

# BIOÉTICA E NASCIMENTO O DIAGNÓSTICO PRÉ-NATAL PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL

*Pelo* Dr. Manuel António Lopes Rocha  
Procurador-Geral Adjunto

1. Num relatório elaborado pelo Doutor MANUEL DA COSTA ANDRADE, em nome do Grupo Português da Associação Internacional de Direito Penal, para ser presente a um Colóquio realizado em Freiburg (RFA), preparatório do Congresso que aquela Associação organizou em Viena, no passado mês de Outubro, e relativo ao tema «Direito Penal e modernas técnicas biomédicas», escreveu o Autor, entre outras coisas muito importantes, que «a intervenção do direito penal terá de inscrever-se no horizonte de racionalização e de legitimação do discurso da criminalização».

Em tal discurso prevalecem os princípios da *subsidiariedade e fragmentaridade* (o direito penal como *ultima ratio*), bem como o princípio da *proporcionalidade* e onde são determinantes categorias como as da *dignidade, carência de tutela penal e eficácia da tutela penal* (1).

É que, contra a criminalização apressada e generalizada no domínio das técnicas biomédicas — sublinha ainda o autor —

---

(1) Veja, do autor, *Direito Penal e modernas técnicas biomédicas*, na Revista de Direito e Economia, Coimbra, Ano XII, 1986, pág. 101.

milita a circunstância de serem ainda raras as manifestações que podem, desde já, converter-se em referentes de autónomos juízos de incriminação. «Não podem, por isso, e na medida em que ainda relevam da *ficção*, legitimar qualquer propósito de prevenção antecipada à custa do direito penal. Mas o mesmo deverá ainda ser o juízo em relação a muitas das que ultrapassaram já a fronteira do meramente possível. Também elas, com efeito, estão ainda longe de se terem convertido em práticas tão generalizadas e de tão comprovada danosidade social que reclamem — e justifiquem — o recurso à *ultima ratio* que é o direito penal» (2).

2. Esta posição doutrinária reflecte uma certa perplexidade em que o direito penal se encontra face às recentes e espectaculares conquistas das ciências biomédicas que, um pouco por toda a parte, apanharam desprevenido o legislador.

Por um lado, não pode este ignorar o *princípio da liberdade de investigação*, opondo-lhe proibições ou restrições intoleráveis; por outro, não pode demitir-se de encarar a necessidade de introduzir *algumas limitações*, aí onde o mau uso dessa liberdade, em particular no que toca à investigação aplicada e à tecnologia, lese ou ponha em perigo interesses ou bens jurídicos fundamentais do Homem, como a vida, a integridade física e moral e a privacidade (3).

---

(2) *Ibidem*, pág. 105.

(3) A Constituição da República Portuguesa (artigo 42.º) consagra o direito à liberdade de «criação científica». É manifesto que, implicitamente, reconhece o direito à *liberdade de investigação*, pois é sabido que, na generalidade dos casos, aquela é precedida de um período, mais ou menos longo, de trabalhos de pesquisa, constituindo como que o seu resultado final.

É certamente por isso que, com base, entre outros, no artigo 27.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (que, segundo a nossa Constituição, no artigo 16.º, n.º 2, deve servir para interpretação e integração dos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais), numerosos autores têm entendido que o princípio da liberdade científica tem consagração internacional.

Neste aspecto, é mais explícito ainda o artigo 15.º, n.º 3, do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, das Nações Unidas, em vigor desde 3 de Janeiro de 1976.

Invocam-se, ainda, a Convenção que instituiu a UNESCO, de 6 de Novembro de 1945 e a própria *Acta Final* da Conferência de Helsínquia, de 1 de Agosto de 1975.

Para maiores desenvolvimentos quanto a este ponto, vejam-se as Actas do 10.º Colóquio de Direito Europeu, realizado em 23-25 de Setembro de 1980, sob

O que tudo converge para que as respostas do legislador sejam marcadas pelo *relativismo*, pela *contingência* e pela *provisoriidade*, deixando sem alternativa a conclusão no sentido da prudência e contenção (*in dubio pro libertate*) no recurso a soluções de incriminação (4).

Não significa isto que o mesmo legislador haja de cruzar os braços e deva assistir, atónito, aos efeitos perversos que resultam de uma aplicação imponderada das novas e incessantes descobertas da biologia e da medicina, susceptíveis de porem em crise valores inerentes à *dignidade humana*, que urge a todo o custo proteger e preservar.

3. Não pode dizer-se, apesar de tudo, que o direito português vigente, sem embargo do seu carácter *lacunoso* e *descontínuo*, se tenha remetido a uma posição de expectativa e de inércia, assistindo impassível ao desenrolar dos acontecimentos no domínio das práticas biomédicas.

A inseminação artificial, as intervenções e tratamentos medico-cirúrgicos arbitrários, a colheita de produtos biológicos humanos para fins terapêuticos e científicos e a utilização de órgãos e tecidos humanos de origem cadavérica para fins terapêuticos, constituem áreas de intervenção do legislador português que demonstram a sua preocupação pela redução dos abusos que tais práticas podem favorecer, e onde não faltam as sanções de tipo repressivo.

Apesar disso, é manifesta a insuficiência do quadro legislativo vigente face ao desafio do acelerado desenvolvimento médico-científico. O que significa que o enquadramento legislativo das práticas biomédicas modernas terá, em boa parte, que criar-se *ex-novo*.

---

os auspícios do Conselho da Europa, e dedicado ao tema *La Recherche Scientifique et le Droit*, Estrasburgo, 1981, págs. 29, 66, 84 e *passim*. E não falta quem sublinhe, a propósito, a existência de uma *lacuna* na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, propondo, para a suprir, a seguinte disposição: «A liberdade da investigação e a liberdade científica são garantidas». Neste sentido, veja ob. cit., pág. 99.

(4) Estudo citado na *nota 1*, pág. 108.

4. Porque o legislador, nomeadamente o legislador penal, não se sente habilitado a intervir com regulamentações precisas no intento de arbitrar conflitos entre a liberdade de investigação e os direitos humanos que a mesma pode ofender ou pôr em perigo, tem-se assistido à criação de Comissões ou Comitês de Ética, com *carácter multidisciplinar*, na motivada esperança de que os mesmos possam constituir um modo de conciliar aqueles interesses, contribuindo para aquilo a que os constitucionalistas costumam chamar a concordância prática entre direitos de igual hierarquia <sup>(5)</sup>. Embora sem carácter coactivo, espera-se dos pareceres e das recomendações desses órgãos uma eficácia contramotivadora de tentações para o abuso, representativos, como são, de uma autoridade moral a que os investigadores e os práticos não podem ser insensíveis.

É que a o Direito e Moral têm de comum o constituírem «categorias éticas».

As relações entre um e outra têm como suporte um *princípio ético* no sentido mais lato da expressão, ou seja, um princípio que é proposto como modo de operar, uma ideia segundo a qual a actividade deve ser regulada.

Tal *princípio ético* tende a instituir uma coordenação objectiva do operar, manifestando-se por uma série correlativa de possibilidades e impossibilidades de conteúdo, com respeito a vários

---

(5) Entre nós, um grupo de deputados do Partido Socialista apresentou um projecto de lei destinado à criação de um Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, ao qual compete emitir parecer sobre os problemas éticos suscitados pela investigação no domínio das ciências da vida e respectivas aplicações, quer esses problemas digam respeito às pessoas individuais, aos grupos sociais ou à sociedade no seu conjunto (v. *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 41, de 8 de Julho de 1989).

O relatório do projecto invoca a constituição de *comitês* de ética em vários países, como os Estados Unidos, o Canadá e a França. Também o Governo preparou uma proposta de lei com o mesmo objectivo.

A Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, constituída em 1986, no Ministério da Justiça, preparou, igualmente, um projecto legislativo tendente à criação de uma Comissão Nacional de Bioética (Veja uma referência a este assunto em COSTA ANDRADE, ob. cit., pág. 113).

Entretanto, a Lei n.º 14/90, de 9 de Junho, criou o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.

sujeitos — e essa coordenação ética objectiva é, nem mais nem menos, o campo do Direito.

As «categorias éticas» da Moral e do Direito derivam, pois, do aludido princípio, embora sejam duas espécies fundamentais da valoração do operar.

Só que, das normas *éticas* (morais e jurídicas), distinguem-se as normas *técnicas*, que possuem uma natureza diversa, na medida em que se limitam a indicar que, para se atingir determinado fim, é necessário agir de certo modo. Qualquer conhecimento científico pode converter-se em regra técnica.

Mas não é menos verdade que as normas técnicas frequentemente se relacionam com as normas jurídicas e morais, quase se confundindo com elas.

Quando um fim é considerado por uma norma ética como obrigatório, quer na forma moral quer na forma jurídica, a norma técnica passa a assumir-se com um certo carácter ético.

Assim, quando se fala em novas biotecnologias, não pode aceitar-se o carácter eticamente neutro das mesmas.

Esta, a lição de um dos maiores filósofos do Direito, que foi GIORGIO DEL VECCHIO (6).

5. A experiência, por seu turno, tem mostrado que o Direito sente especiais dificuldades quando se propõe intervir na regulamentação dos conflitos entre interesses que decorrem da liberdade de investigação científica e interesses que constituem objecto de protecção dos Direitos do Homem.

Para tanto concorre o facto de as ciências biomédicas evoluírem muito rapidamente, impossibilitando a pretensão de legislar em termos definitivos. Neste aspecto, a produção jurídica é quase sempre *a posteriori*, dependente, como está, da evolução daquelas ciências e da valoração ética dos seus propósitos e resultados.

Ainda não há muitos anos eram considerados do domínio da *ficção científica*, fenómenos como a utilização de genes huma-

---

(6) Veja, do autor, *Lições de Filosofia do Direito*, Arménio Amado, Suc., Coimbra, 1959, II volume, págs. 75 e *passim*.

nos em processos de transferência a outros organismos, a hibridação celular interespecífica, a possibilidade de formar gémeos monozigóticos e quimeras e a chamada «clonação» de seres humanos.

Poucos meses antes do nascimento de LOUISE BROWN em Inglaterra, um reputado autor dizia que o *bébé-proveta* era uma ficção, juízo que a realidade se encarregou de infirmar (7).

E FRANÇOIS GROS, eminente mestre de Genética, ainda assegurava, em 1985, aos participantes de um colóquio, que o «génio genético» não tinha aplicação directa no homem. Mas a realidade também se encarregou de mostrar que assim não era (8).

Perante tudo isto, que dizer da tarefa do legislador? Deverá contentar-se com um apelo a meros princípios éticos e desistir do recurso a normas jurídicas, confiando na actividade das Comissões de Ética para evitar abusos possíveis?

6. É tempo de nos cingirmos ao sub-tema específico da perspectiva jurídico-penal do tema «Bioética e nascimento».

Também aqui se suscitam delicados problemas de conciliação entre os resultados da investigação científica aplicada e a protecção das pessoas implicadas.

Numa resolução do recente Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, (Viena, Outubro, 1989) foi ponderado que a vida humana merece ser protegida *desde a fecundação*, independentemente do facto de o embrião humano ser desde o início qualificado ou não como *pessoa*.

Com efeito, nessa *resolução* escreveu-se muito impressivamente:

«O grau de protecção do embrião humano, ainda não implantado, depende em grande parte do *estatuto moral* que lhe é atribuído.

(7) Veja *Le possible et l' interdit*, de JEAN-MARC VARAUT, La table ronde, 1989, pág. 104.

(8) *Ibidem*, pág. 105. Veja, também, o artigo da revista TIME, de Fevereiro de 1989, com o título *Coming: a Historic Experiment*; e o subtítulo *Biologists get set for gene transplants into humans*; e ainda, FRANÇOIS GROS, *La civilisation du gène*, Hachette, 1989, pág. 115, em nota.

Embora sejam divergentes as opiniões a este propósito e sendo certo que o problema suscita ainda vivos debates no mundo inteiro, todos concordam, pelo menos — ressalvadas eventuais limitações — em reconhecer que a vida humana, desde a fecundação, merece ser protegida, independentemente do facto de o embrião, desde o início, ser qualificado como *pessoa* ou de possuir ou não direitos próprios fundamentais».

E ainda: «Desde que uma intervenção possa ser considerada como medida terapêutica, destinada a assegurar o bem-estar próprio do embrião em causa, não existem reservas de carácter jurídico».

No entanto, o direito de *herdar* as características genéticas sem qualquer manipulação deve ser protegido pela lei.

Daí que devam ser objecto de regulamentação legal os limites das intervenções sobre o património hereditário.

Particularmente no que respeita aos métodos de *diagnóstico pré-natal genético*, a resolução vai no sentido de que devem ser limitados aos casos em que são de presumir afecções genéticas que representem um perigo muito grave para o desenvolvimento do embrião, antes ou após o nascimento.

Nesta ordem de ideias, a utilização de práticas de diagnóstico pré-natal genético para fins de *selecção sexual* através de interrupções da gravidez deve ser rejeitada. Os conselhos do médico após um diagnóstico pré-natal devem limitar-se às informações relativas aos riscos medicamente fundados para a criança a nascer.

E o consentimento da mulher grávida, exigido para a efectivação do diagnóstico pré-natal não deve, sobretudo, estar ligado à sua disposição de consentir um aborto ulterior de feto que apresente uma afecção.

7. Não longe destas ideias anda o recente «Projecto de recomendação sobre a despistagem genética antenatal, o diagnóstico genético antenatal e o correlativo conselho genético», elaborado pelo Comité Ad Hoc de Peritos sobre os Progressos das Ciências Biomédicas (CAHBI), do Conselho da Europa, datado de 25 de 1989 e constituído por 13 princípios.

Logo nas «considerações preliminares», o texto põe o acento tónico no respeito pela *vida* e pela *dignidade humana*.

E, depois de reconhecer «os grandes progressos realizados nos últimos decénios na detecção das anomalias genéticas da criança antes do nascimento, graças à despistagem e ao diagnóstico genético praticados em mulheres grávidas e os temores que tais processos suscitam»; que «as mulheres grávidas e os casais devem ser plenamente informados e esclarecidos sobre as possibilidades e as razões do recurso a tais processos, bem como os riscos que eles podem encerrar»; que «o diagnóstico e a despistagem genética devem sempre ser acompanhados de um aconselhamento genético apropriado, que em nenhum caso pode ser directivo, devendo sempre informar plenamente a mulher grávida para que esta possa tomar livremente a sua decisão»; enfim, que «a utilização de tais processos deve ser regida por princípios éticos, médicos, jurídicos e sociais para evitar quaisquer abusos», *recomenda* aos governos dos Estados Membros que adoptem legislação conforme aos *princípios* adiante enunciados, bem como a adopção das medidas necessárias a assegurar a sua aplicação.

Não podemos aqui, naturalmente, descrever em pormenor esses princípios, mas referir apenas algumas ideias que lhes subjazem.

