



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Sara Sofia Damião Palminhas

O resultado deu positivo... O bebé está infetado!

A responsabilidade penal pela transmissão vertical do vírus da Sida. Um olhar pelo Código Penal português.

The result was positive... The baby is infected!

Criminal liability for the vertical transmission of AIDS. A glance at the Portuguese Penal Code.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, sob a orientação do Ex.^{mo} Senhor Prof. Doutor Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão.

Coimbra

2016

Resumo

Os casos de transmissão do vírus da Sida têm despoletado as preocupações dos vários ramos das ciências sociais. Todavia, estes desassossegos têm-se acentuado no ramo da medicina e das ciências farmacêuticas onde, há anos, se procura uma cura definitiva para este flagelo.

Atendendo ao cenário descrito, torna-se evidente que também o direito tem acarretado para o seu núcleo toda a problemática em que se traduzem os contágios com o HIV. Ora, na presente investigação pretendemos virar os holofotes do nosso estudo para os casos de transmissão vertical do vírus HIV, aqueles que ocorrem de mãe para filho, quer durante o período da gestação, quer após o nascimento.

No fundo, o que visamos questionar é se tal contágio, deve, ou não, ser tutelado pelo âmbito de atuação do direito penal. Pois, não podemos esquecer que uma infeção com este lentivírus pode causar no organismo do seu portador um estado enfraquecido de doença, podendo, inclusive, culminar no resultado morte.

Assim sendo, ao pretendermos tutelar criminalmente estes comportamentos, procuramos o bem jurídico que seria protegido com uma eventual incriminação. Alicerçamos o nosso pensamento em ordenamentos jurídicos estrangeiros e propugnamos pela criação de um novo bem jurídico. A integridade física embrionário-fetal.

Desta forma, sempre tendo como assento a C.R.P., defendemos a criação deste novo bem jurídico, por forma a evitarmos que nasçam seres, sem nunca poderem dizer que foram, em tempos, saudáveis.

Palavras-Chave: Transmissão vertical do HIV, vida humana, integridade física, bem jurídico.

Summary

Cases of AIDS transmission have triggered worry for many scientific areas of study. However, the unrest has, essentially, been accentuated in the fields of medicine and pharmaceuticals where a definitive cause for this plague is constantly searched.

Considering the current scenario, evidently, the law has also looked to bring the problematic of the transmission of AIDS to its attention. Therefore, the following investigation intends to turn the spotlight of our study to the cases of vertical transmission of the virus, in other words, cases where its mother passes on the virus to the child, not only during pregnancy but also after the child's birth.

All in all, what we propose to question is, if such contamination, should, or should not, be safeguarded within the procedure of criminal law. For, we cannot forget that an infection with this virus can potentially cause a state of weakness and illness in the carrier's body, inclusively, resulting in his or her death.

Consequently, while intending to criminally protect this behaviour, we will have to search for the lawful interest that should be protected in cases of eventual incrimination. We shall consolidate our line of thought in foreign judicial systems and shall support the creation of a new lawful interest. Embryo-foetal physical integrity.

Thus, within the understanding of the Portuguese Constitutional Law, we defend the creation of this new lawful interest, in way of preventing the birth of humans who would never be able to say that they were once a healthy being.

Key Words: Vertical transmission of AIDS, human life, physical integrity, lawful interest

*À Laura que, com a sua tenra idade, já
consegue dar o verdadeiro sentido à
palavra amor...*

Agradecimentos

À minha mãe, Maria José, e ao meu pai, José Manuel, por todo o amor, por todo o carinho, por todo o colo... A eles devo tudo o que sou e não há palavras suficientes para lhes agradecer uma vida inteira...

Ao meu mano, Edgar, companheiro de uma vida e para a vida. Faço minhas as palavras que ele um dia me disse "tu ai e eu aqui, seremos, para sempre, mano e mana" e à Antônia, por todas as palavras de apoio.

Às minhas avós, Maria e Isilda, as minhas velhinhas, a quem também devo tanto do que sou...

Aos meus avôs, Joaquim e António, com quem já não vou a tempo de partilhar cada vitória e cada conquista.

À Ana Otília, por todos os dias dar um sentido genuíno à palavra amizade...

À Stephanie, à Catarina, ao Diogo, ao Tiago e a muitos outros, pela partilha, pela amizade, pela ajuda, pela confiança.

À Mafalda Magalhães, que com todo o profissionalismo e com todas as palavras de incentivo me ensinou a nunca desistir.

A todos os restantes Advogados da VC&M, Sociedade de Advogados, R.L., que com todo o rigor e exigência me ajudaram, no último ano, a crescer pessoal e profissionalmente.

Ao meu orientador, Exmo. Senhor Doutor Nuno Brandão, pela disponibilidade e atenção que sempre me demonstrou ao longo da concretização deste projeto.

Aos restantes, que ao longo de toda a vida estiveram comigo, nas mais diversas fases e nos mais diversos momentos, fica o meu eterno agradecimento...

Índice

Capítulo I - A transmissão do HIV. O início da vida humana e o começo da sua tutela jurídica: as diferentes perspectivas na arquitetura da Ciência e do Direito.....	13
Título I - O vírus da Sida. A sua origem, as suas formas de transmissão e as suas consequências clínicas. Especial incidência nos casos de transmissão vertical.	13
1 - O surgimento do vírus da Sida: um vírus de origem desconhecida.	13
2 - Aspectos clínicos do vírus da Sida: as manifestações no organismo humano.	15
3 - A forma de deteção do HIV: os testes sorológicos.....	17
Título II - O início da vida humana para a Biologia. A sua tutela pelo Direito.....	20
1 - Do pré-embrião ao feto: um olhar pelos estádios de desenvolvimento da biologia humana.....	20
1.2 - Do início ao fim da gestação: breve périplo.	23
2 - A nomenclatura "vida humana": o marco temporal decisivo para o início da designação.	24
3 - Ser Pessoa: contributos das diferentes Ciências Sociais para análise do conceito de "Pessoa".	28
4 - A vida humana do embrião delimitada pela Constituição da República Portuguesa: utopia ou realidade?	35
Capítulo II - A integridade física. Sua densificação à luz do ordenamento jurídico penal. Qual o seu conteúdo e limites? A (des)proteção penal nos casos de transmissão vertical do vírus da Sida. Um olhar pelo Código Penal português, em especial pelo seu art.º 143.º ...	49
Título I - Densificação constitucional e penal patente no conceito de integridade física....	49
1 - A integridade física vista à luz da C.R.P.	49
1.2 - O conceito de integridade física: ofensas, extensão e limites.	51
Título II - A transmissão do vírus da Sida àqueles que já nasceram. Périplo trilhado pelos tipos legais patentes no Código Penal.....	57
1 - Os casos de transmissão do vírus da sida no âmbito da adoção de comportamentos de risco: conduta penalmente relevante?	57
2 - Transmissão do HIV: (in)suficiência da proteção do infetado à luz do Código Penal português.....	59
2.1 - O tipo legal de crime de homicídio - art.º 131.º do Código Penal.....	60
2.2 - O tipo legal de crime de ofensas à integridade física.	64

2.3 - O tipo legal de crime de propagação de doença, alteração de análise ou receituário: artigo 283.º do Código Penal.	69
3 - A (in)suficiência da lei penal: os casos de transmissão do vírus da sida. Que juridicidade?.....	73
Capítulo III - A transmissão vertical do HIV: lesões à integridade física daqueles que ainda não nasceram. Análise à luz do direito penal.....	83
Título I - Os casos reais de transmissão vertical do vírus da Sida. Os perigos de aceitarmos, em termos jurídicos, que o embrião é uma pessoa.	83
1 - O caso real M.J.S.....	83
2 - A Transmissão Vertical do HIV: contágio de outra "pessoa"?	86
3 - A configuração do Direito Penal espanhol: o delito de lesões ao feto.	88
3.1 - O delito de lesões ao feto: a <i>ratio legis</i> da norma.	89
Título II - Direito Penal português: a necessidade de tutela da integridade física do embrião. O seu valor jurídico penal face ao valor atribuído ao bem jurídico vida intrauterina, em especial no crime de aborto.	97
1- O bem jurídico a proteger nas lesões à integridade física do embrião	97
2 - Por fim, a necessidade de proteção do feto, no contexto da transmissão do vírus da Sida.	105
IV - Conclusão	110
Índice Bibliográfico	113
Jurisprudência e pareceres consultados no âmbito da dissertação.....	126
Jurisprudência	126
Pareceres	126

Siglas e Abreviaturas

ADN - Ácido desoxirribonucleico

Ac. - Acórdão

Apud - Citado por

Art.º - Artigo

Cfr. - conferir

CNECV - Comissão Nacional de Ética para as Ciências da Vida

Coord. - Coordenação

C.R.P - Constituição da República Portuguesa

Ibidem - No mesmo local mas em página diferente

Idem - No mesmo local e na mesma página

N.º - Número

P. - páginas

Pp. - páginas

HIV - Vírus da Imunodeficiência Humana

ROA - Revista da Ordem dos Advogados

SS - Seguintes

Sida - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

TAR - Tratamento anti retrovírico

Vol. - Volume

V.G - por exemplo

I - Introdução

Começar a escrever sobre o tema que ora nos propomos abordar, de certo, não se irá tornar uma tarefa fácil. Muito pelo contrário.

Para tanto, basta acentuarmos que nos propomos falar de Sida e que esta já não se configura como sendo uma preocupação das sociedades hodiernas. O seu surgimento, intimamente ligado à atividade médica, rapidamente se expandiu para outras áreas do saber. O Direito não ficou incólume a esta veloz proliferação.

Muitas têm sido as discussões que orbitam em seu redor, uma vez que os seus aspetos ético-jurídicos têm merecido acolhimento por parte da sociedade. Quando questionamos se a transmissão do vírus se traduz num comportamento penalmente relevante, imediatamente teremos de pensar (ou repensar) nos limites e conteúdos de um direito penal perfilhado por uma sociedade e plasmado num código, que outrora afeiçoou outras aparências.

A questão que suscitámos no parágrafo imediatamente antecedente tem sido alvo de diversos estudos e de diversos trabalhos de investigação que, continuamente, procuram dar respostas, nunca descorando a perspetiva médica que tem de servir de base às posteriores conclusões.

Contudo, não pretendemos aqui abordar a temática partindo de uma posição mais tradicional: aquela que verte as suas preocupações em questionar se a transmissão do vírus da Sida, no âmbito da adoção de comportamentos de risco, se traduzirá, ou não, numa conduta que mereça uma reprovação à luz do ordenamento jurídico penal.

Queremos ir mais longe, sem ambicionáramos, em momento algum, adotar uma posição pretensiosa em face de todo o trabalho com que a doutrina nos tem vindo a presentear.

Assim, no périplo que nos propomos trilhar, queremos centrar as nossas atenções numa outra perspetiva. Queremos questionar se a transmissão vertical do vírus da Sida deve merecer a tutela do direito penal.

Quando falamos em transmissão vertical, eis que nos cumpre, desde já, fazer algumas advertências. Em primeiro lugar, este tipo de transmissão opera de mãe para

filho, quer durante o período da gravidez, quer durante os primeiros meses de vida do bebé. Em segundo lugar, queremos aqui abordar a temática sob um prisma onde o comportamento que é adotado pela mãe propicia, ou pode propiciar, as possibilidades de transmissão do vírus.

A problemática que aqui nos move surge diretamente vinda do Brasil, onde uma mulher de 28 anos, grávida e conhecedora do seu estado de seropositividade, não comparece nas consultas pré-natais nem faz uso correto da medicação prescrita, nomeadamente o uso de antirretrovirais. Apesar do cenário ora descrito, a equipa médica sempre alertou a gestante para os perigos advindo dos seus comportamentos, no que diretamente concernia à saúde do feto. Aqui chegados, urge questionar: que tratamento penal poderia assistir ao comportamento deliberado e evitável por parte daquela gestante?

Numa análise, embora que breve, pelo Código Penal português facilmente poderemos constatar que o tipo legal de crime que trata, especificamente, da proteção do feto é o crime de aborto. Ora, para este se considerar preenchido, terá de existir a morte do produto da conceção biológica. Porém, se o mesmo nasce, certamente que não poderá ser este o tipo legal apto a tutelar a conduta acima descrita.

Em virtude de todo o pensamento que até aqui vertemos, é legítimo questionar: o ordenamento jurídico português tutela, penalmente, estes casos de transmissão do vírus da Sida? Parece que não. Parece que a adoção deste tipo de comportamentos por parte da gestante não é suscetível de configurar um ilícito que mereça reprovação criminal.

Todavia, quando fazemos uma viagem por ordenamentos jurídicos estrangeiros, nomeadamente pelo ordenamento jurídico penal espanhol, e até mesmo pelo peruano, podemos constatar que a proteção que é dada à integridade física do feto se apresenta com uma amplitude maior daquela que é oferecida pelo ordenamento português. Então, seria possível, em face da lei fundamental do nosso país, perfilharmos uma solução como aquela que existe em Espanha, *v.g.*, sem padecer de qualquer tipo de inconstitucionalidade? Não vemos motivos para, *prima facie* responder negativamente à questão.

Nesta conspecto, como ilação principal brotada do que outrora temos vindo a afirmar, podemos dizer que em face da lei penal portuguesa o feto ainda é debilmente protegido. Pese embora toda a controvérsia que surge aquando do início da tutela para a

vida humana, sustentada entre a dicotomia momento da concepção e momento da nidação, certo é que a questão da proteção do feto se tem revelado como merecedora de uma dignidade, quer ao nível da moral quer ao nível das convicções apresentadas pelas pessoas. Contudo, ao longo da presente investigação, com as linhas orientadoras que nos propusemos trilhar, esta temática será alvo de pequenas alusões tendo sempre como objetivo uma resposta à questão que aqui suscitámos.

Outro ponto que consideramos aqui merecer a nossa melhor atenção, prende-se com o facto de a transmissão vertical do vírus da Sida assumir o papel principal nos casos de infeção pediátrica e, essencialmente, que este flagelo não espelha qualquer preocupação do legislador penal.

Desta forma, questionamos: será que a integridade física do feto é tutelada pelo Código Penal português? Ou, ao invés, existe nesta matéria uma verdadeira lacuna legislativa? Tudo questões a que nos propomos responder nas páginas seguintes, nunca esquecendo que proclamamos a necessidade de uma política criminal direcionada para os problemas clássicos de direito penal; uma política legislativa que não balance ao som das melodias advindas de um contexto de globalização.

Capítulo I - A transmissão do HIV. O início da vida humana e o começo da sua tutela jurídica: as diferentes perspetivas na arquitetura da Ciência e do Direito.

Título I - O vírus da Sida. A sua origem, as suas formas de transmissão e as suas consequências clínicas. Especial incidência nos casos de transmissão vertical.

1 - O surgimento do vírus da Sida: um vírus de origem desconhecida.

O Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV)¹ é o agente causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Sida), uma "doença" que ataca o sistema imunológico, sendo este o responsável por defender o organismo de doenças. De uma perspetiva clínica, o HIV é um vírus linfotrópico, com afinidade preferencial para os linfócitos T CD4+ - responsáveis, em certa medida, pelo controlo do sistema imunológico². A Sida não se apresenta como uma doença, no verdadeiro sentido da palavra. Pois, como o próprio nome indica é uma síndrome - apenas apresenta um conjunto de sinais e de sintomas - que desencadeia um enfraquecimento do sistema imunológico, deixando o indivíduo desprotegido - sendo por este motivo que é apelidada de imunodeficiência. Por fim, diz-se adquirida, na medida em que não é uma doença genética, nem é produzida, de início, pelo próprio sujeito, sendo necessário que no organismo se introduza um agente externo³.

Ora, muito embora que a análise que aqui pretendemos fazer seja, essencialmente, de uma perspetiva jurídica, cremos que é necessário analisar os aspetos clínicos da doença, por forma a que seja possível compreendermos as suas consequências e manifestações no organismo do infetado.

Deste modo, iremos começar por discorrer, embora que brevemente, pela origem deste vírus. Os estudos e as pesquisas realizadas tendem a demonstrar que o HIV seja

¹ O HIV tem duas classificações distintas, que são obtidas através de análises filogénicas. No fundo, existem dois tipos distintos de HIV. Um, é o HIV - 1, o outro é o HIV - 2. As diferenças entre os dois residem na sua composição e no peso molecular.

² Cfr. ANDRADE, Jorge / TOMÁS, Nelson / LOURENÇO, Sara, *HIV - Perspetiva Imunológica*, Universidade de Évora, Évora, 2003, p. 3.

³ Cfr. CAMPOS, Aline da Veiga Cabral, *Responsabilidade Penal pela Transmissão da Sida por Via Sexual e por Via Intravenosa*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999/2001, p. 32.

proveniente dos macacos e dos chimpanzés. No decurso dos anos de 1920 e 1960, foram realizadas experiências com aqueles mesmos animais, tendo as mesmas, essencialmente, fins científicos. Com a sua realização, mais concretamente através das transfusões de sangue, pretendia-se averiguar se os parasitas da malária, contidos no sangue dos primatas, seriam, ou não, aptos a contaminar o ser humano. Sucede que vários humanos receberam o sangue dos animais com a finalidade de perceberem se a malária deles poderia ser semelhante à que era conhecida nos humanos. Terá sido através deste processo, dizem os investigadores, que o HIV se terá instalado no organismo humano e, conseqüentemente, se terá expandido⁴.

Todavia, para além da teoria já exposta para o surgimento do vírus, outras se apresentam sustentando-se, por exemplo, na possibilidade de aquele ter surgido nos macacos selvagens africanos, que eram portadores de um vírus semelhante ao que, posteriormente, foi detetado nos humanos. Para além desta explicação, surge, ainda, uma outra dizendo que o vírus poderia ter advindo de relações sexuais zoofílicas⁵.

Muito embora possam surgir diversas explicações⁶ para a origem do vírus, o certo é que o seu surgimento, na literatura, se apresenta muito conxionado com os primatas. Inclusive, em 1950, muitos macacos eram exportados, quer para a Europa, quer para os Estados Unidos, com a finalidade de serem submetidos a experimentações médicas. Porém, para que fossem possíveis as experimentações, era necessário sujeitar os animais a violenta e sangrentas intervenções, por forma a que se pudessem produzir vacinas e, posteriormente, elaborar um estudo sobre as células do vírus. Assim, terá, alegadamente, surgido a contaminação de humanos e, conseqüentemente, terá o HIV proliferado pela Europa e pelos Estados Unidos⁷. Pese embora possamos dizer que o vírus tem "uma carga

⁴ Cfr. ROLERO SANTURIAN, Carlos F., *La Imputación objetiva del comportamiento sexual*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 52.

⁵ Cfr. GABBAY, Raquel Benchimol, *A transmissão sexual do HIV e a sua problemática para o direito criminal brasileiro e português: análise da questão à luz da teoria da imputação objetiva*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 18.

⁶ Muito embora possam surgir diversas explicações para o aparecimento do vírus, o certo é que falamos de um síndrome que sempre esteve associado ao mundo da homossexualidade. Em 1982, "o rótulo homossexual é apostado à doença". Cfr. LEIBOWITCH, Dr. Jacques, *Um Estranho Vírus de Origem Desconhecida*, Editora Nova Nórdica / Tempo, Lisboa, 1986, p. 19.

⁷ Cfr. GABBAY, Raquel Benchimol, *A transmissão sexual do HIV...*, p. 18.

primata", o certo é que ele também está diretamente conexaso com comportamentos homossexuais humanos. Todavia, ao longo da história, muito embora se tenha acreditado na especial conexão com estes, o certo é que nos dias de hoje já se sabe que o vírus tanto está ligado a comportamentos homossexuais, como heterossexuais.

Atualmente, os estudos têm demonstrado que a problemática do HIV é assombradora para a sociedade e para a saúde pública. Pois, para tanto, basta pensarmos que é um vírus cuja transmissão pode operar de diversas formas. De entre estas formas, sabe-se, hoje, que o contágio pode ocorrer pela via sanguínea, pela via sexual e pela via materna, ou seja, de mãe para filho, a denominada transmissão vertical⁸.

Se é fundamental percebermos as formas pelas quais o vírus se poderá transmitir, não é menos importante percebermos o que este pode causar no organismo de um infetado.

2 - Aspetos clínicos do vírus da Sida: as manifestações no organismo humano.

Independentemente do seu surgimento e, até mesmo, da suas formas de transmissão, o vírus, tal como hoje é conhecido, manifesta-se no organismo humano, sendo necessária uma intervenção clínica, com recurso a fármacos - aqui entenda-se a terapêutica antirretrovírica⁹. Já no decurso dos anos 80, quando existiu o proliferar do HIV, o organismo dos infetados apresentava-se débil e suscetível a doenças oportunistas, pois o sistema imunológico estava fortemente debilitado.

No fundo, quando se adquire o vírus, o organismo do infetado não se consegue defender dos agentes externos, causadores de doenças e infeções. O HIV alberga-se nas células do organismo e termina por atacar os linfócitos, mais precisamente um grupo de células chamadas de CD4, linfócitos T CD4+. Estes, têm como função a defesa do organismo humano e visam impedir a invasão de qualquer partícula que possa ser

⁸ Cfr. NOGUEIRA, Jorge, *Injecção de Drogas, Comportamento Sexual e Risco de HIV*, Livpsic - Edições de Psicologia e Ciências da Educação, Lisboa, 2006, p. 9.

⁹ É importante denotarmos que o recurso ao TAR tem como objetivo o prolongamento e melhoramento da qualidade de vida, tentando alcançar e manter a supressão da replicação vírica, durante o máximo tempo possível para minimizar o risco de desenvolvimento de resistências e preservar/reconstituir o sistema imunitário.

destrutiva. O HIV introduz-se no núcleo destas células o que, com o tempo, provoca a sua morte e, conseqüentemente, fragiliza, cada vez mais, o sistema imunológico. No fundo, o processo pode ser descrito da seguinte forma: o HIV, ao penetrar o núcleo da célula, utiliza uma enzima chamada de Transcriptase Reversa que "transcrevendo o código genético contende ADN da célula, obrigando-a a produzir o HIV, ao invés de produzir-se a si mesma"¹⁰. Como consequência direta deste processo, torna-se quase impossível a subsistência da defesa contra outros vírus, o que termina causando as doenças oportunistas que poderão, inclusive, levar à morte.

Depois de contraído o vírus, surgem diversas etapas do seu desenvolvimento até que, efetivamente, se manifeste a Sida. Primeiramente, o HIV - 1, nas primeiras duas a seis semanas, que se contam desde o momento da contaminação, provoca no indivíduo sintomas, tais como dores de garganta, manchas avermelhadas na pelo, gânglios no pescoço e nas axilas. Estes sintomas tendem a manter-se e a agravar-se, na segunda fase. Posteriormente, e já na terceira fase, o organismo começa a demonstrar a sua incapacidade para se defender, visto que já está bastante debilitado e, aqui sim, começam a surgir sintomas que se podem associar à Sida. Esta fase tem sido definida como a que está imediatamente antecedente ao quadro irreversível por manifestar infeções oportunistas mais graves¹¹. Neste lapso temporal, decorrente entre três a seis meses antes de, efetivamente, se instalar o quadro de Sida, manifestam-se no infetado sintomas, tais como diarreia crónica, perda de peso diária, febre alta e persistente, fraqueza, anemia, entre outros¹². Para além destas fases, pode ainda ocorrer o chamado período de "janela imunológica". Este caracteriza-se por ser o lapso temporal de produção de anticorpos, com uma duração variada de 2 a 6 meses. Aqui, muito embora os testes de anticorpos HIV surjam com resultados negativos, o certo é que, também, neste período pode ocorrer a transmissão do vírus¹³. Por fim, manifestam-se as doenças oportunistas que afetam o sistema digestivo e respiratório, podendo conduzir o indivíduo à morte.

¹⁰ Cfr. GABBAY, Raquel Benchimol, *A transmissão sexual do HIV...*, p. 21.

¹¹ *Ibidem*, p. 22.

¹² *Idem*

¹³ Cfr. CAMPOS, Aline Veiga Cabral, *A Responsabilidade pela Transmissão da Sida...*, p. 37.

Depois destes breves esclarecimentos, importa denotar que as fases enunciadas não tem, necessariamente, de seguirem uma ordem cronológica nem, tão pouco, tem o infetado de passar, obrigatoriamente, por todas elas. Tudo depende do funcionamento do organismo de cada pessoa e, essencialmente, do estado do seu sistema imunológico. Contudo, importa salientar que a transmissão do vírus pode ocorrer em qualquer uma das suas fases de desenvolvimento e, inclusive, o contágio pode ocorrer até quando os anticorpos do HIV não podem ser detetáveis.

3 - A forma de deteção do HIV: os testes sorológicos.

Quando um indivíduo pretende obter o conhecimento de ser, ou não, portador do vírus HIV a melhor forma para o fazer é através da realização dos testes sorológicos. Estes, permitem detetar não a presença do vírus mas antes a presença de anticorpos-HIV, na corrente sanguínea. Os testes a que aqui aludimos devem ser realizados no lapso temporal que medeia entre as quatro e as doze semanas após a infeção. Nos adultos, os anticorpos que os testes visam detetar aparecem no sangue. Nos bebés, os anticorpos passam através da placenta. Todavia, quando se pretenda perceber se um bebé esta contaminado, os testes, geralmente, ocorrem aos 18 meses de idade¹⁴. É certo que estes podem ser realizados antes, sem qualquer tipo de risco. Todavia, os seus resultados podem ser verdadeiramente falíveis. Para sustentarmos esta conclusão, diremos que os anticorpos HIV, dos quais a mulher é portadora, podem ser encontrados no bebé até 18 meses após o seu nascimento. Assim, os testes sorológicos, até ao ano e meio de vida da criança, informam de uma seropositividade que pode ser verdadeira ou falsa¹⁵. Ora, assim sendo, só após aquela idade é que os médicos devem realizar os testes e perceber se a criança foi, ou não, contaminada com o vírus da sua mãe.

Importa, ainda, aqui referir que existem diferentes tipos de testes sorológicos sendo que a sua distinção reside na forma como são utilizados.

¹⁴ *Ibidem*, p. 40.

¹⁵ Cfr. CAMPOS, Aline da Veiga Cabral, *Responsabilidade Penal pela Transmissão da Sida...*, p. 124.

4 - A transmissão vertical do vírus HIV.

Como já referimos, o contágio por via materna é uma das formas de transmissão do vírus da Sida, sendo esta a principal causa de infeção pediátrica.

Durante o período de gestação, quando falamos de uma mãe seropositiva, os cuidados a ter são sensivelmente acrescidos. Durante a gravidez, a todas as gestantes infetadas por VIH-1, independentemente da carga vírica e da contagem de linfócitos CD4+, deve ser proposto efetuar tratamento antirretrovírico combinado, com o objetivo de suprimir a replicação vírica, reduzir o risco de transmissão vertical do vírus e minimizar o desenvolvimento de resistências¹⁶.

A transmissão vertical da Sida, ainda é um tema recente na literatura. Quando se fala de Sida, e das suas formas de contágio, automaticamente vem à memórias as formas mais típicas, entre as quais os contactos sexuais e a partilha de seringas. Todavia, a transmissão de mãe para filho também deve merecer a atenção dos investigadores, por forma a que seja possível uma maior densificação do conteúdo da temática.

Assim, com base nos conhecimentos que é possível obtermos, dizemos que a transmissão vertical é passível de sofrer números elevados na sua redução. Para tanto, é necessário que a mulher compareça nas consultas pré-natais, que adira, na íntegra, às prescrições medicamentosas, receitadas pelo médico. Os estudos têm demonstrado que o recurso ao TAR reduz, em cerca de 75%, a possibilidade de infeção do nascituro. Ademais, a acrescer a isto, recomenda-se o conhecimento da carga vírica de que a mulher é portadora, por forma a que seja recomendada a dose certa da terapêutica.

Todavia, não apenas durante a gestação mas também nos primeiros meses de vida do bebé são necessárias atenções específicas, quando a mãe é portadora do vírus. Aqui, falamos na proibição de amamentação. Para além do recurso aos fármacos, é, ainda, recomendado que o parto seja por cesariana, por forma a evitar o contágio, e, após o

¹⁶ Cfr. Coordenação Nacional para a Infeção VIH / SIDA, *Recomendações Portuguesas para o Tratamento da Infeção VIH/SIDA*, Lisboa, 2011, p. 41

nascimento, é proibida a amamentação, como já referimos. Ainda assim, torna-se imperativo a identificação da gestante e o seu acesso a uma intervenção terapêutica adequada, para que seja possível a diminuição dos riscos de contacto.

Nos casos a que aqui aludimos, torna-se, ainda, imperativo a quantificação da carga vírica e a contagem de linfócitos CD4+, que é feita logo na primeira consulta e, posteriormente, a cada três meses. Esta necessidade da determinação da carga vírica acentua-se entre às 34 - 36 semanas de gestação, com o aproximar do parto¹⁷.

Para além de tudo isto, convém ainda denotarmos é que nos casos de transmissão materna pode, inclusive, existir a morte, quer da mulher, quer do nascituro, uma vez que se podem produzir mudanças biológicas no corpo da mulher¹⁸. Contudo, não é apenas esta a consequência que se pode verificar. Outras surgem que, sendo menos graves, merecem a nossa melhor atenção. Neste conspecto falamos da possibilidade de ocorrência de um aborto espontâneo, da morte *in utero*, ou, até mesmo, do parto prematuro. No fundo, a gravidez de uma mulher infetada é uma verdadeira gravidez de risco, quer para si, quer para o feto.

Por fim, está cientificamente comprovado que a ausência de medidas de profilaxia está associada a uma maior probabilidade de transmissão do vírus e que o tratamento anti retrovírico na gestante pode diminuir, significativamente, o contágio. Estas são medidas fundamentais para travar a contaminação quer *in utero*, quer no peri-parto ou, até mesmo, no período pós natal.

Aqui chegados, vamos perceber nas páginas seguintes quando começa a vida humana do nascituro que poderá vir a ser um seropositivo e, conseqüentemente, as fases de desenvolvimento daquela, até que possa atingir este estado de doença.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 38-39.

¹⁸ Cfr. CAMPOS, Aline da Veiga Cabral, *Responsabilidade Penal pela Transmissão da Sida...* p. 122.

Título II - O início da vida humana para a Biologia. A sua tutela pelo Direito.

1 - Do pré-embrião ao feto: um olhar pelos estádios de desenvolvimento da biologia humana.

O desenrolar da vida humana, porque envolve o embrião e até mesmo o nascituro, suscita as mais diversas questões, nas diferentes áreas de estudo. Deste modo, centramos as nossas atenções na Ciência, mais precisamente na Biologia, e no Direito.

Ora, antes de mais, importa apurar o que considera a Biologia ser o início da vida humana. Sabemos que aqui o que nos move é, essencialmente, uma perspetiva jurídica, mais precisamente jurídico-criminal. Contudo, como refere CARLOS CASABONA, "para realizar com êxito a análise jurídica da realidade social, (...) o jurista tem de possuir o mais correto e fiel conhecimento possível dessa realidade"¹⁹.

Biologicamente é com a fecundação²⁰ que se origina uma nova célula: o zigoto.²¹ Ou seja, esta célula única que é originada com junção do espermatozoide, os gametas masculinos e do óvulo, os gametas femininos, possui um ADN²² próprio. Assim, o zigoto traduz-se numa realidade distinta daquelas que lhe deram origem²³, sendo, para o efeito, detentor de uma potencialidade própria e autonomia genética²⁴ ou, dito de outro modo, comporta em si uma "nova entidade biológica"²⁵.

¹⁹ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos Maria, "Del gene al derecho" in *Coleccion de Publicaciones del centro de estudios sobre genética y derecho*, n.º 2, 1996, p. 207.

²⁰ Nas palavras de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, a fecundação é o momento do "encontro entre os gâmetas masculinos e femininos com a fusão dos núcleos". Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira "O início da vida" in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, p. 9.

²¹ Numa perspetiva exclusivamente biológica, LUÍS ARCHER escreve que "se um dos óvulos for fertilizado por fusão com um espermatozoide, origina-se o ovo ou zigoto, que poderá entrar em segmentação dando origem a um embrião constituído por células todas iguais e totipotenciais (blástomeros)". Cfr. ARCHER, Luís, *Desafios da Nova Genética*, Edições Brotéria, Lisboa, 1992, p. 100.

²² O ácido desoxirribonucleico (o ADN) constitui o material genético de todas as células.

²³ Neste sentido, vide MONIZ, Helena, *Legislação de Direito da Medicina*, 1.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 430 e ss.

²⁴ Cfr. NEVES, M. Patrão, "O começo da vida humana" in *Bioética*, Editorial Verbo, 1996, p. 175 e RODRIGUES, Joana Raquel Pereira, *A proteção jurídico-penal da vida intra-uterina - o crime de aborto*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p.10.

²⁵ SGRECCIA, Elio, "Aborto: O Ponto de Vista da Bioética", Tradução de Mário Matos, Principia, 2006, p.11.

Especificamente, o processo de fusão das células femininas e das células masculinas designa-se por singamia²⁶ - que se completa entre 12 a 24 horas. Isto, quer significar que só após 24 horas da ocorrência deste processo é que se forma o zigoto²⁷.

Sem pretendermos, biologicamente, atender a todas as especificidades de uma problemática tão complexa, reduzimo-nos a explicar ao leitor que duas semanas após a fecundação, o blastocisto²⁸ se implanta na parede do útero, ocorrendo, assim, o processo de nidificação²⁹. Nas palavras de LUÍS ARCHER, "os embriões, tendo passado já a um estágio diferenciado de "blastocisto", implantar-se-ão na mucosa uterina, desencadeando o processo natural de gravidez"³⁰.

Aqui chegados, urge o momento de começarmos a utilizar termos que nas páginas subsequentes assumirão total importância, nomeadamente termos como pré-embrião, embrião e feto³¹.

Quando nos referimos a pré-embrião^{32 33}, queremos significar a fase que ocorre depois da formação do blastocisto, até que aquele se fixe nas paredes do útero³⁴. O termo

²⁶ Segundo uma posição perfilhada pelo CNECV, o embrião começa a existir no fim da singamia, com a fusão de dois proto núcleos. Ora, a consequência, direta, desta posição, é a de que se pode chamar pré-zigoto à realidade biológica existente entre o momento da penetração do espermatozoide no ovócito e o momento da singamia completa. Tal entendimento encontra-se refletido num dos pareceres do CNECV, relativo à Procriação Medicamente Assistida, de Julho de 2004.

