da grávida. Foi o que aconteceu no célebre caso dos anos sessenta da Talidomida¹⁰⁹ (medicamento que provocou deformações irreversíveis a milhares de nascituros, por todo o Mundo, conduzindo inclusivamente à morte em alguns casos). No caso que chegou à jurisprudência alemã, discutia-se a imputação aos responsáveis pela empresa farmacêutica (que colocara a substância no mercado sem a realização de todos os ensaios clínicos necessários) dos crimes de homicídio negligente e de ofensas negligentes à integridade física. No entanto, a acusação pecava por falta de fundamento legal: aqueles tipos penais não se aplicavam a nascituros¹¹⁰.

Estes casos demonstram que, pese embora o nascituro se encontre, no decorrer do seu desenvolvimento, protegido pelo útero materno, os potenciais riscos ou perigos ao seu corpo ou à sua saúde não são nulos, antes pelo contrário.

¹⁰⁶ No ordenamento jurídico norte-americano os processos de *fetal abuse* são comuns, as acusações variam entre o crime de maus-tratos, crime de fornecimento ilícito de drogas ao concebido, etc. Cf. Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.* nota 104.

¹⁰⁷ A tentativa de aborto é apenas punível quando realizada sem o consentimento da mulher.

¹⁰⁸ Cf. Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.* nota 104.

¹⁰⁹ E este é apenas um dos possíveis exemplos. Veja-se também o caso do teste de gravidez *Primodos* que provocou deformações a milhares de nascituros por toda a Europa. Notícia consultada em <http://visao.sapo.pt>.

¹¹⁰ Cf. Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.* nota 104.

A verdade é que, apesar de depender do corpo da mãe, o nascituro é um ser humano com existência própria — é uma vida humana singular (cf. artigo 24º da Constituição). E, no mesmo sentido, é um *corpo* singular, devendo ser considerado enquanto tal.

Existem, inclusivamente, autores que entendem que, na fase embrionária/ fetal, a tutela jurídica da integridade física do embrião é mais premente do que a da sua vida¹¹¹. Na génese deste entendimento está o facto de, ao contrário do que ocorre quando se ataca a vida do nascituro — em que este não chega a tornar-se pessoa —, quando é lesada a sua integridade física *in utero* este, em princípio, nascerá, pelo que aquelas lesões representarão, conseqüentemente, danos sofridos por uma pessoa, que viverá (quem sabe, toda a sua vida¹¹²) verdadeiramente limitado. Conforme afirma Vera Raposo¹¹³, “(...) enquanto no aborto não chega a nascer qualquer pessoa, pelo que a lesão (ainda que grave) atinge apenas a vida não nascida, na hipótese que agora nos ocupa o dano afecta quer esta existência quer a existência de um ser humano nascido”.

Todas as condutas lesivas da integridade corporal ou da saúde do nascituro, que temos vindo a expôr, são, entre nós, criminalmente irrelevantes — ainda que dolosamente praticadas! — dando unicamente origem à possibilidade de obter indemnização em sede de responsabilidade civil (cf. artigo 483º do Código Civil). No que concerne à sua integridade física, o não nascido recebe apenas uma tutela compensatória, nos termos gerais do instituto da responsabilidade civil¹¹⁴. Será esta tutela, meramente indemnizatória, suficiente para prevenir condutas com efeitos tão nefastos?

3.3. Dignidade Penal e Necessidade da Tutela Penal da integridade física pré-natal

Perante a atitude de outros ordenamentos penais que introduziram um tipo penal de lesões pré-natais, urge reflectir acerca da pertinência e da necessidade de introduzir idêntica solução no ordenamento penal português.

¹¹¹ Neste sentido, Riezu, Cuerda António, *apud* Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.* nota 104.

¹¹² Veja-se o caso das vítimas da Talidomida ou do teste de gravidez Primodos.

¹¹³ Cf. Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.* nota 104.

¹¹⁴ Note-se que processos civis com esta configuração não se confundem com as denominadas *wrongful life/ birth actions*.

A verdade é que o Direito Penal é edificado, essencialmente, em torno das pessoas e respectivos bens fundamentais. Pese embora não ignore o nascituro, a lei penal portuguesa é bem mais extensa e bem mais severa no que diz respeito à protecção de bens jurídicos relativos a pessoas¹¹⁵.

A ausência de pessoalidade do embrião não implica, no entanto, a sua desconsideração por parte do Direito Penal. Constatámos, inclusivamente, de que forma o legislador está constitucionalmente obrigado a proteger a vida pré-natal (cf. artigo 24º da Constituição) e como esse dever se refletiu na decisão de criminalizar o aborto (cf. artigo 140º do Código Penal) — e isto não só pela essencialidade do bem jurídico vida intra-uterina, mas também pela insuficiência dos restantes meios jurídicos (nomeadamente o civil) para cumprir essa tarefa. Constatada a dignidade e necessidade penal da vida intra-uterina, cumpre averiguar se o mesmo não valerá quanto à “integridade física intra-uterina”.