Assim: a exigência de aconselhamento prévio e posterior aos testes de despistagem e diagnósticos genéticos antenatais, como condição da sua realização; a subordinação destes ao exclusivo fim de detecção de riscos sérios para a saúde da criança; a necessidade de serem efectuados por médico ou sob a sua responsabilidade em laboratórios do Estado ou por autoridade habilitada para esse fim; a ausência de carácter impositivo ou directivo do aconselhamento; o encorajamento da participação dos dois membros do casal; a exigência de consentimento livre e esclarecido da mulher; a informação, a esta, sobre os objectivos dos testes e sua natureza, bem como dos riscos inerentes; a independência do consentimento relativamente ao direito a prestações sociais; a rejeição de condições discriminatórias; a não exclusão de exigência do consentimento livre e esclarecido mesmo quando a despistagem e o diagnóstico constituem operações de rotina; a subordinação da recolha, tratamento e registo de dados pessoais a fins de cuidados médicos, de diagnóstico e prevenção da doença ou a fins de investigação estritamente ligados aos cuidados médicos; o direito de acesso a dados pessoais recolhidos reservado às pes-

soas a quem tais dados respeitam; enfim, quando exista alto risco de transmissão de uma doença genética grave, o conselho anterior à concepção e, sendo caso disso, a despistagem e o diagnóstico pré-nupcial e o diagnóstico anterior à concepção devem ser facilmente acessíveis e largamente difundidos <sup>(9)</sup>).

8. Sabe-se que o diagnóstico pré-natal experimentou avanços notáveis nos últimos anos tanto no que respeita às possibilidades de diagnosticar anomalias cromossómicas como enfermidades hereditárias de origem genética. Realiza-se durante as primeiras semanas da gestação, em células que se obtêm nas velosidades coriônicas, líquido amniótico ou directamente do feto. Mas o inconvenientes destas técnicas, segundo alguns, consiste em o diagnóstico ser tardio para que se possa empreender uma terapia eficaz. Então, só pode colocar-se a alternativa da interrupção da gestação, com todos os problemas (éticos e jurídicos, nomeadamente), que isso envolve.

Nos embriões obtidos mediante a fertilização *in vitro* poderia extrair-se uma das suas células para detectar uma anomalia cromossómica ou uma enfermidade genética e, uma vez realizado o estudo, poderia realizar-se a transferência <sup>(10)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Para maiores desenvolvimentos, inclusive quanto à «exposição de motivos» do projecto de recomendação, pode ver-se o Doc. CAHBI (89) 6, do Conselho da Europa, que tem carácter provisório.

O CAHBI decidiu transmitir o texto, para parecer, a um certo número de Comités directores e outros Comités competentes do Conselho da Europa. O projecto será reexaminado à luz desses pareceres.

Tem interesse, também, a consulta da Lei n.º 3/84, de 24 de Março sobre educação sexual e planeamento familiar, na qual se encontram disposições relativas ao aconselhamento genético, tratamento de situações de esterilidade, estudo e prevenção de doenças de transmissão hereditária.

<sup>(10)</sup> Veja, sobre o assunto, e para maiores desenvolvimentos, *Ingeniería genética y reproducción asistida*, ed. de MARINO BARBERO SANTOS, Madrid, 1989, pág. 100. Sobre o diagnóstico genético, a patologia fetal e a prevenção, os tratamentos possíveis em medicina fetal e outras questões interessantes, com aquelas conexas, veja o volume *Hors serie* da revista SCIENCE et VIE, com o título *Bien Naître*, n.º 169, Dezembro de 1989.

Enfim, e para uma mais ampla informação sobre o diagnóstico pré-natal, seus objectivos, métodos e discussões sobre aspectos jurídicos, veja *Génétique, procréation et droit* (Actes du Colloque), Actes Sud, Hubert Nyssen, Editeur, págs. 117, 145 a 147, 151, 405, 413, 417 e 437.

Sabe-se, também, que os métodos da biologia molecular têm cada vez maior aplicação no diagnóstico genético e, com isso, facilitarão a determinação precoce e pré-natal de um número crescente de enfermidades hereditárias graves. Mas, dada a conhecida ambivalência do progresso científico, a questão que se põe é a de saber se os mesmos procedimentos podem utilizar-se para determinar certas propriedades e qualidades não patológicas, quer dizer, normais, o que obrigatoriamente levaria à criação do «homem *in vitro*».

Não haverá quem queira opor-se a que os procedimentos biológico-moleculares sejam utilizados na terapia das patologias hereditárias graves, para as quais não exista outro tratamento, uma vez que tal terapia seja viável; mas quem poderá impedir que se faça mau uso desses mesmos métodos, no sentido de uma manipulação genética das células germinais humanas para criar «um homem sob medida»? Este o grande problema <sup>(11)</sup>.

A vantagem dos métodos biológico-moleculares com vista à determinação e ao diagnóstico das patologias genéticas, relativamente às provas bioquímicas convencionais consiste, por um lado, na viabilidade em qualquer tecido, isto é, e no que toca aos diagnósticos pré-natais, nas células amnióticas, que podem isolar-se entre a décima sexta e a décima oitava semana da gestação, ou nas células coriônicas, que podem extrair-se entre a nona e a undécima semana. Mas, na actualidade, existe um intenso debate sobre se as ditas provas diagnósticas, em caso de fecundação assistida *in vitro*, poderiam realizar-se numa fase precoce do embrião humano <sup>(12)</sup>.

Por outro lado, conhecem-se hoje cerca de 3 000 enfermidades hereditárias diferentes, atribuídas a modificações de genes, mas, até agora, só uma pequena parte se presta a um diagnóstico pré-natal. Este, quer baseado na amniotomia quer na biopsia transcervical do corião, sujeito a limites temporais restritos na evolução embrionária, representará para a mulher um grave *stress*

---

<sup>(11)</sup> Veja ob. cit. na *nota* anterior, pág. 110.

<sup>(12)</sup> *Ibidem*, pág. 115.

psíquico e físico no caso de querer decidir-se pela interrupção da gravidez.

O provável desenvolvimento da técnica da fertilização *in vitro* poderá, a longo prazo, oferecer a alternativa de um diagnóstico em fase de pré-implantação. Para tal fim, teriam de extrair-se células do embrião precoce e analisá-las para detectar um determinado defeito genético. Normalmente, isso só será possível depois de que células se tenham multiplicado por cultivo. Até se estabelecer o diagnóstico, o embrião seleccionado para ser implantado teria de poder conservar-se, por esse motivo, ultracongelado. Uma investigação deste tipo poderia empregar-se em futuro próximo, sobretudo para a exclusão de anomalias cromossómicas. Em contrapartida, estão ainda por criar as premissas metodológicas para a detecção bioquímica ou genético-molecular de determinados defeitos dos genes sobre uma base mais ampla. Por isso, é de esperar que, actualmente, o diagnóstico pré-natal em fase de pré-implantação só terá um importância secundária em comparação com os métodos convencionais (13).

Como quer que seja, o diagnóstico pré-natal que respeite a vida e a integridade do embrião e do feto humanos e se oriente para a sua salvaguarda ou para a sua cura, é considerado *lícito*, como também são *lícitas* as intervenções sobre o embrião humano que respeitem a sua vida e a sua integridade, que o não exponham a riscos desproporcionados, que tenham como fim a sua cura, a melhoria das suas condições de saúde ou a sua sobrevivência individual (14).

Um dos maiores especialistas mundiais em questões ético-jurídicas desencadeadas pelas modernas técnicas biomédicas, o Prof. ALBIN ESER, da Universidade de Freiburg, resumia, deste modo, a problemática do diagnóstico pré-natal: «Enquanto a engenharia genética se mover na área restrita do diagnóstico pré-natal as suas intervenções numa fase precoce do feto com fins terapêuticos estão justificadas, em princípio, como *terapia curativa*, segundo as regras desenvolvidas pela jurisprudência, ou, se se

---

(13) *Ibidem*, pág. 133.

(14) *Ibidem*, pág. 181.

encontram ainda na fase experimental, sejam interpretadas como *intenção curativa*.

Isso explica porque não há objecções contra a amniocentese ou a biópsia coriônica desde que se pratique com fins diagnósticos para averiguar danos genéticos e para actuar a tempo, dentro do possível, contra os seus efeitos.