²⁷ O zigoto é constituído por 46 cromossomas e a sua entidade genética é diferente quer da entidade genética da mãe, quer da entidade genética do pai. Dito de outro modo, o zigoto "contém um conjunto de cromossomas pares". Cfr. NEVES, M. Patrão, "O começo da vida humana" ..., p. 177.

²⁸ É nesta fase, que ocorre entre o sétimo e o décimo quarto dia após a fecundação, que surge a chamada "linha primitiva", que pode ser definida como o "rudimento do sistema nervoso que assinala o começo de uma sensibilidade individual". Cfr. *Idem*.

²⁹ Cfr. RODRIGUES, Joana Raquel Pereira, *A proteção jurídico-penal da vida intra-uterina* ..., p. 11.

³⁰ Cfr. ARCHER, Luís, *Desafios da Nova Genética*..., p.100.

³¹ As três distinções que nos propomos aqui explicar são oriundas do direito espanhol. A Lei n.º 35/88, de 22 de Novembro, relativa às Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, no seu preâmbulo, menciona estas três fases como correspondentes a diferentes estados de desenvolvimento. Para mais informação sobre o tema vide SANTOS, Emerson Martins, "O Estatuto Jurídico Constitucional do embrião humano, com especial atenção para o conceito *in vitro*" in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, RBDC, n.º 12, Julho/Dezembro, 2008, p. 63.

³² O termo pré-embrião não despoletou uma aceitação plena no mundo da ciência. Este foi utilizado, pela primeira vez, por MCLAREN e pretendia designar a vida humana pré-natal que se desenvolvia entre o momento da fecundação e o aparecimento da anteriormente denominada "linha primitiva". Cfr. MCLAREN, A., "Preclude to embryogenesis" in The Ciba Foundation, *Human Embryo Research: yes or no?*, Londres, 1986, pp. 5-23.

³³ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, "Dignidade e Direitos do Embrião" in *Cadernos de Bioética*, N.º 39, Dezembro, 2005, p. 372.

³⁴ Até este momento, o Direito Penal não confere qualquer proteção a este "novo organismo humano", muito embora, na perspetiva da biologia, aquele exista, já, desde o momento da fertilização. Cfr. MELO, Helena

embrião é utilizado após a nidação, ou seja, quando o pré-embrião já se encontra instalado no útero³⁵.

Atendendo à diferenciação conceitual que outrora delimitámos importa, assim, explicarmos a sua importância ao nível biológico. Pois bem, o pré-embrião³⁶ considera-se um conjunto de células ao qual não se consegue assegurar uma total individualidade, nem autonomia, uma vez que aquele se pode separar e constituir um outro com o mesmo código genético³⁷. Ou seja, o pré-embrião configura-se como sendo um corpo composto por células mas que não consegue assegurar uma total individualidade, uma vez que se pode observar o fenómeno da totipotência: fenómeno este de onde surgem os gémeos monozigóticos³⁸. Assim, tem-se entendido que o pré-embrião, biologicamente, pertence ao grupo das células e não ao grupo dos indivíduos³⁹. Diferentemente, ao embrião reconhece-se um potencial mais forte. Tal pode-se justificar, por ser, precisamente, nesta fase de desenvolvimento que ocorre um processo bem ordenado de rearranjo das células, se incrementa o processo de embriogénese ou ontogénese (o desenvolvimento dos órgãos e estruturas) e, entre outros, surge a integração do sistema nervoso⁴⁰. Concretizando o conceito de embrião, o termo pode ser utilizado nas primeiras dose semanas de gestação. Das dose semanas de gestação até ao seu fim, falamos em feto.

Pereira de, "O Embrião e o Direito" in *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, coord. de Rui Nunes e Helena Melo, G. C - Gráfica de Coimbra, LDA., Coimbra, 2001, p. 161.

³⁵ Cfr. NEVES, M. Patrão, "O começo da vida humana"....., p. 177.

³⁶ O termo pré-embrião surgiu para justificar a destruição de embriões necessários para a investigação sobre fertilização e embriologia humana; foi a partir de 1984 que se permitiu a investigação embrionária. Para mais desenvolvimentos *vide* MOSQUERA VSQUEZ, Clara, *Derecho y genoma humano*, 1.ª Edição, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 90. Ainda referente ao termo pré-embrião, o mesmo é utilizado para designar o grupo de células resultantes da divisão progressiva do óvulo, desde que fecundado, até, aproximadamente, 14 dias depois. Cfr. HIGUERA GUMER, Juan Felipe, *El Derecho Penal y la gentica*, 1.ª Edição, Editorial Trivium, S.A., Madrir, 1995, p. 196.

³⁷ Cfr. RODRIGUES, Joana Raquel Pereira, *A proteção jurídico-penal da vida intra-uterina ... ob. cit.* p. 11.

³⁸ Cfr. BRITO, Maria Margarida Lima de Almeida de Faria, *A Proteção Penal do Feto - tutela dos bens jurídicos vida e integridade física*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 15.

³⁹ Cfr. NEVES, M. Patrão, "O começo da vida humana", p. 177.

⁴⁰ *Idem*.

1.2 - Do início ao fim da gestação: breve périplo.

Como demonstrámos pela breve explicação enunciada, durante a gestação os estádios de desenvolvimento dão aso a denominações diferentes que se aplicam àquele que vai nascer.

Contudo, queremos especificar de uma forma sucinta os progressos que o pré-embrião, o embrião e o feto fazem até atingirem o estatuto de pessoa. Não é em vão que fazemos esta análise no contexto do que outrora nos propusemos estudar. Cremos que é importante demonstrarmos desde que momento a vida intrauterina ganha uma potencialidade forte, para que possamos perceber, posteriormente, se a tutela (jurídica) que sobre si recai é digna o suficiente, ou se pelo contrário, é débil.

Destarte, começámos por enunciar os desenvolvimentos que se verificam na segunda semana após a nidação. Nesta fase inicia-se a formação das estruturas precursoras das membranas fetais e da placenta. É também neste período que aparece a "linha primitiva" ou placa neuronal, que mais tarde originará o cérebro. Para além deste avanço no sistema nervoso do embrião, também começa o desenvolvimento dos principais e primeiros tecidos (embriogénese ou ontogénese). Tudo isto, tal e qual como anteriormente já mencionámos. Consideramos ser este um marco temporal importante para a temática que aqui nos propusemos abordar. Pois, tem sido este o estágio de desenvolvimento humano (dese semanas após a nidação) que é encarado, quer pela Medicina, quer pelo Direito como sendo o momento a partir do qual a generalidade dos autores considera existir vida humana^{41 42}.

Continuando este percurso, vamo-nos debruçar agora pela análise da terceira à oitava semana após a nidação. Neste lapso temporal, o embrião desenvolve o eixo do seu corpo e, simultaneamente, através do progresso das camadas principais (a ectoderme, a

⁴¹ Cfr. RODRIGUES, Joana Raquel Pereira, *A proteção jurídico-penal da vida intra-uterina ...*, p. 12.

⁴² Como bem quisemos denotar, é nesta posição que a grande parte dos autores do Direito e da Medicina se sustentam para afirmarem que é aqui que começa o início da vida humana. Contudo, outras teorias surgem. Existe quem considere que a vida humana começa com a fecundação, logo aquando da junção do espermatozoide com o óvulo. Cfr. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, "Bioética no Início da Vida" *in Revista Pistis Prax.*, Teol Pastor., Curitiba, vol.2, N.º 1., Jan./Jun., 2010, p. 43. Cremos que esta visão para o início da vida peca por ser demasiado perentória e, essencialmente, porque em termos jurídicos não nos parece, igualmente, a mais assertiva. Contudo, será um ponto que mais em diante iremos explorar.

mesoderme e a endoderme) origina os seus próprios tecidos e os sistemas dos órgãos. O sistema vascular está em funcionamento e o coração permite que o seu sangue não se misture com o da mãe. No que diz respeito ao seu cérebro, existe um significativo avanço em relação à "linha primitiva". Nesta fase, o cérebro, propriamente dito, está em processo de formação e as vesículas encefálicas, inclusive, já se encontra formadas, sendo que as suas proporções atingem a dos adultos.

Não ficamos só nestes desenvolvimentos no período gestacional a que ora nos reportámos. O embrião está em crescente e ascendente desenvolvimento: os olhos começam a desenvolver-se. Os pulmões, os intestinos, o estômago os dentes e as gengivas igualmente. É neste período que o embrião se começa a mexer e a reagir a todos os estímulos.

Avançando um pouco nesta nossa viagem pela vida intrauterina, da nona à décima semana, o feto já reage à dor e, curiosamente, procura as posições onde se sinta mais confortável, no ventre materno.

Finalmente, às vinte e oito semanas o feto, ainda que com grandes dificuldades, está apto a viver. Apesar desta afirmação, este, biologicamente, só se encontra preparado para o seu nascimento às trinta e oito semanas.

2 - A nomenclatura "vida humana": o marco temporal decisivo para o início da designação.

Atendendo ao que até aqui explanámos, eis que urge questionar e concretizar: a partir de que momento para a Ciência e para o Direito se poderá utilizar a nomenclatura "vida humana"?

Pois bem, como anteriormente referimos é com a nidação e, conseqüentemente, com a passagem do pré-embrião a embrião que se começa a formar a chamada "linha primitiva" ou placa neuronal. Esta é tida como sendo o primeiro tecido nervoso do embrião que mais tarde originará o seu cérebro. Ora, a maioria dos autores defende que é a partir do

momento em que ocorre a nidação que se fala em vida humana⁴³ porque é só aqui que se começa a desenvolver o sistema neuronal. Pois, como anteriormente foi aqui referido, até aos 14 dias de gestação pode ocorrer o fenómeno da separação das células, o que origina os gémeos monozigóticos. Por conseguinte, existem autores tais como SASS ou ZIMMER que perfilham, igualmente, a posição que o início da vida humana não se inicia com a fecundação mas antes com o momento da nidação⁴⁴.

Contudo, outras teorias mais perentórias para o início da vida humana se vislumbra na sinuosidade do nosso horizonte. Nesta senda, a Recomendação n.º 1046/1986 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa⁴⁵, no seu considerando n.º 5, considera que desde a fecundação existe vida humana^{46 47}.

No mesmo sentido do parágrafo antecedente, INÊS FERNANDES GODINHO escreve que "em termos biológico-fisiológicos pode dizer-se que o início da vida humana, ou de outro modo, a primeira forma de vida humana se encontra na fecundação"⁴⁸. Contudo, continua a autora afirmando que "se a fecundação é uma primeira forma de vida humana pode ainda não ser, verdadeiramente, apenas uma nova vida humana"⁴⁹.

Apesar do que até aqui explorámos, consideramos serem de total pertinência as palavras de PAULO MOTA PINTO, proferidas no âmbito da declaração de voto dos Acórdãos n.º 288/98 e n.º 617/2006, ambos do Tribunal Constitucional. Ora, o autor afirma que para o Direito Penal a tutela da vida pré-natal não tem de assumir as mesmas formas e graus ao longo de todo o estado de desenvolvimento. Se é certo que para o Direito Civil o momento

⁴³ Todavia, importa frisar que do "reverso da medalha" há quem considera que a nova vida humana surge no momento da concepção, por ser naquela altura que se cria um ser distinto da mãe e do pai. Cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Vida Humana Pré-Natal, Aborto e Constituição, Perspectivas de Direito Constitucional e de Direito Regional*, G.C - Gráfica de Coimbra, LDA., Coimbra, 2009, p. 40.

⁴⁴ TERESA QUINTELA DE BRITO escreve que "juridicamente, só existe vida intrauterina depois da implantação do óvulo fecundado no útero materno". Cfr. BRITO, Teresa Quintela de, "O Crime de Aborto" in *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 426.

⁴⁵ Cfr. RAPOSO, Mário, "Pessoa, Ética e Direito", in *Revista do Ministério Público*, Ano 12, N.º 45, p. 15.

⁴⁶ Cfr. FIGO, Tiago, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 136.

⁴⁷ Também o Supremo Tribunal de Justiça Argentino, numa sentença que proferiu em 5 de Março de 2012, proibiu a comercialização e distribuição da pílula "Imediat", por a mesma ter efeitos abortivos, na medida em que impede a nidação. Para tanto, a sentença proferida considerou que a vida humana começa com a concepção e que tudo o que interrompa este processo é abortivo.

⁴⁸ Cfr. GODINHO, Inês Fernandes, "Problemas Jurídico-Penais em Torno da Vida Humana", in *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 60.

⁴⁹ *Idem*

decisivo para a vida humana ser um centro autónomo de imputação de normas jurídicas⁵⁰ é o momento do nascimento completo e com vida, certo é, também, que o Direito Penal oferece esta proteção ainda antes deste momento. Para tanto, basta termos em consideração o crime de aborto, previsto e punido no art.º 140.º do Código Penal, pelo qual se visa tutelar o bem jurídico vida do embrião⁵¹, mais precisamente a vida intrauterina.

Contudo, este crime não opera desde o momento da fecundação. Assim, é por este mesmo motivo que entre o lapso temporal que medeia o momento da fecundação e o momento da nidação (neste espaço de 14 dias) a "vida humana não beneficia de proteção penal como tal"^{52 53}.

Aqui chegados importa denotarmos alguns esclarecimentos. Por tudo o que vimos de dizer é com a fecundação que se origina uma nova célula e este facto, do ponto de vista da biologia, parece-nos inquestionável. Todavia, o que aqui nos move é uma perspetiva jurídica. Pois, em virtude de tudo o que vimos de dizer, somos forçados a concluir que a tutela para o início da vida humana urge com a nidação - que é quando se desenvolvem as bases do sistema neuronal - e não com a fecundação, ou seja, com a simples junção do espermatozoide e do óvulo. Todavia, queremos referenciar, a este propósito, que atendermos unicamente à descrição biológica para o início da vida não é um critério suficiente para que o direito penal desencadeie a sua proteção. Urge a necessidade de ir mais longe. Assim, na senda do que escreve INÊS FERNANDES GODINHO é necessário "definir o concreto início do âmbito de proteção jurídico penal"^{54 55}. Deste modo, se o

⁵⁰ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, III, p. 437.

⁵¹ Tem sido entendimento doutrinal que em relação ao crime de aborto o legislador se expressou mal quando no teor literal do artigo apenas abrange a denominação "feto". Assim, como forma de superação da letra da lei, a doutrina tem feito uma interpretação extensiva da mesma, de forma a que abranja não só os fetos mas também os embriões. A este propósito vide RAPOSO, Vera Lúcia, "Embriões, Investigação Embrionária e Células Estaminais", in *Separata de Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 9, N.º 18, Julho/Dezembro, Coimbra Editora, 2012, p. 48.

⁵² Cfr. Inês Fernandes GODINHO, "Problemas Jurídico-Penais em Torno da Vida Humana"..., p.62.

⁵³ Todavia, importa aqui salientar, talvez numa outra perspetiva, porque se refere aos problemas da manipulação genética, que MÁRIO RAPOSO afirma que o "zigoto, ou seja, o óvulo fecundado, necessita de proteção". Cfr. RAPOSO, Mário, "Reflexões sobre o sentido da vida e o valor da ciência" in *Boletim da Ordem dos Advogados*, N.º 47, Lisboa, Maio - Agosto, 2007, p. 56.

⁵⁴ Cfr. GODINHO, Inês Fernandes, "Problemas Jurídico-Penais em Torno da Vida Humana"..., p. 63.

⁵⁵ FERNANDO SILVA escreve que para determinar o momento do início da vida humana, para que seja possível efetivar uma tutela jurídica, há que atender as duas hipóteses. Por um lado, poderemos adotar o critério plasmado no art.º 66.º do Código Civil, o qual considera que a vida humana se inicia no momento do nascimento completo e com vida. Por outro, poderemos ser mais perentórios e afirmar que a proteção jurídico

direito penal não recorresse a critérios de valor e atendesse unicamente ao critério biológico fisiológico, preencheria o crime de aborto a utilização de métodos que impedissem a nidadação.

Como conclusão principal do que vimos de dizer, é certo que o direito criminal não protege a vida humana desde o momento que para a Biologia existe, pelo menos um novo conjunto de células, entrando, apenas, para o discurso jurídico (penal) uma realidade diferente: a proteção conferida pelo ordenamento jurídico criminal não pode servir para proteger uma "realidade incerta"⁵⁶ mas antes uma "realidade a que associa a ideia de pessoa"⁵⁷.

2.1 - Do início da vida para o direito penal: o valor da vida intrauterina à luz do Código Penal e da Constituição da República Portuguesa.

Como elucidámos o leitor no ponto 2, somos defensores que a tutela da vida humana não se inicia com a fecundação, iniciando-se, antes, com a nidadação. Pois, caso contrário, se admitimos a realização de experiências com pré-embriões naqueles 14 dias após a fecundação, congruente não seria admitirmos que é desde esse momento que existe "vida humana". Faze-lo, seria, conseqüentemente, admitirmos a instrumentalização do Homem para fins estranhos à sua própria existência.

Na senda do que vimos de dizer, e independentemente da conceção que se adote para o início da vida, DIOGO LEITE DE CAMPOS escreve que "desde a fase da conceção até à

penal da vida humana se inicia a partir do momento em que se inicia o trabalho de parto. Para o autor, é este o entendimento que deve prevalecer, pelo que esta conceção se apresenta como sendo uma antecipação em relação ao critério civilista de atribuição da personalidade jurídica. O autor funda a sua posição no art.º 136.º do Código Penal, através do crime de infanticídio. Para mais desenvolvimentos *vide* SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial - Crimes Contra as Pessoas*, 3.ª Edição, Quid Iuris, Sociedade Editora, Lisboa, 2011, pp. 36-37. Ainda neste mesmo sentido, *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao Art.º 131.º do Código Penal, *in Comentário Conimbricense do Código Pena*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 8.

⁵⁶ Cfr. CUNHA, Damião da, Anotação ao Art.º 140.º do Código Penal, *in Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 151.

⁵⁷ Cfr. GODINHO. Inês Fernandes, "Problemas Jurídico-Penais em Torno da Vida Humana"..., p.63.

velhice é sempre o mesmo indivíduo que se desenvolve, amadurece e morre. As suas características tornam-no único e insubstituível"⁵⁸.

Avançando um pouco nesta nossa apreciação, sem a mesma se delimitar pelos contornos mais precisos, urge questionar se o embrião - não nos vamos aqui debruçar sobre conceitos científicos porque não é isso que nos vai ocupar as parcas linhas subseqüentes - é, ou não, uma pessoa humana⁵⁹. Questão esta que ao longo dos tempos suscitou sempre os discursos mais fervorosos de todas as teorias avançadas.

3 - Ser Pessoa: contributos das diferentes Ciências Sociais para análise do conceito de "Pessoa".

Discutirmos o conceito de pessoa é quase tao arriscado como falarmos de Sida e, conseqüentemente, da tutela penal nos casos da sua transmissão. Depois de delimitadas as tipologias conceituais aplicadas nas primeiras semanas contadas desde o momento da fecundação, vamos, agora, mais longe. Então, falamos de pré-embrião, de embrião e de feto, nos diferentes momentos da gestação, e de pessoa? A partir de que marco temporal poderemos usar tal designação? Dito de outro, mas procurando o mesmo sentido, o que é ser pessoa⁶⁰? Será o nascituro capaz de penetrar tal conceito, essencialmente, filosófico? Muito embora tal noção gere acesas discussões no campo da bioética, o certo é que assume particular importância quando se discorre sobre o estatuto jurídico do embrião⁶¹. Acentuarmos este ponto na nossa investigação, não é tarefa despicienda de sentido. Pois, se concluirmos que o embrião deve ser considerado uma pessoa em termos jurídicos, muitos dos nossos problemas estão resolvidos pela própria letra da lei, exposta no Código Penal.

⁵⁸ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite, "O início da pessoa humana e da pessoa jurídica" in *Revista Doutrinária do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado*, Ano 5, N.º 5, Dezembro, 2002, p. 111.

⁵⁹ Saber se o embrião deve, ou não, ser considerado pessoa, mais do que uma questão jurídica é, essencialmente, uma questão filosófica.

⁶⁰ Este palavra deriva do latim e pode significar *persona*, sendo que originalmente máscara cômica ou tragédia, depois carácter ou papel, que o ator representava num drama. Para além disto, pode ainda significar *persone*, que era a ressonância acústica da voz do ator por detrás da máscara.

⁶¹ "Embora caiba primeiramente à biologia a tarefa de buscar a identificação de um ser humano ou um indivíduo humano já nos primeiros momentos de sua vida, o carácter interdisciplinar da biótica acabou exigindo um envolvimento também por parte da filosofia. Inclusive, o termo discutido não é de origem das ciências biológicas, mas da ciência filosófica". Cfr. SILVA, Adriano Corrêa da, "A aplicabilidade de pessoalidade é adequada na embriologia, de modo a considerar o embrião humano uma pessoa?" in *Revista de Cultura Teológica*, V.19, N.º 73, Jan/Mar, 2011, p. 12.

Para tanto, basta pensarmos que com tipo legal de ofensas à integridade física se visa punir as agressões, quer no corpo, quer na saúde, de outra pessoa, diferente daquela que desencadeou o processo causal. Todavia, este é um ponto sobre o qual nos debruçaremos mais adiante. Agora, o que importa denotarmos é a relevância de considerarmos, ou não, o embrião uma pessoa, para efeitos de possível proteção, em artigos vertidos na lei penal.

Pois bem. A análise que nos propomos realizar visa, essencialmente, perceber se o embrião poderá, ou não, integrar o conceito de pessoa. Assim sendo, começamos por enunciar que este, ao longo história, sempre foi suscetível de várias mutações consoante o desenvolvimento da sociedade. O entendimento do que é ser "pessoa" sofreu alterações em função do contexto social em que era analisado, das ideias e dos valores perfilhados às épocas. Para além disto, este mesmo conceito, porque não tinha uma definição uniforme, era entendido de forma diferente por filósofos, psicólogos, teólogos e, até mesmo, por juristas. Como forma de evidenciarmos o nosso raciocínio, lembremos que para os Gregos os escravos e os estrangeiros não eram, sequer, pessoas e, para os Romanos, os nascituros eram, simplesmente, uma parte do corpo das suas mães.

No âmbito da teleologia, a religião cristã, porque acarreta consigo e em si uma nova conceção de pessoa, vem abalar aquilo que era consagrado no mundo natural grego. Foi, precisamente, o cristianismo que introduziu o significado ontológico para a compreensão do conceito, que passou a ser extensivo a todas as criaturas de Deus e não somente a um grupo específico, ficando, assim, abalado o carácter excludente que lhe era atribuído, em virtude de se procurar definir não quem era pessoa mas antes quem não o era⁶². Pois, neste mesmo sentido, aquela religião, sustentava-se num conceito de relação entre o Homem e Deus, abandonando, assim, a ideia de homem enquanto objeto para abrir as portas à designação de homem-sujeito, tendo este a capacidade de se relacionar de um modo igual para com os outros e, conseqüentemente, construir uma sociedade, alicerçando-a nas leis de Deus⁶³.

Deste modo, é com a religião cristã e, essencialmente, com figura de São Tomás de Aquino que o homem suscita a questão da sua própria essência, enquanto ser racional e

⁶² *Ibidem*, pp. 13-14.

⁶³ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de "O Direito e os Direitos de Personalidade" *in ROA*, Ano 53, Lisboa, 1993, pp. 202-203.

autónomo. O teólogo, aliando a teleologia à filosofia, enuncia, pela primeira vez, o conceito ontológico de pessoa, considerando este como sendo uma realidade de "natureza racional subsistente em si". É, assim, neste momento que o Homem surge como um indivíduo que se relaciona com outros indivíduos, um "eu" que se constrói e desenvolve na relação com o "outro"⁶⁴.

Do que vimos de dizer, concluímos que para São Tomás de Aquino o homem já era considerado pessoa, desde que aglomera-se a sua fé à sua capacidade racional. Ora, assim sendo, importa agora desvendar a partir de que momento da existência do homem lhe era atribuída a característica da pessoalidade. Para o teólogo, antes de alma, que era criada por Deus, integrar o corpo estávamos perante uma alma vegetativa e, poderemos nós afirmar, vazia. Contrariamente, quando a alma integrasse o corpo estaríamos, já, perante uma alma animal⁶⁵. Por fim, com o momento do nascimento, a alma tornar-se-ia racional⁶⁶. Ora, como conclusão do que acabámos de expor, poderemos afirmar que o feto só era considerado pessoa após o seu nascimento.

Com o passar dos tempos a sociedade foi evoluindo, assim como a necessidade de o homem se compreender a si mesmo e olhar para si, apreendendo a realidade que o envolvia, e que o mesmo havia construído. É neste conspecto, da ânsia pelo desenvolvimento e pelo conhecimento, que a filosofia desenvolve teorias que versa sobre a pessoa humana.

Aqui, vamos, primeiramente, abordar a corrente filosófica num plano psicológico. No que a este respeita, para se ser pessoa humana tem, imperativamente, de pré-existir a consciência⁶⁷. Os filósofos têm expressado o seu significado como sendo um conjunto de experiências, não relevando aqui se são internas ou externas ao homem, que, por sua vez, se traduzem na sua vida psicológica. Para este corrente, ser pessoa implicava ser detentor

⁶⁴ Cfr. S.J., Vasco Pinto de Magalhães, "A Pessoa Humana" in *Bioética*, coord. de Luís Archer, Jorge Biscaia, e Walter Oswald, Editora Verbo, Lisboa-São Paulo, 1996, pp. 59-60.

⁶⁵ Cfr. SGRECCIA, Elio, "Aborto. O ponto de vista da Bioética"..., 28 e ss.

⁶⁶ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, "Dignidade e Direitos do Embrião"..., p. 378.

⁶⁷ Quando falamos em consciência, não significa, necessariamente, que a tínhamos de abordar como sendo uma realidade única. Muito pelo contrário. Falar em consciência é abordar o conceito de uma forma genérica. Todavia, poderemos afunilar e referir a consciência moral, a consciência de si e a consciência enquanto estado de espírito. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, vide KNOLL, Ludwig, *Dicionário de Psicologia Prática*, tradução de Álvaro Salema, Círculo de Leitores, Lisboa, 1982, pp. 72-74.

de algumas destas experiências e, cumulativamente, ser auto consciente delas. Ora, o feto, ao ser considerado como uma mera potencialidade humana, não teria a consciência que é exigida, uma vez que também não teria aquele conjunto de experiências que lhe permitissem sentir ou pensar.

Ainda dentro deste plano psicológico, enquanto corrente filosófica, surge o behaviorismo⁶⁸. Aqui, estamos perante uma perspectiva que abandona as concepções metafísicas para se centrar no comportamento. Ou seja, no seu âmbito, para ser considerado pessoa humana é necessário a observância de comportamentos, descurando, assim, os comportamentos internos (porque não são observáveis), os pensamentos e os sentimentos (no fundo, aquilo que eram consideradas as experiências). Para o behaviorismo tudo aquilo que é interno deixa de ser considerado, sendo, por este mesmo motivo que LUDWIG KNOLL escreve que "o que é interior não diz respeito a ninguém"⁶⁹. Tudo isto quer significar, dito de forma simplista, que seria considerado pessoa aquele que apresentasse um comportamento humano passível de ser exteriorizado. Assim sendo, não é possível apurar manifestações de um comportamento humano no feto, até determinada fase da gestação. O que significa que até ao momento em que tal fosse exequível o feto não era pessoa, a partir desse momento, já o seria.

Por sua vez, ainda dentro destas correntes filosóficas, surgem as perspectivas éticas. Para as abordámos, começaremos por dar ênfase a um nome, por si só, sonante nesta temática. Referimo-nos aqui a Emmanuel Kant. Para este, são característicos da categoria humana os valores respeitantes à Moral, à Liberdade e, essencialmente, à Razão.

Na perspectiva do autor, o Homem é um ser racional que para ser verdadeiramente livre necessita de ser ele próprio a definir as leis morais, aquelas pelas quais o seu comportamento se deve conduzir. Todavia, estas leis (morais) não derivam de diretrizes divinas e, muito menos, brotam de sentimentos ou experiências. Pelo contrário. Não derivam de nada, sendo antes leis definidas *a priori*, pela própria razão humana.

Em virtude do que foi exposto, teremos de questionar se na filosofia Kantiana se atribuiu, ou não, a condição e o estatuto de ser humano à vida intrauterina. Assim sendo

⁶⁸ Esta corrente desenvolveu-se, essencialmente, por um psicólogo norte-americano, chamado Jonh B. Watson.

⁶⁹ Cfr. KNOLL, Ludwig, *Dicionário de Psicologia...*, p. 39.

vejamos: dissemos que a razão humana faz parte da condição humana *a priori* e que existe independentemente de qualquer outra coisa, como por exemplo experiências ou sentimentos. Deste modo, numa primeira análise, defendermos que a vida intrauterina integra a condição de ser "pessoa" não estaria, totalmente, a descoberto daquilo que Kant em tempos enunciou como sendo a condição humana.

Contudo, as correntes éticas das perspectivas filosóficas deixam margem para dúvidas não sendo claro e esclarecedor (como em nossa opinião deveria ser) que o feto seja merecedor de uma autónoma valoração que lhe permita ascender à categoria de pessoa humana.

Por fim, dentro daquela perspectiva encontramos as correntes sociais. Nestas muda-se o paradigma e os holofotes do cerne da questão, mudando-se, assim, as conceções sobre quais as condições exigíveis para se ser pessoa humana. Tal como anteriormente o fizésemos, também aqui destacamos um nome sonante. Referimo-nos a Martin Buber, filósofo do século XX, que é conhecido como o filósofo das relações intersubjetivas e do diálogo.

No seio destas correntes, o Homem está numa relação que se estabelece em dois polos: por um, relaciona-se com os objetos, por outro com os demais Homens. Na relação com os objetos, o homem adquire experiências e, posteriormente, ao relacionar-se com os outros descobre o seu próprio eu, que deriva do diálogo estabelecido entre o "Eu" e os "Outros". Dito de uma forma diferente, para ser pessoa tem de existir a capacidade de o homem se relacionar com os outros e com as coisas. Nesta linha de raciocínio e tendo em conta o pensamento de Freud, o feto deveria ser considerado pessoa humana. Ora pensemos: o psicanalista afirma que desde o momento da conceção o feto se encontra em correlação com a sua mãe. Esta correlação, para Freud, é manifesta quer no feto quer na própria mãe. Para tanto, verificamos que, quer um quer outro, assistem a um conjunto de alterações orgânicas e sensitivas. Ou seja, o que queremos com isto dizer é que durante o processo que é gravidez, a gestante é afetada quer no seu corpo quer a nível emocional. Consequentemente, o feto absorve todas as alterações pelas quais a sua mãe passa durante

aquele período. No fundo, a relação fisiológicas que se estabelece entre a gestante e o feto traduz-se numa comunicação e numa partilha de sensações e sentimentos⁷⁰.

Em virtude de tudo o que vimos de dizer, poderemos concluir que se considerarmos que é estabelecida uma relação entre a mãe e o feto, então é porque este existe. É sujeito. Relaciona-se com o ambiente que o rodeia. Partilha sentimentos e emoções com a sua mãe. Deste modo, o feto não é apenas uma mera potencialidade sendo antes, uma substância viva e individualizada⁷¹.

É certo que os avanços na filosofia, na psicologia e na sociologia tendem a reconhecer o feto como pessoa humana. Pessoa humana que desde o momento da conceção se relaciona com os "outros". Tem uma individualidade própria que, em termos jurídicos e morais, deve ser protegida.

Nos parágrafos antecedentes discurremos, numa resenha histórica, a personalidade do embrião. Temática esta que, ao longo dos tempos, nunca foi detentora de um tratamento unívoco. Ora, nos dias de hoje, numa perspetiva mais contemporânea do que as anteriormente enunciadas, poderemos dizer que existem, essencialmente, três linhas de pensamento para discutir a problemática.

Primeiramente, o Magistério da Igreja Católica defende que desde o momento da fecundação existe uma pessoa, inaugurando-se, assim, uma nova vida. Vida este que é diferente da dos seus progenitores⁷².

Numa segunda linha de raciocínio, só depois do momento do nascimento é que o embrião se torna pessoa. Para sustentar esta teoria, argumenta-se que o embrião é uma parte do corpo da mãe, que não passa de um produto biológico dos pais, ou, então, que é vida humana e não vida humanizada, uma vez que não consegue estabelecer relações com os outros⁷³. No seio deste pensamento, propugna-se a tese de que o embrião não está apto a

⁷⁰ Cfr. BISCAIA, Jorge, "Bioética: encontro e relação", Gráfica de Coimbra 2, Coimbra, 2007, pp. 162 e ss.

⁷¹ Cfr. SGRECCIA, Elio, "Aborto...", p. 33.

⁷² Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 59.

⁷³ Cfr. SINGER, Peter, *Ética Prática*, (trad. do original inglês por Álvaro Augusto Fernandes), Lisboa: Gradiva, 2000, *apud* Helena Pereira de Melo, "O Embrião...", *ob. cit.* p. 168.

sentir nem prazer nem sofrimento, pelo que não poderá ser visto nem, tão pouco, qualificado como pessoa.

Por fim, uma posição intermédia vê o embrião como "pessoa humana potencial". Passamos a explicar o que quer significar tal designação. Desde o momento da fecundação, para esta tese, existe um novo organismo que se enquadra na espécie humana. O desenvolvimento da sua personalidade já se iniciou e a sua proteção deve ser conferida no sentido de ser uma pessoa humana em potência.

Pois bem, atendendo à problemática da questão e às doutrinas que se escrevem sobre a mesma, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida veio emitir vários pareceres sobre o estatuto ontológico do embrião⁷⁴. Nestes, é referido que "que o embrião não pode deixar de dar origem a um representante da espécie humana", o mesmo é dizer que "a vida humana merece respeito, qualquer que seja o seu estágio ou fase, devido à sua dignidade essencial".

Por sua vez, no que diretamente respeita à questão de saber se o embrião se considera, ou não, pessoa humana, o CNECV afirma expressamente que enquanto a questão não se encontrar totalmente esclarecida, deverá aplicar-se o princípio ético que estabelecer configurar uma ilicitude grave atentar contra uma entidade sobre as quais recaem dúvidas se consubstancia um sujeito investido de dignidade humana. Posição idêntica à preconizada pelo CNECV é a exposta por RUI NUNES. Para o autor, "até existir iniludível confirmação de que o embrião, durante as primeiras semanas não tem as características suficientes e necessárias para ser considerado de estatuto semelhante ao de uma pessoa humana deve, em nosso parecer, ser considerado como se as tivesse"⁷⁵.