A integridade física do ser humano constitui um bem jurídico constitucional — a Constituição formal é expressa no que diz respeito à inviolabilidade da integridade física da pessoa (cf. artigo 25º da Constituição). Veja-se que, não só a Constituição formal insere sistematicamente o bem constitucional integridade física imediatamente a seguir ao bem vida humana (cf. artigo 24º), como o afirma em idênticos moldes, garantindo a sua *inviolabilidade*. Daqui se retira que, ao lado da vida humana, a integridade física das pessoas assume, no nosso ordenamento jurídico¹¹⁶, um peso essencial.

Neste seguimento, cumpre questionar se, no mesmo sentido que a Constituição material portuguesa impõe a protecção da vida pré-natal — por ser uma imposição resultante da dimensão objectiva da inviolabilidade da vida humana — não forçar também — fruto da dimensão objectiva do direito fundamental à integridade física — a protecção do corpo e da saúde pré-natal.

A resposta só pode ser positiva. E este raciocínio impõe-se sobretudo na comunidade actual, em que o avanço da ciência médica (sobretudo a nível de diagnósticos pré-natais)

¹¹⁵ Na origem deste cenário está, desde logo, o facto de o Estado ter, relativamente aos bens jurídicos reportados a pessoas, um dever de protecção (constitucionalmente imposto) bem mais intenso — decorrente, não só da dimensão objectiva dos direitos fundamentais, mas também (e sobretudo) da dimensão subjectiva daqueles direitos.

¹¹⁶ Cf. Miranda, Jorge e Medeiros, Rui (2005), *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Ed., Tomo I.

impõe, cada vez mais, a consideração do nascituro enquanto ser/ corpo autónomo (e quem sabe, até mesmo enquanto paciente autónomo¹¹⁷).

A integridade física pré-natal é um bem fundamental objectivo, exigindo do Estado uma actuação positiva em ordem à sua protecção.

Por todos os motivos que temos vindo a expor — a essencialidade do bem jurídico objectivo integridade física pré-natal sobretudo na realidade médica e social actual, bem como a danosidade social que revestem os comportamentos lesivos que temos vindo a expor — é também clara a sua dignidade enquanto bem jurídico-penal¹¹⁸.

É que, ao falar da essencialidade do bem jurídico integridade física pré-natal não nos podemos esquecer de um factor que torna a sua relevância jurídico-penal ainda mais óbvia: quando é afectado o bem jurídico integridade física pré-natal (enquanto valor objectivo), existe uma forte probabilidade de a pessoa que nasce vir a sofrer os danos causados por aquela afectação, vendo a sua integridade física (enquanto valor fundamental subjectivo) fortemente limitada.

Há, assim, que questionar se, protegendo o Direito Penal a vida daquele que não chega a nascer (criminalizando o aborto doloso), não faria também sentido proteger a integridade física daquele que nasce e se torna pessoa — e que poderá, inclusivamente, viver uma vida fortemente limitada, fruto das ofensas que sofreu *in utero*.

Para além da sua dignidade enquanto bem jurídico-penal, torna-se também manifesta a necessidade da sua protecção penal — se o legislador Penal considera que a tutela civil não é suficiente para proteger a vida intra-uterina de ataques dolosos (cf. artigo 140º do Código Penal), então, tendo não só em conta os ataques a que está potencialmente sensível a integridade física pré-natal, mas também (e sobretudo) o factor de que *supra* falámos, torna-se claro que aquela tutela não será suficiente para assegurar a efetiva protecção deste bem jurídico, tornando-se premente a necessidade de prover este bem jurídico de tutela penal.

E porque se o Direito Penal é para a vida humana mas, principalmente, para as pessoas, fará todo o sentido que proteja não só a vida, mas também (e sobretudo) a integridade física do não nascido que (muito provavelmente) chega a tornar-se pessoa.

¹¹⁷ Note-se que já se realizam cirurgias ao embrião *in utero*.

¹¹⁸ Sobre este assunto, veja-se o Capítulo I da presente dissertação.

CAPÍTULO IV

4. AS LESÕES PRÉ-NATAIS NO DIREITO PENAL COMPARADO

4.1. Direito penal comparado, em geral

As soluções encontradas para tutelar penalmente a integridade física pré-natal variam de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico.

Nos Estados Unidos é comum a subsunção de comportamentos lesivos contra a integridade física pré-natal em ilícitos típicos destinados às pessoas. Nos inúmeros processos de *fetal abuse* as acusações variam entre crimes de maus-tratos, de fornecimento ilícito de drogas, etc.¹¹⁹.

A jurisprudência alemã, por outro lado, entende, desde o caso da Talidomida, que as lesões causadas ao nascituro apenas terão relevância se e quando se manifestarem na pessoa nascida, aplicando, nesses casos, o ilícito típico de lesões à integridade física¹²⁰.