Não obstante, se tal diagnóstico se praticar com a finalidade primária, incluso exclusiva, de determinar o sexo do nascituro para poder interromper a gravidez como resultado de sexo não desejado, fica privado do seu carácter curativo, ao não apoiar-se em qualquer intenção terapêutica. Consequentemente, uma amniocentese para praticar um aborto selectivo do sexo deve interpretar-se, mesmo que exista consentimento da gestante, como lesão corporal ilegal, já que ofende os *bons costumes*, descontando o facto de que tal discriminação está sancionada pela Constituição» (15).

Em termos semelhantes, pode ler-se na «Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação», da Congregação para a Doutrina e a Fé:

«Se o diagnóstico pré-natal respeitar a vida e a integridade física do embrião e do feto humano e se orientar para a sua salvaguarda ou para a sua cura individual, a resposta é afirmativa» (à pergunta sobre se tal diagnóstico é lícito).

E à pergunta sobre se as intervenções terapêuticas no embrião são lícitas, o mesmo documento responde:

«Como para qualquer intervenção médica nos pacientes, devem ser consideradas lícitas as intervenções no embrião humano sob a condição de que respeitem a vida e a integridade do embrião, não comportem para ele riscos desproporcionados e sejam orientadas para a sua cura, para a melhoria das suas condições de saúde ou para a sua sobrevivência individual».

Também não se afasta desta doutrina o Relatório da secção «Igreja e Sociedade» do Conselho Ecuménico das Igrejas, de Agosto de 1989, intitulado *A Biotecnologia; seus desafios às*

---

(15) *Ibidem*, pág. 278.

*Igrejas e ao Mundo*. Lê-se, a pág. 13 do referido documento (recomendações):

«O Conselho ecuménico das Igrejas reclama a interdição do recurso a técnicas do génio genético para a selecção de sexos e chama a atenção contra o uso que possa fazer-se involuntariamente dessas técnicas para fins sociais.

O Conselho chama a atenção para a maneira como podem explorar-se — e por vezes se exploram — os conhecimentos de que se dispõe sobre o património genético do indivíduo, conhecimentos que devêm, então, fonte de discriminação e de injustiça, por exemplo, no local do trabalho, na distribuição dos cuidados de saúde, na outorga de um seguro ou na educação».

Anteriormente, o documento, após considerações gerais sobre o diagnóstico pré-natal, pondera:

«O diagnóstico pré-natal levanta graves questões de ordem social e ética. Tais questões estão relacionadas com o juízo eugénico sobre as anomalias que justificam ou não o aborto de um feto. Alguns consideram que existem várias doenças genéticas que justificam moralmente o aborto da criança, enquanto outros não são do mesmo parecer. E há um facto ainda mais alarmante do que a controvérsia que se desenvolve sobre as anomalias genéticas graves: são os testemunhos que chegam do mundo inteiro, segundo os quais a despistagem pré-natal é utilizada como meio de selecção sexual. Em numerosos países preferem-se crianças do sexo masculino às do sexo feminino.

.....  
Quando é o Estado que organiza a despistagem pré-natal, a grande preocupação é a de saber se, com isso, arrisca encorajar, aberta ou indirectamente, o aborto de fetos atingidos por anomalias genéticas. Os que se inquietam de ver instaurar uma despistagem obrigatória acentuam o direito de qualquer pessoa que se oponha a esse teste, de preservar a sua vida privada.

Os governos tentarão, talvez, limitar este direito, invocando a necessidade de salvaguardar a saúde pública e a possibilidade de tratar muito cedo os fetos atingidos» (16).

---

(16) Veja *La Biotechnologie: ses Défis aux Églises et au Monde — rapport de la Section «Églises et société» du Conseil Oecumenique des Églises*, Agosto, 1989, págs. 11 e 12.

9. Não admira que o fervilhar constante das discussões em tema de licitude ou ilicitude das práticas de diagnóstico pré-natal (como nas outras grandes áreas da problemática das relações entre ciências biomédicas e Direito), tenha dado origem a uma produção literária e científica hoje praticamente inabarcável.

Citemos apenas duas, de entre as obras, individuais ou coletivas, que recentemente se ocuparam do tema.

A primeira é da autoria de um advogado francês, já referido em nota, especialista de liberdades públicas e filósofo do Direito, JEAN-MARC VARAUT. O seu título é, desde logo, muito sugestivo: *Le possible et l'interdit*.

Referiremos apenas dois importantes capítulos do livro, relativos ao *estatuto do embrião* e ao *diagnóstico pré-natal e eugenismo*.

Quanto ao primeiro, o autor, partindo da fórmula do artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (*O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei*) e da do artigo 6.º, 1, do Pacto Internacional das Nações Relativo aos Direitos Cívicos e Políticos (*O direito à vida é inerente à pessoa humana*), que, no seu entender, a Lei francesa de 17 de Janeiro de 1975, também afirma (*A lei garante o respeito de todo o ser humano desde o começo da vida*), mas logo contradiz autorizando o aborto em caso de necessidade, conclui, após várias deduções e citações, que o *estatuto do embrião* dita os deveres de respeito, de prudência e de sabedoria que se impõem a um conjunto de práticas, incluindo o diagnóstico pré-natal que permite uma intervenção no começo da vida para fins diferentes dos imediatamente terapêuticos. E pondera, a propósito:

«Não é a eficácia técnica destas práticas, a sua possibilidade nem mesmo a utilidade que delas pode decorrer para uns em detrimento de outros, nem, bem entendido, os proveitos consideráveis que podem ser gerados pelas patentes de certas descobertas tecnológicas, que devem servir de critério para o seu uso. O possível não é a medida do que deve ser quando não afecte somente os tecidos, os órgãos ou as funções corporais, mas atinge ao mesmo tempo o que constitui a própria pessoa, que se manifesta através desses tecidos, órgãos ou funções. É o respeito do homem

*corpore et anima unus* que constitui o critério da avaliação dessas intervenções».

E mais adiante: «Assim, o embrião, uma vez que é ser humano em potência, porque tem em só próprio a possibilidade, geneticamente programada, de devir um ser humano desenvolvido, deve ser incluído na ordem da pessoa. Relewa do direito da pessoa, nas suas correlações de indisponibilidade e de inalienabilidade; do mesmo modo que ninguém contesta que o recém-nascido é uma pessoa, o zigoto, o embrião e o feto são etapas de desenvolvimento de um ser humano que deve ser imediata e incondicionalmente respeitado. Não há data arbitrária antes da qual tudo ou quase tudo seja permitido e após a qual existiria uma pessoa em devir e já sujeito de direitos».

Para o autor, o *benefício individual potencial* é a medida das investigações sobre os embriões vivos, viáveis ou não.

A exigência de respeito do embrião impõe-se como imperativo categórico absoluto no caso em que a morte é devida a uma *interrupção voluntária da gravidez*.

A exigência moral impõe que se exclua qualquer risco de cumplicidade com o aborto voluntário, porquanto, mesmo dispensado de pena, o aborto permanece um delito.

Relativamente ao *diagnóstico pré-natal*, JEAN-MARC VARAUT, depois de acentuar que a sociedade civil não é obrigada a suportar tudo o que os investigadores podem fazer, porque a ética não se confunde com o que é factível, congratula-se, no entanto, com as terapias cada vez mais precoces e eficazes das malformações congénitas ou hereditárias. E escreve, a propósito:

«A colheita de líquido amniótico que rodeia o feto permite detectar as anomalias cromossómicas, das quais a mais frequente é a trissomia 21, antigamente chamada mongolismo. O mesmo no que concerne à talassémia, com auxílio de um periscópio chamado fetoscópio. A metodologia das sondas aplicada ao estudo dos genes torna acessível a maior parte das doenças genéticas ao diagnóstico pré-natal, assim como a coreia de Huntington cujos sinais clínicos apenas se apercebem pelos quarenta anos e que acarreta desordens mentais que culminam na morte.