Para além da pronuncia do CNECV, também a Associação Portuguesa de Bioética se debruçou sobre a questão, escrevendo que "o zigoto possui o potencial necessário para se desenvolver numa pessoa humana, dado que é o mesmo indivíduo que se está

⁷⁴ Cfr. v.g CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (1997), "Relatório Parecer sobre a Experimentação no Embrião (15/CNECV/95)", Documentação, Vol. III, Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, pp. 98 e 102.

⁷⁵ Cfr. NUNES, Rui, "A Natureza do Embrião Humano" in *Clonagem, O Risco e o Desafio*, Porto: Gabinete de Investigação de Bioética da Universidade Católica Portuguesa, p. 62.

lentamente a transformar nele mesmo até adquirir as características necessárias para ser considerado como um membro da comunidade moral, isto é, uma pessoa humana"⁷⁶.

Como vimos de demonstrar, o conceito de pessoa variou ao longo dos tempos, consoante os valores que se perfilhavam nas sociedades em que o mesmo era explorado. As diferentes Ciências Sociais debruçam-se sobre a temática, não sendo, todavia, passível de a mesma configurar um discurso uniforme. Porém, atendendo a toda a evolução a que por ora assistimos do que é ser pessoa defendemos, nos dias de hoje, que o embrião já o é. E, mesmo que dúvidas nos restassem, postulamos o entendimento que foi plasmado no parecer emitido pelo CNECV, a que aludimos na presente investigação. Acreditamos que aquele "ser" em desenvolvimento merece a mesma proteção e a mesma dignidade que qualquer ser que já se encontre desenvolvido, pelo menos a partir do momento em que ocorre a nidação. É este o nosso entendimento. É esta a posição que perfilhamos. No fundo, aguardamos, esperançosos, que os novos desenvolvimentos sobre tal problemática conceitual tenham em linha de conta todos os estádios de desenvolvimento da gestação.

4 - A vida humana do embrião delimitada pela Constituição da República Portuguesa: utopia ou realidade?

Quando falamos na Constituição da República Portuguesa (doravante designada como C.R.P) a primeira ideia que nos advém à mente é o reconhecimento, por parte daquela, dos Direitos, Liberdades e Garantias que se sustentam num princípio basilar: o princípio fundamental da dignidade humana⁷⁷.

Ora, assim sendo, eis que nos cumpre apurar se a vida intrauterina se encontra, ou não, abarcada pelo princípio que anteriormente invocámos. Se à luz da nossa lei fundamental pudermos responder afirmativamente, então será vazio de sentido que a

⁷⁶ Cfr. Parecer N.º P/01/APB/05 sobre a Utilização de Embriões Humanos em Investigação Científica, onde foi relator Rui Nunes.

⁷⁷ A este propósito começamos por enunciar o art.º 1.º da C.R.P. ao afirmar, *ipsis verbis*, que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade humana (...)". Perante a lei fundamental portuguesa a dignidade da pessoa humana " (...) não é jurídico constitucionalmente apenas um princípio limite. Ela tem um valor próprio e uma dimensão normativa específicos". Ademais, " (...) a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais". Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.198.

posição a adotar nos demais ramos do Direito, nomeadamente no Direito Penal, seja divergente daquela, no seu conteúdo, alcance e limites. É neste mesmo sentido que NUNO BRANDÃO afirma que "é na nossa constituição que o direito penal encontra a sua fonte de legitimação material"⁷⁸.

Neste conspecto, iniciámos o nosso périplo por fazer alusão ao art.º 24.º da C.R.P.⁷⁹. De uma maneira muito simplista, o art.º prevê a inviolabilidade da vida humana. Será que esta inviolabilidade também se estende à vida intrauterina⁸⁰?

Acreditamos que sim! Pese embora a resposta se afigure ao leitor como sendo demasiado perentória, o certo é que atendendo ao teor literal do art.º ora mencionado, a vida intrauterina não se encontra excluída do seu teor de proteção⁸¹. Deste modo, jamais poderemos fazer uma interpretação restritiva da norma em apreço sob pena de cometermos a violação de um princípio constitucional: *in dubio pro libertate* (ou se preferirmos *in dubio pro vita*)⁸². Este princípio encontra-se diretamente conexionado com os direitos fundamentais. Ou seja, quando em causa esteja um direito fundamental e subsista a dúvida quanto à sua interpretação, deve o seu aplicador prezar por aquela que lhe confira uma amplitude maior.

No que diretamente concerne ao princípio plasmado no art.º 24.º da nossa lei fundamental, a doutrina⁸³ e a própria jurisprudência advinda do Tribunal Constitucional⁸⁴

⁷⁸Cfr. BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida, *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material - Ensaio para uma recompreensão da relação entre o Direito Penal e o Direito-Contraordenacional*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 496.

⁷⁹ Como bem refere MARIA JOÃO ANTUNES, "na Constituição da República Portuguesa há um número significativo de normas e princípios que incidem expressamente sobre matéria penal. Integram-se na constituição penal escrita normas como as contidas nos artigos 24.º, n.º 2...". Cfr. ANTUNES, Maria João, "Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional" *in Julgar*, N.º 21, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 90-91.

⁸⁰ Cfr. PIRES, Francisco Lucas, "Aborto e Constituição" *in Vida e Direito. Reflexões sobre um referendo*, Príncipia, Cascais, 1998, pp. 59 e ss.

⁸¹ Contrariamente ao que sucede na lei portuguesa, na lei irlandesa colhe-se, expressamente um direito a nascer: "The State acknowledges the right to life of the unborn ..." - art.º 40, n.º 3, parágrafo 3.º.

⁸² No que diretamente diz respeito ao art.º 24.º da C.R.P., e numa perspectiva de aplicabilidade do princípio constitucional aqui em exposição de forma a que resulte uma correta interpretação do artigo, *vide* COSTA, António Manuel Almeida, "Aborto e Direito Penal. Algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez" *in ROA*, Ano 44, Lisboa, 1984, pp. 616 e ss.

⁸³ Neste mesmo sentido, escreve o Professor ALMEIDA COSTA que se o artigo não visasse incluir no seu teor a proteção da vida intrauterina, "ter-se-ia excluído, de modo inequívoco, a vida intrauterina do âmbito de disposição, ou pelo menos, utilizado uma expressão menos abrangente do que a de "vida humana", onde, fora

têm-se expressado no sentido da extensibilidade (?) da proteção da vida humana à vida intrauterina. É neste mesmo sentido que GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA sustentam que existe uma " (...) proteção da existência vivente, físeo-biológica"⁸⁵.

Em jeito conclusivo de tudo o que vimos de expor, a C.R.P. reconhece a vida intrauterina como vida humana⁸⁶. Assim sendo, se a vida fetal é vida humana, então o feto terá de ser protegido desde esse momento⁸⁷. Mas que momento? Aqui, mais uma vez, levantamos a questão do momento da fecundação ou do momento da nidação, sendo que mantemos a posição que acima assumimos.

Afigura-se-nos como certo que a vida intrauterina é um bem constitucionalmente protegido. Todavia, (re)lembramos que a gravidez se apresenta como um processo constitutivo de desenvolvimento do feto.

Assim, no processo evolutivo por ora referenciado, cumpre averiguar se a proteção dispensada ao feto assume sempre o mesmo grau de intensidade ao longo dos vários estádios de desenvolvimento. Pois bem, neste sentido, entende o Tribunal Constitucional que a tutela da vida pré-natal se deve ir intensificado à medida que se aproxima o momento do nascimento⁸⁸.

Após esta tomada de posição, cremos ser de total pertinência procurar uma justificação que nos permita o enquadramento daquela. Afirmarmos que um dos argumentos que sustenta a posição do Tribunal Constitucional seria o facto de a biologia,

de dúvida, cabem tanto a vida fetal, como a extrauterina". Cfr. COSTA, António Manuel Almeida, "Aborto e Direito Penal...", p. 619.

⁸⁴ A propósito da jurisprudência do Tribunal Constitucional, *vide* o Acórdão n.º 25/84 que confirma que a vida intrauterina está abrangida no art.º 24.º da C.R.P. e que a mesma se configura como um bem constitucionalmente protegido.

⁸⁵ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada...*, p. 446.

⁸⁶ Aqui, vamos salientar que nos referimos à Constituição Portuguesa. Todavia, a questão também se suscita em outros ordenamentos jurídicos, tais como o espanhol. Neste, existem autores - GIMBERNAT DE ORDEIG E ARROYO ZAPATERO - que defendem que a proteção constitucional da vida não incluiu a vida intrauterina. Para tanto, sustentam que o art.º 15.º da Constituição Espanhola ao postular a designação "todas as pessoas" não quereria incluir os nascituros. Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, "Prohibición del aborto y Constitución" *in Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º 3, 1980, p. 209.

⁸⁷ Cfr. BRITO, Diogo Lorena, "A vida pré-natal na jurisprudência do Tribunal Constitucional" *in Publicações da Universidade Católica*, Porto, 2007, p. 81.

⁸⁸ Podemos apontar, a título meramente exemplificativo, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84 que afirma que se poderá considerar lícito um sacrifício da vida intrauterina, especialmente se este ocorrer nas primeiras semanas de gestação.

enquanto ciência, demonstrar que a vida intrauterina é um processo complexo e que atravessa fases qualitativamente distintas, seria, de todo o modo, fazer lograr uma interpretação diferente das afirmações literais daquela ciência. Na verdade dos factos, a biologia humana mais do que falar em etapas qualitativamente distintas na vida pré-natal⁸⁹, fala num "(...) processo de evolução contínuo da vida em gestação"⁹⁰.

Por outro lado, como vamos procurar demonstrar nas linhas seguintes, existe uma discrepância entre a tutela da vida para o Direito Constitucional e para o Direito Penal. Pois, este não tutela a vida desde o momento da fecundação mas antes desde o momento da nidificação, uma vez que o aborto só é punido desde o momento do alojamento do ovo fecundado no útero materno. DAMIÃO DA CUNHA afirma que o momento da tutela penal para a vida pré-natal, para alguns autores,⁹¹ inicia-se no momento da fecundação. Porém, aquela afirmação não se encontra como irrevogável, uma vez que para outros a tutela penal apenas se manifesta no momento da nidificação⁹².

Neste sentido, outros argumentos poderíamos aqui expor ao leitor. Contudo, não foi este o objeto do estudo que nos propusemos fazer, pelo que deixamos apenas algumas argumentos que nos permitem clarificar o que vimos de dizer.

Deste modo, facilmente podemos constatar que a tutela da vida pré-natal padecer de fragilidades, grandes, nos seus momentos iniciais. Será esta a melhor opção político legislativa para proteger aqueles que um dia vão nascer? Não cremos que seja possível respondermos afirmativamente à questão...

⁸⁹ TIAGO FIGO diz que "o não nascido é qualitativamente diferente do nascido", pelo que, "o nascimento é, por conseguinte, uma *etapa*, entre as várias que o ser humano vai dobrando, ao longo da vida". Cfr. FIGO, Tiago, *Tutela Juscivilística da vida pré-natal*, p. 137.

⁹⁰ Cfr. BRITO, Maria Margarida Lima de Almeida de Faria, *A Proteção Penal do Feto...*, p. 22.

⁹¹ A este propósito, *vide* HENRIQUES, Manuel de Oliveira Leal / SANTOS, Manuel José Carrilho Simba / GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português*, 18.^a edição, Coimbra, 2007, *sub* art.º 140.º, n.º 3, p. 213 e p. 551.

⁹² Cfr. CUNHA, J.M Damião, anotação ao art.º 140.º do Código Penal *in* *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 151.

4.1 - A vida intrauterina: a proteção conferida pelo Direito Penal.

Tal como anteriormente já aludimos, é desde o momento da nidação que o Direito Penal tutela a vida humana⁹³. Ora, se aquela ocorre ao décimo quarto dia após a fecundação, significa que isto que existe um espaço temporal onde o pré-embrião se encontra totalmente desprotegido, a nível criminal. Dito de outro modo, durante as primeiras semanas de gestação não existe proteção jurídico-penal dispensada ao pré-embrião. Ou melhor, atendendo ao rigor que a presente investigação nos exige, cientificamente queremos com isto dizer que o Direito Penal só dispensa a sua proteção ao embrião que já se encontre implantado.

A proteção criminal dispensada verte-se no art.º 140.º do Código Penal. O preceito normativo em causa positiva nas suas várias alíneas situações onde o legislador não pune a interrupção da gravidez. Só em 2007, com a Lei 16/2007, de 17 de Abril se abriu portas de não punibilidade da interrupção da gravidez, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas de gestação.

Ora, em virtude do que vimos aqui de expor, facilmente poderemos constatar que a proteção dada pelo Direito Penal ao feto nas primeiras semanas da sua gestação é, praticamente, inexistente.

Toda esta proteção se verte do crime de aborto. Crime este que pressupõe o não nascimento do feto. Ainda assim, é necessário que à vida intrauterina corresponda uma tutela muito mais eficaz, a ser conferida pelo Direito Penal, de forma a que seja possível assegurar que a inviolabilidade da vida humana - para as "pessoas" seja, na sua plenitude, extensível às "não pessoas"⁹⁴.

⁹³ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, Lisboa, 2008, *sub art.º 140.º*, n.3, p. 551.

⁹⁴ Quando usamos a designação vida intrauterina, importa refletir se sobre si recai um valor objetivos ou, se antes pelo contrário, falamos de um verdadeiro direito subjetivo. Será ela um valor objetivo se for protegida em si mesmo e, independentemente, dos seus titulares. Contrariamente, ser-lhe-á atribuído o valor de direito subjetivo na medida em que se possa atribuir ao seu titular um verdadeiro direito subjetivo fundamental. A posição do Tribunal Constitucional (v.g Acórdão n.º 85/85), a este propósito, é que tão só e apenas as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais. Ora, se naquela perspetiva o feto ainda não é considerado pessoa, então ainda não goza de um direito subjetivo. Para atingir o estatuto de pessoa, muitas são as teorias que a doutrina avança. Contudo, atualmente centramo-nos em duas teorias: a primeira, avança que o feto adquire o estatuto de pessoa desde o momento da fecundação. Já a segunda, afirma que é somente com o

5 - A intervenção do Direito Penal: o seu critério legitimador.

Aqui chegados, sem nunca descurar o que temos vertido nos parágrafos imediatamente antecedentes, eis que nos cumpre questionar: qual o critério legitimador da intervenção penal?

Pois bem. Nesta senda, tal como anteriormente mencionámos, o direito penal encontra a sua fonte de legitimação material na C.R.P.. Este, no nosso sistema democrático, tem sido denominado pela doutrina como sendo um direito de *ultima ratio*⁹⁵. Ora, quer isto significar, por um lado, que a intervenção penal deve ser encarada como sendo a última medida a tomar e, por outro, que muito embora exista uma legitimidade constitucional de criminalização, o certo é que apenas, como o próprio nome indica, uma legitimidade e não uma obrigação.

Deste modo, quando falamos na intervenção do direito penal queremos com ela significar que o que se visa proteger são os valores essenciais para a vida de uma sociedade⁹⁶. Ou seja, este ramo do direito existe para assegurar a proteção, subsidiária, de bens jurídicos⁹⁷ - os mesmos, cuja densificação, advém diretamente do texto constitucional. Assim, para que seja possível esta densificação do conteúdo dos bens jurídicos-penais, torna-se imperativo o recurso à "ordem axiológico-constitucional dos bens jurídicos"⁹⁸. Pois, pese embora esta relação de mútua complementaridade entre o

momento da nidação e, conseqüentemente, com a formação da linha neuronal ou linha primitiva que aquele adquire o estatuto de pessoa. Como defensor desta tese, aparece CARLOS SANTOS JORGE. A este propósito vide JORGE, Carlos Santos, "Princípios éticos e biológicos para o enquadramento da interrupção voluntária da gravidez", Medisa, Porto, 1997, pp. 45-46 e ainda RAPOSO, Vera Lúcia, "Embriões, Investigação...", p. 47.

⁹⁵ Tendo em conta o pensamento jurídico penal hodierno, nomeadamente aquele que é perfilhado no seio de um Estado de Direito Material, o direito penal tem uma intervenção subsidiária, sendo visto "como a *ultima ratio* do sistema social e devendo apenas atuar quando se mostre adequado...". Cfr. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Constituição e Crime" - *Uma perspetiva da Criminalização e da Descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa - Editora, Porto, 1995, p. 25.

⁹⁶ FERNANDA PALMA, referindo-se a bens jurídicos com relevância social externa, escreve que só quando estes estejam em causa é que é legítima a intervenção do direito penal. Cfr. PALMA, Fernanda / ALMEIDA, Carlota, VILALONGA, José, "Constituição e direito penal" in *Casos Materiais de Direito Penal*, 2000, p. 25.

⁹⁷ Cfr. COSTA, José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 22 e, ainda, DIAS, Jorge de Figueiredo, "Problemas Fundamentais de Direito Penal - Homenagem a Claus Roxin", in *Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin*, Coordenação de Maria da Conceição Valdágua, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2002, p. 212.

⁹⁸ Cfr. BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida, *Crimes e Contra-Ordenações...*, p. 496.

direito constitucional e o direito penal, o certo é que a primeira função que assiste ao legislador criminal é a escolha dos bens jurídicos que devem ser protegidos, atendendo aos critérios do merecimento e da necessidade.⁹⁹

Atendendo ao carácter subsidiário do Direito Penal, o mesmo só deve ser chamado a intervir "quando se verificarem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem"¹⁰⁰.

A grande mancha representativa da doutrina penal portuguesa considera que o direito criminal é o direito do bem jurídico, pelo que FIGUEIREDO DIAS afirma que " todo o direito penal é um direito do bem jurídico"¹⁰¹ e que é na C.R.P. que se encontra a base referencial dos bens jurídicos com dignidade penal.

Ao falarmos de bem jurídico, eis que se nos impõe refletir o que se deve atender por este conceito¹⁰² e, essencialmente, o que se deve entender por bem jurídico digno de tutela penal. Neste conspecto, "os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal devem ser somente aqueles considerados fundamentais à convivência social pacífica, uma vez que devem estar integrados como valores essenciais de determinada sociedade e, como tais, carecedores de proteção jurídico-penal"¹⁰³.

⁹⁹ Cfr. SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, p. 12.

¹⁰⁰ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, "Os novos rumos da política criminal e do direito penal português do futuro" in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 43, 1983, p. 13.

¹⁰¹ Esta designação foi dada por FIGUEIREDO DIAS, por ocasião do 25.º aniversário do Tribunal Constitucional. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, "O <<direito penal do bem jurídico>> como princípio jurídico- constitucional. Da doutrina geral, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações." in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 31 e ss.

¹⁰² O conceito de bem jurídico sofreu alterações durante os vários períodos históricos. Ainda assim, originalmente existia quem entendesse que os primórdios do conceito surgiram na época do Iluminismo Criminal. Assim, o conceito de bem jurídico nunca se apresentou como sendo uma realidade imutável de definição histórica sendo certo que, naqueles diferentes períodos, o conceito de bem jurídico sempre esteve diretamente relacionado com a conceção de crime. Para mais desenvolvimentos sobre a matéria, vide CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "*Constituição e Crime*"..., pp. 29 e ss.

¹⁰³ Cfr. SILVA, Ivan Luís da, "O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal" in *Revista de Informação Legislativa*, Ano 50, N.º 1997, Jan./Mar., 2013, p.66. No campo da penalística o conceito de bem jurídico desde sempre que foi alvo de um trabalho aprofundado por parte da doutrina. Para EDUARDO CORREIA, o bem jurídico, é definido como sendo "aqueles valores, que, num dado sistema jurídico, quando negamos por um comportamento humano, colocam este na esfera de atividades criminosas". Para além daquele autor, também FIGUEIREDO DIAS apresentou uma noção de bem jurídico, que se caracteriza por ser "a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objetivo ou bem em si mesmo, socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso". Cfr. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, I*, Coimbra, 2007, p. 278 e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral, I*, 2.ª ed. Coimbra, 2007, pp. 114-116, respetivamente.

Na mesma senda de pensamento, mas numa perspetiva sensivelmente diferente, e também considerando o conceito de bem jurídico, JOSÉ DE FARIA COSTA afirma que as compreensões materiais do mesmo são uma verdadeira conquista do pensamento penal moderno que vê o direito criminal como *ultima ratio* da defesa social. Para o autor, o conceito tem de estar alicerçado a um conteúdo de materialidade, por forma a que seja possível haver um controlo da atividade do legislador ordinário, perante a decisão de criminalização de um determinado comportamento¹⁰⁴.

Assim, sem pretendermos fundir visões distintas, diremos que os bens jurídicos encontram a sua base normativa no texto da lei constitucional, pois, afirmam alguns autores, que só perante a Constituição se poderá encontrar "a orientação material" que funciona na base da intervenção do legislador criminal e, deste modo, barrando a sua atividade à criminalização de condutas que apenas são ofensivas à moral e aos bons costumes¹⁰⁵. É certo que nem todos os bens jurídicos existentes são bens jurídicos com dignidade penal. Deste modo, tem entendido tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesas que se afigura como imprescindível o recurso ao art.º 18.º, n.º 2 da C.R.P., de modo a reforçar e a intensificar a relação de estrita vinculação que se estabelece entre o direito penal e o sistema axiológico-constitucional¹⁰⁶.

Toda a norma que surja para criminalizar um determinado comportamento é uma norma que vem restringir direitos liberdades e garantias¹⁰⁷. Decorre do próprio regime dos destes que não se encontra vedada a possibilidade da sua restrição¹⁰⁸. Neste prisma, a

¹⁰⁴ Cfr. COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 28.

¹⁰⁵ *Idem*

¹⁰⁶ Como escreve FERNANDO SILVA, "o direito penal, porque se reveste de força restritiva de direitos, liberdades e garantias, vê limitada a sua intervenção ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, resultando essa exigência de expressa referência constitucional (art.º 18.º, n.º 2 CRP)". Cfr. SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, p. 20.

¹⁰⁷ Quando falamos na restrição de Direitos Liberdades e Garantias, poderemos falar na aplicação de uma pena, sendo esta uma sanção que se caracteriza por ter um carácter especialmente gravoso. Ora, por ser especialmente gravosa, também deve apenas ser aplicada a comportamentos que se caracterizem com o mesmo adjetivo por ora aplicado. Deste modo, quando estamos perante uma situação de criminalização, temos dois polos a que devemos atender e que são intimamente conflituantes. De um lado, temos os direitos do agressor, que automaticamente são restringidos com a aplicação de uma sanção, e do outro lado, os direitos da vítima. Para mais desenvolvimentos *vide* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "*Constituição e Crime*"..., pp. 166 e ss.

¹⁰⁸ Para que seja possível restringir um Direito Liberdade e Garantia torna-se necessário que se encontrem verificados requisitos cumulativos, conforme decorre do art. 18.º, n.º 2 da CRP. Assim, torna-se necessário que a restrição esteja expressamente admitida pela Constituição; que a restrição vise salvaguardar outro

restrição de direitos, liberdades e garantias não pode ser absoluta, tendo a mesma de limitar-se ao necessário, de modo a que lhes seja possível salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos. Ou seja, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS torna-se necessário que exista "uma qualquer relação mútua de referência"¹⁰⁹.

Deste modo, quando falamos na proteção que é conferida pelo direito penal aos bens jurídicos, importa, antes de mais, frisar que neste ensejo falamos - na tutela penal atribuída à vida humana - da criminalização no âmbito do direito penal de Justiça, aquele que está intimamente relacionado com os direitos, liberdades e garantias.

Assim sendo, cremos que será de total pertinência afirmarmos que ao direito criminal - independentemente de falarmos de direito penal de justiça ou de direito penal secundário - cabe a proteção dos bens jurídicos mais essenciais, embora que subsidiariamente¹¹⁰.

Ora, o critério legitimador do Direito Penal alicerça-se, primeiramente, na ofensa de valores fundamentais (no caso que aqui nos move, a ofensa à vida humana) e, num segundo plano, torna-se também exigível a verificação de uma necessidade de tutela, em virtude de todas as restantes (v.g. o Direito das Contraordenações) não se apresentarem como suficientes para uma efetiva proteção. Neste mesmo sentido escreve NUNO BRANDÃO que "estando em causa bens jurídicos de eminente relevo social nada mais natural do que chamar para sua proteção o ordenamento sancionatório que conta com os mais severos instrumentos punitivos de que a ordem jurídica dispõe"¹¹¹. É por este exato motivo que,

direito ou interesse constitucionalmente protegido; que a restrição se limite à medida necessária para alcançar o objetivo e, finalmente, que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respetivo preceito. Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada...*, p. 388.

¹⁰⁹ Cfr. DIAS, Figueiredo, "Para uma dogmática do direito penal secundário", in *Direito Penal Económico Europeu: textos doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 11.

¹¹⁰ Quando falamos sobre a intervenção dos *ius puniendi* do Estado, com ela queremos referir, como desde já se deixa antever, a incriminação de condutas humanas. Todavia, a Teoria do Direito Penal comporta em si a ideia de que aquela intervenção se sustenta no princípio da necessidade ou da intervenção mínima. Se dito desta forma se torna inapreensível o que queremos significar, adiantamos, para colmatar tal falha, que o Direito Penal quando regula a criminalização dos comportamentos das pessoas o faz com base em juízos de proporcionalidade. Ou seja, a sua intervenção não é, porque não pode ser, arbitrária. Consequentemente, derivado daqueles mesmos juízos de proporcionalidade, existe a possibilidade de certas condutas, por serem menos gravosas, mas ainda assim o serem, terminarem a ser abarcadas por "outros tipos de tutela sancionatória, igualmente eficazes, mas não tão lesivos como a tutela penal". Cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Vida Humana Pré-Natal...*, p. 53.

¹¹¹ Cfr. BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida, *Crimes e Contra-Ordenações...*, p. 499.

como anteriormente afirmámos, o direito penal se configura como um direito de *ultima ratio*, apenas sendo chamado a intervir subsidiariamente.

Aqui chegados e depois de toda a exposição apresentada, eis que nos cumpre, por fim, refletir e relacionar a necessidade de tutela penal dos bens jurídicos com os limites impostos pelo princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade em sentido amplo¹¹². Assim, o art.º 18, n.º 2 da C.R.P. concretiza uma ideia de legitimação material do direito Penal numa vertente negativa. O que quer isto significar que perante o preceito constitucional por ora referenciado, o legislador apenas nos diz quando é que o direito penal não pode atuar¹¹³. Sendo este mesmo artigo o espelho máximo do princípio da proibição do excesso, e ao mesmo tempo regulador das restrições dos direitos fundamentais das pessoas, dele decorre, diretamente, aquilo que o direito penal não pode fazer. Ou seja, "o direito penal não está autorizado a restringir, através dos instrumentos sancionatórios penais, os direitos fundamentais dos cidadãos para salvaguarda de outros direitos ou interesses não constitucionalmente protegidos"¹¹⁴.

Do estudo até aqui realizado sob um olhar atento de alguns nomes mais sonantes da doutrina penal portuguesa, dúvidas não nos restam que ao Direito Penal apenas cabe a tutela subsidiária de bens jurídicos. No que diretamente concerne ao princípio jurídico constitucional plasmado no n.º 2, do art.º 18 da C.R.P., dúvidas também não nos restam que a necessidade de tutela penal se tem de fundar no princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Deste modo, quando o direito penal é chamado a intervir tem de fazê-lo em respeito quer do princípio da subsidiariedade, quer do princípio da proporcionalidade. Todavia, a clareza da exposição torna-se mais ofusca quando discorremos se o art.º 18.º, n.º 2 da C.R.P. contém em si uma dimensão negativa, ou se pelo contrário, uma dimensão

¹¹² No que diretamente respeita ao princípio da proporcionalidade, GOMES CANOTILHO refere que o facto de o legislador estar vinculado a ele quer, desde logo, significar que é necessária a observância dos princípios da necessidade e da adequação, no que concerne às medidas penais. Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Teoria da Legislação Geral e Teoria da Legislação Penal - contributo para uma teoria da legislação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988, p. 31.

¹¹³ Contudo, para FIGUEIREDO DIAS o critério de legitimação da intervenção penal vai mais longe do que o simples critério de legitimação negativa, plasmado no n.º 2, do art.º 18 da C.R.P.. Para o autor, neste preceito legal está uma mera pressuposição para a partir dela se sustentar uma legitimação pela positiva. Ou seja, que a função do direito penal deve ser a proteção de bens jurídicos. Para mais desenvolvimentos *vide* BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida, *Crimes e Contra-Ordenações...*, p. 498.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 499.

positiva de legitimidade da intervenção penal para criminalização dos comportamentos humanos.

Ora, independentemente da posição que possamos aqui adotar, o certo é que no presente estudo vamos, a partir deste momento, questionar se perante o princípio da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, a integridade física do feto poderia ascender à categoria de bem jurídico com dignidade penal.

Já na senda do que era defendido por SAX ou ROXIN o legislador penal tem de encontrar um critério para a criminalização de condutas. Critério este que se funda na Constituição. Todavia, no âmbito destas teorias constitucionais do bem jurídico, existem diferenças que sustentam o pensamento dos autores que as perfilham¹¹⁵.

Uma parte da doutrina perfilha a ideia de que da Constituição deve derivar uma vinculação do bem jurídico, estrita e rígida. Para expormos esta construção, começamos por apontar a definição de crime que é dada por BRICOLA. Para este, o crime "é um facto lesivo de um valor constitucional cuja importância se reflete na medida da pena"¹¹⁶. Atendendo a este entendimento de crime, podemos concluir que nenhum bem jurídico com dignidade penal poderá ser consagrado sem que, previamente, esteja previsto na Constituição. Dito de outro modo, numa formulação positiva, todos os bens jurídico penais, para ascenderem a tal categoria, têm de estar previstos na Constituição¹¹⁷.

Ao adotarmos esta conceção para o que aqui pretendemos - tutelar penalmente as lesões à integridade física do embrião - teríamos, tal como vamos fazer mais em diante, de questionar se o conceito de integridade pessoal previsto no art.º 25.º da Constituição da República Portuguesa, abrange, ou não, aqueles que ainda não nasceram.

Continuando a nossa exposição, e fazendo alusão à outra parte da doutrina, esta considera que, tal como a anterior, os bens jurídicos com dignidade penal devem ir buscar a sua base à Constituição, ou seja, deve ser "constitucionalmente orientados"¹¹⁸. Porém, a sua relação com a Lei Fundamental deve revestir um maior grau de independência, do que aquela que é proclamada pelos que perfilham a primeira posição. Para estes autores, o

¹¹⁵ Cfr. COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial...*, p. 29.

¹¹⁶ Cfr. FIANDACA, *apud* DOLCINI, Emílio / MARINUCCI, Giorgio, "Constituição e escolha dos bens jurídicos" in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 4 (1994), p. 146.

¹¹⁷ Cfr. COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial...*, pp. 29-30.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 30.

sentido de Constituição vai muita mais além daquilo que é a letra da lei. Assim, torna-se necessário procurar sempre o sentido da constituição material. Ora, muito embora o legislador penal tenha de estar vinculado à Constituição - facto este que quanto a ele não subjazem dúvidas - pode, em certa medida, ir para lá dela. O que queremos com isto significar é que o legislador penal pode, e deve, conceder proteção quer aos valores constitucionais implícitos, quer aos valores necessariamente pressupostos¹¹⁹. Pois, enquanto os primeiros apesar de fugirem à letra da lei, encontram sustentação no espírito da constituição material, já os segundos, "são os indispensáveis para garantir os valores expressamente previstos, encontrando-se com eles numa relação de instrumentalidade"¹²⁰.

É esta mesma teoria de uma vinculação menos estrita à Constituição, que encontra no ordenamento jurídico penal português, um clima de maior recetividade, nomeadamente com o pensamento de FIGUEIREDO DIAS, CONCEIÇÃO CUNHA¹²¹, FERNANDO SILVA¹²². Para além destes autores que fazem jus relativamente ao ordenamento jurídico português, outros surgem que não se referindo especificamente a este, adotam uma posição semelhante à daqueles. Aqui, referimo-nos a MAZZA E LATAGLIATA¹²³.

Depois do que aqui foi exposto, queremos salientar que a necessidade de os bens jurídico penais encontrarem acervo na Constituição pode suscitar alguns impedimentos a que tais ascendem àquela categoria. Pois, se a Constituição não se encontrar adaptada aos "tempos modernos" o projeto de criminalização de hoje encontra-se, automaticamente, limitado por aquilo que "noutros tempos" estava constitucionalmente consagrado¹²⁴.

Assim sendo, vejamos.

¹¹⁹ *Idem*

¹²⁰ *Idem*

¹²¹ Cfr. CUNHA, Conceição, *Constituição e Crime...*, p. 195.

¹²² Cfr. SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, p. 13.

¹²³ Para estes autores, o direito penal é detentor da capacidade de se adaptar às circunstâncias do momento, perante um problema que surja e que não tenha, um valoração constitucional prévia. Para eles, o direito penal não necessita de um impulso constitucional uma vez que a proteção que é concedida pelo direito criminal não é compatível com uma prévia valoração constitucional, relativa ao bem jurídico em causa. Ora, por este mesmo motivo, e numa posição mais radical, os autores acrescentam que a Constituição não é a única fonte de bens jurídicos. Cfr. LATAGLIATA, Raffaele / MAZZA, Leonardo, *Luci ed ombre in un Secente Disegno di legge in tema de despenalizzazione*, Giurisprudenza di Merito, 1978, p. 212.

¹²⁴ Neste mesmo sentido refere PAGLIARO que "é importante ter em conta que as Constituições envelhecem, sendo natural que face a novos perigos sociais surjam novas exigências tuitivas que nem sempre eram previsíveis no momento da sua elaboração, para as quais se pretenda resposta imediata pelo perigo que vão oferecendo, e que essa resposta seja dada ao nível criminal". Cfr. PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 2.^a Edição, Milão 1980.