¹¹⁹ Cf. Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.* nota 104.

¹²⁰ Cf. Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.*

4.2. O Código Penal espanhol, em especial

Na família de ordenamentos que não conferem ao nascituro estatuto jurídico idêntico à pessoa, destaca-se, neste âmbito, o ordenamento penal espanhol que prevê, desde 1995, o ilícito típico de lesões fetais¹²¹¹²².

Já em tempos anteriores ao Código Penal de 1995 os tribunais espanhóis acusavam o vazio da Lei Penal relativamente à protecção da integridade física do nascituro¹²³. Em caso de lesões fetais, estavam, tal como no actual ordenamento português, afastados os tipos de ilícito clássicos, não existindo solução penal naqueles casos.

Tanto o desenvolvimento da ciência médica, sobretudo a nível de técnicas de diagnóstico *in utero*, como os casos que chegavam repetidamente à jurisprudência (maioritariamente de lesões causadas ao concebido como consequência de violência doméstica perpetrada sobre a mãe ou de efeitos secundários de medicamentos)

¹²¹ Introduzido pela Lei Orgânica 10/1995, de 23 de Novembro, prevê que “*El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos, consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años*” (cf. artigo 157 do código penal espanhol). O artigo 158 prevê pena de prisão de três a cinco meses ou de multa de seis a dez meses para quem cometer aqueles factos de forma negligente.

¹²² Antes da entrada em vigor da Lei Orgânica de 10/1995, o Código Penal espanhol era omissivo quanto a estes casos. A protecção da integridade física pré-natal era meramente civil. O TS (Supremo Tribunal espanhol) condenou, numa sentença datada de 5 de abril de 1995 por lesões fetais negligentes o agressor da mãe (condenado também por violência doméstica), com base no projecto de lei que previa a criminalização das lesões fetais. Apesar de constituir uma clara violação do princípio da legalidade, a sentença do Tribunal Superior demonstra a urgência social e jurídica da introdução daquele tipo de ilícito no ordenamento espanhol. Cf. Rosal, Manuel Cobo del, *et alli.* (1996), *Curso de Derecho Penal Español — Parte Especial*, Marcial Pons Ed., Tomo I, pp. 132 e ss.

¹²³ Cf. Sentença do TS de 5 de Abril de 1995.

demonstravam a necessidade de introduzir um ilícito típico que prevenisse tais comportamentos.

Neste contexto, em 1995, o Código Penal espanhol passou a punir aquele que, por qualquer meio, cause ao feto uma lesão ou doença que prejudique gravemente o seu normal desenvolvimento ou provoque àquele uma grave deformação física ou psíquica (cf. artigo 157º e 158º, para lesões negligentes).

Há assim que analisar alguns aspectos do tipo de ilícito de lesões fetais do Código Penal espanhol (especialmente em relação às questões que têm suscitado contendas), de forma a averiguarmos se, perante a necessidade de criminalizar as lesões pré-natais no ordenamento penal português, faz sentido a introdução de um tipo de ilícito semelhante e, caso assim seja, aproveitarmos as virtudes e evitarmos os erros cometidos pelo legislador espanhol.

O bem jurídico protegido pelo ilícito de lesões ao feto é a integridade física pré-natal¹²⁴.

A maior causa de conflito quanto ao tipo em análise surgiu relativamente a saber o seu preciso objecto de protecção. Da letra do artigo 157 do Código Penal espanhol consta que será punido “el que por cualquier medio o procedimiento, causare em un *feto* una lesión o enfermedad (...)”¹²⁵. Desta redação surge a dúvida se o legislador, ao utilizar o conceito de *feto* o fez no sentido estrito do termo, pretendendo dotar o nascituro de protecção penal apenas na sua fase mais avançada (a partir dos três meses de gestação) ou, se pelo contrário, o legislador utiliza o conceito desapegado do seu significado científico e protege o nascituro desde a nidação (em termos idênticos ao que ocorre no tipo de aborto presente no artigos 144 e seguintes do Código Penal).

A favor do primeiro entendimento está o argumento literal: o legislador utilizou o termo *feto* no seu sentido próprio cujo significado vem, inclusivamente, descrito na lei da Reprodução Assistida Humana que distingue o *feto* do *embrião*. O legislador espanhol, segundo os precursores deste entendimento, pretendeu proteger o nascituro na sua fase

¹²⁴ Em sentido contrário, entendendo que é a integridade física da pessoa que nasce o bem jurídico protegido, cf. Mesa, María José Rodríguez, “Algunas consideraciones acerca del bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto”, in VV.AA., *Revista de derecho penal y criminología*, n.º6 (1996), pp. 1069-1082, *apud* Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.*

¹²⁵ Itálico nosso.

mais avançada, (a partir dos três meses de gestação), a fase em que o nascituro adquire a forma característica da espécie humana¹²⁶.

