

A questão actual do estatuto jurídico do nascituro

JOSÉ LOBO MOUTINHO

I

1. Não queria deixar de, nesta curtíssima intervenção inicial, confessar uma dívida.

Na verdade, pessoalmente muito devo ao nosso Dr. BIGOTTE CHORÃO.

Muito para além da amizade pessoal, devo-lhe nada mais menos do que a introdução no estudo do Direito e, logo em seguida, no estudo do direito privado, de uma forma, laboriosa, por certo, mas na mesma medida estruturada e, sobretudo, estruturante. Isto já não seria pouco. Mas sucede ainda que lhe devo igualmente, na primeira abordagem do problema filosófico do Direito, uma introdução ao realismo jurídico clássico, concepção que me seria reproposta, no ocaso da licenciatura, por CAVALEIRO DE FERREIRA e de cujo acerto fundamental permaneço ainda firmemente convicto, sobretudo se puder pôr a render, num esforço de diálogo e abertura, as suas enormes virtualidades em termos da compreensão do Direito e da sua defesa contra todas as manipulações.

É, por isso, naturalmente, enorme a minha dívida gratidão para com o Dr. BIGOTTE CHORÃO e, nessa exacta medida, a minha profunda satisfação em exprimi-la publicamente – já que é o que posso fazer, pois compensá-la é, de facto, impossível.

2. O tema que nos é proposto, nesta mesa-redonda, é um tema caro ao nosso Homenageado, que, num texto a ele dedicado há nada mais nada menos do que 15 anos, não hesitou em qualificá-lo como “o mais

transcendente e fundamental de todos os problemas jurídicos, «o pai de todos os problemas jurídicos»” («O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do Direito», in *O Direito*, 123.º, 1991, p. 573).

Pretende-se que seja discutido o estado actual desse problema e a meu cargo estará, nesta intervenção inicial, dar umas pistas para a sua discussão, na perspectiva do direito penal português.

3. Em termos de direito penal, o problema é significativamente reduzido. O embrião, obviamente, não age.

Por conseguinte, a questão do estatuto do embrião centra-se em determinar se os comportamentos dos quais resulta uma lesão da vida ou integridade física do embrião são ou não e devem ou não devem ser incriminados.

Aparentemente poderíamos ser levados a dizer que seriam dois problemas diferentes, pois que poderíamos admitir a possibilidade teórica de uma tutela de tais bens sem que isso conduzisse a considerar o embrião como titular desses direitos. Dessa forma, haveria que colocar, primeiro, a questão de saber se determinados bens (diante dos olhos está, normalmente, a vida intra-uterina) para depois perguntar se tais bens são protegidos como bens do próprio embrião, isto é, se ele – ele mesmo! – é vítima ou ofendido por um crime.

Assim, o Tribunal Constitucional identificou claramente a pessoa humana com o ser humano já nascido – o qual teria um direito à vida subjectivado. Por oposição, o ser humano não nascido não seria pessoa, embora decorresse da Constituição e, mais exactamente, do art. 24.º, que a sua vida devia ser protegida de outra forma (vd., por último, o Acórdão n.º 288/98, n.ºs 45 e 46).

O Tribunal Constitucional poupou-se a esclarecer e fundamentar o passo fundamental, ou seja, que o direito à vida apenas se subjectiva quando a pessoa nasce.

No entanto, esta distinção nasce de uma incompreensão radical do significado que pode ter o reconhecimento do direito à vida. Este direito – e outro tanto sucede com os restantes direitos de personalidade – não são direitos a realidades exteriores ao seu titular (uma coisa ou uma prestação de terceiro). No seu núcleo substancial, eles nada mais exprimem, como que por metáfora, do que a pertença ou afectação, a cada um, dos bens (vida, integridade física e moral, liberdade, honra, privacidade) em que se refracte o seu ser humano e, por consequência, a ilicitude da sua

violação por terceiro e a sua protecção perante estes. O direito à vida não significa, portanto, originariamente, que o seu titular deva esperar que lhe seja dada alguma coisa, mas, antes, que a vida é dele (*jus suum*) e não de outra pessoa, isto é, que é ele o dono da sua vida. Ele é *dominus sui*. Portanto, um direito à vida não subjectivado é uma falácia; uma protecção da vida contra violações por terceiro sem direito à vida outra falácia. Um direito à vida sem reconhecimento de personalidade jurídica nova falácia. Na realidade, a personalidade jurídica corresponde ao reconhecimento de uma nova voz no diálogo social, mas esta nova voz (tal como aliás, sucede na primeira fase da sua vida extra-uterina) pode estar limitada à voz passiva: a sua capacidade de relação resume-se a poder ver a sua esfera jurídica protegida ou lesada por outrem.