Numa perspectiva de entendimento diferente mas ao qual consideramos ser possível estabelecer algum paralelismo para o âmbito do nosso estudo, FARIA COSTA considera a hipótese da criação de um novo bem jurídico-penal: a integridade pessoal. Ou seja, a constituição tutela-o expressamente, porém, o Código Penal protege a integridade física das pessoas. Para o autor, a integridade pessoal deveria ser autonomizada daquele tipo, mais abrangente. Contudo, muito embora o autor admita que a criação ou autonomização daquele bem jurídico, acendem-se as críticas na doutrina penal, considera que estas jamais poderia surgir sustentadas em argumentos de que uma tal autonomização não encontraria assento constitucional. Ou, nas suas palavras, "por não ter qualquer respaldo constitucional a ancorá-la"¹²⁵.

Transpondo aquele pensamento para o que aqui nos move, se equacionarmos a criação de um bem jurídico novo - a integridade física do feto - que se consubstanciasse num tipo legal de crime, consideramos que, ao perfilharmos uma teoria de criminalização com um menor grau de vinculação à Constituição, não correríamos o risco de criminalizar sem, previamente, para tal, encontrarmos, um fundamento na Lei Fundamental, ou, "uma teoria de múltipla complementaridade".

Deste modo, no que diz respeito à vida intrauterina o Código Penal já lhe confere a sua proteção no art.º 140.º, sendo que o bem jurídico onde a incriminação se sustenta é no crime de aborto.

De tudo o que dissemos, a proteção da integridade física do feto pode ascender à categoria de bem jurídico com dignidade penal? Será, também, a integridade física do feto, tal como a sua vida, constitucionalmente consagrada? São as respostas a estas questões que nos propomos delimitar no capítulo seguinte do nosso estudo, sem nunca descorar o que ate aqui nos moveu. Questionámos, ao início, se a transmissão vertical do HIV se configura, ou poderá, configurar como um comportamento penalmente relevante? Ou melhor e num primeiro momento, será que a transmissão do vírus se configura, por si só, um comportamento que mereça reprovação penal? São estas as questões a que nos propomos responder nas linha subsequentes do presente estudo.

¹²⁵ Cfr. COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial*, p. 50.

Depois do que foi exposto ao leitor nas páginas antecedentes, poderemos apontar como pontos essenciais que somos defensores que o início da vida humana acontece aquando do momento da nidação e não aquando da ocorrência da fecundação. Para tanto, sustentamos o nosso raciocínio dizendo que adotar uma posição mais perentória seria uma manifesta contradição, por exemplo, com a admissão de métodos contraceptivos que impedem a nidação.

Apesar disto, e após termos feito um breve périplo pelas diferentes fases da gestação, por forma a sustentarmos as nossas conclusões, não poderemos esquecer que o que aqui nos moveu foi uma perspetiva jurídica, mais propriamente jurídico penal, para os casos de transmissão vertical do vírus HIV. Assim, discorreremos sobre o estatuto jurídico do embrião, por forma a aferirmos se este deve, ou não, ser considerado pessoa, para, posteriormente, averiguarmos se os artigos do Código Penal que se referem a outra "pessoa" poderiam ser chamados a uma possível tutela.

Prosseguindo na nossa investigação, percebemos que à luz quer da doutrina quer da jurisprudência, o art.º 24.º da C.R.P abarca não só a vida já nascida mas também aquela que ainda se encontra em gestação. Posto isto, questionámos, se na mesma lógica de pensamento, o art.º 25.º da C.R.P. não poderia, também, englobar a integridade física daqueles que ainda não nasceram. Ao respondermos afirmativamente à questão, não vimos motivo para o Direito Penal não tutelar, no seu campo de atuação, a integridade física daqueles que ainda não nasceram.

Por fim, prezamos pela conclusão que atendendo ao critério legitimador do Direito Penal e à sua função de proteção de bens jurídicos, aquela deveria ascender a esta categoria, sem padecer de qualquer tipo de inconstitucionalidade.

Posto isto, cremos que é importante esmiuçarmos o conceito de integridade física, por forma a procedermos à análise do seu conteúdo, extensão e limites.

Capítulo II - A integridade física. Sua densificação à luz do ordenamento jurídico penal. Qual o seu conteúdo e limites? A (des)proteção penal nos casos de transmissão vertical do vírus da Sida. Um olhar pelo Código Penal português, em especial pelo seu art.º 143.º.

Título I - Densificação constitucional e penal patente no conceito de integridade física.

1 - A integridade física vista à luz da C.R.P.

Tal como sucede para a vida humana, a C.R.P. também oferece especial relevo à integridade física. O art.º 25.º, que se encontra no catálogo de Direitos Liberdades e Garantias, prevê no seu n.º 1 que "a integridade moral e física das pessoas é inviolável". Assim, se concluímos que a previsão constitucional do art.º 24 da C.R.P.¹²⁶ pode e deve abranger a vida humana intrauterina uma vez que tem sido esta a posição perfilhada pelo Tribunal Constitucional, eis que chegou o momento de questionarmos se esta "integridade física e moral" não poderá, também ela, ser extensível àqueles que ainda não nasceram.

Apesar do que vimos de dizer, o certo é que o legislador penal atribuiu valor à vida humana intrauterina, desde que nidada, com a previsão do art.º 140.º do Código Penal, não tendo, em momento alguma e na nossa opinião erroneamente, dispensado a mesma carga valorativa digna de ascensão à categoria de bem jurídico penal a integridade física do

¹²⁶ JORGE BACELAR GOUVEIA escreve que "o direito à vida é consensualmente um direito por todos aceite e em relação ao qual são copiosas as alusões do Direito Positivo". Nesta senda, o autor continua o seu discurso dizendo que no direito português existe uma grande preocupação humanista em consagrar direitos que se relacionem com a preservação da vida humana, sendo, por este mesmo motivo, que o Direito Constitucional, o Direito Penal e até mesmo o Direito Civil preveem normas que visam a sua proteção. Cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Vida Humana Pré-Natal...*, pp. 36 - 37.

embrião¹²⁷. É neste mesmo sentido que AUGUSTO SILVA DIAS refere que "a integridade física ou a saúde do feto não são objeto de tutela penal"¹²⁸.

Se é certo que a integridade física do embrião não ascende à categoria de bem jurídico penal, o certo é que a integridade física daqueles que já nasceram está constitucional e penalmente protegida. É por isto que GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA referem que o direito à integridade física "sendo um direito organicamente ligado à defesa da pessoa enquanto tal, compreende-se não apenas a forma enfática utilizada pela Constituição («...é inviolável...»), mas também a proteção absoluta que lhe confere (cfr. também, Cód. Penal arts.143.º e ss) (...)"¹²⁹.

Aqui chegados, vejamos: o direito à vida, constitucionalmente consagrado, tem sido extensível à vida intrauterina, tal como já referimos. À vida humana não nascida, "ainda que não lhe seja reconhecida a titularidade de direitos fundamentais, é-lhe pelo menos estendida a tutela derivada da dimensão objetiva dos referidos direitos"¹³⁰.

Ora, visto isto, questionamos: se a vida, tal como a integridade física, são direitos constitucionalmente consagrados, integrando o catálogo de Direitos Fundamentais, e se a previsão do art.º 24.º da C.R.P. inclui a vida humana não nascida, haverá razão justificativa para a integridade física do embrião se encontrar excluída do art.º 25.º da C.R.P.?¹³¹ Porém, se considerarmos que a mesma cabe naquela previsão normativo constitucional e se

¹²⁷ Desengane-se o leitor se cuida que a problemática da integridade física do embrião apenas surge no campo do direito penal. Também para o direito civil esta temática é alvo de alusões. Pois, em breves traços, enunciamos que o art.º 66, n.º 1 do Código Civil prevê que "a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida". A doutrina civilista tem centrado as suas atenções nesta norma. Tal como alude MANUEL CARNEIRA DA FRADA, "há agora que alcançar e medir bem o alcance da referida norma. Derradeiramente, para saber se, antes do nascimento, é viável, perante o que ela estabelece, a tutela da vida e da integridade física do nascituro". Para mais desenvolvimentos *vide* FRADA, Manuel Carneiro da, "A proteção juscivil da vida-pré-natal sobre o estatuto jurídico do embrião", in *ROA*, Ano 70, Vol. I/IV, 2010, pp. 90 e ss.

¹²⁸ Cfr. DIAS, Augusto Silva, *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2.ª edição revista e atualizada, AAFDL, Lisboa, 2007, p. 87.

¹²⁹ Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada...*, p. 455.

¹³⁰ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, "Aqueles que Nasceram (Breve Excurso sobre o Enquadramento das Lesões Penais Pré-Natais) in *Direito Penal Fundamentos Dogmáticos e Político Criminais, homenagem ao prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, p.1066.

¹³¹ No art.º 25.º da C.R.P. está garantido o direito à integridade pessoal. Este, muito embora já estivesse previsto na Constituição de 1993, tinha, na altura, um âmbito menor e maiores restrições, comparativamente à amplitude que lhe é conferida na Constituição de 1976. Este direito, a par de outros, é um direito fundamental de personalidade, ao qual está associada a "impossibilidade de revogação ou de limitação genérica pela lei ordinária". Cfr. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011 (Reimpressão), p. 97.

a Constituição é a lei fundamental de um país, que razão existirá para o legislador penal excluir da sua tutela aquilo que o legislador constitucional quis, *ab initio*, acautelar?

Antes de tentarmos efetivar as respostas às questões colocadas, cremos que será de total pertinência procedermos à análise do conceito de integridade física, de modo a que nos seja possível averiguar a sua amplitude nos diferentes ramos: médico, constitucional e penal.

1.2 - O conceito de integridade física: ofensas, extensão e limites.

De tudo o que temos vindo de expor, será importante que consigamos avançar com aquilo que se deve entender por integridade física. Esta, enquanto bem jurídico, é penalmente protegido nos artigos 143.º e ss do Código Penal.

Se olharmos para este diploma legal, facilmente apreendemos que o legislador adotou a expressão "integridade física" ao invés de "ofensas corporais", tal como estava, quer no Código Penal de 1986, quer na versão original do atual código¹³². Aqui, também salientamos que o tratamento jurídico dispensado à integridade física não foi, desde sempre, uniforme e reto. Com o passar dos tempos e das sucessivas alterações legislativas, podemos verificar que este bem jurídico sofreu uma crescente e ascendente dignificação. Pois, não foi só a sua designação que se mudou. Com a revisão do Código Penal de 1982, o crime de ofensas à integridade física surge, imediatamente, após os crimes contra a vida humana. Posteriormente, com a reforma de 1995, as penas aplicáveis a quem cometesse o delito sofreram uma alteração na sua moldura, ficando esta, assim, mais elevada¹³³. No entendimento de RUI PEREIRA, esta alteração da moldura penal quis significar uma maior valoração atribuída ao bem jurídico e, ainda, uma maior punibilidade para quem o violasse¹³⁴. Devido à alteração da designação, PAULA FARIA escreveu que o legislador

¹³² A versão original, que correspondia ao art.º 142 do Código Penal dizia, no seu n.º1, "quem causar um ofensa no corpo ou na saúde de outrem (...)". Cfr. ALMEIDA, Carlota Pizarro de / VILALOUNGA, José Manuel / D'ALMEIDA, Luís Duarte / PATRÍCIO, Rui, *Código Penal Anotado*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 158 e ainda, GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 18.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 561.

¹³³ Cfr. SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, p. 232.

¹³⁴ Cfr. PEREIRA, Rui, *Os Crimes Contra a Integridade Física na Revisão do Código Penal*, Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, FDUL, AAFDUL, 1998, p. 188.

visou aproximar o título da norma incriminadora ao do bem jurídico tutelado¹³⁵. Deste modo, poderemos concluir que aquela designação se apresenta mais ampla do que esta, sendo que tal pode ser justificado pelo facto de o bem jurídico tutelado não se circunscrever, apenas, à integridade corporal¹³⁶.

Todavia, tal como tem sido entendimento doutrinal, ao delimitarmos o conceito em apreço, não lhe poderemos atribuir uma densificação cujo conteúdo seja excessivo, sob pena de contermos com a proteção jurídico-penal que é dispensada a outros bens jurídicos¹³⁷.

O texto constitucional não usa o nomenclatura integridade física, dando antes primazia à integridade pessoal, sendo que no n.º 1, do art.º 25, o mesmo expressa uma ideia de integridade moral e física.

Contrariamente, o Capítulo III do Código Penal tem como epígrafe "Dos Crimes Contra a Integridade Física", e é o art.º 143.º que abre as hostilidades do mesmo, positivando a punibilidade das suas ofensas. É nesta mesma linha de raciocínio que MARIA DO CÉU MARTINS DE MENEZES escreve que "o art.º 143.º do Código Penal (CP) determina a punição de ações que ofendem a normalidade da estrutura do organismo (dano somático) ou o seu funcionamento (dano fisiológico)"¹³⁸.

De tudo o que já vertemos no ponto que nos propugnámos abordar e com a advertência que fizemos pela delimitação de comportamentos subsumíveis no tipo legal, cabe-nos questionar: o que tem a doutrina entendido por ofensas à integridade física? O que cabe na previsão normativo penal do artigo?

Como respostas a estas questões, atentemos nas palavras de PAULA RIBEIRO FARIA ao referir que "a doutrina tem entendido que devem ser referidas a este conteúdo certas consequências psíquicas associadas a lesões do corpo ou da saúde, bem como o abalo

¹³⁵ Cfr. FARIA, Paula Ribeiro, Comentário ao art.º 143.º do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, Vol. I, 1999, P.202.

¹³⁶ Cfr. SOUSA, Susana Aires de, "A Transmissão do Vírus da Sida Constitui uma Conduta Criminalmente Relevante? (Considerações sobre a Tipicidade Criminal) in *A infeção VIH e o Direito*, Imprinove, Unipessoal, Lda, Santarém, 2010, p.116.

¹³⁷ *Idem* e ainda FARIA, Paula Ribeiro, *Comentário Conimbricense do Código Penal...*, p. 204.

¹³⁸ Cfr. MENEZES, Maria do Céu Martins de, *Para um Conceito de Saúde Física e Psíquica nos Crimes contra a Integridade Física*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 26.

psicológico de certa gravidade"¹³⁹. Na mesma linha de raciocínio da autora mencionada, OLIVEIRA SÁ defende a tese de que "maus tratos físicos" acarretam necessariamente consequências a nível psicológico; sendo que estas mesmas consequências se poderão considerar como lesões na saúde que atingem uma certa gravidade¹⁴⁰. FARIA COSTA vinca o seu sentido escrevendo que o entendimento de integridade pessoal, enquanto direito fundamental, "se refrata, podemos afirmá-lo, em duas vertentes: a moral e a física"¹⁴¹.

Para o tipo legal de crime se encontrar preenchido, a lei distingue duas modalidades. Por um lado, o tipo legal pode estar preenchido por ofensas no corpo¹⁴² e, por outro lado, pode estar preenchido por ofensas na saúde^{143 144}. Porém, convém frisarmos que, tal como refere DUARTE SANTOS o tipo pode estar preenchido se existirem lesões no corpo e na saúde, simultaneamente, mas também pode estar igualmente preenchido apenas com a existência de lesões ou no corpo ou na saúde¹⁴⁵. Em jeito conclusivo, podemos afirmar de uma forma mais sintética que "o tipo legal do art.º 143.º fica preenchido mediante a verificação de qualquer ofensa no corpo ou na saúde"¹⁴⁶.

Pese embora tínhamos vindo a circundar o nosso discurso ao art.º 143.º do Código Penal, o certo é que o legislador parte deste tipo legal fundamental e constrói outros tipos nos artigos subsequentes, referentes ao mesmo bem jurídico, ora agravando-o, ora qualificando-a.

Deste modo, aqui chegados, parece-nos revestir total pertinência fazermos uma alusão, ainda que breve, ao facto de o conceito de integridade física poder ter, ou não, uma amplitude diferente na Constituição e no Código Penal, de forma a pudermos averiguar a admissibilidade de tutela da integridade física do embrião neste tipo legal.

¹³⁹ Cfr. FARIA, Paula Ribeiro, *Comentário Conimbricense do Código Penal...*, p. 204.

¹⁴⁰ Cfr. SÁ, Fernando Oliveira, "As ofensas corporais e o novo Código Penal: uma perspetiva médico-legal, análise de um workshop" in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, N.º 3, 1991, p. 412.

¹⁴¹ Cfr. COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial*, p. 50.

¹⁴² Por ofensas no corpo entenda-se "toda a alteração ou perturbação da integridade corporal, do bem estar físico ou da morfologia do organismo". Vide GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português...*, p. 562.

¹⁴³ Na mesma linha, consideram-se ofensas na saúde todas as "alterações ou perturbações do normal funcionamento do organismo". Cfr. *Idem*

¹⁴⁴ Cfr. MENEZES, Maria do Céu Martins de, *Para um Conceito de Saúde Física e Psíquica...*, p. 29.

¹⁴⁵ Cfr. SANTOS, Luís Augusto Duarte, "Consequências Permanentes das Agressões - apontamentos e algumas reflexões" in *Separata de o Médico*, N.º 120, 1953, p.8.

¹⁴⁶ Cfr. MENEZES, Maria do Céu Martins de, *Para um Conceito de Saúde Física e Psíquica...*, p. 30.

Como já mencionámos e frisámos, a Constituição prevê no seu art.º 25.º o direito à integridade pessoal. Ora, este direito integra o grupo de Direitos Fundamentais, positivados na Constituição, entre os artigos 24.º e 79.º da lei fundamental¹⁴⁷.

Assim sendo, o que devemos entender por Direitos Fundamentais? Quais são as suas características? Pois bem, tal como afirma GOMES CANOTILHO, Direitos Fundamentais "são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente"¹⁴⁸. De forma a concretizar a ideia explanada, o autor termina dizendo que "os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta"¹⁴⁹. Para além do parafraseado por GOMES CANOTILHO, também JORGE MIRANDA afirma que os Direitos Fundamentais são os "direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consagradas na Constituição (...)"¹⁵⁰.

Depois de avançada a noção base de Direitos Fundamentais, vamos de seguida fazer uma breve alusão a algumas das características destes. Assim, podemos desde já dizer que os Direitos Fundamentais pertencem ao âmbito do Direito Constitucional e pressupõem a existência de uma relação direta e vinculante do Estado¹⁵¹ detendo, por isso, uma "dominante incidência publicística"¹⁵². Por outro lado, estes direitos são sempre direitos jurídicos e necessariamente previstos na Constituição, incorporando também, tradicionalmente, garantias jurídicas concretas e delimitadas, podendo estas ser imediatamente acionadas pelos interessados¹⁵³.

Um vez exposta a noção e algumas características dos Direitos Fundamentais - no geral e não apenas do art.º 25.º da C.R.P. - eis que surge o momento de fazer uma

¹⁴⁷ O art.º 25.º para além de integrar o leque de Direitos Fundamentais, também integra o catálogo de Direitos Liberdades e Garantias, que estão compreendidas entre os artigos a 24.º a 57.º da CRP. Cfr. ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais Introdução Geral*, 2.ª Edição, Príncipe Editora Lda, Lisboa, 2011, pp.32-33.

¹⁴⁸ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 6.ª Edição Revista, Almedina, Coimbra, 1993, p.517.

¹⁴⁹ *Idem*

¹⁵⁰ Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p.10.

¹⁵¹ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais, Trunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006 pp. 69 e ss.

¹⁵² Cfr. ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais...*, p. 35.

¹⁵³ Para mais desenvolvimentos *vide* ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais...*, pp. 36 e ss.

aproximação do que até aqui dissemos ao Capítulo III do Código Penal, nomeadamente ao bem jurídico tutelado nos artigos 143.º e seguintes.

Primeiramente, tanto a C.R.P. como o Código Penal se referem expressamente à figura da "pessoa" no texto da lei. É exatamente por esta razão que AUGUSTO SILVA DIAS afirma que a "vítima de uma ofensa no corpo ou na saúde só pode ser alguém cujo processo de nascimento já teve início"¹⁵⁴. Ainda na linhas das semelhanças encontradas, quer a lei fundamental quer a lei penal visam tutelar não apenas a integridade física mas também a integridade moral e psicológica¹⁵⁵.

Além disto, podemos-nos ainda focar no facto de a integridade física ser um direito irrenunciável. Dito de outro modo, quer à luz da C.R.P. quer á luz do Código Penal, o seu titular não pode, em regra, renunciar a este direito salvo nos casos, por exemplo, de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos¹⁵⁶.

Ora, de tudo o que vimos aqui de expor ao leitor, não nos parece que o conteúdo do direito à integridade pessoal plasmado na Constituição e a proibição de ofensas à integridade física contidas no Código Penal detenham teores substanciais e materialmente diferentes. Pelo contrário. Salvo melhor opinião, parece-nos que a lei penal se alicerçou na Constituição para fazer ascender a integridade física à categoria de bem jurídico penal, sendo este um dos casos onde podemos, verdadeiramente, falar no critério legitimador da intervenção penal, nunca esquecendo que este funciona, sempre, subsidiariamente.

Pelo estudo que realizámos nas linhas anteriores, somos da opinião que o conteúdo do artigos nos diferentes diplomas tem mais semelhanças do que diferenças. Porém, visto de uma perspetiva estritamente literal, se não considerarmos o embrião pessoa, este fica excluído do âmbito de proteção das normas e, conseqüentemente, "se a ação de ofensa à integridade física ou à saúde do ser humano é praticada antes do início do parto, carecerá de relevância penal"¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Cfr. DIAS, Augusto Silva, *Crimes contra a vida e a integridade física...*, p.87.

¹⁵⁵ Cfr. PEREIRA, Victor de Sá / LAFAYATTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado*, Quid Juris, Lisboa, p.376 e ainda CANOTILHO, J.J., MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada...*,p. 454.

¹⁵⁶ *Idem*

¹⁵⁷ Cfr. DIAS, Augusto Silva, *Crimes contra a vida e a integridade física...*, p.87.

Posto isto somos forçados a retirar duas conclusões: na primeira, podemos dizer que quando ocorre a transmissão vertical do vírus da sida, ao embrião não assiste qualquer proteção jurídico-penal se o mesmo nascer com vida, pois aqui não podemos esquecer que a única tutela penal que lhe é dirigida é o crime de aborto. Então, será legítimo questionarmos: será que nestes casos se justificaria uma tutela criminal da integridade física do feto? Quando a transmissão do vírus da sida se efetua entre pessoas, no âmbito da adoção de comportamentos de risco, será que estamos perante uma ofensa à integridade física? Tem a doutrina entendido que sim. Porém é um assunto sobre o qual nos debruçaremos *infra*.

A segunda conclusão que se nos afigura como merecedora de total pertinência prende-se com um questão literal dos preceitos em análise. É entendimento doutrinal que o embrião não se encontra protegido pelas normas porque ambas falam em "pessoa". Todavia, aqui invocamos o que no presente estudo já se nos afigurou mais pertinente, muito embora reconheçamos que tal padece de fragilidades.

Aqui chegados, dizemos, mais uma vez, que não encontramos justificação passível de ser atendida para permitir excluir do âmbito do art.º 25.º da C.R.P. aqueles que ainda não nasceram. Quer o art.º 24.º, quer o art.º 25.º são direitos fundamentais, com a mesma inserção sistemática na C.R.P. Assim, se admitimos que no art.º 24.º se encontra a vida humana não nascida, por que não entender que no art.º 25.º também cabe a integridade física daqueles que não nasceram?

Desta forma, ao olharmos para o art.º 143.º do Código Penal, poderemos constatar que a integridade física é um bem jurídico, penalmente tutelado. Todavia, este bem jurídico e a proteção sobre si vertida foi alterada ao longo dos tempos. Para tanto, basta pensarmos que se no Código Penal de 1986 lhe era atribuída a designação "ofensas corporais", agora já não é assim.

Com tudo o que foi dito, terminamos a concluir que, na nossa opinião, o Código Penal é mais restritivo no conceito de ofensas à integridade física do que a própria Constituição.

Título II - A transmissão do vírus da Sida àqueles que já nasceram. Périplo trilhado pelos tipos legais patentes no Código Penal.

1 - Os casos de transmissão do vírus da sida no âmbito da adoção de comportamentos de risco: conduta penalmente relevante?

Ao longo da presente dissertação explanámos ao leitor o critério legitimador da intervenção penal. Frisámos que o direito penal é um direito de *ultima ratio* apenas intervindo subsidiariamente, quando todos os restantes meios não sejam capazes de acautelar os valores essenciais da vida numa sociedade.

Ora, assim sendo, para que seja legítima a intervenção penal a conduta que se visa punir tem de revestir um carácter gravoso, cujas consequências só poderão ser travadas com recurso ao direito criminal.

Deste modo, questionamos: a transmissão do vírus da sida, a título exemplificativo, no âmbito da adoção de comportamentos de risco consubstancia uma conduta suscetível de merecer reprovação à luz do ordenamento jurídico criminal?

Pois bem, salvo melhor opinião respondemos afirmativamente à questão. Por outras palavras, cremos que ao direito penal incumbe, ou pelo menos assim deveria ser, a tutela da transmissão do vírus da sida. Todavia, existem autores que defendem uma perspetiva minimalista deste argumento, para tal, que nestes casos não estamos perante um comportamento penalmente relevante¹⁵⁸.

Apesar do que acima foi exposto, não parece ser de abraçar a conceção minimalista¹⁵⁹, sendo certo que a sida vai muito mais além daquilo que é o direito penal¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Cfr. SOUSA, Susana Aires de, "A Transmissão do Vírus da Sida...", p. 110.

¹⁵⁹ Para os autores que defendem estar a problemática da transmissão do vírus da sida excluída do âmbito do direito penal (em sentido amplo) não podem negar que existem interceções inquestionáveis entre as duas áreas. Ora vejamos: no seio do processo penal coloca-se a questão da admissibilidade, como meio de prova, dos testes arbitrários, mais especificamente os testes coercivos da sida. Ainda no âmbito do processo penal, questiona-se se será ou não válido a atitude de um médico que se recusa a depor, na qualidade de testemunha acerca da seropositividade do seu paciente, invocando para tal, o segredo médico. Para mais desenvolvimentos sobre o assunto, vide ANDRADE, Costa, *Direito Penal Médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 134 e ss e, ainda, RUEFF, Maria do Céu, *O segredo médico como garantia de não discriminação. Estudo de caso: HIV/SIDA*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

¹⁶⁰ Para SCHNÜEMANN o Direito Penal é "aquele setor do sistema jurídico que regula a imposição de sanções negativas a uma ou mais pessoas na ocorrência de um acontecimento desagradável". Cfr. SCHNÜEMANN,

Se por um lado existem autores que defendem a exclusão da sida do seio do direito penal e por conseguinte perfilham uma intervenção minimalista deste, por outro lado, outros sustentam a aquela intervenção nos contextos de transmissão irresponsável¹⁶¹.

Pelo que vimos de expor, acreditamos que o direito penal não prejudica, nem muito impede, a formação de uma consciência de autorresponsabilidade e de autoproteção, aquando da adoção de certos comportamentos. Pelo carácter subsidiário que lhe assiste, só é chamado a intervir quando todos os outros meios fendem e atendo à rápida proliferação do vírus, é claro que o problema há muito já ultrapassou as barreiras da autorresponsabilidade e da autoproteção. Num Estado onde as políticas sanitárias e educativas se fazem realçar, como poderia este mesmo Estado demitir-se da tarefa de punir os casos mais graves e mais reprováveis de transmissão que contribuem para a expansão do vírus? Seria, em nossa humilde opinião, manifestamente contraditório e prejudicial uma opção como esta!

Depois de termos expressado a nossa posição na temática de que por ora temos vindo a curar, eis que nos cumpre questionar: como punir aquelas condutas? Os tipos legais de crime plasmados no Código Penal português são capazes de abarcar os comportamentos irresponsáveis dos quais resulta a transmissão do vírus da sida?

Nas páginas que se seguem iremos fazer um breve périplo pelo Código Penal, de forma a que consigamos responder às questões que colocamos no parágrafo antecedente.

Bernd, "O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! - Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, N.53, Ano 13, Editora Revista dos Tribunais, p. 10.

¹⁶¹ Cfr. DIAS, Augusto Silva "Responsabilidade Criminal por Transmissão Irresponsável do Vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde" in *Direito e Cidadania*, Ano 6, N. 20/21 p. 12 e ss.

2 - Transmissão do HIV: (in)suficiência da proteção do infetado à luz do Código Penal português.

Primeiramente cumpre-nos esclarecer que pese embora tínhamos dedicado a nossa investigação aos casos de transmissão vertical do HIV, o certo é que existem outras formas de propagação, nomeadamente o contágio por via sexual e a patilha de seringas.

Ora, nos casos acima mencionados, podemos constatar que existem dois polos no âmbito do contexto em que ocorre o contágio. Por um lado, existe um portador do vírus, independentemente do conhecimento do seu estado de seropositividade e, por outro lado, existe uma pessoa, vítima, que posteriormente vem a ser infetada.

Naqueles tipos de ocorrências onde existe a propagação do vírus, poderemos falar, sem mais, em situações de verdadeira impropriedade comportamental, visto que estamos inseridos numa sociedade onde predomina a informação. Expressando de outro modo a ideia que aqui subjaz, aqueles podem ser casos onde a própria e posterior vítima se autocolocou em risco, ou então, situações onde a posterior vítima consentiu que terceiros a colocassem em perigo.

Pelo que vimos de dizer questionamos: é certo que existem diferentes formas de propagação do vírus e aquelas últimas que apresentámos são, na sua essência, diferentes da transmissão vertical do HIV. Contudo, que tutela penal existe para os casos - clássicos, chamemos-lhe assim - de transmissão do vírus da sida?

Tal como afirmou BERND SCHÜNEMANN, é importante fazer uma classificação jurídico-penal da transmissão do vírus, independentemente da via pela qual aquela ocorra¹⁶².

Assim sendo, nas páginas que se seguem, tal como já nos propusemos, vamos fazer uma reflexão jurídico-penal pelas normas incriminadoras, às quais seria possível subsumir aqueles comportamentos.

¹⁶² Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd " Problemas Jurídico-Penales Relacionados com el SIDA", in *Problemas Jurídico Penales del Sida*, (org. Santiago Mir Puig) J.M. BOSCH EDITOR, S.A, Barcelona, 1993, p. 26.

2.1 - O tipo legal de crime de homicídio - art.º 131.º do Código Penal.

O tipo legal de homicídio, positivado no preceito que por ora curamos, constitui o ponto de partida fundamental para desencadear a punição, quando exista violação do bem jurídico vida humana. O legislador parte do tipo fundamental e constrói os outros tipos de crime contra o mesmo bem jurídico, ora qualificando-os, ora privilegiando-os¹⁶³.

Assim, atenta ao que explanámos, poderemos afirmar que o tipo legal de crime em análise protege a vida humana desde o seu início (?) até ao seu término, a morte¹⁶⁴. Como escrevemos nas primeiras linhas da nossa investigação o início da vida humana carrega em si toda uma panóplia de opiniões doutrinárias. Não queremos discuti-las pormenorizadamente uma vez que não é este o nosso objeto de estudo. Contudo, podemos avançar que há quem entenda que o crime de homicídio despende a sua proteção com o início do ato de nascimento, seja por via natural, seja por cesariana, interpretação esta que se faz tendo por base a regulamentação concedida à vida intrauterina. Contudo, neste aspeto, a doutrina quer nacional quer internacional não consegue chegar a um consenso, sendo esta uma questão problemática. Ainda assim, podemos terminar por dizer que "o bem jurídico tutelado é a vida doutra pessoa e, pois, a vida, a vida humana" e uma vez que "a vida humana também está em causa, na sua expressão de vida intra-uterina" temos de precisar que no tipo legal de homicídio "se cura da vida de pessoa já nascida"^{165 166}.

¹⁶³ Cfr. SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, p. 50.

¹⁶⁴ Mais uma vez aqui nos deparamos com a problemática que já abordamos: em que momento se inicia a vida da pessoa, uma vez que o objeto do crime de homicídio é a outra "pessoa". Assim, o art.º 66, n.º 1 do Código Civil positiva que a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida. Todavia, aquele marco temporal delimitado pelos civilistas para o início da personalidade jurídica não é suficientemente vasto, ao ponto de nos permitir avançar com uma resposta à questão que aqui colocámos. Senão vejamos as duas ordens de razões: por um lado, e sempre olhando para o Código Civil, "a proteção da vida não tem a mesma extensão temporal da existência da personalidade" e, por outro lado, "está no pensamento legislativo não haver solução de continuidade entre as normas relativas à proteção da vida intrauterina e as relativas ao infanticídio e ao homicídio". Cfr. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português...*, p. 504.

¹⁶⁵ Cfr. PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYATTE, Alexandre, *Código Penal Anotado...*, p. 334.

¹⁶⁶ Quando se utiliza a expressão vida humana já nascida importa questionar se a mesma visa referir que já existe o nascimento completo ou, se pelo contrário, basta o início do ato de nascimento. Na Alemanha e na Itália para que exista vida humana basta o início do ato de nascimento, sendo esta a posição tomada quer pela doutrina quer pela jurisprudência maioritárias. Em Portugal, FIGUEIREDO DIAS perfilha a conceção defendida quer na Alemanha, quer na Itália. Cfr. PEREIRA, Victor de Sá / LAFAYATTE, Alexandre, *Código Penal Anotado...*, p. 334. Assim sendo, podemos concluir que se o embrião morrer durante o parto,

Feita aquela breve consideração, torna-se evidente atentarmos noutro ponto: para que o preceito normativo se encontre preenchido é estritamente necessário que ocorra a "morte" de um sujeito diferente daquele que dá aso à conduta capaz de desencadear o resultado¹⁶⁷ desvalioso¹⁶⁸.

Quando falamos do tipo legal de homicídio temos, obrigatoriamente, de fazer referência ao que com ele se quis proteger, ou seja, a vida humana. É a isto que chamamos o âmbito de proteção da norma¹⁶⁹, no seio da teoria da imputação objetiva do resultado à conduta. Dito de outro modo, de forma a que nos seja possível simplificar o nosso raciocínio, um determinado resultado que seja jurídico-penalmente desvalioso não deve ser imputado ao agente se a sua conduta, mesmo que gere o resultado proibido, não integrar o que com a norma de visou proteger.