Contra este entendimento, invoca-se uma interpretação em consonância com o regime legal do aborto (previsto no artigo 144 e seguintes) que protege o nascituro a partir da fase da nidação¹²⁷.

¹²⁶ Neste sentido, Rosal, Manuel Cobo del, *Op. Cit.* nota 122, pág. 134.

¹²⁷ Neste sentido, Torres, Eva Mimblera, *in* Pablo, José Antonio Cruz de, *et alli*, *Comentarios al Código Penal*, Vol. 1, Difusión Jurídica Ed., p. 115 e ss.

CAPÍTULO V

5. (EVENTUAL) TIPO DE ILÍCITO DE LESÕES PRÉ-NATAIS NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

5.1. Generalidades

Verificada a relevância e a necessidade de previsão penal das lesões pré-natais no Código Penal português, há que tecer algumas considerações que entendemos que, *de iure condendo*, devem guiar a estrutura do tipo de ilícito de lesões pré-natais.

5.2. O bem jurídico protegido

A grande questão que se coloca neste âmbito e que é prévia a qualquer outra, é a de saber se o tipo de ilícito protegerá a integridade física pré-natal ou a da pessoa que irá nascer com as lesões.

Tomando o exemplo do ordenamento espanhol é perceptível que, apesar de existirem opiniões em ambos os sentidos, a ideia que vinga é a de que o tipo de ilícito de lesões pré-natais protege os bens jurídicos reportados ao nascituro e não à pessoa que nasce.

À criação de um tipo autónomo de lesões pré-natais — sobre a qual temos vindo a reflectir — está subjacente a protecção de um bem jurídico diferente daquele que subjaz ao tipo de ilícito de ofensas à integridade física — se assim não fosse, não faria sentido criar um tipo autónomo, visto que a única diferença entre ambos residiria no momento em que as ofensas são cometidas.

Se o bem jurídico protegido pelo tipo de ilícito de lesões pré-natais fosse a integridade física da pessoa, o nascimento (com lesões) representaria sempre uma condição objectiva de punibilidade. Assim, apesar da efectiva ofensa ao nascituro, se, por motivos alheios à agressão, este não nascesse ou não nascesse com as lesões (*e.g.* por ter

sido tratado *in utero*)¹²⁸, a sanção penal perderia efeito, o que enfraqueceria claramente a actuação do direito penal, representando uma grande perturbação jurídica¹²⁹¹³⁰.

Não restam dúvidas de que o bem jurídico protegido por este tipo de ilícito é a integridade física pré-natal. Concordamos, todavia, com Vera Raposo, no sentido em que a integridade física da pessoa que irá nascer encontra protecção mediata neste tipo penal (a doutrina espanhola maioritária também não põe em causa a protecção, ainda que indirecta, pelo ilícito de lesões fetais, da pessoa que nasce com as lesões¹³¹). É que, conforme verificámos, as lesões pré-natais acarretam, na maioria das vezes, danos para as pessoas que vêm a nascer, daí também a urgência da sua previsão no Código Penal.

5.3. O tipo objectivo de ilícito

O bem jurídico tutelado é, como vimos, a integridade física pré-natal. Todavia, a protecção dispensada por este tipo legal não deverá cingir-se à protecção do *corpo* do nascituro. Em termos idênticos à protecção dispensada pelo ilícito de ofensas à integridade física¹³², o ilícito de lesões pré-natais deverá proteger o *corpo* e a *saúde* do não nascido. A realização do tipo legal produzir-se-á assim, quer mediante uma ofensa corporal, quer através de uma lesão que, embora não tenha repercussões corporais

¹²⁸ Vera Raposo considera que uma solução destas poderia levar a situações indesejáveis, como o adiamento do tratamento das lesões para momento posterior ao nascimento, por forma a garantir a responsabilidade do agente. Cf. Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.* nota 3.

¹²⁹ Neste sentido, Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.* nota 3.

¹³⁰ Eduardo Ribas coloca, inclusivamente a hipótese macabra (mas possível) de casos em que se sabe de antemão que a gestante quer abortar, o que poderia potenciar a utilização do nascituro como cobaia de experimentações científicas, sem que houvesse qualquer consequência penal, caso o nascimento fosse condição objectiva de punibilidade. Cf. Ribas, Eduardo Ramón, *El delito de lesiones al feto*, Editorial Comares, *apud*, Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.* nota 104.

¹³¹ Cf. Torres, Eva Mimbriera, *in* Pablo, José Antonio Cruz de, *et alli*, *Comentarios al Código Penal*, Vol. 1, Difusión Jurídica Ed., p. 115 e ss.

¹³² Cf. Faria, Paula Ribeiro de, *in* Dias, J. Figueiredo (coord.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Tomo I.

visíveis, ofenda a *saúde* do nascituro — *e.g.* criação de um estado de doença, agravamento de um estado de doença já existente, provocação de uma infecção¹³³, administração de substância psicotrópicas, abuso de álcool pela gestante, etc.