4. A questão – substancial – que pode e deve levantar-se sem ter medo das palavras é a de saber se a ordem jurídica se satisfaz com uma protecção da vida humana (e, portanto, com um conteúdo do direito à vida) que não passe pela sua protecção jurídico-penal, mas antes por medidas de outra índole, como seriam, por exemplo, “*medidas de educação sexual que previnam os casos de gravidez indesejada, medidas de aconselhamento, de facilidades laborais e de apoio económico e social que ajudem a mulher a assumir a gravidez e a desejar levá-la a termo*” ou “*a obrigatoriedade de uma prévia consulta de aconselhamento, em que possa ser dada à mulher a informação necessária sobre os direitos sociais e os apoios de que poderia beneficiar no caso de levar a termo a gravidez, bem como o estabelecimento de um período de reflexão entre essa consulta e a intervenção abortiva, para assegurar que a mulher tomou a sua decisão de forma livre, informada e não precipitada, evitando-se a interrupção da gravidez motivada por súbito desespero*” de que falou o Tribunal Constitucional (Ac. cit., n.ºs 50 e 52, respectivamente).

É este, no fundo, o problema.

II

5. Historicamente, este problema suscitou-se, antes de mais, a propósito da incriminação do aborto.

Não obstante, nas últimas décadas o prodigioso desenvolvimento científico alterou a situação – e, com ela, *alterou os horizontes problemáticos*. E esse é justamente o primeiro dado a ter em conta na questão actual do estatuto jurídico do nascituro.

Na verdade, a prática da fertilização *in vitro* – com o seu cortejo de injustiças – veio, escreveu o nosso Homenageado, “facilitar notavelmente o acesso aos mistérios da genética humana” (ob. e loc. cit., p. 586).

Isso também sucedeu no campo do direito.

E com dois efeitos fundamentais.

A) Um primeiro foi o *confronto com a realidade*. Quero dizer: foi o início duma progressiva tomada de consciência da realidade, que a discussão do aborto, no meio da sua combatividade, tinha de alguma maneira obscurecido, já não só pela bugiganga demagógica com que, aqui e ali, se quis enfeitar, mas pelo radicalismo a que o carácter fundamental do tema facilmente faz tender.

De um lado, fechar os olhos e o discurso ao embrião é, aqui, impossível. E a ideia do embrião como uma parte do corpo da mulher ou, de forma mais ténue, mas não menos deslocada, como um amontoado de células, foram definitivamente enviadas para o museu das curiosidades, perante a verificação em absoluto clara, de que a partir da fecundação se inicia uma vida humana diversa da dos progenitores (dotada de património genético próprio), que evoluirá sem saltos de continuidade enquanto dure a vida ou, seja, até à morte desta.

O próprio nascimento viu a sua importância relativizar-se, perante a autonomização do momento, oposto, da implantação do embrião no útero como acto sujeito a escolha livre no seu se e no seu quando, perante o progressivo aumento das possibilidades de sobrevivência fora do útero da mãe e, portanto, a sua deslocação para momento anterior ao dos tradicionais 9 meses. E mais até: porventura já não será fazer ficção científica augurar o eventual surgimento de possibilidades efectivas de gestações ectópicas, nas quais o momento do nascimento, no seu significado tradicional, se desvanecerá.

Mas, por outro lado, a realidade – terrível na sua origem – dos embriões autónomos (antes de mais, dos chamados embriões excedentários) trouxe bem para a luz do dia o inigualável valor da função humana e social dos pais e, sobretudo, da mãe, a quem é pedido (ainda que com a ajuda da natureza) que, com tudo o que de doação vai envolvido, se assuma como condição gratuita de sobrevivência de outros seres humanos. A insuprível falta que temos de mães para a adopção dos embriões que hoje existem mostram bem, como escreveu RITA LOBO XAVIER, a propósito da discussão do aborto, a inadmissibilidade duma consideração puramente instrumental da mulher, degradada a “mero «inóvulcro»

de outra pessoa”, a “«máquina de gerar»”(«Aborto e dignidade da pessoa humana», in AA. VV., *Vida e Direito*, Cascais, Principia, 1998, p. 168).