Transpondo este mesmo discurso para o seio da contaminação de um terceiro com o vírus da sida, atentemos: a ação infecciosa - entenda-se aqui o ato de propagação - ainda que dolosa, é apta a causar o resultado morte? Pois bem, atendendo aos avanços médicos e científicos não parece possível respondermos afirmativamente à questão. Todavia, é certo e, cremos nós, indiscutível que a contaminação com o vírus pode, efetivamente, culminar

independentemente da via pela qual ela opere, tem de ser considerada não um crime de aborto mas antes um crime de homicídio, na perspetiva dos defensores da posição doutrinal de FIGUEIREDO DIAS.

¹⁶⁷ Vistas as coisas neste prisma, o crime de homicídio parece de fácil perceção. Ora, bastaria que ocorresse a morte de um sujeito diferente daquele que iniciou o processo causal, com a adoção da conduta capaz de dar aso à produção do resultado desvalioso. Contudo, importa denotar que a complexidade do problema não é tão linear como nos aparenta ser. No âmbito do direito penal, nomeadamente no âmbito da imputação (objetiva) do resultado à conduta são muitas as questões complexas que se suscitam. De uma forma bastante sucinta, podemos dizer que o núcleo fundamental da problemática se centra na questão de saber se será possível imputar o resultado desvalioso "morte" à conduta do agente. Independentemente do tipo legal de crime que possamos estar a analisar, não poderemos nunca descorar que no art.º 10.º do Código Penal o legislador consagrou expressamente a teoria da causalidade adequada, por forma a resolver a imputação objetiva do resultado ao agente. Para mais desenvolvimentos sobre o assunto *vide* SOUSA, Susana Aires de, "A Transmissão do Vírus da Sida...", p. 114 e ainda GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português...*, p. 505.

¹⁶⁸ Cfr. SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, p. 50.

¹⁶⁹ A teoria do âmbito de proteção da norma é, essencialmente, um problema ao nível da interpretação da norma. Como escreve JOSÉ DE FARIA COSTA, "o que se quer saber e compreender é se a intencionalidade jurídico-penal que se desprende da norma tem ou não vista aquele comportamento". Cfr. COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 501.

no resultado morte. Assim sendo, será possível tutelar, penalmente, a propagação, mesmo que dolosa¹⁷⁰, do vírus da sida pelo tipo legal plasmado no art.º 131.º do Código Penal?

Não nos parece razoável perfilharmos uma teoria que nos permitisse responder pela positiva à questão¹⁷¹. Primeiramente, porque como refere COSTA ANDRADE a sida é vista como sendo "um processo longo e dinâmico", uma vez que "entre o contágio e a doença podem mediar mais de vinte anos"¹⁷². Ora, não parece o ato de transmissão ser subsumível ao tipo legal de homicídio. Assim, como escreve SUSANA AIRES DE SOUSA "o risco criado pela conduta do portador da doença não é um dos riscos proibidos pelo núcleo de proteção da norma"¹⁷³.

Exposta que está a primeira ordem de razões para afastar o crime de homicídio da proteção penal (?) possivelmente conferida ao infetado, outro argumento podemos apontar para que nos seja possível reforçar a nossa perspetiva. Ao olharmos para o art.º 131.º do Código Penal facilmente podemos constatar que o mesmo tutela um delito de resultado¹⁷⁴, onde o tipo objetivo exige que a conduta de matar e a produção do resultado morte de uma outra pessoa¹⁷⁵. Queremos com isto dizer que o âmbito de proteção dispensado pelo tipo ao bem jurídico vida humana se destina a uma efetiva lesão do mesmo e não, tão só e apenas, a uma mera possibilidade de lesão.

Ora, como já mencionámos, no âmbito da transmissão do vírus da sida, o resultado morte reveste-se de uma aléa aleatória, não sendo certo que o mesmo aconteça, atendendo aos tais avanços médicos e científicos. Quando ocorre o contágio, bem vistas as coisas e na plena verdade dos factos, mais do que "matar" alguém o que acontece, a acontecer o que desde já conseguimos admitir, é um encurtar da vida que é literal e substancialmente

¹⁷⁰ Importa, antes de mais, clarificar ao leitor que o homicídio previsto e punido no art.º 131.º do Código Penal é o homicídio doloso, ainda que o dolo possa revestir uma qualquer das suas formas: direto, necessário ou eventual. Para mais desenvolvimentos, *vide* GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português...*, p. 505.

¹⁷¹ Pese embora a posição que nós perfilhamos, existem autores que admitem a não relevância da ocorrência de um longo período de tempo que medeia entre a atuação do agente e a ocorrência do resultado. Para esta ala doutrinal, a passagem do tempo, por si só, não consegue afastar o nexo de causalidade dando, literalmente como exemplo, o caso da sida. A este propósito *vide* GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português...*, p. 505.

¹⁷² Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico...*, p. 13.

¹⁷³ Cfr. SOUSA, Susana Aires de, "A Transmissão do Vírus da Sida...", p. 114.

¹⁷⁴ Cfr. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português...*, p. 505.

¹⁷⁵ Cfr. SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, p. 51.

diferente de "matar". Caso propugnássemos por outro entendimento cairíamos no risco de abalroar uns tipos legais em prol de outros. Ora então vejamos: AUGUSTO SILVA DIAS espelha o que dissemos ao escrever que quando um sujeito agride outro com uma barra de ferro provocando-lhe problemas renais e, conseqüentemente, encurtando-lhe a vida, não estamos perante um crime de homicídio mas antes perante um delito de ofensas à integridade física.

Pese embora o que acabamos de afirmar, queremos esclarecer o leitor que não somos defensores de que para estarmos perante um crime de homicídio os resultados têm de ocorrer imediatamente. Em assuntos delicados como o que aqui abordamos, não podemos, em nossa opinião e salvo devido respeito, perfilhar posições extremas procurando sempre tentar alcançar o equilíbrio, ainda para mais quando falamos de lesões ao bem jurídico vida humana.

Contudo, mais do que falarmos aqui de vida humana falamos de sida e neste contexto a doutrina tem sustentado que quando decorre um determinado lapso temporal desde o momento do contágio, e mesmo que o resultado morte venha a produzir-se, esta não se reconduz ao tipo legal do homicídio¹⁷⁶.

Em jeito conclusivo da análise que vertemos do tipo legal de homicídio e por tudo o que sobre si aqui escrevemos, acreditamos que este tipo legal não se afigura capaz de oferecer a tutela penal adequada ao infetado pelo vírus.

¹⁷⁶ Embora que subtilmente acabámos de focar uma das maiores problemáticas ao nível penal quando falamos de sida. Queremos com isto significar que fizemos uma menção breve à imputação de resultados tardios no contexto de transmissão do vírus. Aqui, deixamos apenas algumas referências doutrinárias que se debruçam sobre o tema, sendo que entre as quais destacamos SCHERF, EBERBACH e SCHÜNEMANN. Ainda neste sentido, e para mais desenvolvimentos, cfr. RIVERO, M^a Carmen Gómez, *La Imputación de los Resultados Producidos a Largo Plazo, Especial referencia a la problemática del SIDA*, tirant la blanch, Valencia, 1998, p. 65 e ss.

2.2 - O tipo legal de crime de ofensas à integridade física.

Ao longo da presente investigação, nas páginas que antecedem a presente, discorreremos sobre o conceito de integridade física, nomeadamente a sua extensão, conteúdo e limites, tendo sempre como parâmetro para tal o preceito constitucional do art.º 25.º da C.R.P., mais precisamente o conceito de integridade pessoal.

Com o percurso que trilhámos concluímos que a integridade física do embrião não ascendeu (ainda) à categoria de bem jurídico penal mas, pelo contrário, a integridade física dos que "já nasceram" reveste-se digna de tal tutela.

Ora, feita esta breve consideração introdutória, vamos agora discorrer se a transmissão do vírus da sida no âmbito da adoção de comportamentos de risco pode, ou não, ser considerada um crime de ofensas à integridade física.

Assim, à semelhança do que sucede com o tipo legal de homicídio, também aqui o legislador parte de um tipo fundamental e, conseqüentemente, constrói uma série de ofensas ao bem jurídico (integridade física) ora agravando-as (art.º 144.º); ora qualificando-as (art.º 146.º); ora privilegiando-as (art.º 147.º) ou até mesmo considerando-as como atuações negligentes (art.º 148.º do CP)¹⁷⁷.

Tal como anteriormente já elucidámos, o crime de ofensas à integridade física abrange quer as ofensas que são causadas no corpo, quer as que são causadas na saúde¹⁷⁸. Posto isto, quando transpomos esta ideia para o tema aqui em apreço, mais do que falarmos de ofensas no corpo, falamos daquelas que diretamente incidem sobre a saúde.

Na senda do que acabámos de escrever no parágrafo imediatamente antecedente, PAULA RIBEIRO DE FARIA afirma que a criação de um estado de doença¹⁷⁹ através de uma infeção ou de uma doença sexualmente transmissível integram o conceito de ofensas à saúde¹⁸⁰. Assim sendo, dúvidas não nos restam que quando se transmite o vírus da sida se transmite uma doença infecciosa, independentemente da forma pela qual ocorra o contágio.

¹⁷⁷ Tal como refere FERNANDO SILVA "os crimes de ofensas à integridade física no Código Penal português estão organizados em função da gravidade do dano, bem como do dolo revelado pelo agente". Cfr. SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, p. 233.

¹⁷⁸ *Idem*

¹⁷⁹ Especificamente, ao criar ou agravar um estado patológico, de um modo geral, de doença ou sofrimento, FERNANDO SILVA considera que estamos perante uma ofensa na saúde. *Ibidem*, p. 234.

¹⁸⁰ Cfr. FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário ao art.º 143.º do Código Penal...*, p. 207.

Na linha de raciocínio trilhado pela autora, também TERESA QUINTELA DE BRITO escreve que "comete um crime de ofensas à saúde, pelo menos na forma tentada, o agente que, sendo e sabendo-se portador do vírus da SIDA, mantém relações sexuais de risco com outrem - que desconhece a sua doença"¹⁸¹

Centramos as nossas atenções na transmissão irresponsável do vírus. Neste contexto, SUSANA AIRES DE SOUSA escreve que, quando estamos na presença destes casos, não será despidendo de sentido definirmos ofensas na saúde como sendo aquelas que conduzem a um estado de doença em virtude de existir no organismo um ente infeccioso, ou seja, existe, assim, uma alteração funcional das capacidades orgânicas do corpo humano¹⁸².

Na análise do tipo legal a que ora nos reportamos, queremos esclarecer, que tal como referimos para o crime de homicídio, também a este não poderemos, nem devemos, reconhecer-lhe uma amplitude demasiado ampla, sob pena de contendermos com a proteção jurídico penal que é dispensada a outros bens jurídicos, por outros tipos legais.

Ora, centrando as nossas atenções no que de facto aqui releva, começaremos por dizer que quando pretendemos perceber se a transmissão do vírus da sida no âmbito da adoção de comportamentos de risco se pode, jurídico penalmente, subsumir ao tipo legal de ofensas à integridade física, teremos, para tal, de partir do tipo legal fundamental nesta matéria. Assim, começaremos a nossa exposição pelo art.º 143.º do Código Penal.

Quando se transmite do vírus da sida, e mais um vez frisamos a ideia que acima já propugnamos, estamos perante a criação de um estado de ofensas na saúde, e até mesmo no corpo, de um terceiro.

Desta forma, se considerarmos que na temática que aqui nos move se encontra preenchido o tipo legal fundamental do capítulo, então vamos investigar se o ato de transmissão do vírus não poderá ser enquadrado numa das agravantes previstas no capítulo. O que quer isto significar que questionamos se o comportamento com relevância jurídico penal que nos propusemos estudar, não poderá ser considerado um crime de ofensas à integridade física agravado, privilegiado ou qualificado, sendo que a semelhança de todas

¹⁸¹ Cfr. BRITO, Teresa Quintela de, "Os crimes contra a integridade física" in *Direito Penal - Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 509.

¹⁸² Cfr. SOUSA, Susana Aires de, "A Transmissão do vírus da Sida..." , p. 117.

estas agravantes é que o grau de ilicitude nestas plasmado é superior ao que se encontra no tipo legal fundamental.

Iniciamos a nossa exposição pelas ofensas graves à integridade física, ou seja, pelo art.º 144.º do Código Penal, sendo que aqui destacamos as alíneas c) e d) do preceito normativo.

Ao abrigo da alínea c), encontram-se tipificadas lesões graves para a saúde e doenças dolorosas ou permanentes¹⁸³. Nesta conspecto, bem vistas as coisas, o legislador dispendeu especial atenção à duração e ao facto de a doença ser incurável. Se olharmos para estas características, facilmente conseguimos apreender que as mesmas são as mesmas que correspondem à sida. Esta apresenta-se como sendo incurável e permanente, no organismo de quem por ela é infetado. Contudo, importa aqui denotar que entre o momento do contágio com o vírus do HIV e o momento da manifestação da doença pode mediar um lapso temporal considerável. Ainda assim, medicamente, não existem certezas que o contágio com o vírus termine, necessariamente, por desabrochar num estado de doença, neste caso num estado de sida. Pese embora todos os avanços médicos e científicos que se têm desenvolvido nos últimos anos, o certo é que pelo facto de o lapso temporal que por já referimos ser considerável, torna-se extremamente difícil fazer a prova de causalidade entre o contágio e a efetiva manifestação da doença¹⁸⁴. Assim sendo, cremos que a alínea que por ora curámos não se coaduna com as especificidades da problemática sobre a qual aqui discorremos. Dito de outro modo, consideramos que através daquela alínea não poderemos imputar ao agente propagador do vírus um crime de ofensas à integridade física, precisamente pela possível quebra donexo de causalidade uma vez que a transmissão do vírus não tem, necessariamente, de significar a criação de um estado de doença incurável.

Pois, se assim consideramos ser, então passamos a fazer uma análise da alínea d) do art.º 144.º do Código Penal. Ao olharmos para ela, da mesma poderemos retirar a

¹⁸³ Poderemos considerar uma doença como sendo "uma alteração anatómica ou funcional do organismo, geral ou local, com carácter evolutivo, que corresponde a um mal estar físico ou psíquico". Por sua vez, a doença particularmente perigosa poderá ser definida por "uma situação clínica identificada como causadora de elevado sofrimento físico, podendo ser temporária ou permanente". Cfr. SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, p. 250.

¹⁸⁴ Cfr. DIAS, Augusto Silva, "Responsabilidade Criminal por Transmissão Irresponsável...", pp. 95 e ss.

conclusão que a sua tutela se verte na criação de um perigo para a vida do ofendido. Se pensarmos na doença infecciosa que a sida é, conseguimos perceber a relevância que esta alínea assume na possível tutela penal que queremos atribuir ao comportamento de transmissão do vírus. Aqui, nunca poderemos olvidar que a sida se apresenta com um carácter grave por a mesma se poder traduzir numa doença que será incurável. Ora, por tudo o que até aqui mencionámos, ficamos com duas certezas. A primeira é que a alínea d) do art.º 144.º do Código Penal positiva a criação de um perigo para vida e, em segundo, que aquando da transmissão do vírus este perigo para a vida efetivamente existe.

Assim, poderíamos ser levados a afirmar que o comportamento que aqui temos vindo a analisar se subsumia no preceito legal em apreço. Todavia, não poderemos ser tão perentórios assim.

Antes de prezarmos, ou não, por tal conclusão, teremos antes de discorrer se o legislador penal exige para o preenchimento do tipo legal de crime agravado, um perigo concreto ou se apenas basta a existência de um perigo abstrato. Pois, tendo em conta as exigências do legislador jurídico penal, as soluções a dar à questão podem ter contornos distintos.

As respostas que têm sido dadas pela doutrina vão no sentido de se exigir um perigo em concreto para a vida¹⁸⁵, não se bastando apenas com a existência de um perigo abstrato¹⁸⁶. Parece ser esta a ideia mais compatível com o própria finalidade de proteção que ao tipo legal incumbe desempenhar. Só assim se poderá por em curso a punição prevista no art.º 144.º, alínea d) do Código Penal. Um entendimento diferente¹⁸⁷ levaria a que se pudesse considerar como bastante e suficiente para o preenchimento do tipo uma mera possibilidade de perigo.

¹⁸⁵ Cfr. SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, p. 251.

¹⁸⁶ Cfr. DIAS, Augusto Silva, "Responsabilidade Criminal por Transmissão Irresponsável...", p. 75 e, ainda, SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES, que consideram a necessidade de se verificar um perigo in concreto que se fundamenta no surgimento de sinais e sintomas de morte próxima. Estes, quando emergem, têm de estar intimamente conexionsados com a lesão que o agente causou na vítima. Para mais desenvolvimentos, vide SANTOS, SIMAS, HENRIQUES, Leal, *Código Penal Anotado*, 3.ª Edição, 2.º Volume, *Parte Especial*, Ed. Rei dos Livros, 2000, p. 247.

¹⁸⁷ Paula Ribeiro de Faria manifesta-se no sentido de se bastar com o perigo abstrato. Cfr. FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário ao art.º 143.º do Código Penal...*, p. 232.

Depois de uma análise genérica que fizemos do artigo e da sua correspondência, resta-nos descortinar a possibilidade de a transmissão do vírus da sida, e conseqüentemente o seu contágio, representarem, ou não, um perigo concreto para a vida. Não se vislumbra como suficiente a tese de que basta a mera possibilidade de ocorrer o resultado morte para existir perigo para a vida. Pelo contrário, aquele só existe quando segundo as regras da experiência médica e atendendo a casos semelhantes se possa afirmar, com elevado grau de probabilidade, que o desfecho será fatal.

Como anteriormente foi referido, os avanços na medicina e na ciência galopam a passos largos. Torna-se cada vez mais evidente que estes aumentam bastante a esperança média de vida de um doente infetado pelo vírus. Resta refletir, muito embora que não exaustivamente, se os desenvolvimentos da ciência e da medicina são suficientes para se poder afirmar que a transmissão do HIV não representa um perigo concreto para a vida do infetado, ficando apenas na linha de um perigo abstrato.

Não se vislumbra a possibilidade de se perfilhar a tese de que o HIV afeta a saúde do infetado mas que não põe em perigo a sua vida. Um tal opção, na nossa perspectiva, apresenta-se como, manifestamente, contraditório e incoerente. Aquando da transmissão do vírus, este não representa um perigo abstrato mas antes uma verdadeira e efetiva lesão da saúde da vítima. Com a sua transmissão, a possibilidade de morte fica francamente em aberto, mesmo que esta ocorra passado um determinado lapso temporal, não esquecendo, ainda assim, os avanços médicos das últimas décadas. Apesar da existência destes, não parece ser argumento determinante para se afirmar que a sida, nos dias de hoje, não representa um perigo concreto para a vida do infetado. O resultado morte não tem, necessariamente, de surgir em virtude do vírus HIV mas antes porque este enfraquece o sistema imunitário do seu recetor deixando-o mais exposto e mais vulnerável a contrair doenças e outras infeções que se podem revelar fatais. Mesmo que seja legítimo considerarmos que possa existir uma interrupção do nexos causal, o certo é que a mesma não se afigura como sendo suscetível de afastar a existência de um efetivo perigo concreto para a vida.

Por fim, urge questionar se é suficiente para se imputar a responsabilidade criminal ao agente o mero preenchimento do tipo legal de crime de ofensas à integridade física,

sendo certo que parece ser este o artigo que tutela a responsabilidade criminal pela transmissão do vírus. Não podemos crer que a responsabilidade criminal se baste com o mero preenchimento de um tipo legal de crime. É necessário que para tal o agente aja a título de dolo ou de negligência, pois estes são elementos constitutivos do ilícito. Quando falamos em dolo, automaticamente afirmamos que o agente representou e quis um determinado resultado. Contrariamente, quando abordamos a problemática da negligência falamos na violação de um dever objetivo de cuidado. Será possível que este exista no contexto da transmissão do HIV?

As respostas podem variar consoante o modo de transmissão em análise. Contudo, nunca podemos esquecer a sociedade de risco em que vivemos e o predomínio de informações e de alertas, dados por campanhas de sensibilização.

2.3 - O tipo legal de crime de propagação de doença, alteração de análise ou receituário: artigo 283.º do Código Penal.

Antes de passarmos à análise do que aqui importa do preceito normativo, vamos, desde já, começar por esclarecer que o mesmo comporta em si três tipos legais que, anteriormente, eram autonomizáveis entre si. Falámos aqui do crime de propagação de doença contagiosa, do crime de alteração de análises e, por fim, do crime de alteração de receituário. Na verdade, os três tipos que eram autónomos entre si foram aglomerados tendo estes como ponto de contacto entre si a criação de um perigo para a vida ou a criação de um perigo para a integridade física¹⁸⁸. O que quer isto significar que os bens jurídicos protegidos pela incriminação são a vida e a integridade física de outrem.

Ora, como facilmente se deixa antever, para o âmbito da presente investigação iremos debruçar as nossas atenções na alínea a) do art.º 283 do Código Penal¹⁸⁹, aquela que se refere expressamente à "propagação de doença contagiosa"¹⁹⁰. O que queremos com isto

¹⁸⁸ Cfr. SOUSA, Susana Aires de, "A Transmissão do vírus da Sida...", p. 119.

¹⁸⁹ No Código Penal suíço e no Código Penal austríaco existem disposições normativas semelhantes a esta, nomeadamente o art.º 231.º e os artigos 178.º e 179.º, respetivamente. *Vide* GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal...*, p. 895.

¹⁹⁰ A Portaria n.º 766/86, de 26 de Dezembro, republicada e alterada pela Portaria n.º 1071/98, de 31 de Dezembro estabelece quais são as doenças contagiosas. Contudo, para efeitos de aplicação da alínea a), do n.º

dizer, é que vamos tentar perceber se a transmissão do vírus da sida que ocorre pela adoção de comportamentos de risco pode, ou não, ser um comportamento que se subsuma a este preceito normativo.

Pois bem, em nossa opinião apresenta-se como sendo bastante discutível perfilar um entendimento como aquele. Primeiramente, a *ratio* do artigo pretende abranger as situações onde se difunda ou propague uma doença contagiosa ou, nas palavras de SUSANA AIRES DE SOUSA pretendeu abranger "a propagação de vírus ou germes patogénicos que possam pôr em perigo a vida e em perigo grave a integridade física das pessoas que pertencem a uma determinada coletividade"¹⁹¹. Depois, num segundo momento, atentemos no preceito literal do artigo. Assim, facilmente conseguimos perceber que neste conspecto nos referimos ao verbo "propagar"¹⁹². Ora, quando falamos em propagação queremos significar que exista uma expansão ou uma difusão.

Mesmo com as reticências de aceitação que colocámos na adoção de uma perspectiva como aquela, o certo é que mais do que uma questão doutrinal, é uma questão que surge, também, na jurisprudência portuguesa. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09-02-2000¹⁹³, considerou improcedente a acusação de um arguido pelo crime de propagação de doença contagiosa, por não provado. Ora, o arguido estava munido de uma seringa que tinha um liquido avermelhado e que picou duas vezes uma vítima, na sequência de um assalto. Contudo, a vítima fez os testes de despistagem do vírus da sida e os mesmos deram negativo. Note-se que quando aquele arguido foi detido, o mesmo encontrava-se na posse de duas seringas que continham sangue contaminado com o vírus da sida. Assim, o que queremos aqui salientar é que o Digníssimo Tribunal *a quo* que absolveu o arguido pelo crime de propagação de doença contagiosa o fez não por uma

1, do art.º 283.º do Código Penal não são só as doenças contagiosas elencadas na portaria que devem ser tidas em consideração, uma vez que o preceito legal não faz qualquer limitação. Assim sendo, "basta que a doença seja contagiosa, isto é, suscetível de ser transmitida de um indivíduo para o outro". *Idem*

¹⁹¹ Cfr. SOUSA, Susana Aires de, "A Transmissão do vírus da Sida...", p. 119

¹⁹² O Código Penal português usa o vocábulo propagar, tal como acontece com os códigos de direito comparado, que usam o verbo no mesmo sentido. *Idem*

¹⁹³ Disponível

em <<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/58e3d58170ac39bd802569830056c9f8?OpenDocument>>>, consultado a última vez em 30-01-2016.

questão se não ser possível subsumir o comportamento descrito ao tipo legal mas antes por falta de provas.

Visto isto, passemos agora a concretizar o raciocínio que nos permite sustentar a posição que já vimos de explanar. Quando falamos do vírus da sida, parece extravasar este tipo legal de crime, nas palavras de DAMIÃO DA CUNHA, “a eventual transmissão do vírus a uma concreta pessoa, não havendo, de antemão, possibilidade de posterior transmissão¹⁹⁴”. Aqui, importa denotar que a afirmação que transcrevemos é direcionada para o contexto onde a transmissão ocorra por contágio sexual. Deste modo, segundo o autor e tendo sempre em mente que aqui falamos de contágio nos casos de transmissão sexual, se o mesmo ocorrer entre duas pessoas que estejam no seio de uma relação estável e baseada no princípio da confiança, o tipo legal de crime em análise não se encontra preenchido, precisamente porque não existe a expansão ou difusão a que anteriormente aludimos. Pelo contrário, se o contágio ocorrer em virtude um contacto sexual esporádico, ou ocasional e, essencialmente, se existir a possibilidade de posterior transmissão, então ai sim. O tipo legal poder-se-á encontrar preenchido uma vez que poderá existir a propagação¹⁹⁵.

Também AUGUSTO SILVA DIAS se debruça sobre o tema que aqui nos move. Para o autor, a transmissão do vírus da sida, por dificuldades "de imputação objetiva e subjetiva suscitada pela problemática dos resultados produzidos a longo prazo"¹⁹⁶ não se encontra passível de total subsunção no preceito normativo.

Assim, fora do âmbito de proteção da norma, para o autor, estão as situações onde a vítima é uma pessoa certa e determinada. Ou seja, as típicas situações de contágio que "têm lugar no contexto de contactos sociais diretos ou cara a cara"¹⁹⁷.

Pese embora tínhamos frisado que os bens jurídicos protegidos pela incriminação são a vida e a integridade física - bens estes que têm carácter individual - o certo é que, na perspetiva de AUGUSTO SILVA DIAS, estes são bens jurídicos que ascendem a uma categoria coletiva, sendo assim projetados. Com isto, queremos dizer que o titular do bem

¹⁹⁴ Cfr. CUNHA, J. M. Damião da, Comentário ao art.º 283.º do Código Penal *in Comentário Conimbricense do Código Penal*, 1999, p. 1011.

¹⁹⁵ *Idem*

¹⁹⁶ Cfr. DIAS, Augusto Silva, "Responsabilidade Criminal por Transmissão Irresponsável do Vírus da Sida...", p. 27.

¹⁹⁷ *Idem*

jurídico é um ser indiferenciado, não estando a norma diretamente equacionada para um sujeito em específico. Ora, é por este mesmo motivo que o autor refere que, para os casos de contágio do vírus no âmbito de relações afetivas, este tipo legal não deve vingar. Neste contexto, se o crime em causa é de perigo comum haverá outros tipos legais que tutelam de forma mais adequada bens jurídicos individuais e de natureza determinada¹⁹⁸.

Aqui chegados, e no que à nossa opinião concerne, cabe-nos dizer que estamos receosos em aceitar a subsunção da transmissão do vírus da sida ao art.º 283.º do Código Penal. Primeiramente, cremos que a intencionalidade primeira da norma não deve ser o desencadear daquela punição jurídico penal. O que significa isto que para aceitarmos tal ideia seria, estritamente, necessário fazer um elevado esforço interpretativo e aqui nunca poderemos esquecer que o direito penal tem de obedecer ao princípio da legalidade. Para além disto, não conseguimos conceber a ideia de fazer diferenciações nos contextos de contágio. Ou seja, se este aconteceu no seio de uma relação onde vigora o princípio da confiança entre duas pessoas, não poderá ser imputado ao sujeito que transmitiu o vírus o crime de propagação de doença contagiosa. Porém, se a situação de contágio ocorreu em virtude de uma relação ocasional o mesmo comportamento, com as mesmas consequências físicas já poderia ser enquadrado naquele normativo. Nesta ordem de ideias questionamos se em termos jurídico criminais se deve tutelar o resultado material em si - que neste caso será o efetivo contágio de outrem - ou, antes pelo contrário, se deve ser tutelado todo o circunstancialismo que levou ao contágio. Cremos que o direito penal deve tutelar os resultados dos comportamentos dos indivíduos e não todo o processo anterior a este. É certo que se atendermos a ele o resultado material que poderá ocorrer, poderá, sim, ser agravado. Contudo, não comungamos que só àquele deveremos atender para determinarmos a que tipo se deve subsumir a responsabilidade penal.

Pelo que vimos de aqui expor, cremos, convictamente, que pese embora a sida seja uma doença contagiosa a sua propagação - ou expansão - não poderá ser enquadrada no preceito no art.º 283.º do Código Penal, sob pena de estarmos perante situações que materialmente desencadeiam os mesmos resultados, sendo apenas diferentes no processo - ou no comportamento - que os desencadeou.

¹⁹⁸ Cfr. *Idem* e ainda SOUSA, Susana Aires de, "A Transmissão do vírus da Sida...", p.120.

3 - A (in)suficiência da lei penal: os casos de transmissão do vírus da sida. Que juridicidade?

JOSÉ DE FARIA COSTA escreveu que o "direito é também feito de linhas retas, infinitamente retas, e que ele próprio pode até ser concebido como retidão, como caminho ou até mesmo como lugar onde habita a retidão, o direito reto em um tempo, em um tempo em que quase se exige, ou mesmo se quer que ele seja elástico, multiforme, maleável, curvo, proteiforme, é tarefa arriscada"¹⁹⁹.

É destas palavras que vamos partir para expor ao leitor as nossas angústias e as esperanças que depositamos na investigação que decidimos abraçar. É, sem dúvida, uma tarefa arriscada!

Ora, a problemática da transmissão do vírus da sida - quer ela ocorra por contacto sexual, por partilha de seringas ou até mesmo de mãe para filho - encontra-se, em termos literais - excluída do Código Penal português. Não existe nenhum preceito normativo onde não seja necessário fazer um esforço interpretativo para lá a integrar.

O tipo legal de ofensas à integridade física, seja qual seja a graduação da gravidade da conduta que se materialize, pode responder às necessidades proclamadas por quem é vítima de um contágio. Contudo, a *ratio legis* do artigo não foi pré-determinada para englobar estas situações. Tutela-se a integridade física dos indivíduos, como não poderia deixar de ser, por imposições constitucionais. Ora, o vírus da sida, com todas as especificidades que em si comporta, extravasa, quer a letra, quer o espírito do art.º 143.º do Código Penal. Para tanto, basta pensarmos que quando abordamos esta problemática temos de ter nas linhas do horizonte do nosso pensamento que estamos no âmbito da produção de resultados tardios. Aqui, queremos abordar a temática da imputação do resultado à conduta. Pois, como refere PAULA RIBEIRO DE FARIA o crime de ofensas à integridade física é um crime de resultado de dano que pressupõe que se produza um resultado, sendo este a ofensa no corpo ou na saúde de outra pessoa. Todavia, não basta a produção deste resultado, sendo estritamente necessário que se possa imputar este à conduta ou à omissão

¹⁹⁹ Cfr. COSTA, José de Faria, *As Linhas Retas do Direito*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2007, p. 9.

do agente²⁰⁰, tendo sempre em linha de conta as regras gerais de apuramento da causalidade^{201 202}. O quer isto significar que, ao nível da relação causal, torna-se complicado relacionar e, posteriormente, fazer prova de todas as manifestações patológicas que se demonstram no organismo de um infetado com um concreto ato de transmissão ou de contágio uma vez que entre este momento e o efetivo desabrochar da doença sida pode mediar um lapso temporal cada vez mais vasto.

Deste modo, e ainda que possamos admitir que a transmissão do vírus, entre seres humanos vivos e já nascidos possa ser subsumível ao tipo legal de ofensas à integridade física, o certo é que aquela subsunção se apresenta repleta de fragilidades. Para além disto, nunca poderemos esquecer que a intervenção penal está rigorosamente adstrita a um princípio basilar do Estado de Direito: o princípio da legalidade²⁰³. O que quer isto

²⁰⁰ Cfr. COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial...*, p. 44.

²⁰¹ Cfr. FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário ao art.º 143.º do Código Penal...*, p. 299.

²⁰² Referimos que o crime de ofensas à integridade física é um crime de resultado. Nesta classificação tipológica, urge a problemática da imputação do resultado à conduta do agente que desencadeou o processo. Aqui abordamos a teoria da imputação objetiva do resultado à conduta. Para se imputar a conduta a um agente é necessário que haja, em primeiro lugar, o desencadear de uma ação penalmente relevante. Depois de verificada esta, partimos para a análise do preenchimento dos tipos objetivos e só se estes estiverem preenchidos é que partimos para a análise dos tipos subjetivos. Contudo, centremo-nos agora no preenchimento dos tipos objetivos, pois se estes faltarem não há, sequer, tipicidade. Nos crimes de resultado, tal como é aquele que por ora curamos, é indispensável a existência de um nexos de causalidade, que é um elemento objetivo nestes tipos de crime. Ora, quando falamos de nexos de causalidade, este pressupõe que entre os fenómenos se estabeleça um nexos causal em relação de causa e efeito. Esta matéria de imputação objetiva mais não faz do que decidir quando é que se pode responsabilizar criminalmente uma pessoa por alguma coisa que ela fez. E nomeadamente, ver se é possível aferir, em termos de nexos de imputação, um determinado resultado, um determinado evento ou uma determinada conduta humana. E só havendo nexos de imputação, esse nexos relacional, que não tem de ser necessária e forçosamente causal, é que se pode afirmar a responsabilidade jurídico-penal do agente. Ao longo da história foram várias as teorias que surgiram tentando dar resposta à imputação do resultado a uma determinada atividade. Assim, surgiu a Teoria da Causalidade ou Teoria *Conditio Sine Quan Non* ou Teoria da Equivalência das condições. Posteriormente a esta, adveio a Teoria da Causalidade Adequada ou Teoria da Adequação, que parece ser a que está consagrada no art.º 10.º do Código Penal português. No seio desta, para que seja possível aferir a "causa adequada" utiliza-se um juízo de prognose objetiva posterior ou um juízo de prognose objetiva póstuma que visa determinar se um agente médio, colocado nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar daquele comportamento em concreto, era previsível que resultasse aquela ocorrência ou que desse comportamento resultasse aquele evento em concreto. Depois destas teoria, Klaus Roxin vem introduzir a Teoria do Risco ou dos Critérios do Risco, que visava corrigir as antecedentes. Para mais desenvolvimentos sobre a matéria, *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral...*, pp. 322 e ss e, ainda, COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal...*, pp. 224 e ss

²⁰³ Cfr. SANTOS, M. Simas / HENRIQUES, M. Leal, *Noções Elementares de Direito Penal*, 3.ª Edição Revista e Atualizada, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2009, pp. 15 e ss. Os autores referem que o princípio da legalidade "tem carácter garantístico, ao proteger os direitos fundamentais do cidadão face às tentativas de abuso de poder político instituído".

significar que "não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa (*nullum crimen nulla poena sine legis*)"²⁰⁴.