Pese embora o bem jurídico em causa seja a integridade física pré-natal, o embrião *in vitro* fica fora do âmbito de protecção do tipo de ilícito de lesões pré-natais. Como vimos, o ordenamento jurídico actual não é tão severo na protecção que confere ao embrião não implantado — fruto, não só da tutela gradual do nascituro, mas também pelo facto de não o poder ser sob pena de inviabilizar as técnicas de procriação *in vitro* (o que representaria uma clara violação da proibição do excesso). Assim, apenas será objecto de protecção o nascituro uterino.

Cumpra ainda neste âmbito averiguar se a protecção deve ter início a partir do momento em que ocorre a nidacção — conforme o que ocorre no ilícito típico de aborto — ou, se por outro lado a tutela penal da integridade física pré natal deve ficar reservada para uma fase mais avançada do seu desenvolvimento — *i.e.*, quando se inicia a fase fetal.

Em prol deste último entendimento pode argumentar-se com a gradual tutela do nascituro que tem lugar no ordenamento jurídico português. Assim, faria sentido que a protecção penal da integridade física pré-natal ficasse reservada para o estágio mais avançado do seu desenvolvimento — aquele em que começa a reconhecer-se ao nascituro os traços característicos do corpo humano.

Para além disso, poder-se-ia invocar como argumento a favor deste entendimento o regime da interrupção voluntária da gravidez (cf. artigo 142º do Código Penal). Isto é, se a Lei Penal considera justificada a interrupção da gravidez — em detrimento da vida intra uterina — se preenchida uma das indicações previstas no nº 1 do artigo 142º ou, por mera

¹³³ Convém esclarecer que, conforme refere Vera Raposo, “não configura o delito de lesões fetais a transmissão ao feto de uma doença de que se é portador, não só porque seria difícil estabelecer o nexos causal entre a conduta e o resultado, mas também porque quando o acto ocorre ainda não existe embrião ou feto que possa funcionar como sujeito passivo nem, obviamente, bem jurídico a acautelar”. Cf. Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.* No entanto, consideramos que só estará excluída a responsabilidade, nestes casos, quando é a mãe a portadora da doença, pelos motivos apontados. Já não será assim quando o agente seja um terceiro portador de uma doença sexualmente transmissível (*e.g.* SIDA) e que, sabendo que está infectado não toma precauções ao ter relações com a gestante, transmite o vírus ao embrião já nidado.

opção da mulher, até às dez semanas de gestação e se a protecção à integridade física pré-natal tivesse lugar a partir da nidação, estar-se-ia a proteger de forma mais ampla a integridade física do que a vida pré-natal, o que poderia representar, desde logo, uma violação da proibição do excesso.

Todavia, estes argumentos não logram em afastar a protecção da fase embrionária.

Em primeiro lugar, o regime da interrupção médica da gravidez encontra razão de ser no conflito de interesses existente entre a gestante e o nascituro, sendo que nos casos previstos no artigo 142º do Código Penal preponderam os interesses da mãe — seja a sua integridade física ou moral, seja a sua autodeterminação — só nesses casos haverá justificação.

Atendendo ao facto de as lesões causadas ao nascituro (seja embrião, seja feto) se repercutirem (muito provavelmente) na pessoa que nasce — facto que leva, inclusivamente, alguns a entender que a tutela da integridade física pré-natal deve ser mais ampla do que a da própria vida intra-uterina — não nos parece que deva haver distinção entre actos praticados em embriões ou em fetos¹³⁴¹³⁵.

Tutelando o embrião, o tipo de ilícito de lesões pré-natais¹³⁶ iniciará, no entanto, o seu âmbito de protecção a partir da nidação (momento da nidação do zigoto no útero que ocorre no 14º dia após a fecundação). Cientificamente, só a partir deste momento é possível averiguar se existe, de facto, um ser humano (ou mais), pelo que, só a partir daqui se poderá (juridicamente) falar em vida humana e integridade física pré-natal.

A protecção conferida por este tipo penal cessará com o início do trabalho de parto — pelas mesmas razões que referimos em relação ao momento em que termina a tutela do tipo de ilícito de aborto — para dar lugar ao início da protecção do tipo legal de ofensas à integridade física (cf. artigo 143º do Código Penal).

¹³⁴ É importante voltarmos a repetir o exemplo dado por Eduardo Ribas (*vide* nota 130) para defender a opinião que agora propugnamos: se vencesse a tese contrária, poder-se-ia dar o caso de, sabendo de antemão da vontade da gestante em abortar ao abrigo da IVG, realizar-se experimentações no concebido sem que daí adviesse qualquer sanção.

¹³⁵ No mesmo sentido, Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.*

¹³⁶ Propomos a epígrafe de “Lesões pré-natais”, para evitar a contenda que tem ocorrido no ordenamento espanhol que intitula o tipo de ilícito de “Lesiones al feto”.