B) Um segundo efeito deste desenvolvimento foi o de ter *cortado o cordão umbilical* que prendia o estatuto jurídico do embrião ao problema do aborto, ou melhor até, o de ter imposto a este último um desenvolvimento ectópico.

O problema do estatuto jurídico do embrião levanta-se, hoje, quer relativamente à vida intra-uterina, quer relativamente à vida extra-uterina.

É verdade que isto não legitima transposições indevidas, isto é, que não é lícito admitir, como premissa de partida, que as argumentações e soluções em sede de aborto e em outras sedes problemáticas (como a da procriação medicamente assistida) valham para todo o domínio.

No entanto, o alargamento do horizonte problemático traz consigo um enriquecimento do olhar, pelo qual se compreendem melhor as coisas, porque se vêem contextualizadas, na sua proximidade e distância relativamente ao que com elas confina. A problematização deve ser global e as respostas, ainda que não coincidentes, têm de fazer sentido, não só em si mesmas, como na sua recíproca correlação.

Ora, eu pretenderia justamente sugerir para a discussão subsequente o tema do significado que esse alargamento tem para a colocação do problema do estatuto jurídico do embrião em bases renovadas.

III

6. Um primeiro aspecto desse significado é o da apreensão clara da *especificidade da situação do aborto*.

A gravidez representa, estruturalmente, uma forma peculiar de união entre duas vidas humanas, uma, em gestação, no seio de uma mulher, para a qual aquela representa inequivocamente um peso – a que parece aludir a palavra “*gravidez*” – em termos físicos, psíquicos e de liberdade.

Paralelamente, o aborto representa, em termos estruturais, uma situação de compatibilização de direitos numa situação de tensão ou conflito. Na verdade, mediante o aborto, a mãe, do mesmo passo que termina uma vida humana, termina uma gravidez. Isto é, termina o peso que a nova vida representa para si.

É justamente isto que – juntamente com o desconhecimento ou, pelo menos, insuficiente consciencialização dos dinamismos da vida humana nas suas primeiras fases – pode explicar a especificidade da tutela penal do aborto relativamente à do homicídio.

7. Uma diferente importância do bem jurídico vida intra-uterina, relativamente ao bem jurídico vida nascente está por demonstrar. O conceito de bem jurídico constitui um instrumento de compreensão que, por passar por uma operação de síntese que não tem de se fazer e não se faz sempre nos mesmos termos, obriga a uma peculiar consciência metodológica, a fim de não se converter em porta aberta a todos os apriorismos e preconceitos. A não ser que dele se dê uma noção omni-compreensiva, aquilo que, na dinâmica da ordem jurídica, se projecta na pena não é estritamente a lesão do bem jurídico, mas o crime no seu todo, envolvendo todos os seus momentos essenciais e, ainda, uma estrutura accidental variável dentro de certos limites. PEDRO VAZ PATO, num magnífico estudo sobre o tema, chamou a atenção para o problema, ao afirmar a possibilidade de esclarecer os termos da diminuição de pena do aborto pela culpabilidade reduzida da mãe («O sentido da criminalização do aborto. Ajustar a lei sem sacrificar os princípios», publicado na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15, 2005, pp. 25 e ss.). No entanto, bem vistas as coisas, há que ir mais longe, pois o crime de aborto traz fatalmente consigo aquela libertação de peso que, muito embora não justifique, seguramente atenua a responsabilidade, da mesma forma que uma defesa ilegítima ou um acto excessivo em estado de necessidade objectivo sempre diminuem a gravidade objectiva do facto considerado na sua total contextura e, portanto, tal como é descrito e avaliado nas normas incriminadoras.

Por outro lado, a não punibilidade do aborto por negligência não envolve necessariamente a referida explicação. À uma, a união vital entre mãe e filho conduz a uma equivalência de princípio entre o cuidado com a própria integridade física e saúde o cuidado com a integridade física e saúde do nascituro. À outra – penso que historicamente a verificação é fácil –, as dificuldades com a comprovação da causalidade podem explicar a situação. Estas dificuldades e, bem assim, dificuldades de prova explicarão também historicamente a não punibilidade da tentativa.

8. Que consequências se podem retirar daqui?

Uma primeira é que os termos da punibilidade do aborto, sejam eles quais forem, são restritos a situações problemáticas de conflito entre a vida do embrião e a liberdade ou livre desenvolvimento da personalidade da mulher grávida.