Se é certo que com um esforço interpretativa conseguiríamos tutelar penalmente a responsabilidade dos casos de contágio com base no crime de ofensas à integridade física, mais dúvidas surgem quando, para aferir de tal responsabilidade, invocamos o crime de homicídio.

Como já tivemos oportunidade de expor ao leitor o tipo legal de homicídio preenche-se com o resultado morte, de um sujeito diferente do agente que desencadeou a ação que dá aso ao resultado. Todavia, quando falamos do vírus da Sida falamos de um "lentivirus". Queremos com isto dizer que o processo evolutivo da doença é longo e que muito embora o resultado "morte" do infetado possa acontecer, o certo é que não existem garantias médicas da sua futura e efetiva concretização. E nos dias de hoje, atendendo aos avanços médicos e científicos nesta área, cada vez a álea subjacente àquele resultado se reveste de mais incertezas. Numa outra perspetiva, o lapso temporal que pode mediar entre o momento do contágio e o momento da morte do sujeito é grande, podendo ocorrer décadas depois. É neste mesmo sentido que AUGUSTO SILVA DIAS refere que "quanto maior é o período que medeia entre os acontecimentos mais difícil é a comprovação de que um determinou necessariamente o outro"²⁰⁵. Aqui, mais uma vez, abordamos a imputação objetiva do resultado à conduta, mais concretamente a imputação jurídica. Como concretização desta ideia focamos, essencialmente, dois pontos: por um lado, questionamos se a transmissão do vírus, medicamente, é uma conduta apta à produção do resultado morte. Depois, por outro lado, atendendo ao âmbito de proteção da norma, o risco que é criado pelo agente portador da doença não parece ser um dos riscos proibidos pelo núcleo de proteção da norma²⁰⁶. Por fim, se atentarmos na semântica do verbo "matar" poderemos perceber que o mesmo significa destruir a existência biológica. Aquando do contágio com o vírus da sida de um sujeito, esta destruição biológica não se verifica, pelo

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 177.

²⁰⁵ Cfr. DIAS, Augusto Silva, "Responsabilidade Criminal por Transmissão Irresponsável do Vírus da Sida...", p. 18.

²⁰⁶ Cfr. SOUSA, Susana Aires de, "A Transmissão do vírus da Sida...", p. 115.

que "tirar a vida tem um significado diferente de diminuir a esperança de vida ou encurtar o tempo de vida de outrem"²⁰⁷.

Por toda a exposição aqui vertida, parece que no contexto da transmissão do vírus da sida o crime de homicídio não é o idóneo para tutelar aquele comportamento.

Se abordamos os crimes de ofensas à integridade física e o crime de homicídio, também não descuramos o que se encontra previsto e punido na alínea a), do n.º 1, do art.º 283 do Código Penal: o crime de propagação de doença contagiosa.

No que diz respeito a este, salientámos que, na nossa opinião, não se afigura equacionável fazer uma distinção entre os contágios que ocorrem no seio de uma relação que se baseia no princípio da confiança e uma relação meramente esporádica, isto nos casos de transmissão por contacto sexual. Esta observação a que atentámos deriva, diretamente, do significado semântico do verbo "propagar", que em si significa difundir ou expandir. Se aceitássemos este preceito normativo como um quadro possível de subsumir os comportamentos que dão ao aso ao contágio, iríamos correr o risco de ter condutas que materialmente produzem o mesmo resultado, a serem punidas de forma diferente. Não são estas as bases do Direito. Essencialmente, não são estas as bases do direito Penal. Ademais, e mais uma vez, não nos quer parecer que o normativo tenha no seu espírito o enquadramento do contágio com o vírus da sida. Desta forma, afigura-se como sendo necessário fazer um esforço interpretativo acrescido de forma a poder desencadear uma punição, à luz deste mesmo preceito. E, nesta conspecto, mais uma vez frisamos que o direito penal deve estar adstritamente vinculado ao princípio da legalidade, sendo indispensável a existência, prévia, de uma lei certa e determinada que puna aos agentes de uma conduta penalmente relevante.

Dito isto questionamos: haverá uma tutela penal digna e adequada para os que já nasceram e são contaminados com o vírus da sida? Arriscamos. Dizemos que não! Todos os tipos onde tal conduta pode ser enquadrada, padecem, em nossa humilde opinião de fragilidades. Fragilidades gritantes que em nada se coadunam com os princípios basilares proclamados no seio do direito penal. Assim sendo, que nos resta dizer?

²⁰⁷ Cfr. DIAS, Augusto Silva, "Responsabilidade Criminal por Transmissão Irresponsável do Vírus da Sida...", p. 19.

Pois bem. Se é certo que comungamos da opinião dos autores que defendem ser necessário atender ao cenário em que o contágio ocorreu, afastamo-nos na parte em que perfilham a tese de que os tipos legais da parte especial do Código Penal poderão oferecer uma tutela digna.

Para se aferir da responsabilidade criminal de um agente é necessário, em primeiro lugar, que estejamos perante a realização de uma ação ou omissão com relevância penal. Depois de verificada esta, passar-se-á à análise da realização do tipo objetivo de ilícito. Como escreve SUSANA AIRES DE SOUSA, no contexto da matéria que aqui abordamos, a autora refere que o "tipo objetivo de ilícito é apenas o primeiro passo na afirmação de uma eventual responsabilidade criminal, que somente teria lugar após a comprovação do elemento subjetivo, ao nível do ilícito e da culpa, e da punibilidade"²⁰⁸.

Posto isto, ao verificarmos a dificuldades que existem na tipicidade da conduta, apoiamos a nossa posição em autores espanhóis e alemães - resta-nos o conforto de sabermos que não caminhamos sozinhos - que proclamam a necessidade de criação de uma norma específica que seja capaz de abarcar as especificidades que o vírus da sida suscita. Assim, aqueles propõe a criação de uma norma com o seguinte teor: "conhecendo o risco existente e representando-o como possível, será punido com pena de prisão menor no seu limite médio e máximo (...)"²⁰⁹.

Por tudo o que dissemos somos defensores da insuficiência da lei penal no contágio do vírus da sida. Somos defensores que o Código Penal português não está configurado para tutelar penalmente estes casos, sem que seja necessário fazer um esforço interpretativo de forma abranger na letra e no espírito da lei aquilo que o legislador não equacionou. Uma atitude como esta é arriscada. Arriscada porque o direito penal tem bases fortes ao nível constitucional e estas, jamais, podem ser saltadas como se de barreiras falássemos.

JOSÉ DE FARIA COSTA continua escrevendo que o direito "não pode ser rígido; que não pode ser estático; que tem de se adaptar à vida; que tem de se afeiçoar às

²⁰⁸ Cfr. SOUSA, Susana Aires de, "A Transmissão do vírus da Sida...", p.121.

²⁰⁹ Cfr. SCHNÜEMANN, Bernd, "Problemas Jurídico-Penales Relacionados com el SIDA"..., p. 175 e ss.

circunstâncias"²¹⁰. É esta a nossa opinião. O Direito tem de abarcar a maior parte possível dos problemas que a sociedade enfrenta. Não pode ser estático. Não pode acomodar-se. Não pode ser inflexível.

Depois das conclusões e das exposições vertidas nos pontos imediatamente antecedentes, chegou a altura de nos questionarmos: a transmissão vertical do vírus da sida comporta em si uma conduta penalmente relevante? Pois bem, acreditamos que sim. Acreditamos que a ação ou a omissão de uma mãe que nada faz, ou que tudo faz, para evitar ou provocar a transmissão do vírus ao embrião ou ao bebé deveria configurar um comportamento com relevância jurídico criminal. Porém, a que título punir? Poderemos estar aqui perante o preenchimento dos elementos objetivos do tipo legal de ofensas à integridade física? Afinal, admitimos que este poderia enquadrar os casos de transmissão entre aqueles que já nasceram, pelo que quanto ao recém nascido não levantamos mais esta questão.

Agora pensemos. E quanto aos embriões? Ora, se falamos em embriões falamos na vida intrauterina. A esta o Código Penal dedica o seu capítulo II, sendo este epigrafado sob a designação "dos crimes contra a vida intrauterina". O art.º 140.º do Código Penal português prevê e pune, em determinadas circunstâncias, o crime de aborto.

Todavia, observemos, desde já, aquilo que nos parece óbvio. O bem jurídico tutelado neste tipo legal é, como o próprio nome deixa desde já antever, a vida humana, mais precisamente a vida humana intrauterina que, tal como refere DAMIÃO DA CUNHA "assumirá assim autonomia numa perspectiva de tutela jurídico-penal"²¹¹. Ora, para que o preenchimento do tipo esteja concretizado, por forma a que seja possível desencadear a punição, é imperativo que o feto, ou o embrião²¹², não chegue a nascer com vida²¹³.

²¹⁰ Cfr. COSTA, José de Faria, *As Linhas Retas do Direito...*, p. 9.

²¹¹ Cfr. CUNHA, J. M. Damião da, *Comentário ao art.º 140.º do Código Penal...*, p. 223.

²¹² Frisamos aqui que pese embora não resulte de forma expressa da letra da lei, o objeto do crime de aborto, do art.º 140.º do Código Penal, pode ser o feto ou o embrião. Cfr. *Ibidem*, p. 227.

²¹³ O bem jurídico protegido no crime de aborto é, naturalmente, a vida intrauterina. Assim sendo, só poderemos estar perante o crime de aborto se existir vida dentro do útero materno, independentemente de falarmos em fetos ou em embriões. Ora, como facilmente se deixa antever, a vida intrauterina é diferente da

Sucedem, porém, que nos casos de transmissão vertical do vírus da sida o feto nasce e torna-se "pessoa". O que queremos com isto dizer, é que quando, durante a gestação, a mãe transmite o vírus, a título de dolo ou de negligência ao feto não significa, necessariamente, que estejamos perante "uma morte anunciada". Tal como anteriormente já referimos, ser portador do vírus não tem, obrigatoriamente, de ser uma morte para o sujeito.

Assim sendo, não conseguimos, penalmente, tutelar aquela conduta pelo art.º 140.º do Código Penal e, por maioria de razão, também não o poderemos concretizar pelo art.º 131.º, ou seja, pelo crime de homicídio. Pois, na verdade dos factos não existe o resultado morte, podendo, isso sim, existir o resultado de "lesões à integridade física".

Como também já fizemos alusão, a integridade física ascende à categoria de bem com dignidade jurídico penal. Para tanto, basta pensarmos no art.º 143.º do Código Penal. Todavia, o preceito normativo prevê, no seu teor literal, que as ofensas terão de recair sobre "outra pessoa"²¹⁴. Assim, duas conclusões poderemos, imediatamente, daqui retirar. A primeira, é que "outra pessoa" se refere a um sujeito diferente do próprio, pelo que as auto lesões não são puníveis a este título. E, em segundo lugar, que, aparentemente, "outra pessoa" terá de ser um humano vivo e já nascido, ou, pelo menos, no âmbito do direito penal, que já se tenham iniciado as primeiras contrações antes do nascimento ou o primeiro corte de cesariana.²¹⁵

Ora, se na investigação que aqui desenvolvemos assumimos que a transmissão vertical do HIV poderá causar lesões ao feto ou ao embrião questionamos: será que as lesões pré-natais, sofridas ainda no decurso da gravidez, por quem "ainda não nasceu" poderão ser puníveis como ofensas à integridade física? Aqui, mais uma vez, relembremos: não falamos de toda e qualquer lesão mas antes de lesões, essencialmente na saúde, que possam, ser causadas pelo vírus da sida.

Pois bem, neste conspecto existem autores que defendem que as lesões que se efetuam antes do nascimento - aqui entenda-se na gravidez - mas as quais se venham a manifestar, ou que permaneçam, após aquele marco temporal, poderão ser abrangidas pela

vida humana que surge, no momento do início, vamos dizer assim, do trabalho de parto. Cfr. SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, p. 194.

²¹⁴ Aqui, *vide* o ponto 3, do Título II, do Capítulo I.

²¹⁵ Cfr. FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário ao art.º 143.º do Código Penal...*, p. 302.

tutela jurídico-penal concedida à integridade física, porquanto se tratarem de consequências ou efeitos que afetam a pessoa²¹⁶.

Contrariamente àqueles, outros autores perfilham a tese de que qualquer lesão que venha a incidir sobre o feto não cabe na proteção jurídico criminal que é dispensada à integridade física, uma vez que esta apenas opera após o nascimento. Para tanto, estes autores alegam que o critério para aferir da eventual responsabilidade penal, consagrado pelo legislador, está previsto no art.º 3 do Código Penal. Quer isto significar que o momento determinante para aferir da responsabilidade penal, é o momento da prática do facto e não o momento da ocorrência do resultado²¹⁷.

Após o discurso vertido nas linhas antecedentes, sem a concretização plenas das nossas ideias, uma vez que é o que nos propugnamos realizar no capítulo seguinte, poderemos avançar já com algumas conclusões que se nos afigura conter em si uma total pertinência.

Se olharmos atentamente para a realidade contida no nosso Código Penal, e se mais uma vez atendermos única e exclusivamente à letra da lei, conseguimos, facilmente, aprender que atos ou omissões cometidas pela própria mãe durante o período da gestação e que terminam por afetar a vida ou a saúde do embrião, revestem-se de um leque de condutas que são criminalmente irrelevantes. Pois, se não são tuteladas nem pelo crime de homicídio, nem pelo crime de aborto - por razões óbvias uma vez que o feto nasce - nem pelo crime de ofensas à integridade física, se para tanto aceitarmos o critério dado pelo legislador para a determinação do momento em que se aufere da responsabilidade criminal, então ficamos perante condutas que "caem em terra de ninguém".

Se ao nível do direito penal estes possíveis comportamentos são "insignificantes", já ao nível do direito civil tais podem conduzir ao desencadear de um processo cível, que se destinará a peticionar uma indemnização pelas lesões provocadas no útero e que apenas se vêm a manifestar na pessoa já nascida²¹⁸.

Todavia, não foi só o direito penal clássico - aquele que quase já se apresenta com barbas brancas - que fez voto de silêncio em relação a esta temática. A Lei da Procriação

²¹⁶ *Idem*

²¹⁷ FARIA, Paula Ribeiro de, Comentário ao art.º 143.º do Código Penal..., p. 303.

²¹⁸ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, "Aqueles que Nasceram" ..., p. 1071

Medicamento Assistida²¹⁹ - muito mais recente que o direito penal, que como o próprio nome indica é clássico - em momento alguma se debruça pela problemática das lesões causadas ao feto e, conseqüentemente, não prevê sanções penais para os embriões que sejam transferidos e que terminem por nascer com sequelas que sejam causadas *in vitro*²²⁰.

Aqui chegados, e por tudo o que vimos de expor ao leitor, terminamos por mencionar - ou relembrar - que iniciámos a nossa investigação dedicando especial atenção à vida intrauterina. Considerámos, no âmbito da presente monografia, que o Tribunal Constitucional e a generalidade da doutrina têm defendido que o direito à vida, consagrado no art.º 24.º da Constituição da República Portuguesa, é extensível, na sua dimensão objetiva, à vida intrauterina.

Por outro lado, também dedicámos especial atenção ao conceito de integridade pessoal, plasmado no art.º 25.º da Lei Fundamental, que tal como o direito à vida, se insere no leque de direitos fundamentais. Após este raciocínio, não excluimos, de imediato, a possibilidade de criarmos a mesma linha de pensamento para a integridade física dos que "ainda não nasceram". Dito de outro modo, ou simplificando, que razões poderão existir que não nos permitam estender a integridade física dos embriões, mais uma vez na sua dimensão objetiva, à integridade pessoal, constitucionalmente consagrada? Será que se assim o fizéssemos poderíamos afirmar que a integridade física "intrauterina" estava penalmente tutelada?

São questões a que nos comprometemos dar resposta no capítulo seguinte, da presente investigação.

Para quem nos lê - resta-nos a esperança - queremos desde já dizer que uma tal ideia de possível proteção jurídico penal da integridade física dos que não nasceram, não é, em ordenamentos jurídicos estrangeiros uma ideia nova. Muito pelo contrário. O ordenamento jurídico penal espanhol consagra o delito de lesões ao feto, num título próprio, que não requer qualquer esforço interpretativo para se perceber e aceitar o que visa tutelar.

²¹⁹ Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada e republicada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

²²⁰ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, "Aqueles que Nasceram" ..., pp.1071-1072.

No que a nos diz respeito, fazemos nossas as palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, que se reportam às lesões fetais: "urge refletir acerca da utilidade e necessidade da sua introdução no nosso ordenamento criminal"²²¹.

²²¹ *Idem*

Capítulo III - A transmissão vertical do HIV: lesões à integridade física daqueles que ainda não nasceram. Análise à luz do direito penal.

Título I - Os casos reais de transmissão vertical do vírus da Sida. Os perigos de aceitarmos, em termos jurídicos, que o embrião é uma pessoa.

1 - O caso real M.J.S.

Quando começámos a escrever a presente dissertação - já lá vão algumas páginas e algumas ideias exposta ao leitor - referimos que a mesma se inspirava num caso real, diretamente vindo do Brasil. Aqui chegados, iremos discorrer um pouco sobre ele.

M.J.S, uma gestante de 28 anos, encontrava-se grávida do quarto filho, no ano de 2011, mas desde Setembro de 2010 que era conhecedora do seu estado de seropositividade. Ora, por questões lógicas e cronológicas, nas gestações anteriores M.J.S não se tinha deparado com a necessidade, nem com a recomendação médica, da toma de antirretrovirais.

Durante o decurso da quarta gravidez, na primeira consulta pré-natal, e atendendo ao diagnóstico, anterior, positivo de HIV, a gestante foi alertada pela equipa médica dos riscos inerentes, quer para a sua própria saúde quer para a saúde do feto, em virtude da infeção de que era portadora.

Para além dos exames gerais que são solicitados pelo médico para qualquer mulher grávida, no caso de M.J.S foram ainda pedidos exames específicos, os quais englobavam a carga viral e a contagem de linfócitos. Após a sua realização e a análise médica dos resultados, a gestante foi, imediatamente, aconselhada à toma de medicação antirretroviral.

Apesar do cenário descrito, a gestante não compareceu à consulta pré-natal do quinto mês de gravidez. Atendendo a este facto, a mesma foi convocada por uma assistente social para comparecer no Serviço Médico.

Ao sexto mês de gestação, M.J.S retorna ao Serviço Médico. Aqui, foram-lhe novamente realizados novos exames médicos, os quais revelaram alta carga vírica. Nesta mesma consulta pré-natal, a paciente informa o médico não ter, durante aproximadamente dois meses, feito a toma de antirretrovirais de modo regular, tal como lhe havia sido

aconselhado na consulta do quarto mês de gravidez. Informou ainda que esta não toma de medicação se deveu, unicamente, a uma decisão própria. Após a gestante ter assumido a sua conduta, os médicos alertaram-na novamente para os riscos envolvidos e voltaram a frisar a importância da toma da medicação, por forma a prevenir a transmissão da infeção ao feto.

Decorria o sexto mês de gestação e a paciente, mais uma vez, não compareceu na consulta pré-natal, agendada para o mesmo.

Apenas no sétimo mês de gravidez, a gestante voltou aos serviços médicos, informando, novamente, que ainda não tinha começado a toma da medicação prescrita pelo médico. Nesta mesma consulta, foram realizados novos exames, os quais revelaram um aumento da carga viral sanguínea, o que confirmou o não cumprimento das recomendações médicas.

Perante estes factos, a equipa médica de imediato equacionou a possibilidade de internamento da gestante, o que foi, de imediato, rejeitado uma vez que medicamente não existia justificação para tal, visto que os medicamentos estavam disponíveis, eram gratuitamente fornecidos pelo Sistema Único de Saúde e a administração dos antirretrovirais deveria ocorrer por via oral. Para além de tudo isto, a permanência de uma gestante portadora do HIV no hospital, por um período longo, fazia aumentar o risco de uma "doença oportunista", o que não seria, de todo, desejável.

Pese embora todos os alertas médicos e todos os conselhos que foram dados à paciente, o certo é que esta só voltou ao hospital já em trabalho de parto.

No momento do parto, a equipa médica adotou todas as precauções que o caso exigia, no sentido de prevenir a transmissão vertical do vírus da sida: administração materna, por via endovenosa de zidovudina, nas doses adequadas ao trabalho de parto; tratamento profilático adequado ao recém nascido, xarope de zidovudina, e, ainda, contraindicaram a amamentação natural.

Contudo, apesar de todos os esforços dos médicos, os primeiros exames sorológicos realizados ao recém nascido demonstraram que o bebé era portador do HIV, o que foi confirmado com exames posteriores^{222 223}.

Perante o caso que por ora vimos curando questionamos: que tratamento jurídico penal deve ser dado à matéria? Para respondermos a esta questão é importante que tenhamos em mente que a criança que nasceu vê a sua saúde fortemente debilitada, em virtude de um comportamento, consciente e deliberado, que foi adotado pela sua mãe durante o período da gestação. Quando em causa estejam mulheres infetadas com o vírus da Sida, um dos principais cuidados a ter durante o período gestacional é a toma de medicamentos antirretrovíricos, com regularidade e nas doses recomendadas pelos médicos infeciologistas²²⁴, pois está demonstrado, cientificamente, que a toma regular desta medicação apresenta melhorias significativas nos pacientes²²⁵. Para além disto, cumpre

²²² A descrição do caso a que nos reportámos encontra-se relatado por GOMES, Mariângela Gama de Magalhães / PAULA, Danilo Martini de Moraes Ponciano / PEREIRA, Eduardo Augusto Alves José Ferioli / CABAR, Fábio Roberto / BARBERIO, Naiara Vilardi Soares, "Proteção Penal da Integridade Física do Feto - Estudo a Partir de um Caso Concreto" in *RJLB*, Ano 1, N.º 1, 2015 pp. 135 e ss.

²²³ O caso que aqui relatámos é apenas um em muitos que são narrados, pelos mais diversos autores. Em 2002, quando uma outra criança nasceu, também foi infetada pelo HIV. A sua mãe tinha 40 anos e há 10 que era conhecedora do seu estado de seropositividade. Foram-lhe prescritos os antirretrovirais mas a sua toma foi bastante irregular. Após 48 horas de a criança ter nascido, o teste do HIV deu um resultado negativo. Todavia, aos 3 meses de idade o mesmo teste foi repetido e o resultado que adveio já foi positivo. Aquela criança havia sido infetada pela sua mãe que, mais uma vez, reiteramos, não fez o uso regular da medicação que lhe havia sido prescrita. Cfr. GONZÁLES, Rocha G. / DUQUE, V., "Um caso de transmissão vertical do HIV - O Problema da Resistência aos anti retrovíricos", in *O VIH/SIDA na Criança e no Idoso*, VII Congresso Virtual HIV/AIDS, Normagrafe, Lda., Santarém, 2007, pp. 219 e ss. A acrescentar a estes casos que aqui já expusemos, poderemos ainda relatar um outro, de uma mulher de 19 anos, que vivia com o seu companheiro que era toxicod dependente. Às 20 semanas de gestação, foi-lhe diagnosticada, por rotina pré-natal, a infeção com o vírus HIV. Esta grávida não cumpriu com a terapêutica de profilaxia e faltou a cerca de 99% das consultas, apenas tendo comparecido a uma. A criança foi infetada com o vírus da Sida. Cfr. PEREIRA, M. / CANAVARRO, M C, "Mulheres infetadas pelo VIH/SIDA: Adaptação ai nascimento de uma criança?" in *O VIH/SIDA na Criança e no Idoso*, VII Congresso Virtual HIV/AIDS, Normagrafe, Lda., Santarém, 2007, pp. 227 e ss.

²²⁴ Cfr. PINHO, Lúcia, (coord.), *Da mãe à Criança uma Nova Esperança*, patrocinado pela Comissão Nacional para a Humanização e Qualidade dos Serviços de Saúde/Ministério da Saúde, Imprensa de Coimbra, Lda., 2000, p. 21.

²²⁵ Cfr. OLIVEIRA, J S C / LIMA, F L A / SALDANHA, A A W, "Bem estar subjetivo em mães de Crianças com diagnóstico soro-interrogativo para o HIV" in *Novas perspetivas sobre a infeção VIH/SIDA e doenças relacionadas*, 8.º Congresso Virtual sobre HIV, coord. de Nuno Taveira, Miguel Castanho e Helena Barroso, Imprinove, Soc. Unipessoal, Lda., Santarém, 2008, p. 51.

ainda notar que a transmissão do vírus de mãe para filho se configura como a principal via de infecção pediátrica das crianças. É certo que nos últimos anos temos assistido a um ligeiro decréscimo destes casos. Contudo, tal só tem sido possível pela implementação de medidas clínicas e terapêuticas específicas, quer na grávida infetada, quer no recém nascido, no sentido de evitar a transmissão²²⁶.

Depois deste breve esquiço, viremos os holofotes - novamente - para a falta de proteção penal da integridade física do feto.

É com base nesta lógica de raciocínio que "viramos a página" e nos vamos, em concreto, debruçar no nosso ordenamento jurídico e no ordenamento jurídico espanhol, tendo como meta a discussão na necessidade, ou não, de introduzir no nosso sistema jurídico penal um tipo legal de crime, que diretamente verta a sua proteção naquelas que "ainda não nasceram".

2 - A Transmissão Vertical do HIV: contágio de outra "pessoa"?

A presente investigação circunda em redor da transmissão vertical do vírus da Sida. Aqui, ironicamente, vamos retomar a 1983. No decurso deste ano, duas equipas pediátricas americanas descrevem o síndrome da imunodeficiência adquirida numa criança. Era desconhecido que tal existisse. Todavia, a equipa médica percebeu que tal infecção teria sido transmitida, ainda, no útero materno²²⁷. É a partir deste momento que se começam a elaborar os primeiros estudos, porque surgem os primeiros casos, sobre a transmissão materna da infecção. No seu âmbito, percebe-se que a transmissão vertical pode ocorrer durante a gestação, o parte e, até mesmo, durante a amamentação²²⁸.

²²⁶ Cfr. E, Pádua, "Transmissão mãe-filho do VIH-1 e VIH-2: Análise de Casos Recebidos no Laboratório de Referência da Sida entre 1999 e 2005" in *O VIH/SIDA na Criança e no Idoso*, VII Congresso Virtual HIV/AIDS, Normagrafe, Lda., Santarém, 2007, p. 133 e ss. Neste mesmo artigo, o autor relata casos reais com os quais teve contacto e, dos quais, procedeu à análise de dados. Pese embora todas as medidas que têm sido tomadas, o certo é que a transmissão vertical continua a acontecer em países desenvolvidos, contrariamente àquilo que se possa pensar. Para além disto, o autor refere ainda que grande parte dos casos de crianças verticalmente infetadas nasceram de mães que não cumpriram a prevenção durante a gravidez.

²²⁷ Cfr. ARAÚJO, Maria Teresa, *Sida no Feminino - Perceções e implicações na sexualidade e maternidade*, Formasau - Formação e Saúde, Lda, Coimbra, 2005, p. 23.

²²⁸ *Idem*

Depois de serem realizados aqueles estudos, em 1998, Hoyt aponta como causas da transmissão vertical o difícil acesso das mulheres infetadas a cuidados de saúde, a terapêuticas antirretrovirais e à hospitalização. Todavia, anos depois destas afirmações e de estudos mais aprofundados sobre a temática, o certo é que existem mulheres que dolosamente transmitem o vírus ao feto, condicionando, desse modo, a sua saúde para o resto da vida. É aqui que cremos, vivamente, que o direito penal deveria ter voz!

Ora, como tutelar estes comportamentos? Pois bem. Vislumbramos como possíveis dois caminhos, sendo que são substancialmente distintos. Por um lado, tendo em conta o ordenamento jurídico penal português, se admitirmos que o feto é uma pessoa poderemos, por todas as razões já expostas, tutelar a transmissão vertical do vírus da sida pelo tipo legal de ofensas à integridade física. Não nos parece que esta seja a solução que melhore se coadune com tudo o que subjaz às exigências criminais. Não nos parece, igualmente, que possamos aplicar preceitos normativos a nascituros, que foram pensados para aqueles que já nasceram. Se a lógica do legislador fosse esta, que cremos que não o foi, o crime de aborto quase que seria abalroado pelo de homicídio, pois, ao fim ao cabo, no texto da lei que positiva este, também podemos ler a palavra "pessoa". Muito embora possamos considerar o embrião como pessoa, não cremos que tal ideia possa vingar ao nível criminal e, muito menos, que se possam desencadear punições que brotem de uma questão filosófica que, no fundo, é discutir o estatuto jurídico do embrião. Todavia, e muito embora tínhamos aqui espelhado o nosso pensamento, não considerarmos o produto da conceção biológica como pessoa, ou aceitarmos que o possa ser mas não para efeitos jurídico criminais, conduzir-nos-á a uma total falta de proteção penal, daqueles que ainda não nasceram, gritante.

No âmbito do direito penal, independentemente do tema que seja foco de discussão, queremos certezas, até porque a isso nos obriga um princípio básico: o princípio da legalidade. É certo que na arquitetura penal as perspetivas podem variar. Para tanto, basta pensarmos que nem todos os ordenamentos jurídicos se regem pelos mesmos princípios e, também, nem todos atribuem a mesma dignidade aos bens jurídicos que protegem. Mais ainda. A política criminal, também ela, varia quase que por questões de latitude ou longitude. Dizemos isto porque trazemos à memória o ordenamento jurídico

penal espanhol. Este, criminaliza as lesões que são causadas ao feto. Assim, no seu seio, não precisamos de qualquer esforço interpretativo para protegermos a integridade física daqueles que ainda não nasceram. E em Portugal? Em Portugal discutimos se o feto é, ou não é pessoa. Consequentemente, em função da resposta que possamos dar à questão varia a proteção jurídico penal. Cremos que não é solução. Cremos que não é este o caminho que o direito penal deve trilhar. Cremos que é necessário pensar, ou repensar, os conteúdos da parte especial do Código Penal.

Anteriormente, dissemos que, em nossa humilde opinião e salvo devido respeito por outras que possam surgir, o feto deveria ser considerado pessoa, muito embora não o fosse em termos jurídicos, sendo que para o efeito abraçamos as ideias expostas pelo parecer do CNECV. Todavia, sem que estejamos aqui perante o risco de qualquer contradição, vamos assumir que os que ainda não nasceram não podem ascender à categoria de pessoa humana, no seio do direito criminal. Assim sendo, as lesões à integridade física que lhe sejam causadas não têm relevância jurídico criminal. E se adotássemos uma posição como o direito penal espanhol? Um tipo legal de crime que consagrasse as lesões que são causadas ao feto, atribuindo a estas relevância penal?

É o que nos propomos realizar nas páginas que se seguem. Um caminho que, desde já, esperamos fazer "lado a lado" com o leitor.

3 - A configuração do Direito Penal espanhol: o delito de lesões ao feto.

O artigo 157.º do Código Penal espanhol, inserido no Título IV, com a epígrafe de las lesiones al feto, tem a seguinte redação:

"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 graves tara física ou psíquica, será castigado com pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios

de toda a índole en clínicas, establecimientos a consultórios ginecológicos, públicos o privado, por tiempo de dos a ocho años".

É com base na própria letra da lei que vamos partir para a nossa análise, tentando perceber se os casos de transmissão vertical do vírus da sida poderia, ou não, ser enquadrados nesta norma e, se respondermos afirmativamente, discorreremos sobre a necessidade de implementação de uma semelhante a esta no ordenamento jurídico penal português.

3.1 - O delito de lesões ao feto: a *ratio legis* da norma.

No direito penal espanhol, à semelhança do que acontece no português, até à aprovação da Lei Orgânica n.º 10/1995, de 23 de Novembro, não se protegia a saúde do feto. Até esta data, o Código Penal espanhol apenas reconhecia como bens jurídicos a vida e a saúde dos que já tinham nascido.

Ora, a introdução dos artigos 157.º e 158.º do Código Penal espanhol é uma opção politico-criminal originária, pelo que não existe um corpo doutrinal ao qual possamos recorrer para nos ajudar a compreender o alcance e significado destes preceitos legais.

Porém, nos finais dos anos cinquenta e inícios dos anos sessenta, começa a surgir a problemática das lesões causadas ao feto. Estas, emergiram com o famoso "Caso Contergan". A empresa farmacêutica alemã Grünenthal colocou no mercado um medicamento denominado de Contergan, ou também conhecido por Talidomida, que foi receitado entre os anos de 1957 e 1961. Esta substância era prescrita a gestantes na Europa e na América do Norte, durante o primeiro trimestre de gestação, e servia como calmante ou sedativo²²⁹ e, essencialmente, como forma de atenuar os enjoos matinais. Todavia, o certo é que, alegadamente, este medicamento terá sido o responsável pelo nascimento de mais de três mil crianças com más formações nos membros, tendo, mais tarde, provocado a sua morte²³⁰.

²²⁹ Como referência à substância calmante básica que compunha o medicamento. Cfr. GÓMEZ BENITEZ, Carmen, *Causalidad, Imputación y Cualificación por el Resultado*, Madrid, 1998, p. 40.

²³⁰ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo, *El Delito de Lesiones al feto - Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, Editora Comares, Granada, 2002, pp. 75-76.

Aqui chegados, poderemos afirmar que até ao desenvolvimento desta caso, a lei remetia-se ao silêncio, no que dizia respeito à tipificação das lesões ao feto²³¹. Atendendo ao contexto histórico, na perspectiva de EDUARDO RÁMON RIBAS tal silêncio poderia ser justificado por várias ordens de razões. Entre as quais, o autor destaca o facto de as ciências biomédicas terem pouco conhecimento do desenvolvimento do embrião e, também, o facto desta falta de conhecimento ser a responsável pela dificuldade de estabelecer o nexo causal entre o delito e o resultado. Por último, mas diretamente relacionado, o autor menciona que as escassas notícias científicas sobre causas de produção das lesões pré-natais, traduziram-se na dificuldade de atuação penal, por forma a que seja possível tutelar a saúde do feto²³².