O preenchimento do tipo legal tanto pode ter lugar por acção, como por omissão sempre que sob o agente recaia um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar o evento típico e este não o evite¹³⁷ (cf. artigo 10º Código Penal).

No ordenamento jurídico espanhol, para efeitos de preenchimento do tipo, a lesão ao corpo ou à saúde do nascituro deve ser grave¹³⁸. Apesar da ambiguidade e indeterminação que tem sido apontada pela doutrina espanhola à exigência de que as lesões sejam graves¹³⁹

entendemos que a solução não pode ser outra. Desde logo porque, estando o nascituro protegido pelo útero materno, só serão, em princípio, capazes de ultrapassar essa barreira protectora e atingir a integridade física pré-natal, ofensas objectivamente graves, para além de que, em termos científicos, seria muito difícil comprovar lesões *in utero* que não são consideradas graves¹⁴⁰.

O Código Penal português prevê o crime de ofensas à integridade física grave (cf. artigo 144º) — delito qualificado pelo resultado que se diferencia do tipo de ofensas simples (artigo 143º)¹⁴¹ precisamente pela maior gravidade (maior ilicitude) do acto lesivo.

Apesar da ambiguidade trazida pelo termo *grave* a verdade é que a construção típica no ordenamento português não poderá ser outra — não parece possível tipificar, em termos idênticos ao que o legislador fez no artigo 144º, todos os tipos de ofensas graves

¹³⁷ Vera Raposo dá o exemplo do médico que sabe que a ingestão de um medicamento por parte da mãe irá causar lesões ao feto e, ainda assim, não a impede de o tomar. Cf. *Op. Cit.*

¹³⁸ Elemento valorativo que tem trazido grande incerteza e dificuldade na sua concretização. Cf. Rosal, Manuel Cobo del, *et alli.* (1996), *Curso de Derecho Penal Español — Parte Especial*, Marcial Pons Ed., Tomo I, pp. 132 e ss.

¹³⁹ Pode ler-se no artigo 157 do Código Penal espanhol: “*El que (...) causare em un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque em el mismo una grave tara física o psíquica (...)*”.

¹⁴⁰ Por exemplo, nódosas negras, mau estar físico, etc.

¹⁴¹ O tipo legal de ofensas simples fica preenchido mediante a verificação de qualquer ofensa no corpo ou na saúde, independentemente da lesão, dor ou sofrimento causado. Cf. Ac. do TRC de 06-10-2010.

relativas ao nascituro. Para efeitos de se averiguar o que se considera por ofensa grave, deve fazer-se a mesma valoração que se faz para fazer a distinção entre o tipo de ilícito de ofensas simples e graves¹⁴².

A lesão causada ao nascituro deve assim revestir-se de gravidade, de maior ilicitude (se comparada com as lesões que subjazem ao ilícito típico de ofensas à integridade física simples) — caso contrário, será atípica¹⁴³.

5.4. O tipo subjectivo de ilícito

A regra no ordenamento penal português é a de que só é punível o facto praticado com dolo, existindo punição da negligência apenas nos casos em que a lei é expressa nesse sentido (cf. artigo 13º do Código Penal).

Não existem dúvidas quanto à punibilidade das lesões pré-natais dolosas, sendo suficiente o dolo eventual. As dúvidas surgem, no entanto, relativamente à criminalização das lesões negligentes.

O Código Penal português, ao contrário do espanhol¹⁴⁴, não pune o aborto praticado com negligência. Um raciocínio lógico imediato levaria a pensar que não faria sentido conceber sequer a punibilidade da negligência quanto às lesões pré-natais¹⁴⁵.

Todavia, este argumento não pode afastar, sem uma prévia e ponderada reflexão, a punibilidade das lesões pré-natais a título de negligência.

A negligência, ao contrário do dolo, em que existe uma vontade dirigida à prática do facto ilícito, assenta na violação voluntária de um dever de diligência, na omissão da cautela necessária para que o facto ilícito não ocorra e “por omissão voluntária do cuidado devido, o agente não representa ou representa imperfeitamente que a acção que realiza voluntariamente constitui um tipo de ilícito ou representando-o não o quer realizar”¹⁴⁶ (cf. artigo 15º do Código Penal).

¹⁴² Neste sentido, Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.*

¹⁴³ Cf. Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.*

¹⁴⁴ Cf. Artigo 146 do Código Penal espanhol.

¹⁴⁵ Neste sentido, Faria, Paula Ribeiro de, *Op. Cit.*

¹⁴⁶ Cf. Silva, Germano Marques da (2015), *Direito Penal Português — Teoria do Crime*, 2ª edição, Universidade Católica Ed., p. 128.

A decisão político-criminal de punir a negligência exige, assim, uma legitimidade acrescida. Essa decisão está intimamente ligada, do ponto de vista da *dignidade penal*, à protecção dos bens jurídicos mais proeminentes da ordem jurídica e, do ponto de vista da *carência de pena* à contenção de fontes de perigo grave para a comunidade (aspecto que assume grande relevância, sobretudo na actual “sociedade de risco”)¹⁴⁷.