Daqui segue-se, por sua vez, que não é lícito retirar desses termos qualquer base para uma afirmação geral de um suposto menor valor ou de uma menor tutela da vida humana embrionária, como fez o Tribunal Constitucional que, pretendeu que, embora a vida humana intra-uterina esteja abrangida pela inviolabilidade estabelecida no art. 24.º da Constituição, a protecção que esta disposição constitucional obrigava a dar à vida humana...

«[...] não terá que assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido – em cada pessoa. Aliás, existe uma bem radcada e inegável tradição jurídica tendente a tratar diferenciadamente os já nascidos e os nascituros, que se revela, desde logo, na negação da personalidade jurídica a estes últimos (basta recordar o modo sugestivo como se refere à aquisição da personalidade jurídica o artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil) e se manifesta, no âmbito do direito penal, exactamente com a incontestada punição diferenciada do aborto relativamente ao homicídio, designadamente no que se refere à distinta medida legal da pena e à não punição do aborto por negligência – e, actualmente, entre nós, com a autonomização sistemática dos crimes contra a vida intra-uterina» (Ac. cit. n.º 46).

Este raciocínio é ilegítimo.

Na realidade, tem de se reconhecer que, como o multidisciplinar e sobretudo plural Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pôs a questão, *«todo o embrião humano tem direito à vida e ao desenvolvimento, no corroborar – estamos bem longe da ontofobia e bem perto do tipo de reflexões tão caras ao nosso Homenageado – do princípio universal de que todo o existente requer existir»* (Parecer n.º 44/2004, n.º 18).

9. Mas não só.

Segue-se igualmente que nem sequer é lícito tirar daqueles termos de regulamentação argumentos relativamente a situações em que o agente não esteja na peculiar posição da mulher grávida.

Isso sucede, antes de mais, no que respeita à punição do aborto por negligência relativamente a terceiros que, sem dolo (e portanto, por negligência ou, mesmo, dolo de perigo), causem a morte ou lesões

na integridade física do embrião – como pode suceder facilmente no trânsito rodoviário, na actividade médica, designadamente por força da medicação, na actividade laboral, etc.

Mas sucede igualmente em relação a embriões não implantados no útero de qualquer mulher, que estão em causa na procriação medicamente assistida, e, bem assim, na temática das células estaminais e da clonagem.

10. A queda da premissa inicial conduz à derrocada da construção que o Tribunal Constitucional sobre ela erigiu.

Na verdade, a protecção do direito à vida dos seres humanos não nascidos – supostamente sem concessão de direito à vida – teria como grande diferença relativamente à *“protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido – em cada pessoa”*, que aquela não prejudicaria que o legislador ordinário, procedesse *“a uma ponderação de interesses”*, devesse *“balancear aquele bem jurídico constitucionalmente protegido com outros direitos, interesses ou valores, de acordo com o princípio da concordância prática”* (n.º 46).

Assim, não se afiguraria *“inadequado que a ponderação de interesses em causa tenha em conta o período de gestação”* (n.º 47). E, por outro lado, a referida ponderação teria de se efectuar *“tendo em conta os direitos da mulher e a protecção do feto, em função de todo o tempo de gravidez, não sendo, portanto, exacto considerar isoladamente que, durante as primeiras 10 semanas, não existe qualquer valoração da vida intra-uterina; num contexto global, esta será quase sempre prevalecte nas últimas semanas, enquanto nas primeiras se dará maior relevo à autonomia da mulher (uma vez respeitadas certas tramitações legais que, aliás, podem traduzir uma preocupação de defesa da vida intra-uterina)”* (n.º 48).

Estes raciocínios caem pela base.

Não está, obviamente, excluído, relativamente à vida embrionária, aquilo a que se chama uma ponderação de interesses, de acordo com o princípio da concordância prática – tal como não o está, como parece depreender-se implicitamente do Acórdão do Tribunal Constitucional, relativamente à vida das pessoas nascidas.

Mas essa *concordância prática* tem de fazer-se de acordo com os princípios gerais e, em particular, com o princípio da igualdade e da proporcionalidade, em sentido amplo e abrangente (incluindo, pois, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade).