Assim, foi com o "Caso Contergran" que se demonstrou a posição débil dos nascituros e a fraca proteção nas primeiras fases do seu desenvolvimento. Ademais, com o passar dos tempos, os desenvolvimentos da ciência médica têm permitido um maior e mais vasto conhecimento da vida pré-natal, pelo que se exigem respostas ao nível legal que sejam capazes de se coadunar com aquele mesmo desenvolvimento científico. Ou seja, aquilo que em tempos era desconhecido e não permitia a afirmação do direito penal para uma forte tutela, deixou de o ser, devido os avanços médicos e científicos. Neste conspecto, destacamos aqui, *v.g.*, as Técnicas de Procriação Medicamente Assistidas²³³ e os Organismos Genéticos Modificados²³⁴. Isto, em nossa opinião, quer significar que existe a plena necessidade de tutelar novos bens jurídicos que podem vir a ser afetados.

²³¹ A problemática advinda dos casos da Talidomida não se circunscreve apenas ao Direito Penal, muito embora seja este o nosso centro nevrálgico. Também no campo Direito Civil, ao debruçar-se sobre a análise da proteção jus civil da vida pré-natal, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, faz uma alusão aos "tristemente célebres e paradigmáticos casos de talidomida", dizendo que neste caso, à semelhança de outros, se tem reconhecido a proteção ao nascido com deficiência, muito embora esta proteção, para o Direito Civil, se reflita, essencialmente, numa pretensão indemnizatória. Para mais desenvolvimentos *vide* FRADA, Manuel Carneiro da, "A proteção juscivil da vida-pré-natal sobre o estatuto jurídico do embrião"... *ob. cit.* pp. 75 e ss.

²³² *Ibidem*, p. 77.

²³³ A questão suscitada pelas Técnicas de Procriação Medicamente Assistida já foi conduzida ao Tribunal Constitucional, onde se prezou pela não declaração de inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei n.º 32/2006. Aqui, o princípio da dignidade da pessoa humana foi debatido, sendo por este mesmo motivo que se pode ler no referido Ac. que "para além de não ter ficado esclarecido que contornos objetivos deteria o princípio, ficou ainda por esclarecer qual o exato âmbito da sua aplicação subjetiva". Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009.

²³⁴ Cfr. SALÁS DARROCHOA, Josep Tomás, "El Concepto de Feto en el Código Penal español", *in* DS, Vol. 13, Núm. 1, Enero - Junio 2005, p. 110.

Depois deste breve esquiço, podemos concluir, imediatamente, que o delito de lesões ao feto foi criado para dar resposta à desproteção, quer da saúde, quer da integridade física, dos mesmos. Até aqui, nenhuma novidade que mereça um especial destaque.

Assim sendo, vejamos. Aqueles bens jurídicos que por ora temos vindo a aludir, no seu aspeto geral, podem ser afetados de várias formas. Para tanta basta pensarmos que no Caso da Talidomina a saúde e a integridade física daquelas nascituros foi atingida por uma ação de terceiros, que colocou o medicamento no mercado sem a prévia realização de todos os ensaios clínicos necessários, para que se pudesse ter a certeza que aqueles resultados não se iriam produzir. Para além disto, também poderemos conceber a ideia de tal delito ter sido criado para tutelar, penalmente, aquelas situações em que o aborto era mal realizado e terminava por produzir lesões no corpo e na saúde do feto. O certo é que para além destas lesões que são causadas pela atividade médica ou por quem deveria ter conhecimentos por forma a evitá-las não são as únicas. Também a mãe pode causar lesões à saúde e à integridade física do feto. É neste conspecto que se enquadra a transmissão vertical do vírus da sida e outros comportamentos, tais como o consumo de álcool, drogas ou, até mesmo, a prática de exercício físico excessivo, durante o período da gestação.

Visto isto, questionamos: é certo que o artigo 157.º do Código Penal espanhol visa tutelar as lesões ao feto. Todavia, será que foi criado para tutelar as lesões, independentemente do comportamento que as tenha provocado? Não nos parece, à primeira vista, que seja possível respondermos afirmativamente à questão, sem uma prévia reflexão. Em primeiro lugar, basta atentarmos no teor literal do artigo que, em nossa opinião, padece de algumas incongruências. Deste modo, o mesmo prevê que quem causar lesões ao feto será punido com pena de prisão e, cumulativamente, entenda-se, ser-lhe-á aplicada a sanção acessória de inibição para o exercício da profissão, durante um determinado lapso temporal. É isto que, sem qualquer esforço interpretativo, decorre do artigo. Ora, assim sendo, não parece que este possa tutelar as lesões que são causadas pela própria mãe, uma vez que na punição desencadeada pelo preceito é estipulada a pena de prisão e a inibição para o exercício da profissão. São duas punições cumulativas, pese embora se apresentem como substancialmente distintas. Pois, enquanto uma se configura como uma pena, *strito sensu*, a outra é uma sanção acessória que só poderá ser aplicada aos

profissionais da saúde, ou, pelo menos, àqueles que ajam no exercício da profissão. Todavia, embora aceitemos como possível raciocínio plasmado nas linhas anteriores, o certo é que o artigo 158.º do Código Penal espanhol admite a punição, a título de negligência, pelas lesões causadas e, nestas, exclui, literalmente, que a figura da mãe possa ser punida a este título. É certo que poderíamos pensar que se fosse pretensão do legislador excluir a mãe dos sujeitos ativos do artigo 157.º, o teria feito, expressamente, tal como o fez, no artigo 158.º do Código Penal espanhol. Porém, em nossa opinião, algumas considerações teremos aqui que tecer a este respeito.

Para considerarmos que o comportamento, doloso, da mãe que de aso à produção das lesões se possa enquadrar no artigo 157.º, na nossa perspectiva, é necessário que façamos algumas interpretações na leitura deste. Ora, se for a mãe a desencadear o processo causal, teremos de restringir o teor literal do artigo. Com isto, queremos dizer que apenas poderá ser aplicada à gestante a pena de prisão e nunca a sanção acessória de inibição, temporal, para o exercício da profissão. Deste modo, despersonalizamos a letra da lei, uma vez que esta cumula as duas sanções. Por outro lado, caso as lesões sejam causadas por médico, ou profissional de saúde, no exercício das funções, fazemos, plenamente, funcionar a letra da lei e, só aqui, será possível aplicar a pena de prisão e a sanção acessória. Muito embora não sejamos defensores desta exposição, é a única forma de compreendermos a doutrina espanhola, que nos tem vindo a dizer que o artigo 157.º do Código Penal não é um delito especial, pelo que não exige determinados conhecimentos que levem a cabo as condutas lesivas.

No que diretamente diz respeito ao artigo 158.º, que positiva o facto de a mãe não poder ser punida, a título de negligência pelas lesões causadas, também nos cumpre dizer que, em nossa opinião, este preceito é tão frágil como a proteção penal que em Portugal é dispensada aos nascituros. Pois, muitos dos comportamentos da progenitora que poderão dar aso áquilo que a norma quis proteger não são dolosos, sendo antes negligentes. Assim, temos uma norma que, atendendo à realidade em que está inserida, perde o seu sentido útil uma vez que a mulher está livre de censura penal se agir negligentemente.

Como bem vimos de demonstrar, temos algumas dificuldades em aceitar que a gestante caiba, enquanto sujeito ativo, no teor literal do artigo 157.º do Código Penal

espanhol. Contudo, não vamos ficar por estagnar aqui a nossa argumentação. Queremos ir mais longe para sustentarmos a posição que perfilhamos. Então, também aqui já mencionámos que os delitos de lesões ao feto surgiram no contexto de um desenvolvimento médico e científico quer da vida pré-natal, quer de um conjunto de técnicas que contra si poderão atentar. Bem vistas as coisas, até àquele momento em que todos estes desenvolvimentos desabrocharam, tal temática não era, sequer, abordada. Deste modo, quer-nos parecer que estes delitos surgiram não para punir os comportamentos da mãe que pudessem dar aso ao resultado proibido mas antes para punir os comportamentos dos profissionais de saúde que, no exercício das suas funções, pudessem causar estas mesmas lesões.

Por tudo o que até aqui expusemos, podemos concluir, essencialmente, que a redação dos artigos, que no Código Penal espanhol punem as lesões que são causadas ao feto, é frágil e que padece de esclarecimentos aprofundados por parte da doutrina e, quiçá, da jurisprudência espanhola. Na nossa ótica, não é claro que os comportamentos, dolosos, da mãe se possam subsumir naquelas preceitos, em virtude de tudo o que já explicámos. Deste modo, muito embora o direito penal espanhol seja detentor de um tipo legal de crime que o direito criminal português não consagra, o certo é que para o tema que aqui nos move, mesmo que em Portugal existisse tal opção legislativa, não seria a solução para o problema que aqui levantamos. Adotarmos uma solução como aquela, carceraria, em nossa opinião de uma redação diferente do preceito legal, por forma a que não restassem dúvidas quanto a quem poderiam ser os sujeitos ativos do tipo legal. Por outro lado, não nos parece que não atribuir relevância penal aos possíveis comportamentos negligentes²³⁵ da mãe fosse a melhor opção jurídico criminal. Assim sendo, preza-mos pela conclusão que se proclamarmos para o ordenamento português uma norma semelhante a esta, pelo menos quanto ao seu sujeito passivo, teremos de ser mais claros no teor literal do artigo e, essencialmente, abrir portas à punição de condutas negligentes, por parte da gestante.

²³⁵ No nosso ponto de vista e para a investigação que aqui nos move, o que, na verdade, pretendemos é que a mãe seja o principal sujeito ativo a ser punido com o tipo legal. Não acreditamos na velha teoria que defendia a ideia de "pena natural". No fundo, esta argumentação postulava que a lesão causada a título negligente, ao embrião, por parte da gestante, era, por si só, uma "pena", uma aflição que esta iria sentir e, portanto, seria bastante para "punir" o seu comportamento. Para mais desenvolvimentos sobre este conceito de "pena natural" *vide*, v.g., CALDERON CEREZO, Ángel, CHOCLÁN MONTALVO, José, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1999, p. 623.

4 - A proteção conferida ao feto em outros ordenamentos jurídicos: breve referência.

Como bem vimos de demonstrar, o direito penal português ainda não se sensibilizou às condutas que ofendem a integridade física dos nascituros. Todavia, o direito penal peruano, à semelhança do espanhol, já despertou para a necessidade de tutelar penalmente aquelas condutas. Deste modo, prevê o artigo 124.º-A do Código Penal do Perú o seguinte:

" El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres".

No Perú, até à alteração legislativa trazida pela Lei n.º 27716 de 8 de Maio de 2002²³⁶, a integridade física do feto também não era juridicamente tutelada²³⁷. Todavia, tal necessidade surgiu na sequência dos desenvolvimentos da ciência médica e, conseqüentemente, da possibilidade de provar a existência das lesões que foram causadas ao feto, no útero materno. Com isto, de uma forma mais técnica, o que queremos dizer é que estes desenvolvimentos trazidos pela ciência permitem estabelecer um nexo de causalidade entre a lesão que foi criada e a conduta que a originou. Deste modo, foi a referida pela lei que criou o art.º 124-A, com a redação a que aludimos.

Depois destas breves considerações introdutórias, vamos agora tecer alguns comentários, ao artigo, que na nossa perspetiva merece uma pequena análise. Assim, num primeiro momento, parece decorrer da própria letra da lei que esta só abarca os comportamentos doloso. Porém, é certo que muitas vezes são comportamentos negligentes

²³⁶ No Congresso da República, a 28 de Setembro de 2001, o congressista CHAMORRO BALVIN propôs a inclusão do delito de lesões ao concebido, através do projeto de Lei n.º 00839, que acabou por ter inclusão legislativa, precisamente, no art.º 124-A, do Código Penal peruano.

²³⁷ Não queremos ser perentórios na afirmação que tecemos porquanto existirem autores que defendem que aquilo que é tutelado pelo tipo legal não é, propriamente, a integridade física do embrião, sendo antes a saúde da pessoa nascida. Pois, o tipo legal a que por aludimos encontra-se positivado num capítulo que se dedica à proteção da saúde da vida humana independente, o mesmo vale por dizermos da vida humana nascida. Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomas, *Derecho Penal. Parte General*. 4.ª Edição, Tiran lo Blanch, Valencia, 1996, p. 137.

que originam as lesões, os quais podem derivar de uma má prática médica²³⁸, quer no período pré-natal, quer no momento do nascimento, assim como do uso de medicamentos que causam as lesões, e ainda, os próprios comportamentos da gestante, em algum momento da gravidez.

É certo que o direito penal espanhol foi mais perentório que o peruano, na proteção penal conferida a este bem jurídico. Todavia, na nossa opinião, a redação do art.º 124-A é mais esclarecedora e transparente do que as redações do art.º 157.º e 158.º. Antes de nos debruçarmos sobre este ponto, vamos fazer uma breve alusão aos motivos explicativos do projeto de lei que incorporou este tipo legal, de lesões ao feto. Começam aqueles motivos justificativos por mencionar, como não poderia deixar de ser, o art.º 1.º da Constituição do Estado que proclama a defesa da pessoa humana e o respeito pela sua dignidade, como sendo estes os valores fundamentais da sociedade e do Estado. Para além da Constituição, também encontramos, nos motivos explicativos, uma referência ao art.º 1.º do Código Civil do Perú, o qual enuncia que a vida humana começa com a concepção.

Aqui chegados, se nos afigura de fácil perceção que o que se visa proteger é a integridade física do feto, tal e qual como no direito penal espanhol, também no Perú se protege a integridade e a saúde física e psíquica do nascituro. Porém, o direito penal peruano visa garantir a integridade física, saudável, de uma futura criança. Deste modo, a doutrina tem interpretado o preceito no sentido de quem causar ao feto uma lesão ou doença e, conseqüentemente, prejudicar o seu normal desenvolvimento ou provocar-lhe uma doença²³⁹, é punido nos termos da lei penal. Deste modo, como bem podemos constatar, o sujeito passivo das lesões é o feto.

Do reverso da moeda, o sujeito ativo, atendendo à redação do artigo, será qualquer pessoa que dolosamente causa danos no corpo ou na saúde do nascituro²⁴⁰. Aqui, em nossa opinião, tocamos no ponto que, em nossa ótica é fundamental.

²³⁸ Cfr. BAJO FERNANDES, Miguel, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Vol. I, Centro de Estudios Amón, S.A., Madrid, 2003, pp. 60 e ss.

²³⁹ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos Maria, *Los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal y los Relativos a la Manipulación Genética*, Editora Comares, S.L, Granada - Espanha, 2004, pp. 25 e ss.

²⁴⁰ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Aborto y Exposición o Abandono en Peligro*, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1999, p. 166 e, ainda, GONZÁLES RUS, Juan José, *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial I*, (coord. Manuel Cobo del Rosal), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 1996, p. 133.

Pois vejamos. No direito penal espanhol a redação da norma levantou todas as questões que aqui já expusemos. Contrariamente, o art.º 124-A não nos deixa dúvidas que também a mãe pode ser punida com base nesta norma. Não nos parece que a mesma se configure como um tipo especial, diretamente vocacionado para punir, apenas, os profissionais de saúde que ajam no exercício das suas funções.

Contudo, para esta punição ser desencadeada, pressupõe que exista uma "integridade física embrionária"²⁴¹. Pressupõe, igualmente, que se produza um dano e, essencialmente, que se estabelece o nexo de causalidade.

Porém, como já tivemos oportunidade de referir, a conduta prevista e punida no art.º 124-A só tem relevância jurídico-penal se for causada a título de dolo, uma vez que o art.º 12.º do Código Penal peruano, à semelhança do português, prevê que a punição por negligência só pode ser desencadeada nos casos expressamente previstos na lei, e este não é um deles. Contudo, o projeto de lei que inclui o art.º 124-A fazia referência às lesões que eram causadas por negligência.

Em virtude da breve referência que aqui acabámos de expor, parece-nos que o art.º 124-A se coaduna mais com as nossas necessidades, as presentes nesta dissertação, do que os artigos do Código Penal espanhol. Todavia, somos defensores que o tipo legal também deve deixar desencadear a punição por negligência e não, tão só e apenas, a título doloso. Punir a título doloso e não, também, a título negligente, em nossa opinião é fazer com que a norma perca toda a bondade a si subjacente, pois estes tipos de lesões, na maior parte dos casos, não derivam de comportamentos culposos mas antes negligentes.

²⁴¹ Neste conspecto, mais uma vez, ganha relevância o debate que se prende com a necessidade de determinar o momento sobre o qual se deve iniciar a proteção da vida humana em formação. Não discutimos quando começa a vida humana, discutimos sim a partir de que momento, penalmente, aquela ganha relevância.

Título II - Direito Penal português: a necessidade de tutela da integridade física do embrião. O seu valor jurídico penal face ao valor atribuído ao bem jurídico vida intrauterina, em especial no crime de aborto.

1- O bem jurídico a proteger nas lesões à integridade física do embrião

Nas linhas que antecedem o raciocínio que aqui iremos expor, destacámos, na nossa perspetiva, a lacuna penal que existe na tutela da integridade física daqueles que ainda não nasceram. Consideramos, sim, que deveria ser este ramo do direito a abarcar estas realidades, que os estudos bem demonstram que existem. Para além disto, tal matéria, assume uma relevância quer nacional - pois, em nossa opinião o art.º 25.º da C.R.P é extensível à integridade física daqueles que ainda não nasceram - quer ao nível internacional. Para tanto, basta verificarmos que o Preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de Novembro de 1959, ao postular que a criança, pela sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, e, inclusive, de proteção legal, quer antes, quer depois do nascimento²⁴².

Todavia, se a principal função do ramo sancionatório penal é a proteção de bens jurídicos²⁴³, no caso de consagração do tipo legal de ofensas à integridade física embrionário fetais, que bem jurídico deveria ser tutelado com a incriminação? Para respondermos a esta questão, vamos alicerçar-nos em doutrinas advindas de países que (já) tutelam, penalmente, aquele bem jurídico.

Num primeiro plano, e maioritariamente, a doutrina internacional, perfilhada por autores tais como MARIA DEL CARMEN GARCIA CANTIZANO²⁴⁴ e FRANCISCO MUÑOZ²⁴⁵,

²⁴²Cfr. ROBERTSON, J.A, "The right to procreated in utero fetal therapy" *in The Journal of Legal Medicine*, September, (3), 1982, p. 333 e ss.

²⁴³ No seio do direito penal, teremos de lembrar que o conceito de bem jurídico é independente da valoração ética do mesmo e, até mesmo, da sua compreensão para outros ramos do direito. Cfr. KAHLO, Michael, "Sobre la Relación entre el Concepto de Bien Jurídico y la Imputación Objetiva en Derecho Penal" *in La Teoría del Bien Jurídico, Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático*, Edição de Roland Hefendehl, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 2007, p. 55.

²⁴⁴Cfr. GARCIA CANTIZANO, Maria del Carmen, "El nuevo delito de lesiones en el concebido" *in Actualidad Jurídica*, Caceta Jurídica, Tomo 103, Junio, 2002, p. 73.

CONDE, tem entendido que o bem jurídico tutelado com a incriminação é a saúde daqueles que ainda não nasceram, sendo esta entendida como o estado de onde emergem todas as funções do ser humano em formação, em todas as fases do seu desenvolvimento, até ao momento do nascimento. No fundo, para esta ala doutrinal, o delito de lesões ao feto visa a sua própria proteção.

Todavia, os defensores desta tese encontram grandes objeções à sua defesa. Ora, para tanto, basta verificarmos que os ordenamentos que consagram este tipo legal lhe fazem corresponder uma pena aplicável superior do que aquela que esta consagrada para a incriminação pelo crime de aborto. Assim sendo, como se poderá explicar que a destruição da vida não nascida seja penalmente menos relevante do que a lesão na integridade física daqueles que ainda não nasceram? Um primeiro argumento surge sustentado na inversão da proteção que é conferida antes e após o nascimento. Dito de outra forma, nos momentos posteriores ao nascimento, o legislador deve dar primazia à vida, em prol da integridade física; por sua vez, no período pré-natal, deve ser mais valorizada a vida do que a integridade física²⁴⁶. VERA LÚCIA RAPOSO, na sua exposição, tendo em conta a referência à vida não nascida e à lesão da sua integridade física, na medida em que a punição desencadeada pelo direito penal é maior nesta do que naquela, refere que "tal se deve ao facto de o primeiro tipo legal tutelar bens jurídicos que pertencem ao embrião/feto, ao passo que o segundo protegeria bens da titularidade da pessoa, que a pessoa e os respetivos bens jurídicos assumem maior relevância para o direito criminal (assim como para o direito constitucional), por conseguinte, a respetiva pena terá de ser necessariamente superior"²⁴⁷. Desta forma, como facilmente podemos verificar, através desta argumentação é possível depreender que o crime de lesões fetais visa a proteção de bens jurídicos pertencentes à pessoa, após o seu nascimento.

Sucede, porém, que a arguição exposta no parágrafo antecedente não é a única. Assim, outra tese surge defendendo que a discrepância sancionatória se alicerça num chamado conflito de interesses. Ou seja, aqui, existe a "ponderação entre vários direitos e

²⁴⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 11.ª Edição, Tiran lo Blanch, Valencia, 1996, p. 121.

²⁴⁶ Cfr. RODRIGUEZ MESA, Maria José, "Algunas consideraciones acerca del bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto" in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 6, 1996, p. 1077.

²⁴⁷ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, "Aqueles que nasceram"..., p. 1082.

interesses conflitantes"²⁴⁸, pois, se por um lado temos os interesses da mãe²⁴⁹, da gestante, no que diretamente diz respeito à sua integridade física e ao seu desenvolvimento da personalidade, por outro temos a proteção da vida embrionária, cuja tutela penal recai no crime de aborto. Nesta perspectiva, a pena correspondente ao crime de aborto tem de ser atenuada, na medida em que no seu âmbito não está apenas inserido a proteção da vida ainda não nascida mas está, também, contemplada a proteção de bens jurídicos que pertencem à mãe. Na sequência deste raciocínio, VERA LÚCIA RAPOSO escreve que "no crime de lesões fetais não existe nenhum bem jurídico que deva ser concatenado com o valor da integridade física embrionária e com a sua saúde, pelo que o direito penal pode fazer-lhe corresponder uma pena que espelhe com maior rigor o valor destes bens jurídicos criminais"²⁵⁰.

Pelo que vimos de expor, pela perspectiva acima identificada, poderemos concluir que não existe nenhuma incongruência entre as penas previstas para o tipo legal de aborto e para o tipo legal de ofensas à integridade física embrionários fetais, para os ordenamentos jurídicos onde já estão positivadas. Pois, ambos os tipos legais visam a proteção de bens jurídicos distintos, todavia ambos são pertencentes ao embrião/feto.

Como facilmente se deixa antever, para além dos defensores que perfilham a tese de que o bem jurídico tutelado com a incriminação é a saúde dos que ainda não nasceram, outros existem que abraçam a teoria de que o bem jurídico protegido é, ao invés, a saúde das pessoas nascidas, que sofreram a lesão em momento anterior ao nascimento²⁵¹. Por

²⁴⁸ *Idem*

²⁴⁹ Quando se fala nos interesses da mãe, a forma mais óbvia se os ilustrar será fazermos uma referência ao panorama que existia em Portugal, até 1984. Até àquela data, a prática da interrupção da gravidez era punível em toda e qualquer circunstância. Sucede, porém, que com a Lei n.º 6/84, de 11 de Maio foi admitida a despenalização da interrupção da gravidez nos casos em que fosse indispensável para remover perigo de morte ou lesão grave e irreversível para a saúde física ou psíquica da mulher, em casos de grave doença ou malformação do feto e nos casos de violação. Aqui, podemos verificar que nestes casos existia uma valorização superior dos interesses da mulher, pois seria injusto impor à gestante o sacrifício da sua saúde, assim como obrigar a mulher a suportar a gravidez por uma violação. Com as sucessivas alterações legislativas, em 2007, mais precisamente com a Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, foi despenalizada a interrupção voluntária da gravidez não sendo, por sua vez, punível até determinado tempo. Neste conspecto acentuaram-se as valorizações dos bens na esfera da gestante, desta vez dando primazia ao desenvolvimento da sua personalidade e a não ter filhos, quando assim não o deseje.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 1083.

²⁵¹ Como defensores desta perspectiva podemos apontar CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLES CUSSAC, José Luís, *Comentario al Código Penal de 1995*, Vol. I, (coord. Tomas Vives Antón), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 813.

outras palavras, para estes autores, o objeto de proteção não é o feto em si mesmo, sendo antes a pessoa que irá nascer com as lesões físicas ou psíquicas. Ora, para a construção desta ideia, os autores alicerçam-se nas legislações estrangeiras, nomeadamente nas penas aplicáveis ao crime de aborto e ao crime de lesões à integridade física embrionário ou fetal. Deste modo, poderemos constatar, na senda do aqui defendido, que o Código Penal espanhol e o Código Penal peruano preveem que o crime de aborto seja punido com uma pena privativa da liberdade não superior a dois anos e, por sua vez, o delito de ofensas à integridade física com uma pena privativa de um, a três anos. Para esta mancha doutrinal, com as penas aplicáveis aos delitos, o legislador quis dizer que não reconhecia a saúde do feto como um bem jurídico, em si mesmo, pretendendo antes valorar as lesões pré-natais que se produzem na pessoa já nascida. No fundo, os autores representantes desta teoria defendem que para fazer intervir o direito penal em caso de lesões causadas ao nascituro é necessário esperar que o mesmo, efetivamente, nasça.

Para além daquele argumento que se funda, essencialmente, na medida da pena, outros surgem escorados na ausência de personalidade do embrião/feto. Desta forma, se aquele não é considerado pessoa, não pode, conseqüentemente, ser titular de direitos fundamentais e, por sua vez, não pode, igualmente, ser visado pelo direito criminal, pois não é titular de bens jurídicos²⁵². Porém, tal argumento falece se consideramos que o papel principal deste ramo do direito não é a proteção de direitos fundamentais, a título principal - como antes se entendia - mas antes a tutela de bens jurídicos. É certo, e já aqui dissemos, que o direito penal para os proteger vai buscar grande parte da sua substância, do seu conteúdo, ao direito constitucional. Assim sendo, atentemos, mais uma vez, que se considerarmos a vida embrionária como sendo um bem jurídico com dignidade criminal, não vemos motivo, *prima facie*, para não atribuímos o mesmo valor à integridade física embrionário fetal. De uma forma simplista, dizemos que a titularidade de bens jurídicos com dignidade penal não está circunscrita às fronteiras daquilo que são os direitos fundamentais. Finalmente, assim sendo, não vemos qualquer objeção ao facto de o feto ou

²⁵² Cfr. RODRÍGUEZ MESA, María José, "Algunas Consideraciones...", p. 1079.

o embrião serem titulares dos bens jurídicos vida e integridade física mas não serem, isso sim, sujeitos ativos do direito à vida nem do direito à integridade física^{253 254}.

Ao admitirmos que o bem jurídico tutelado com a incriminação seria a saúde da pessoa nascida, que sofreu as lesões no período pré-natal, seria o mesmo que dizermos, como aliás já dissemos, que a intervenção do direito penal ficaria, fortemente, condicionada. Para tanto, basta pensarmos que o direito criminal não poderia intervir quer quando existisse uma lesão pré-natal mas que no entanto já tivesse sido tratada antes do nascimento²⁵⁵, quer quando o embrião não chegasse a nascer.

Por fim, e como forma de corroborarmos esta argumentação, refletimos sobre o momento em que ocorreu a prática do facto, passível de causar a lesão. Ao partirmos do pressuposto que o que se visa tutelar será a pessoa que irá nascer, então, teríamos de admitir que a única diferença entre as lesões fetais e as ofensas corporais residiria no exto momento em que a ação ocorre. Assim, no caso das lesões fetais, a mesma aconteceria antes do nascimento, enquanto que nas lesões corporais, a mesma surgiria em momento posterior. Todavia, não cremos que assim possa ser. Como forma de expressarmos a nossa argumentação, começaremos por atentar no Código Penal espanhol. Neste, poderemos verificar que a pena prevista para as lesões fetais é muito semelhante àquela que é consagrada para as ofensas corporais simples, que se encontram plasmadas no n.º 1 e no n.º 2 do art.º 147.º, do Código Penal espanhol. Posto isto, atentemos numa verdade que aqui nos parece inquestionável. Quando falamos de lesões pré-natais (na integridade física) falamos, sim, de lesões que são causadas e que terminam por afetar a pessoa que vai nascer, de forma clara e irreversível. Ora, por este mesmo motivo, o seu grau de lesividade

²⁵³ Cfr. GARCIA MARTÍN, Luis, ESCUCHURI AISA, Estrella, *Los Delitos de Lesiones al Feto y los Relativos a la Manipulación Genética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 392.

²⁵⁴ Como bem refere o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009 "é mais que sabido, e sobre o assunto me não vou alongar, que as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais não têm apenas dimensões subjetivas".

²⁵⁵ Os avanços da medicina e da ciência permitem, nos dias de hoje, detetar as lesões durante a gestação e, inclusive, proceder ao seu tratamento. Assim, se for causada uma lesão à integridade física do feto ou do embrião e se a mesma for passível de tratamento ainda no período pré-natal, aquando do nascimento, o direito penal careceria de legitimação para intervir. Ora, por este mesmo motivo, para EDUARDO RAMÓN RIBAS, à luz desta conceção, teriam de ser consideradas como atípicas, estas lesões e, para além disto, se a mãe souber desde início que pretende abortar, pelo facto de o nascimento ser uma condição de punibilidade, poderia causar lesões ao embrião, dolosamente, sem que nada lhe pudesse ser imputado. Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo, *El Delito de Lesiones al Feto...*, p. 353.

acaba por ter alguma correspondência com aquele que é atribuído às ofensas mais graves. Estas, por sua vez, podem traduzir-se na perda ou inutilidade de um órgão ou membro principal, a impotência, a esterilidade, uma grave deformação ou uma grave doença física ou psíquica (p.p. no n.º 1, do art.º 149.º do Código Penal espanhol com uma pena aplicável de 6 a 12 anos) ou, então, envolvem ofensas que implicam uma deformidade para as quais é prevista uma pena aplicável de 3 a 6 anos, à luz do disposto no art.º 150.º, daquele mesmo código. Como conclusão principal do nosso raciocínio, poderemos dizer que para a mesma matéria de facto - para as mesmas lesões - as penas correspondentes são dispare, consoante nos situemos em momento anterior ou posterior ao nascimento, pelo que se torna evidente que os bens jurídicos patentes nas incriminações não são os mesmos.

Por fim, mas não menos importante, ao olharmos para a inserção sistemática do delito de lesões, referentes às pessoas, poderemos verificar que as mesmas se encontram previstas no título III, ao passo que as respeitantes ao feto se encontram plasmadas no título IV, do Código Penal espanhol.

Apesar de todo o percurso que trilhámos, o certo é que o fim se aproxima a passos largos... Aqui chegados, prezamos, mais uma vez e com ênfase, pela necessidade de tutela criminal para as lesões à integridade física daqueles que ainda não nasceram. Todavia, muito embora sejamos defensores que a tutela também deveria ser conferida nos casos de negligência, queremos ressaltar um ponto que nos parece de especial relevo. Aqui, pretendemos abordar os casos onde ocorre a transmissão do vírus não sabendo a mãe, de antemão, que é portadora do HIV. Para estes, cremos que deve existir uma causa, legítima, da exclusão da responsabilidade criminal.. No fundo, cremos que o desconhecimento deve excluir a responsabilidade criminal, pois a mãe não agiu nem dolosa, nem negligentemente. Afirmamos isto, pensando que a mulher tudo fez para saber se era, ou não, seropositiva. Assim, para que possamos imputar qualquer responsabilidade criminal à mãe teremos, inicialmente, se perceber se esta deveria e poderia ter conhecimento do seu estado de seropositividade. Desta forma, propugnamos por uma imputação penal, para os casos onde a mulher tenha agido dolosa ou negligentemente, onde o seu comportamento

tenha contribuído para contagiar o nascituro ou o bebé mas sempre partindo do princípio que esta tinha conhecimento que era portadora do HIV²⁵⁶. No caso que aqui nos move, referimo-nos, em especial, aos casos de transmissão vertical do vírus da Sida. Porém, muitos outros exemplos poderíamos evocar, para demonstrarmos como a atitude da mãe durante o período de gestação pode provocar lesões graves e irreversíveis na saúde daqueles que um dia, tornar-se-ão pessoas, em termos jurídicos. Não somos os únicos a apelar a sensibilidade do direito penal para a temática. Outros ordenamentos jurídicos já o fizeram, restando-nos a convicção de que os próximos seremos nós. Porém, incriminar tais comportamentos levante muitas questões para as quais, fielmente, tentamos encontrar resposta.

Por tudo o que escrevemos nos parágrafos imediatamente antecedentes, concluímos que o bem jurídico protegido no tipo de lesões fetais deveria ser a saúde e a integridade física dos que ainda não nasceram e não a saúde das pessoas nascidas, que sofreram a lesão em momento anterior ao nascimento. Somos defensores que no período pré-natal deverá existir uma inversão da valoração entre o bem jurídico vida intrauterina e o bem jurídico integridade física, na medida em que este deve ser mais valorado do que o anterior. Como tentamos demonstrar, a punição que cabe às lesões fetais é superior do que aquela que cabe ao aborto. Este facto, em nosso entendimento, encontra justificação na ausência de conflito de interesses, de valores e de direitos que se encontram patentes neste tipo legal. Ademais, acreditamos que a vida deve sobrepor-se em momentos posteriores ao nascimento mas nos momentos anteriores à integridade física deve ser dada primazia. Apesar de ser esta a nossa posição, não consideramos que a integridade física da pessoa que irá nascer não se encontre tutelada com o ilícito. Porém, a sê-lo, só a título secundário. Como argumento determinante para a nossa exposição, sustentamo-nos, ainda, no facto de no crime de aborto existir, irremediavelmente, a violação do bem jurídico vida intrauterina que, por sua vez, impede a existência do bem jurídico vida humana nascida, pelo simples facto de esta nunca chegar, sequer, a existir. Todavia, a violação do bem jurídico integridade física e saúde embrionária implica, as mais das vezes, sempre que o concebido nasça, "um

²⁵⁶ Cfr. CAMPOS, Aline da Veiga Cabral, *Responsabilidade Penal pela Transmissão da Sida*..., p. 127.

subsequente prejuízo para o bem jurídico concretizado na integridade física e saúde da pessoa"²⁵⁷.