Grande parte das lesões praticadas ao nascituro são, precisamente, causa da omissão de (da violação) deveres de cuidado (por parte de médicos, por parte da própria mãe, etc.). E não nos podemos esquecer que, fruto dessa violação de deveres de cuidado ou da omissão da cautela devida, serão causadas lesões graves, muitas vezes irreversíveis, que poderão mesmo condicionar a pessoa que nasce, para o resto da sua vida¹⁴⁸.

Atendendo à importância do bem jurídico integridade física pré-natal e aos comportamentos potencialmente perigosos a que está sensível, a sua protecção não pode ficar limitada aos ataques dolosos¹⁴⁹.

Entendemos, que o legislador deverá, conseqüentemente, prever a punibilidade da negligência consciente¹⁵⁰ e grave¹⁵¹, por esta corresponder ao grau mais intenso de inobservância de deveres de cuidado¹⁵².

E o argumento que é dado em desfavor deste entendimento — o facto de aborto não ser punido a título de negligência — não parece ser suficientemente preponderante. Apelando ao mesmo raciocínio que subjaz a este entendimento, pode ser invocada a punibilidade das ofensas à integridade física simples a título de negligência (cf. artigo 148º, n.º 1) como argumento a favor: se ofensas (leves) negligentes são punidas, não deviam sê-lo as lesões (graves!) provocadas ao nascituro que irão (com alta probabilidade) ser causa de sofrimento da pessoa que vem a nascer (quem sabe durante toda a sua vida)? A resposta só pode ser positiva.

¹⁴⁷ Cf. Dias, Jorge de Figueiredo (2004), *Direito penal*

¹⁴⁸ Vejam-se os exemplos de que temos vindo a falar do caso da Talidomida e do teste de gravidez Primodos.

¹⁴⁹ No mesmo sentido, Vera Raposo, Vera Lúcia, *Op. Cit.*

¹⁵⁰ Quanto à espécie. Cf. Silva. Germano Marques da, *Op. Cit.*

¹⁵¹ Quanto à intensidade da inobservância do dever objectivo de cuidado. Cf. Silva, Germano Marques da, *Op. Cit.*

¹⁵² Parece-nos que, por outro lado, a punibilidade da negligência leve implicaria a violação da proibição constitucional do excesso (cf. artigo 18º, n.º 2 da Constituição)

Entendemos, assim, que o legislador deverá prever, para além do ilícito de lesões pré-natais, um tipo legal de lesões pré-natais por negligência grave.

II. CONCLUSÃO

O nascituro não é irrelevante para o Direito, muito menos para o constitucional.

Apesar de não o reconhecer enquanto sujeito de direitos fundamentais, a Constituição da República Portuguesa erige, no decorrer da dimensão objectiva da inviolabilidade da vida humana, a vida pré-natal em bem constitucional objectivo, impondo ao Estado um dever activo em ordem à sua protecção, protecção esta que se intensifica consoante o desenvolvimento das fases pré-natais.

A interpretação da Constituição material que está subjacente àquela afirmação, impõe, no mesmo sentido, o reconhecimento da integridade física pré-natal enquanto bem constitucional objectivo, por esta ser uma imposição decorrente da inviolabilidade da integridade física (cf. artigo 25º da Constituição).

O Estado está, assim, obrigado a tutelar, não só a vida não nascida, mas também a integridade física pré-natal.

No cumprimento deste dever, o legislador está duplamente limitado pela Constituição: por um lado pela proibição da insuficiência, por outro pela proibição do excesso, que, por sua vez, o impede de lançar mão do Direito Penal quando existam outros meios menos onerosos de garantir a protecção destes bens jurídicos.

No entanto, constatada a essencialidade e respectiva dignidade jurídico-penal do bem jurídico integridade física pré-natal, sendo ainda manifesta a danosidade social que envolvem os actos que lhe são lesivos, bem como a insuficiência dos restantes meios jurídicos (e não jurídicos) na sua efectiva protecção, uma tutela penal torna-se premente.

O legislador penal português deve, assim (no mesmo sentido em que fez o espanhol, em 1995) introduzir um tipo de ilícito de lesões pré-natais.