As famílias podem, assim, preparar-se para o nascimento de uma criança afectada de dificuldades. Muitas crianças são igualmente salvas por intervenções terapêuticas intra-uterinas, por exemplo, a frenagem de um sistema obstruído. Seria, por conseguinte, aberrante contestar a utilidade do diagnóstico pré-natal».

Tal não anula a tentação, que comporta a despistagem precoce de embriões ou fetos ou de fetos tarados, de os eliminar por interrupção voluntária da gravidez.

Esta é possível — em França — a todo o momento, quando «dois médicos atestem... que existe uma forte probabilidade de que a criança a nascer seja atingida por uma infecção de particular gravidade reconhecida como incurável no momento do diagnóstico».

Impropriamente chamado *aborto terapêutico*, a qualificação que lhe cabe é, antes, a de *aborto eugénico*.

O diagnóstico pré-natal, tal como é praticado, coloca, para o autor, uma *questão capital*: com ele podem, certamente, salvar-se mais vidas do que as que, também com ele, podem suprimir-se, e tranquiliza um grande número de mulheres grávidas — e as suas vitórias são de creditar no activo da medicina preventiva. Mas, utilizado muito frequentemente como preliminar de um aborto selectivo em caso de predisposição alarmante, introduz a possibilidade de uma atitude eugénica perante a vida. E reduz implicitamente o malformado à sua malformação.

Legítima a sua eliminação em nome de um pretensu *direito a não nascer* ou de *ser bem nascido*.

Por outro lado, diz ainda o autor, é incontestável que o diagnóstico pré-natal, fora da ecografia que constitui uma modalidade corrente e quotidiana da vigilância da gravidez, exige técnicas pesadas e custosas que não são anodinas e que podem conduzir a abortos selectivos e eugénicos, quer dizer, aumenta o poder considerável dos obstetras.

Em conclusão: a) um diagnóstico pré-natal deve ter uma finalidade terapêutica e ser precedido do consentimento livre e esclarecido dos dois pais, em função do risco em que se incorre e do benefício esperado; b) os tratamentos consequentes a um diagnóstico pré-natal devem ser objecto do mesmo consentimento livre e esclarecido dos dois genitores e terem também eles, necessa-

riamente, uma finalidade estritamente terapêutica, o que exclui qualquer manipulação genética e qualquer forma de eugenismo; c) o diagnóstico e o tratamento antenatais postulam, assim, a exigência de elaborar um estatuto jurídico do embrião humano, sujeito nascente, credor em acto dos direitos à vida, à saúde, à integridade e à indisponibilidade da pessoa em potência, que já é.

Enfim, a correcção, sobre o embrião *in vitro*, de patologias diagnosticadas é legítima, se realizada sem risco para aquele nem manipulação.

A noção da indisponibilidade da pessoa, na sua identidade e no seu corpo, ainda que ele seja a convergência de células do zigoto, deve ser o princípio de qualquer regulamentação, a conceber, do diagnóstico pré-natal, das colheitas e exames biológicos e citogenéticos que o realizem e das terapias genéticas consecutivas.

Para JEAN-MARC VARAUT, e a concluir, é inevitável que as investigações e a prática do génio genético passem do conhecimento à terapêutica e derivem para procedimentos eugénicos. O eugenismo activo foi frequentemente reclamado ao longo da História, desde PLATÃO (na *República*) até ALEXIS CARREL (*O Homem, esse desconhecido*), passando pelas esterilizações sistemáticas dos idosos ou tarados na Alemanha nazi e dos criminosos alcoólicos e perversos sexuais nos Estados Unidos até à condenação dessas práticas, há cerca de 20 anos, pelo Tribunal Supremo.

Quando se começam a tratar doenças hereditárias por introdução de genes nas células dos doentes, faz-se eugenismo. A eliminação do coreia de Huntington é um fim legítimo. A questão é a de saber até onde se pode ir para obter esse resultado. A *hominicultura* comporta riscos mais temíveis do que a mais terrível das doenças e, desde logo, esquecer a diferença absoluta da vida humana relativamente a qualquer outra forma de vida, a irredutível individualidade de cada corpo, seu preço infinito (17).

---

(17) Ob. cit., págs. 104 e segts.

A segunda obra que gostaríamos de referir é colectiva. Trata-se das *Actas do Colóquio preparatório* realizado no Instituto Max Planck de direito penal estrangeiro e internacional, de Freiburg — am — Brisgau, sobre Direito Penal e Técnicas Biomédicas Modernas.

Dela destacaremos apenas alguns trechos de duas importantes contribuições. A primeira, é o relatório nacional francês, a cargo de GERARD MEMETEAU.

Os trechos seleccionados, pela sua pertinência ao tema em debate são os seguintes:

«Esta investigação (leia-se o «diagnóstico pré-natal e genético»), caracteriza-se pela sua ambiguidade, porquanto não proporciona apenas a obra terapêutica, após a caracterização do estado do sujeito, mas também comporta aspectos negativos, que podem ir até à eliminação. No seu parecer sobre os problemas postos pelo diagnóstico pré-natal e perinatal, o Comité Nacional de Ética sublinhou esta ambivalência.

A selecção do sujeito beneficiário/vítima do diagnóstico efectua-se mais ou menos violentamente, mesmo pelo aborto, e isto conduziu o Comité Nacional de Ética a propor recomendações, entre as quais a da criação de Centros especializados cuja consulta seria de impor antes da tomada de decisão de abortar do artigo L 162-12 do Código da Saúde Pública, aborto eugénico que coloca a sociedade face a um grave problema de valores.

No direito actual, nenhuma disposição penal visa o diagnóstico pré-natal ou genético e não seria oportuno aplicar uma incriminação a cada acto médico separadamente. O acto realizado sem consentimento prévio, ou inabilmente praticado, é simplesmente sujeito ao direito comum da responsabilidade penal. Podemos interrogar-nos, em contrapartida, sobre as possibilidades de criação de uma infracção específica da «triagem da pessoa mal conformada».

.....  
Tudo ponderado, o diagnóstico pré-natal que pode ao mesmo tempo ser genético, levanta por si só diversas dificuldades:

- relação com o aborto eugénico do artigo 162-12 do Código da Saúde Pública, numa época em que, como o constata

a Comissão Nacional de Ética, «se expande a banalização da IVG... a ausência de meio terapêutico cria subrepticiamente uma espécie de ligação perigosa entre o diagnóstico perinatal e o aborto. Não se trata de uma condenação, mas de uma constatação que a lucidez impede de fingir inorar» (*O. Robert*).

- riscos, por um lado, para a mãe, por outro, para a criança concebida, inerentes aos métodos escolhidos.
- exigência de consentimento para o acto da mãe, para si própria e para o filho.

Em primeiro lugar, o diagnóstico pré-natal é um acto usual da autoridade parental que a mãe pode pedir sozinha ou é um acto grave que supõe, salvo casos de urgência, o acordo dos dois progenitores? Em segundo lugar, em caso de recusa maternal, um terceiro (*a priori*, o pai) é hábil para ordenar o acto, com fundamento na sua utilidade para o tratamento da criança a nascer? Em terceiro lugar, a recusa da mãe pode constituir uma infracção de recusa de cuidados ou de socorro ao seu filho? Autores importantes interrogam-se, antes de concluírem sobre a possibilidade de recorrer ao juiz com vista à autorização do tratamento, mau grado a oposição da mãe.

Uma pessoa maior pode, com conhecimento de causa, recusar para ela um tratamento, mesmo se isso pode implicar a morte; mas pode ela também empurrar para a morte um ser que transporta no ventre?

Sabe-se que se torna culpado de não assistência a pessoa em perigo, o progenitor que se abstem de proporcionar à pessoa do filho os cuidados indispensáveis, e a ameaça de aplicação do artigo 63.º, § 2, do Código Penal poderia funcionar como uma forma de coacção indirecta. Com efeito, a infracção de recusa de socorro é constituída particularmente pela recusa de tratamentos médicos que podem aproveitar a qualquer pessoa viva.