Para terminarmos a nossa exposição neste ponto, dizemos ainda que se o bem jurídico protegido não fosse a saúde e a integridade física dos que ainda não nasceram, sentido não faria autonomizar estas lesões, num tipo legal diferente, bastando, para o efeito o crime de lesões à integridade física, pois seria substancialmente irrelevante o momento temporal em que a ação ou a omissão aconteceram. Além disto, e noutra perspetiva, consideramos que o facto de o embrião não ser titular da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais não é impeditivo de que lhe possa ser conferida a tutela da dimensão objetiva dos mesmos.

Por tudo o exposto, somos, igualmente, defensores que este tipo legal deve ser punido a título quer de ação, quer de omissão, assim como a título doloso ou negligente, pois grande parte destes comportamentos que prejudicam a saúde e a integridade física dos que ainda não nasceram são causados a título negligente. Muito embora o crime de aborto não o seja, consideramos que este a existir, o deveria ser, pelos exatos motivos que aqui já apresentamos, no que diretamente diz respeito à relação entre os bens da vida e da saúde/integridade física de embriões e fetos. Todavia, a ação ou omissão deve causar no embrião uma lesão que seja de considerar grave. Para este efeito, porque a consideração "grave lesão" transporta consigo uma forte carga valorativa, deveriam, para o efeito, ser utilizados critérios tal e qual como são usados no âmbito da distinção entre as ofensas à integridade física simples (art.º 143.º do Código Penal português) e as ofensas à integridade física graves (art.º 144.º do Código Penal). Acontece que se em virtude de uma lesão causada durante o período pré-natal o embrião aquando do seu nascimento vier a morrer, poder-se-ia pensar num tipo legal agravado pelo resultado, à semelhança do que sucede com o art.º 147.º do Código Penal. Com tudo isto não pretendemos dizer que as lesões se tenham de manifestar em momentos imediatamente seguintes ao nascimento, podendo as mesmas revelar-se mais tarde, muito embora, aqui, tínhamos noção que se colocam problemas de imputação, mais precisamente de estabelecimento do nexo de causalidade. É aqui que nos sentimos frágeis. Temos a perfeita noção que estabelecer este

²⁵⁷ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, "Aqueles que nasceram...", p. 1090.

nexo de causalidade é de extrema dificuldade. Por um lado, as ciências médicas não garantem que a toma dos medicamentos seja o quanto basta para evitar o contágio. Por outro, é complicado demonstrar que foi aquele comportamento da mãe, que antes do nascimento deu aso ao resultado. Aqui, até poderíamos pensar na hipótese de ser durante o parto, mesmo com cesariana, que o vírus se transmitiu. Todavia, a simples omissão da gestante na não toma das prescrições medicamentosas e, conseqüentemente, da probabilidade de aumentar as chances de transmissão é motivo suficiente para atuação do Direito Penal. Desta forma, talvez a solução mais assertiva fosse a criação de um tipo penal de perigo, para abarcar os casos de transmissão vertical. Assim, evitar-se-iam, ao nível processual, problemas quanto à produção da prova, e, essencialmente, problemas quanto ao estabelecimento do nexo de causalidade.

2 - Por fim, a necessidade de proteção do feto, no contexto da transmissão do vírus da Sida.

Por tudo o que já escrevemos nas páginas antecedentes, somos defensores, afirmamos mais uma vez, da necessidade de intervenção do direito penal nos contextos de transmissão do vírus. Todavia, quando propugnamos por esta intervenção criminal, acentuamo-la para os casos de transmissão vertical.

Para se desencadear o processo de incriminação, é necessário que o mesmo vise proteger, não um direito fundamental, mas antes um bem jurídico. Bem jurídico este que, tal como já defendemos, deveria ser a saúde daqueles que ainda não nasceram. Não aceitamos que o direito penal possa estar a assistir, incólume, a estas ofensas na saúde dos nascituros. Pois, quando as mesmas acontecem, na exata medida, àqueles que já nasceram, este ramo do direito tem tentado chamar a si uma punição, nomeadamente, a título de ofensas à integridade física. Porém, não coloca à disposição daqueles que ainda não nasceram os meios repressivos necessários à punição do agente - neste caso a mãe - que o tenha privado de uma vida saudável e, até quem sabe, mais longa...

É certo que perfilharmos uma posição como esta, do ponto de vista ideológico, parece assertiva, necessária e adequada. Todavia, temos a plena consciência de que, na

realidade, é um ponto controverso, ao qual a doutrina não tem dado grandes avanços, para o encontro de soluções. As grandes questões que aqui brotam, centram-se, essencialmente, no facto de a Sida ser uma enfermidade que debilita o sistema imunitário, terminando, assim, por tornar o seropositivo muito mais vulnerável a outras doenças e infeções. Para além disto, a Sida não é uma doença que se manifeste de imediato. Pois, uma coisa é dizermos que determinado sujeito é portador do vírus HIV, outra coisa, totalmente distinta, é dizermos que naquele mesmo sujeito, já, se manifestou a doença que é a Sida. Ou seja, este é um processo que pode mediar durante anos, ou, até mesmo, poderá o vírus manter-se adormecido e nunca se manifestar. No fundo, o problema astronómico que aqui se levanta centra-se na dilatação temporal bastante grande, que pode fazer a causalidade que liga a prática do facto à verificação do resultado.

No caso de nascituros, temos, ainda, problemas acrescidos. Ora, basta pensarmos que, durante o processo de gestação, se ocorrer a transmissão do vírus, esta não tem de se manifestar, imediatamente, após o nascimento, nos primeiros exames sorológicos realizados logo depois daquele momento. Na verdade, o que pode existir são crenças fundadas que, atendendo ao comportamento da mãe, o bebé pode estar infetado. Falamos no comportamento da mãe, que durante o período de gravidez, será a omissão da toma da medicação. E aqui questionamos: será legítimo impormos a uma mulher a toma de medicação para evitar que a saúde do feto fique afetada, quando permitimos que ela possa destruir a vida daquele mesmo feto? Não vislumbramos a possibilidade de uma resposta negativa à questão. Se a mulher decidir que não quer aquela gravidez, porque foi indesejada ou por outro qualquer motivo, o ordenamento jurídico, porque é disso que aqui falamos, facultar-lhe alternativas, sem terem de ser realizadas ao arrepio da lei. Pelo contrário, quando a mulher decide, na plena consciência das suas faculdades, em seguir com o processo de gestação, não cremos que será um sacrifício de maior exigir-lhe a toma da medicação por forma a evitar o "resultado proibido", sendo certo que caso assim não o faça, o direito penal estaria lá para analisar o seu comportamento e, possivelmente, reprová-lo. Ainda neste conspecto, cremos que os direitos fundamentais da mulher, aqui entenda-se a sua autodeterminação, podem ceder, ainda que durante um período de tempo circunscrito. Pois, consideramos que durante a gestação a mãe tem o dever jurídico de uma

posição de garante. Assim, existindo um conjunto de direitos fundamentais que, mais do que conflitantes, se afiguram como iminentemente conflitantes, parece-nos ser tarefa do legislador determinar, em detalhe, os casos que existindo uma medida de sacrifício para a mulher, por ela não possam ser suportados, tendo sempre em vista o critério da suportabilidade²⁵⁸. Todavia, é necessário que se forme esta consciência. É necessário pensarmos que pela pacificidade apresentada todos os dias, algumas vidas em gestação são contaminadas. É, também, necessário que se estabeleçam medidas e que as mesmas se traduzam num preceito legal próprio e adequado, para a repressão destas condutas que, no fundo, contribuem para o aumento do número de pessoas infetadas e daquelas que vão nascer sem nunca saberem o que é ser saudável...

Por fim, prezamos que tal preceito normativo deveria admitir a punição quer a título de dolo, quer a título de negligência. Com tal afirmação, poderemos deixar o leitor a pensar que estamos aqui a cair num enorme erro de raciocínio. Pois, no fundo, estamos a dizer que o crime de aborto só é punido a título doloso - o que dizemos, desde já, discordar - mas que o tipo legal de ofensas à integridade física embrionário fetal deveria sê-lo, essencialmente, a título negligente. Todavia, pelas explicações enunciadas no ponto imediatamente antecedente, consideramos que no período pré-natal a integridade física deve ser mais fortemente tutelada do que a vida intrauterina. Para além deste argumento, que confessamos não ser originalmente novo, como bem demonstramos pela doutrina citada, questionamos, mais uma vez o leitor. Será que o legislador, embora que indiretamente, não pretendeu valorizar mais a integridade física do feto do que a sua vida? Ora vejamos, até 2007, o aborto era permitido, por exemplo, no caso de más formações genéticas. Ou seja, quando em causa estivesse a saúde daquele que iria nascer, o legislador permitia que este não nascesse, deixando, assim, de lado a proteção da sua vida. E sim. Já sabemos, seria este um direito dos pais ou um direito do próprio nascituro a não nascer? Um discussão que sabemos já ter barbas brancas e bengala, para se segurar... Porém, chamamos aqui uma outra, que nos tempos que correm deve estar na fase da adolescência, a demonstrar toda a rebeldia característica desta etapa do desenvolvimento. Falamos na eutanásia. Na vida

²⁵⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional alemão de 28/5/1993. (BVerfGE 88, 203 - Schwangerschaftsabbruch II).

humana já nascida, o legislador em momento alguma dela abdica para dar primazia à integridade física daqueles que, diariamente, sofrem... No fundo, o que estamos a insinuar - ou melhor, a afirmar - é que se o nascituro sofria de alguma doença genética incapacitante podia não nascer. Todavia, se a mesma doença se manifestasse apenas depois do seu nascimento, o mesmo nascituro, agora pessoa em todos os sentidos, não podia, e não pode, ter uma morte digna, assistida. Muito embora sintamos que estamos a "por a foice em seara alheia" parece-nos que uma solução como esta se pode tornar bastante perversa... Mais ainda. A interrupção voluntária da gravidez foi despenalizada até às 12 semanas de gestação. Todavia, se uma doença se manifestar após esse período, o legislador permite a interrupção do processo de gestação, sem qualquer consequência ao nível criminal. Aqui, referimo-nos ao aborto fetopático. Certamente que aqueles que nos acompanham desde início, já perceberam que o que estamos a tentar, mais uma vez, frisar é que nos momentos anteriores ao nascimento, a integridade física deve ser, penalmente, mais valorada do que a vida. Ao invés, após a ocorrência do nascimento completo e com vida, esta deve ser o bem jurídico mais fortemente protegido pelo legislador criminal.

Por fim, referimos ainda que quando abraçamos a tese de proteção da transmissão vertical do vírus da Sida, não esperamos que a mesma venha, apenas, para tutelar os casos onde, efetivamente, estejamos perante um caso onde a doença já se manifestou. Pretendemos uma tutela, digna, quer para estes acontecimentos, quer para aqueles onde apenas estejamos perante um seropositivo. Ou seja, onde estejamos perante alguém cuja estado de saúde não seja o da manifestação da Sida, bastando, apenas, que seja portador do vírus HIV²⁵⁹. cremos que é importante fazermos esta delimitação temporal, não acreditando, porém, que alguém que seja portador do vírus não sinta a sua saúde afetada, quanto mais não seja pela necessidade diária da toma de fármacos, para manter a doença, ainda mais, silenciosa...

É por toda esta argumentação que defendemos vivamente a necessidade de tutela da integridade física daqueles que ainda não nasceram, não apenas para os casos de transmissão vertical do HIV, mas para muitos outros que existem e que comprometem a

²⁵⁹ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo, *El delito de lesiones al feto...* p. 258 e ss.

saúde daqueles que, um dia, vão ser verdadeiramente pessoas sem nunca poderem dizer que foram, em tempos, saudáveis.

IV - Conclusão

Com alguma nostalgia, eis que chega a hora de nos começarmos a despedir de um projeto que abraçámos, durante mais de 365 dias.

Assim, vamos terminar deixando ao leitor as linhas mestres da nossa investigação. Em primeiro lugar, somos defensores que toda a problemática que gira em torno do início da vida humana se centra, essencialmente, entre dois momentos chave: o momento da fecundação e o momento da nidação. Porém, acreditamos que esta mesma vida humana, em termos jurídicos, deverá começar a ser tutelada, apenas, quando existir a implementação do óvulo fecundado no útero materno. Ou seja, somos defensores que o direito penal deve ser chamado a intervir só a partir do momento da nidação. Para tanto, alicerçamos o nosso discurso no art.º 140.º do Código Penal e, também, no facto de a lei permiti a experimentação com embriões até 14 dias após a sua conceção. Perfilharmos uma ideia diferente da que aqui expomos, traduzir-se-ia, embora que indiretamente, numa posição contrária à existências de métodos que impedem a nidação, tais como, a título meramente exemplificativo, a pílula do dia seguinte. Assim sendo, cremos que o direito, mormente, o penal deverá incluir na sua esfera quer o embrião quer o feto mas nunca o pré-embrião.

Todavia, pese embora tínhamos começado a nossa despedida centrados em elementos biológicos, nunca podemos esquecer que aqui o que nos moveu foi uma perspectiva, essencialmente, jurídica. Neste conspecto, acentuamos, que o périplo trilhado foi em redor da necessidade de tutela criminal, da integridade física do embrião. Todavia, questionámos se o direito criminal poderia chamar à sua esfera, comportamentos que contra aquela atentassem. Olhando para o critério legitimador do direito penal, respondemos, sustentados em outros ordenamentos jurídicos, que esta deveria ser uma matéria digna de consagração no Código Penal.

Virando os holofotes para aquilo que é o cerne da nossa investigação, consideramos que, à semelhança do que acontece com a vida intrauterina, ou seja, a sua inclusão - embora que não pacífica e universalmente aceite - no art.º 24.º da C.R.P., também a integridade física dos nascituros se deveria subsumir ao art.º 25.º da lei fundamental. Aliás,

esta interpretação está em plena conformidade com princípios que emanam da ordem jurídico constitucional.

Posto isto, se admitirmos que a C.R.P. inclui no seu catálogo de direitos fundamentais a integridade física do embrião e do feto, não vemos motivos para o direito criminal a excluir do seu núcleo de proteção.

Ora, propusemo-nos falar de Sida e, essencialmente, falarmos da sua transmissão vertical, aquela que opera de mãe para filho. Afirmarmos que, em nossa opinião, esta transmissão poderá configurar um ilícito criminal. Pois, se olharmos para a realidade dos factos, a grande mancha representativa da doutrina, e até da jurisprudência, têm entendido que a contaminação com o vírus, no âmbito da adoção de comportamentos de risco, ou até mesmo nos casos de infeção por ato sexual desprotegido, são condutas suscetíveis de integrarem um ilícito criminal. Então, por que haveríamos de considerar que afetar a saúde daqueles que ainda não nasceram não deveria ser um campo para o direito penal atuar? Não aceitamos uma opção como esta...

Ao defendermos a necessidade de incriminação da conduta de uma mãe que dolosa, ou negligentemente, sempre partindo do princípio que a mulher era conhecedora do seu estado de seropositividade, transmite o vírus ao seu filho, mesmo antes do momento do nascimento teremos de verificar que para tal ser possível, tem de existir um bem jurídico protegido. Este, tal como referimos, deveria ser a saúde daqueles que ainda não nasceram. Em nossa humilde opinião, esta, deveria ser alvo de uma tutela mais forte do que a própria vida intrauterina. No fundo, defendemos que no período pré-natal o legislador deveria tutelar com um grau de intensidade maior a integridade física, ao invés da vida intrauterina. Por este motivo, defendemos que as ofensas causadas à integridade física dos nascituros deveriam, essencialmente, ser punidas a título negligente. Para nos ser possível formar convicções sobre a temática abordada, escoramos o nosso raciocínio em ordenamentos jurídicos estrangeiros, nomeadamente no direito penal espanhol.

Acreditamos que é necessário pensar na ascensão da integridade física do nascituro à categoria de bem jurídico penal e, conseqüentemente, na criação de um tipo legal de crime que a tutele, vivamente. Porém, acreditamos, também, que quando falamos de Sida o Código Penal português é patenteado com as mais gritantes fragilidades. No fundo, cremos

que quando existe a infecção de outrem com o vírus, o direito criminal não consegue dar resposta a tais comportamentos que afetam a saúde dos que foram contaminados. É certo, temos tipos legais que, em abstrato, podem tutelar tais condutas, porém, não acreditamos que nenhum seja suficientemente digno de tal função. Com a presente investigação, chamamos a atenção para a indispensabilidade de criação de dois tipos legais novos: um, que seja apto a tutelar os casos de transmissão do vírus e que comporte, no seu conteúdo, todas as especificidades que Sida acarreta; outro, e aqui sim, dizemos com convicção, que proteja a integridade física daqueles que ainda não nasceram e, simultaneamente, que atente na necessidade de estabelecer um nexo de causalidade entre uma conduta que foi praticada durante a gestação e a produção de um resultado que se manifeste após o nascimento. É aqui que mencionámos a possibilidade de criação de um tipo penal de perigo, para que se pudessem amenizar as dificuldades de produção da prova e a consequente necessidade de estabelecer o nexo de causalidade.

Terminarmos a escrever sobre o tema que nos propusemos abordar, não é, de todo uma tarefa fácil. Certamente que muitas ideias ficaram por expor e, muitas outras, que foram expostas com as convicções que criamos da leitura de todo o *cocktail* doutrinal que elencámos. Por fim, resta-nos as crenças que o nosso projeto possa surgir algum efeito, por forma a evitar que crianças nasçam, sem nunca saberem o que é ser saudável. cremos, vivamente, acreditar nos progressos do direito penal sem nunca esquecermos, que o "caminho faz-se caminhando".

Índice Bibliográfico

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, Lisboa, 2008, *sub art.º 140.º*, n.3.

ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais Introdução Geral*, 2.^a Edição, Príncipe Editora Lda, Lisboa, 2011.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de / VILALOUNGA, José Manuel / D'ALMEIDA, Luís Duarte / PATRÍCIO, Rui, *Código Penal Anotado*, Almedina, Coimbra, 2003.

ANDRADE, Costa, *Direito Penal Médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Jorge / TOMÁS, Nelson / LOURENÇO, Sara, *HIV - Perspetiva Imunológica*, Universidade de Évora, Évora, 2003.

ANTUNES, Maria João, "Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional" *in Julgar*, N.º 21, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

ARAÚJO, Maria Teresa, *Sida no Feminino - Perceções e implicações na sexualidade e maternidade*, Formasau - Formação e Saúde, Lda, Coimbra, 2005.

ARCHER, Luís, *Desafios da Nova Genética*, Edições Brotéria, Lisboa, 1992.

ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, "Prohibición del aborto y Constitución" *in Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º 3, 1980.

ASCENSÃO, José de Oliveira "O início da vida" in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2008.

BAJO FERNANDES, Miguel, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Vol. I, Centro de Estudos Amón, S.A., Madrid, 2003.

BARCHFONTEINE, Christian de Paul de, "Bioética no Início da Vida" in *Revista Pistis Prax.*, Teol Pastor., Curitiba, vol.2, n.º 1., Jan./Jun. , 2010.

BISCAIA, Jorge, "Bioética: encontro e relação", Gráfica de Coimbra 2, Coimbra, 2007.

BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida, *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material - Ensaio para uma recompreensão da relação entre o Direito Penal e o Direito-Contraordenacional*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

BRITO, Diogo Lorena, "A vida pré-natal na jurisprudência do Tribunal Constitucional" in *Publicações da Universidade Católica*, Porto, 2007.

BRITO, Maria Margarida Lima de Almeida de Faria, *A Proteção Penal do Feto - tutela dos bens jurídicos vida e integridade física*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.

BRITO, Teresa Quintela de, "O Crime de Aborto" in *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

BRITO, Teresa Quintela de, "Os crimes contra a integridade física" in *Direito Penal - Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CALDERON CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1999.

CAMPOS, Aline da Veiga Cabral, *Responsabilidade Penal pela Transmissão da Sida por Via Sexual e por Via Intravenosa*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999/2001.

CAMPOS, Diogo Leite, "O início da pessoa humana e da pessoa jurídica" in *Revista Doutrinária do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado*, Ano 5, N.º 5, Dezembro, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de "O Direito e os Direitos de Personalidade" in *ROA*, Ano 53, Lisboa, 1993.

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 6.^a Edição Revista, Almedina, Coimbra, 1993.

CANOTILHO, José. Joaquim Gomes, *Teoria da Legislação Geral e Teoria da Legislação Penal - contributo para uma teoria da legislação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988.

CANOTILHO, J.J., MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLES CUSSAC, José Luís, *Comentario al Código Penal de 1995*, Vol. I, (coord. Tomas Vives Antón), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomas, *Derecho Penal. Parte General*. 4.^a Edição, Tiran lo Blanch, Valencia, 1996.

Coordenação Nacional para a Infecção VIH / SIDA, *Recomendações Portuguesas para o Tratamento da Infecção VIH/SIDA*, Lisboa, 2011.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, I*, Coimbra, 2007.

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

COSTA, José de Faria, *As Linhas Retas do Direito*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2007.

COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

COSTA, José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

CUNHA, J.M Damião, Comentário ao art.º 140.º do Código Penal *in Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "*Constituição e Crime*" - *Uma perspetiva da Criminalização e da Descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa - Editora, Porto, 1995.

DIAS, Augusto Silva, *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2.^a edição revista e atualizada, AAFDL, Lisboa, 2007.

DIAS, Augusto Silva "Responsabilidade Criminal por Transmissão Irresponsável do Vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde" *in Direito e Cidadania*. Ano 6, N.º 20/21.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral I*, 2.^a ed. Coimbra, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo, "Os novos rumos da política criminal e do direito penal português do futuro" *in Revista da Ordem dos Advogados*, 43 (1983).

DIAS, Jorge de Figueiredo, "O <<direito penal do bem jurídico>> como princípio jurídico- constitucional. Da doutrina geral, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações." *in XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

DIAS, Figueiredo, "Para uma dogmática do direito penal secundário", *in Direito Penal Económico Europeu: textos doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário ao art.º 131.º do Código Penal, *in Comentário Conimbricense do Código Pena*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo, "Problemas Fundamentais de Direito Penal - Homenagem a Claus Roxin", *in Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin*, Coordenação de Maria da Conceição Valdágua, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2002.

CUNHA, Damião da, Comentário ao art.º 140.º do Código Penal *in Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

E, Pádua, "Transmissão mãe-filho do VIH-1 e VIH-2: Análise de Casos Recebidos no Laboratório de Referência da Sida entre 1999 e 2005" *in O VIH/SIDA na Criança e no Idoso*, VII Congresso Virtual HIV/AIDS, Normagrafe, Lda., Santarém, 2007.

FRADA, Manuel Carneiro da, "A proteção juscivil da vida-pré-natal sobre o estatuto jurídico do embrião", *in ROA*, Ano 70, Vol. I/IV, 2010.

FIGO, Tiago, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

GABBAY, Raquel Benchimol, *A transmissão sexual do HIV e a sua problemática para o direito criminal brasileiro e português: análise da questão à luz da teoria da imputação objetiva*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

GARCIA CANTIZANO, Maria del Carmen, "El nuevo delito de lesiones en el concebido" *in Actualidad Jurídica*, Caceta Jurídica, Tomo 103, Junio, 2002.

GARCIA MARTÍN, Luis, ESCUCHURI AISA, Estrella, *Los Delitos de Lesiones al Feto y los Relativos a la Manipulación Genética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GODINHO, Inês Fernandes, "Problemas Jurídico-Penais em Torno da Vida Humana", *in: O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 18.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2007.

GONZÁLES, Rocha G. / DUQUE, V., "Um caso de transmissão vertical do HIV - O Problema da Resistência aos anti retrovíricos", in *O VIH/SIDA na Criança e no Idoso*, VII Congresso Virtual HIV/AIDS, Normagrafe, Lda., Santarém, 2007.

GONZÁLES RUS, Juan José, *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial I*, (coord. Manuel Cobo del Rosal), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 1996.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães / PAULA, Danilo Martini de Moraes Ponciano / PEREIRA, Eduardo Augusto Alves José Ferioli / CABAR, Fábio Roberto / BARBERIO, Naiara Vilardi Soares, "Proteção Penal da Integridade Física do Feto - Estudo a Partir de um Caso Concreto" in *RJLB, Ano 1 (2015)*.

GÓMEZ BENITEZ, Carmen, *Causalidad, Imputación y Cualificación por el Resultado*, Madrid, 1998.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Vida Humana Pré-Natal, Aborto e Constituição, Perspectivas de Direito Constitucional e de Direito Regional*, G.C - Gráfica de Coimbra, LDA., Coimbra, 2009.

HIGUERA GUMER, Juan Felipe, *El Derecho Penal y la genética*, 1.^a Edição, Editorial Trivium, S.A., Madrir, 1995.

JORGE, Carlos Santos, "Princípios éticos e biológicos para o enquadramento da interrupção voluntária da gravidez", Medisa, Porto, 1997.

KAHLO, Michael, "Sobre la Relación entre el Concepto de Bien Jurídico y la Imputación Objetiva en Derecho Penal" in *La Teoría del Bien Jurídico, Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático*, Edição de Roland Hefendehl, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 2007.

KNOLL, Ludwig, *Dicionário de Psicologia Prática*, tradução de Álvaro Salema, Círculo de Leitores, Lisboa, 1982.

LATAGLIATA, Raffaele / MAZZA, Leonardo, *Luci ed ombre in un Secente Disegno di legge in tema de despenalizzazione*, Giurisprudenza di Merito, 1978.

LEIBOWITCH, Dr. Jacques, *Um Estranho Vírus de Origem Desconhecida*, Editora Nova Nórdica / Tempo, Lisboa, 1986.

LOUREIRO, João Carlos, "Dignidade e Direitos do Embrião" in *Cadernos de Bioética*, N.º 39, Dezembro, 2005.

MCLAREN, A., "Preclude to embryogenesis" in The Ciba Foundation, *Human Embryo Research: yes or no?*, Londres, 1986.

MENEZES, Maria do Céu Martins de, *Para um Conceito de Saúde Física e Psíquica nos Crimes contra a Integridade Física*, Almedina, Coimbra, 2007.

MELO, Helena Pereira de, "O Embrião e o Direito" in *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, coord. de Rui Nunes e Helena Melo, G. C - Gráfica de Coimbra, LDA., Coimbra, 2001.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

MONIZ, Helena, *Legislação de Direito da Medicina*, 1.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 430 e ss.

MOSQUERA VSQUEZ, Clara, *Derecho y genoma humano*, 1.ª Edição, Editorial San Marcos, Lima, 1997.

MUÑOZ CONDE, Franciso, *Derecho Penal Parte Especial*, 11.ª Edição, Tiran lo Blanch, Valencia, 1996.

NOGUEIRA, Jorge, *Injecção de Drogas, Comportamento Sexual e Risco de HIV*, Livpsic - Edições de Psicologia e Ciências da Educação, Lisboa, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais, Trunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

NUNES, Rui, "A Natureza do Embrião Humano" in *Clonagem, O Risco e o Desafio*, Porto: Gabinete de Investigação de Bioética da Universidade Católica Portuguesa.

OLIVEIRA, J S C / LIMA F L A / SALDANHA, A A W, "Bem estar subjetivo em mães de Crianças com diagnóstico soro-interrogativo para o HIV" in *Novas perspectivas sobre a infeção VIH/SIDA e doenças relacionadas*, 8.º Congresso Virtual sobre HIV, coord. de Nuno Taveira, Miguel Castanho e Helena Barroso, Imprinove, Soc. Unipessoal, Lda., Santarém, 2008.

PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 2.ª Edição, Milão 1980.

PALMA, Fernanda / ALMEIDA, Carlota / VILALONGA, José, "Constituição e direito penal" in *Casos Materiais de Direito Penal*, 2000.

PATRÃO, M. "O começo da vida humana" in *Bioética*, Editorial Verbo, 1996.

PEREIRA, M. / CANAVARRO, M C, "Mulheres infetadas pelo VIH/SIDA: Adaptação ai nascimento de uma criança?" in *O VIH/SIDA na Criança e no Idoso*, VII Congresso Virtual HIV/AIDS, Normagrafe, Lda., Santarém, 2007.

PEREIRA, Rui, *Os Crimes Contra a Integridade Física na Revisão do Código Penal*, Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, FDUL, AAFDUL, 1998.

PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYATTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado*, Quid Juris, Lisboa.

PINHO, Lúcia, (coord.), *Da mãe à Criança uma Nova Esperança*, patrocinado pela Comissão Nacional para a Humanização e Qualidade dos Serviços de Saúde/Ministério da Saúde, Imprensa de Coimbra, Lda., 2000.

PIRES, Francisco Lucas, "Aborto e Constituição" in *Vida e Direito. Reflexões sobre um referendo*, Principia, Cascais, 1998, pp. 59 e ss.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Aborto y Exposición o Abandono en Peligro*, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1999.

RAMÓN RIBAS, Eduardo, *El Delito de Lesiones al feto - Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, Editora Comares, Granada, 2002

RAPOSO, Mário, "Pessoa, Ética e Direito", in *Revista do Ministério Público*, Ano 12, n.º 45.

RAPOSO, Mário, "Reflexões sobre o sentido da vida e o valor da ciência" in *Boletim da Ordem dos Advogados*, N.º 47, Lisboa, Maio - Agosto, 2007.

RAPOSO, Vera Lúcia, "Aqueles que Nasceram (Breve Excurso sobre o Enquadramento das Lesões Penais Pré-Natais) in *Direito Penal Fundamentos Dogmáticos e Político Criminais, homenagem ao prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora.

RAPOSO, Vera Lúcia, "Embriões, Investigação Embrionária e Células Estaminais", in *Separata de Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 9, n.º 18, Julho/Dezembro, Coimbra Editora, 2012.

RIVERO, M^a Carmen Gómez, *La Imputación de los Resultados Producidos a Largo Plazo, Especial referncia a la problemática del SIDA*, tirant la bllanch, Valencia, 1998.

ROBERTSON, J.A, "The right to procreated in utero fetal therapy" in *The Journal of Legal Medicine*, September, (3), 1982.

RODRIGUES, Joana Raquel Pereira, *A proteção jurídico-penal da vida intra-uterina - o crime de aborto*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

RODRIGUEZ MESA, Maria José, "Algunas consideraciones acerca del bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto" in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 6, 1996.

ROLERO SANTURIAN, Carlos F., *La Imputación objetiva del comportamiento sexual*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria, "Del gene al derecho" in *Coleccion de Publicaciones del centro de estudios sobre genética y derecho*, n.º 2, 1996.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria, *Los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal y los Relativos a la Manipulación Genética*, Editora Comares, S.L, Granada - Espanh, 2004.

RUEFF, Maria do Céu, *O segredo médico como garantia de não discriminação. Estudo de caso: HIV/SIDA*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

SÁ, Fernando Oliveira, "As ofensas corporais e o novo Código Penal: uma perspetiva médico-legal, análise de um workshop" in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, 1991.

SALÁS DARROCHOA, Josep Tomás, "El Concepto de Feto en el Código Penal español", in *DS*, Vol. 13, Núm. 1, Enero - Junio 2005.

SANTOS, Emerson Martins, "O Estatuto Jurídico Constitucional do embrião humano, com especial atenção para o conceito *in vitro*" in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, RBDC, n.º 12, Julho/Dezembro, 2008.

SANTOS, Luís Augusto Duarte, "Consequências Permanentes das Agressões - apontamentos e algumas reflexões" in *Separata de o Médico*, n.º 120, 1953.

SANTOS, SIMAS, HENRIQUES, Leal, *Código Penal Anotado*, 3.ª Edição, 2.º Volume, *Parte Especial*, Ed. Rei dos Livros, 2000.

SANTOS, M. Simas / HENRIQUES, M. Leal, *Noções Elementares de Direito Penal*, 3.ª Edição Revista e Atualizada, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2009.

SILVA, Adriano Corrêa da, "A aplicabilidade de personalidade é adequada na embriologia, de modo a considerar o embrião humano uma pessoa?" in *Revista de Cultura Teológica*, V.19, N.º 73, Jan/Mar, 2011.

SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial - Crimes Contra as Pessoas*, 3.ª Edição, Quid Iuris, Sociedade Editora, Lisboa, 2011.

SILVA, IVAN LUIZ DA, "O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal" in *Revista de Informação Legislativa*, Ano 50, N.º 1997, Jan./Mar., 2013.

SGRECCIA, Elio, "Aborto: O Ponto de Vista da Bioética", Tradução de Mário Matos, Principia, 2006.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011 (Reimpressão).

SOUSA, Susana Aires de, "A Transmissão do Vírus da Sida Constitui uma Conduta Criminalmente Relevante? (Considerações sobre a Tipicidade Criminal) in *A infeção VIH e o Direito*, Imprinove, Unipessoal, Lda, Santarém, 2010.

SCHNÜEMANN, Bernd, "O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! - Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, N.º 53, Ano 13, Editora Revista dos Tribunais.

SCHÜNEMANN, Bernd " Problemas Jurídico-Penales Relacionados com el SIDA", in *Problemas Jurídico Penales del Sida*, (org. Santiago Mir Puig) J.M. BOSCH EDITOR, S.A, Barcelona, 1993.

S.J., Vasco Pinto de Magalhães, "A Pessoa Humana" in *Bioética*, coord. de Luís Archer, Jorge Biscaia, e Walter Oswald, Editora Verbo, Lisboa-São Paulo, 1996.

Jurisprudência e pareceres consultados no âmbito da dissertação.

Jurisprudência

- Ac. do Tribunal Constitucional n.º 288/98;
- Ac. do Tribunal Constitucional n.º 617/2006;
- Ac. do Tribunal Constitucional n.º 25/84;
- Ac. do Tribunal Constitucional n.º 85/85;
- Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 09-02-2000;
- Ac. do Tribunal Constitucional n.º 101/2009;
- Ac. do Tribunal Constitucional alemão de 28/5/1993. (BVerfGE 88, 203 - Schwangerschaftsabbruch II).

Pareceres

- Relatório Parecer sobre a Experimentação no Embrião (15/CNECV/95);
- Parecer N.º P/01/APB/05 sobre a Utilização de Embriões Humanos em Investigação Científica;