III. BIBLIOGRAFIA

• Obras e Artigos

Almeida, Carlota Pizarro de, “Algumas reflexões a propósito do acórdão 211/95 do Tribunal Constitucional”, in Palma, Maria Fernanda, Almeida, Carlota Pizarro e Vialonga, José Manuel (2009), *Casos e materiais de direito penal*, 3ª ed., Almedina;

Andrade, Manuel da Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime”, in VV.AA., *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, Fasc. 2;

Brito, José de Sousa e (1978), “A lei penal na Constituição”, in VV.AA., *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, pp. 197-254;

Canotilho, José Joaquim Gomes (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra Editora, 7ª edição;

Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Almedina, 4ª edição, vol. I;

Campos, Diogo Leite de, “O estatuto jurídico do nascituro”, in VV.AA., *Nós: Estudos sobre o direito das pessoas*, Almedina, pp. 75-84;

Costa, José de Faria, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, in VV.AA., *Revista de legislação e jurisprudência*, n.º 3978, ano 142º (Jan/ Fev. de 2013);

Cristas, Maria da Assunção Oliveira, “Quando o mais importante é a vida”, in VV.AA. (1998), *Vida e Direito*, pp. 109-110;

Cunha, José Damião da, in Figueiredo Dias (coord.), *et alli.*, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, 2ª edição, Coimbra Editora, Tomo I;

Cunha, Maria da Conceição Ferreira da (1995), “*Constituição e crime*” — *uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, UCP editora;

Cunha, Paulo Ferreira da (1998), *A Constituição do crime — da substancial constitucionalidade do direito penal*, Coimbra editora;

Dias, Jorge de Figueiredo (2004), *Direito penal* •

— *Direito Penal 2: parte geral — As consequências jurídicas do crime*, secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

— “«O Direito Penal do Bem Jurídico» como princípio jurídico-constitucional”, *in* VV.AA., *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 142, n.º 3998, pp. 250-266;

— *in* Dias, J. de Figueiredo (coord.), *et alli*, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, 2ª edição, Coimbra Ed. Tomo I;

Faria, Paula Ribeiro de, *in* Figueiredo Dias (coord.), *et alli* (2012) *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, 2ª Edição, Coimbra Ed. Tomo I;

Miranda, Jorge (2014) *Manual de direito constitucional*, Coimbra Editora, tomo II;

Miranda, Jorge e Medeiros, Rui (2005), *Constituição portuguesa anotada*, Coimbra editora, tomo I;

Novais, Jorge Reis (2002), *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, vol. I.

Otero, Paulo “Personalidade: um repensar do seu início?” *in* Miranda, Jorge e Silva e Marco António Marques da (coord.) *et alli* (2008), *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Quartier Latin Editora;

Pereira, Ravi Afonso, “Interpretação Constitucional e Justiça Constitucional”, *in* VV.AA., *Tribunal Constitucional — 35º aniversário da Constituição de 1976*, Coimbra Editora, vol. II, pp. 43-81;

Raposo, Vera Lúcia, “Aqueles que nasceram (Breve excuro sobre o enquadramento penal das lesões pré-natais)”, in Andrade, Manuel Costa *et alli*, *Direito penal — Fundamentos dogmáticos e político-criminais*, Coimbra Editora, pp. 1065-1109

— (2014), *O direito à imortalidade*, Almedina;

— “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth)” in VV.AA., *Revista do Ministério Público*, Ano 33, n.º 132, pp. 71-125;

Rosal, Manuel Cobo del, *et alli*. (1996), *Curso de Derecho Penal Español — Parte Especial*, Marcial Pons Ed., Tomo I;

Roxin, Claus, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, in VV.AA., *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 3. Fasc. 1;

Silva, Germano Marques da (2015), *Direito Penal Português — Teoria do Crime*, 2ª edição, Universidade Católica Editora;

Silva, Jorge Pereira da, “Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial”, in VV.AA., (2012), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, vol. II, pp. 185-210;

Torres, Eva Mimbbrera, in Pablo, José Antonio Cruz de, *et alli*, *Comentarios al Código Penal*, Vol. 1, Difusión Jurídica Ed.

• **Jurisprudência**

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, Processo n.º 38/84;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85, Processo n.º 95/84;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, Processos n.º 733/07 e 1186/07;

(Consultados em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>).

• **Legislação**

Constituição da República Portuguesa;

Código Penal;

Código Civil;

Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida);

Código Penal espanhol;

• **Sites consultados**

<http://www.cneqv.pt> (Consulta do Relatório da Procriação Medicamente assistida, de Julho de 2004, anexo ao Parecer 44/CNEV/2004 e do Relatório-Parecer sobre a Experimentação no Embrião humano n.º15/CNEV/95);

<https://boe.es/legislacion/codigos>

<https://www.theguardian.com/science/2017/mar/19/pregnancy-tests-alleged-link-to-birth-defects-to-be-reviewed-by-uk-regulator>

<http://visao.sapo.pt/actualidade/mundo/2017-03-20-Medicamento-prescrito-a-gravidas-pode-ter-causado-milhares-de-malformacoes-em-bebes>

<http://expresso.sapo.pt/sociedade/descoberta-causa-dos-efeitos-secundarios-da-talidomida>

<https://www.rtp.pt/noticias/pais/50-anos-apos-a-retirada-do-medicamento-talidomida-do-mercado-a-rtp-descobriu-mais-um-caso-portugues>

<http://www.avite.org> (site da associação das vítimas da Talidomida em Espanha);