A partir do momento em que o filho *in utero* pode, segundo o estado da ciência, beneficiar de tratamentos que não impliquem qualquer risco sério para a mãe, a recusa da sua aplicação comporta o perigo, para aquele, quer de morrer antes do parto ou

pouco tempo após este, quer de suportar, no futuro, uma deficiência que poderia ter sido reduzida.

- riscos ligados à revelação do resultado. A questão põe-se em termos idênticos para o diagnóstico de predisposição.

«É bem evidente», escreve o Comité Nacional de Ética, «que é perfeitamente inútil revelar um terreno mórbido, e de provocar certas angústias se não houver qualquer precaução particular a tomar ou qualquer tratamento proventivo ou mesmo paliativo». Mas também riscos ligados à não revelação (como para qualquer outra situação médica), e que podem levar a acções ulteriores por *Wrongful birth* ou *Wrongful life*.

- consequências de um diagnóstico errado. *Quid* se ele conduzir a um aborto penalmente não justificado à luz do artigo L 162-12 acima citado? *Quid* se ele conduzir ao nascimento de uma criança atingida por afecção que teria motivado nos pais um pedido de aborto?»

Verifica-se, pois, que as dificuldades são múltiplas, conquanto não interessem ao penalista nos mesmos termos <sup>(18)</sup>.

Da segunda contribuição, desta feita o relatório nacional italiano, a cargo de FERRANDO MANTOVANI, consideremos o seguinte extracto sobre o diagnóstico pré-natal:

«Quanto aos *diagnósticos pré-natais*, deixamos de lado os problemas delicados que podem decorrer do facto de que dois sujeitos são obrigatoriamente implicados: o feto e a mãe. Assim, nas intervenções (diagnósticas ou terapêuticas), devendo passar forçosamente pelo corpo da mãe, podem criar-se situações de conflito entre o direito do feto de nascer são, o direito à liberdade corporal e à saúde da mãe e a obrigação, desta última, de se ocupar da saúde do filho, situações que a medicina fetal recua pouco a pouco até à fase pré-natal.

---

<sup>(18)</sup> Veja-se, para maiores desenvolvimentos, a *Revue Internationale de Droit Penal* (Droit Penal et Techniques Biomédicales Modernes) — Actes du Colloque préparatoire tenu à l' Institut Max Planck de Droit Pénal Étranger et International, 59.º ano, nova série, 3.º e 4.º trimestres de 1988, Edition Erès, págs. 893 e segts.

Se examinarmos o problema do diagnóstico pré-natal do ponto de vista do filho, o carácter lícito ou ilícito depende das razões pela quais é necessário efectuar um tal diagnóstico:

- a) em vista de uma *actividade terapêutica ou terapêutico-experimental fetal sucessiva*: neste caso, tudo depende do equilíbrio previsível entre as vantagens e os inconvenientes, sendo certo que as diferentes técnicas de diagnóstico pré-natal (amniocentese, fetoscopia, biópsia do trofoblasto, colheita de vilosidades coriônicas, etc). apresentam diferentes graus de risco;
- b) para fins de *experimentação científica pura*: neste caso, tudo repousa sobre o limite da protecção da vida e da saúde do feto, tanto mais que é impossível obter o consentimento deste último e conceder validade ao dos progenitores;
- c) com vista à *escolha do sexo* ou a uma *selecção eugénica*: nestes casos, o diagnóstico pré-natal é autorizado nos limites das diferentes regulamentações e da interrupção da gravidez.

A lei italiana não autoriza o aborto por tais motivos <sup>(19)</sup>.

10. No direito português não existem normas que especificamente se proponham regular as diversas situações de conflito atrás salientadas, a propósito do diagnóstico prenatal.

Como escreveu COSTA ANDRADE, «não se encontram previstas e regulamentadas todas as manifestações da extensa fenomenologia de condutas pertinentes ao tema em discussão e susceptíveis, em abstracto, de suscitar um problema de criminalização.

Não deve, contudo, subestimar-se o alcance normativo de alguns preceitos já hoje inscritos na ordem jurídica positiva portuguesa» <sup>(20)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> *Ibidem*, pág. 1029.

<sup>(20)</sup> Ob. cit. pág. 109.

Referimo-nos, em especial, aos artigos 150.º (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos) e 158.º (Intervenção e tratamento médico-cirúrgicos arbitrários), ambos do Código Penal.

Sabe-se que, com o primeiro, se operou uma modificação radical na óptica jurídico-penal sob a qual devem ser encaradas as intervenções cirúrgicas, em confronto com o anterior Código Penal, que, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, eram consideradas como constituindo tipicamente ofensas corporais, pelo que a não punibilidade do médico só podia afastar-se concorrendo, no caso, alguma causa de justificação <sup>(21)</sup>. E essa modificação radical consistiu em que tais intervenções não constituem, em princípio, ofensas corporais, observadas certas condições.

Com o segundo, protege-se a liberdade do «paciente» contra intervenções arbitrárias, mas a incriminação não opera verificadas, igualmente, certas condições.

A um e outro caso nos referiremos de seguida mais em pormenor.

Como vimos anteriormente, algumas técnicas de diagnóstico pré-natal pressupõem intervenções no corpo da mulher grávida, p. e. para colheita de células destinadas a exame de eventuais defeitos do embrião ou do feto. Também vimos como alguns autores sublinharam que tais intervenções não estão isentas de *riscos*, variando todavia o grau destes.

Depara-se, no entanto, uma primeira dificuldade, quanto ao artigo 150.º.

Diz, com efeito, este artigo:

«1. As intervenções e outros tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por médico ou outra pessoa legalmente autorizada a empreendê-los com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar

---

<sup>(21)</sup> Neste sentido, cfr. de FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade médica em Portugal*, Sep. do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1986, pág. 53.

ou minorar uma doença, um sofrimento, uma lesão ou fadiga corporal ou uma perturbação mental não se consideram ofensas corporais.

2. Se da violação das *leges artis* resultar um perigo para o corpo, a saúde ou a vida do paciente, o agente será punido com prisão até 2 anos.

3. O procedimento criminal depende de queixa».

O preceito está incluído num capítulo em que se agrupam os «crimes contra a integridade física», pertencendo ao título «dos crimes contra as pessoas».

E se não há dúvida de que nele são protegidas mulheres grávidas que se sujeitam às práticas do diagnóstico, já é duvidoso de que aí se tenha em vista a protecção do *embrião* ou do *feto*.

Com efeito, e na técnica do Código Penal, a protecção do embrião ou do feto é objecto dos artigos 139.º e seguintes, no capítulo dos «crimes contra a vida intra-uterina», ou seja através da *punição do aborto*.

Por outro lado, o n.º 2 do artigo 150.º, como vimos, fala em perigo para o corpo ou para a saúde do «paciente».

Quer dizer, o direito à vida do feto é objecto de protecção penal mas resta saber se deve considerar-se «paciente» para os efeitos daquele artigo.

Para uma conclusão afirmativa haveria que ter como certo que o embrião ou o feto é considerado, pela lei penal, como «pessoa», ideia que, em termos de sistemática não seria de afastar completamente (já vimos que o preceito está incluído no título «dos crimes contra as pessoas»), mas para a qual nos falta uma indicação precisa do legislador.

E também não encontramos, neste ponto, qualquer contributo apreciável da doutrina. Em todo o caso, a hipótese fica de pé.

O artigo 158º, por seu turno, diz o seguinte:

1. As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista dos fins também nele apontados, fizerem intervenções ou tratamentos

sem consentimento do paciente serão puníveis com prisão até 3 anos e multa até 120 dias.

2. O agente não será punível quando o consentimento:

- a) Só puder ser obtido com o adiamento que implique um perigo para a vida ou um grave perigo para o corpo ou para a saúde;
- b) Foi dado para uma intervenção ou tratamento diferente, mas o que foi realizado é imposto pelo estado dos conhecimentos ou experiências da medicina, como meio para evitar um perigo para o corpo ou para a saúde, e se não verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

3. O agente não será igualmente punível quando a intervenção ou o tratamento forem impostos pelo cumprimento de uma obrigação legal.

4. Se, por negligência, se representarem falsamente os pressupostos do consentimento, o agente será punido com prisão até 6 meses e multa até 50 dias.

5. O procedimento criminal depende de queixa».

Também aqui se suscitam dúvidas idênticas às suscitadas quanto ao artigo 150.º, com a agravante de que se trata, como vimos, de um «crime contra a liberdade das pessoas».

Volta a falar-se em «paciente» e alude-se ao «consentimento» como causa de exclusão.

E quanto ao «consentimento», logo o artigo 159º esclarece:

«Para efeitos do artigo anterior, o consentimento só será eficaz quando o paciente tiver sido esclarecido sobre a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar o esclarecimento de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, seriam susceptíveis de lhe provocar perturbações comprometedoras da finalidade visada».

O que tudo concorre para ter por razoável que o legislador, com os preceitos em causa, só pensou em pessoas *vivas* e não no *embrião* ou no *feto*.

A este propósito, convém referir o que os autores atrás citados escreveram no estudo citado em nota:

«Em primeiro lugar, competente para prestar o consentimento é o paciente e, em princípio, só ele. Apesar, porém, de o artigo 159º se apresentar como *norma especial* face ao artigo 38º, n.º 3 (onde se definem em geral os requisitos da eficácia do consentimento), parece dever aproveitar-se desta norma exigências como as de que quem consente *tenha mais de 14 anos e possua discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance* (do consentimento) *no momento em que o presta*.

Se faltam estes requisitos de eficácia do consentimento real, poderia pensar-se que tudo deveria ser deferido ao consentimento presumido. Mas não parece esta a melhor solução, devendo então — mas só então — a competência para consentir ser atribuída ao *representante legal do menor* ou do *incapaz*» (22).

Daí o concluir-se, com forte probabilidade de acerto, que o artigo 158.º não abrange as intervenções arbitrárias sobre o próprio embrião ou feto, a não ser na medida em que as mesmas produzam, concomitantemente, ofensas no corpo ou na saúde da mãe (23).

---

(22) Est. cit., pág. 57.

(23) Este problema mereceu a atenção do Professor MARINO BARBERO SANTOS, no seu comentário crítico às leis espanholas 35/1988, de 22 de Novembro (sobre técnicas de reprodução assistida) e 42/1988, de 28 de Dezembro (sobre doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos ou órgãos), ambas pecando, para o autor, por falta de disposições penais.

A dado passo, nota este autor: «Um comportamento cuja elevação a delito se sugere é o das lesões causadas no embrião ou feto, não puníveis no quadro da actual configuração das lesões, quer porque estas exigem ferir, golpear, maltratar ou mutilar intencionalmente, quer porque se dirigem a *outro*, quer dizer, a uma pessoa, e o embrião ou feto *ainda o não são*.

Nem por isso é lícita qualquer intervenção sobre o embrião ou o feto. O artigo 12.2. da *Ley sobre Técnicas de Reproducción Assistida* estabelece terminantemente que «qualquer intervenção sobre o embrião no útero, ou sobre o feto, no útero ou fora dele, vivos, com fins diagnósticos, não é legítima se não tiver por objecto o bem estar do *nasciturus* e favorecer o seu desenvolvimento, ou se estiver legalmente apoiada». Noutra passo, diz o mesmo autor: «As lesões causadas na mulher, mesmo que com o seu consentimento, por ocasião de uma amniocentese ou de uma biópsia coriônica, levada a cabo com a finalidade de conhecer o sexo do *nasciturus*

Como dizer isto, porém, não ficam excluídas todas as consequências jurídico-penais directa ou indirectamente relacionadas com as práticas do diagnóstico pré-natal.

Pensamos, especialmente, no caso do aborto selectivo por causa do sexo, a que anteriormente aludimos.

Parece-nos evidente que, em tal caso, não funciona qualquer das causas de justificação do artigo 140.º do Código Penal, introduzido pela Lei n.º 6/84, de 11 de Maio, nomeadamente a chamada *indicação eugénica* na alínea c) do seu n.º 1: haver motivos seguros para prever que o nasciturno venha a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação...

Nem será aqui preciso invocar a cláusula dos «bons costumes», porque o facto cai, de pleno, na norma incriminadora. Salvo, evidentemente, se com ele concorrer também outra causa de justificação, mas estamos a raciocinar, por definição, perante o caso em que o aborto se funda, *unicamente*, no intento de evitar o nascimento de criança de sexo não desejado.

Já são menos evidentes as consequências jurídico-penais de comportamentos previstos nos artigos 274.º e 276.º do Código Penal, quando relacionados com o diagnóstico pré-natal.

Em todo o caso, trata-se de hipóteses que não podem afastar-se, pelo menos em teoria.

O primeiro incrimina o médico analista ou o seu empregado, enfermeiro ou empregado de laboratório que fornece dados ou resultados inexactos na elaboração de análises clínicas, radiografias, electrocardiograma, encefalograma ou de qualquer outro exame ou registo auxiliar de um diagnóstico ou tratamento médico ou cirúrgico, desde que assim crie um perigo para a vida ou de grave lesão da saúde ou da integridade física de *outrem*.

O segundo prevê a punição de médico que recusar o auxílio da sua profissão, em caso de perigo para a vida ou de grave lesão

---

e causar o aborto se não fosse o desejado, são comportamentos já *de lege data* delitivos: pois que o sexo não pode considerar-se uma grave tara física que exclua a punibilidade do aborto (artigo 417, bis, 3, do Código Penal), nem o consentimento pode eliminar a ilicitude do comportamento».

Veja, para maiores desenvolvimentos, a obra citada na *nota 10*, págs. 314 e 315.

para a saúde ou a integridade física de *outrem*, que de outra maneira não pode ser removida.

Tratar-se-á de hipóteses de rara verificação, no quadro das práticas de diagnóstico pré-natal, mas nem por isso podem deixar de ser consideradas.

O mesmo acontece quanto à violação do *segredo profissional*, do artigo 184.º do mesmo Código, relativo aos dados obtidos com as práticas de diagnóstico se, evidentemente, como se diz no tipo legal, a revelação puder causar prejuízos aos interessados, e salvo ocorrência de causa excludente da ilicitude nos termos do seguinte artigo 185.º.

11. A sumária indicação de alguns casos em que pode questionar-se a responsabilidade penal relacionada com a prática de diagnóstico pré-natal está longe, pois, de permitir a resolução das dúvidas suscitadas por GERARD MEMETEAU e FERRANDO MANTOVANI, a que atrás nos referimos.

O que nos leva a concluir pela urgência de legislação destinada a esclarecê-las, sem que com isso se preconize, desde já, uma actividade criminalizadora a todo o custo.

A problemática envolvida pelas práticas do diagnóstico pré-natal, do ponto de vista jurídico-penal, suscita, pelo exposto, múltiplas dificuldades, como, a justo título, sublinhou o primeiro dos citados autores, relativamente à legislação francesa, escrevendo a propósito: Assim, os riscos ligados à prática inábil de um diagnóstico susceptível de implicar danos para a saúde da mãe e/ou do filho não extravasam do direito penal médico comum dos ferimentos ou do homicídio por imprudência. Do mesmo modo, a prática do diagnóstico pré-natal ou a apresentação do seu resultado conscientemente convidativo ao aborto, integra a incriminação da provocação a este delito, uma vez que o legislador pune a incitação ao aborto, mesmo lícito (artigo L 647 do Código da Saúde Pública), com a reserva da aplicação das regras da cumplicidade (artigo 60.º do Código Penal). O Comité Nacional sublinha este perigo: «Convém prevenir que a informação não possa ser tomada como uma pressão exercida sobre os pais». As ameaças de recusa de hospitalização num serviço de maternidade, de recusa de suportar o encargo com as despesas de tratamento,

de parto, de ruptura de contrato médico... relevariam certamente destes comportamentos puníveis.

Uma qualificação como infracção voluntária reapareceria no caso de danos causados à criança por ocasião de uma acção médica sobre a sua pessoa sem motivo terapêutico, como um diagnóstico pré-natal praticado com o objectivo de fundamentar unicamente um subsequente pedido de aborto e não uma eventualidade de tratamento, ainda que, no fim de contas, o aborto não tenha sido entretanto cometido. Resta, enfim, perguntar se o diagnóstico *genético* não poderá devir uma técnica de prova penal.

A investigação celular poderá (ou poderia), autorizar a identificação do autor de uma infracção a partir de vestígios de sangue ou de sémen (crimes sexuais) ou de outros vestígios de violência deixados no local do crime ou no corpo da vítima... As necessidades da justiça e da polícia, a protecção da paz social, justificam investigações tão penetrantes na intimidade individual? Não significa abrir uma via que conduz da procura da prova à procura das sanções apropriadas? Com esta reserva, só uma lei poderia legitimar a aplicação destes métodos científicos (24).

MANTOVANI, por seu turno, depois de recordar o fenómeno da inflação das leis penais e da deterioração da técnica legislativa (causas não negligenciáveis da «desordem jurídica») preconiza, para o domínio da regulamentação das actividades biomédicas, o respeito do princípio racional *leges non sunt multiplicanda sine necessitate*, cujo corolário, na parte que especificamente nos interessa (embrionocídio e experimentação sobre embriões vivos), implicaria uma «inserção paulatina no direito penal comum, e nomeadamente no título relativo aos delitos contra as pessoas», dos novos atentados à «dignidade humana» (25).

---

(24) Veja as *Actas* referidas na nota 18, pág. 895.

Sobre a introdução das técnicas chamadas das «empreintes génétiques» em criminalística, para identificação individual, veja o artigo *Les empreintes génétiques et la criminalistique, Passé, présent, futur*, na *Revue Internationale de Criminologie et de police technique*, Vol. XLII, n.º 3, 1989, págs. 330 e seguintes.

(25) Veja as *Actas* cit. na nota 18, pág. 1034.

12. Vamos concluir com um juízo de inadequação do direito penal português vigente para a resolução dos problemas que podem suscitar-se em sede de lesão de interesses decorrentes da investigação sobre embriões ou fetos, para fins de diagnóstico pré-natal.

Já vimos que as práticas de diagnóstico compostam riscos, mesmo no caso de se legitimarem por propósitos terapêuticos ou curativos, consensualmente lícitos.

Convém, por isso, *de jure constituendo*, encarar a necessidade de introduzir na ordem jurídica portuguesa regulamentações adequadas, sem excluir o recurso, embora moderado e prudente, a medidas de carácter penal, já que as existentes, pelas razões expostas, não se afiguram susceptíveis de enquadrar convenientemente as diferentes situações de abuso que têm como cenário as mencionadas intervenções.

O Ministério Federal da Justiça da República Federal da Alemanha elaborou, em 29 de Abril de 1986, um Anteprojecto de Protecção de Embriões (*Embryonenschutzgesetz*) cujo artigo 1.º reza o seguinte:

- «1. Quem causar, através da intervenção em embrião ou feto, danos para a saúde da pessoa (que resulte do desenvolvimento do mesmo), será punido com privação da liberdade até 3 anos ou multa.
2. Em casos especialmente graves, a sanção será a de privação da liberdade de 6 meses a 5 anos. Considera-se caso especialmente grave se o autor: 1) provoca graves danos de saúde, ou 2) mediante a sua actuação, causa imprudentemente a morte do sujeito vítima da lesão.
3. Se a actuação do autor for imprudente nos casos especificados no número 1, será punido com privação da liberdade até 2 anos ou multa.
4. Os números 1, 2 e 3 não se referem a actos cuja finalidade seja a de provocar um aborto».

Pronunciando-se sobre esta disposição, a Sociedade Max Planck começa por partilhar os objectivos por ela perseguidos, mas assinala o perigo de uma contraditória valoração entre ela e as normas do Código Penal sobre a interrupção da gravidez.

Sobretudo, o n.º 4 podia pretextar semelhante interpretação porquanto nele próprio se expressa que, embora para a interrupção da gravidez (artigo 218.º, a), do Código Penal) possam admitir-se circunstâncias eximentes, estas não seriam admissíveis no caso de meros danos infligidos ao embrião.

As intervenções a que se refere o artigo 1.º podem efectuar-se no contexto da procriação medicamente assistida como em relação com os cuidados médicos prestados em caso de gravidez natural. Neste caso, há que partir do princípio de que o artigo impõe num âmbito perfeitamente estabelecido da medicina um acrescido risco de punibilidade. Na perspectiva médica haverá que pensar, a este respeito, sobretudo nas eventuais consequências negativas de métodos de diagnóstico pré-natal e de terapia fetal. A Sociedade Max Planck chama a atenção para o perigo de as condições legais de culpabilidade poderem ser interpretadas de uma forma susceptível de prejudicar o ulterior desenvolvimento destes campos de investigação.

O referido artigo também pode ter importância para determinadas medidas tecnológicas.

Quando se produz o nascimento de uma criança com lesões, os pais afectados — baseando-se precisamente no artigo — possivelmente decidirão apresentar uma denúncia, especialmente nos casos em que o médico se tenha servido de novos métodos de tratamento ainda que em fase de experimentação. Ainda que seja difícil demonstrar-se uma conduta imprudente, pode rezeir-se que precisamente aqueles facultativos que se esforçam por obter novos progressos no campo da obstetrícia, ficariam expostos a investigações de carácter jurídico-penal. Tendo em conta os actuais riscos que a responsabilidade civil exigível implica, parece que poderia prescindir-se de uma protecção jurídico-penal adicional neste domínio, protecção que, inclusivamente, poderia ser uma arma de dois gumes, na medida em que poderia favorecer, ainda mais, uma «medicina defensiva».

A Sociedade Max Planck, invocando pertinentes declarações ético-médicas e directrizes corporativas e declarações internacionais, que não infringem o citado artigo 1.º, porque a conduta dos médicos e investigadores que se ajuste às regras nelas conti-

das dificilmente poderá classificar-se de negligente e muito menos, de imprudente, conclui deste modo:

«Para não obstaculizar improcedentemente, com riscos jurídico-penais, as investigações sobre a gravidez, assim como o desenvolvimento de técnicas aperfeiçoadas no âmbito da obstetrícia, não parece, apesar de tudo, justificado sancionar penalmente os factos cometidos mediante mera imprudência. A SMP opina, por conseguinte, que no mínimo, é necessário modificar o artigo 1.º no sentido de que, em todo o caso, sejam castigadas as lesões dolosamente causadas no embrião» (26).

Em poucas palavras, a Sociedade Max Planck disse tudo, ou seja, pôs em relevo a extrema dificuldade de criminalizar as condutas de que se trata, pelos efeitos perversos que daí podem resultar.

Mas, com ser difícil, não se segue que o legislador português se demita de introduzir normas adequadas nesta matéria. Só é desejável que o faça com a prudência e com o cometimento requeridos.

Porque, como tantas vezes tem sido afirmado, perante situações de conflito entre interesses dignos de tutela, mais vale haver lei do que passar-se sem ela.

---

(26) Veja ob. cit. na *nota 10*, págs. 141, 142 e 300.