11. Sob essa perspectiva, a questão da incriminação dos comportamentos contra a vida embrionária, dificilmente solúvel em termos claros e geralmente aceitáveis, tanto pelo comprometido da teoria com premissas fundamentais que não são evidentes, como pela máxima generalidade dos respectivos termos, mostra-se mais facilmente dominável se for considerada a partir dos restantes vectores da ordem jurídica vigente, questionando as soluções vigentes à luz dos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Mais do que discutir se, em abstracto, da Constituição decorre ou não um dever de incriminar, parece ser de colocar a questão de saber se, admitida a tutela penal da vida e da integridade física das pessoas nascidas e admitida ainda a tutela penal da própria vida intra-uterina, se mostra lícito coarctar a tutela penal da vida embrionária.

12. A resposta a esta questão não pode deixar de ser negativa. E em dois vectores se pode apreender essa resposta.

A) Um primeiro é a *igual valência dos bens jurídicos*.

É evidente – note-se bem – que a vida humana evolui e que isso tem reflexos no regime jurídico: a imputabilidade em termos civis, em termos penais, a idade núbil, a capacidade geral de exercício, etc.

No entanto, uma aproximação realista à questão – cara ao nosso Homenageado – mostra de imediato uma diferença entre isto e uma variação da tutela da vida da pessoa. Em todos estes casos, a divergência de regime assenta primordialmente numa diferença na realidade da pessoa, que se vai tornando mais madura, ao longo da vida. Não há, apesar da quantificação da qualidade inerente à marcação de momentos precisos no *continuum* da evolução da pessoa, desigualdade injustificada ou arbítrio. O efeito corresponde à causa: a diferença na consequência é a sombra projectada pela própria diferença na realidade da pessoa.

Onde está, porém, a diferença na *vida* do nascituro ou na sua *integridade física* que permita afirmar que ela merece uma protecção mais ténue nos primeiros estádios do seu desenvolvimento? Estará ele, então, menos vivo? “Pertence-lhe” a vida (no sentido atrás apontado) em menor medida? O mesmo se poderia perguntar relativamente à sua integridade física.

Não há, por conseguinte, qualquer base para a afirmação de limites à protecção da sua vida ou integridade física que não lhe sejam igualmente aplicáveis em momentos ulteriores da gestação ou quando já nascidos.

Isto tem também importância crucial relativamente ao direito à vida de embriões que sejam portadores de doença ou malformação e que não podem ser discriminados com base nesse facto.

B) Mas há um outro aspecto em que a igualdade se torna operativa a favor do embrião: a igualdade relativamente a todas as outras pessoas.

Ela tem reflexos a vários níveis.

Primeiramente, torna-se ilegítimo que, neste caso, para apurar a concordância prática, surja abruptamente um raciocínio *macro*, que se substitui à ponderação dos interesses reais e concretos em jogo na situação (de cada mãe e de cada embrião), como se a suficiência da tutela dos direitos fundamentais se pudesse apurar como que em função da percentagem de direitos efectivamente assegurados.

Mas, por outro lado, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher também não pode, em concordância prática, sobrepor-se, sem mais, à vida ou integridade física do embrião. Na verdade, ele próprio tem direito – para além da sua vida – ao desenvolvimento da sua personalidade, pelo que só incorrendo em patente desigualdade se lhe pode sobrepor, sem mais, o direito da mãe.

Desta premissa pode eventualmente retirar-se que há tal desproporção entre o sacrifício imposto à mulher pela gravidez e o sacrifício da vida imposto ao embrião pelo aborto que o princípio da igualdade conduz fatalmente a proibir o aborto, a não ser nos casos de perigo para a vida da mãe. Assim se compreende a solução dada ao tema em países como a Irlanda.

Não é essa a concepção que está hoje espelhada no nosso Código Penal que, desde 1984, considera que, em certas situações, há razões que intensificam de tal maneira o sacrifício da mulher que este deixa de lhe ser exigível, ainda que com sacrifício de uma vida humana.

Assim sucede, nos termos do art. 142.º do Código Penal, quando:

1. Há perigo de morte ou de grave lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida (consoante a gravidade do perigo, durante toda a gravidez, ou apenas nas primeiras 12 semanas);

2. Se prevê que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita (até às 24 semanas de gravidez ou durante toda a gravidez, se se tratar de fetos inviáveis);
3. A gravidez resultou de violação ou outro crime semelhante (até às 16 semanas).

Um juízo sobre a legitimidade destas situações na perspectiva da igualdade que temos vindo a propor à discussão está ainda por fazer. Não parece impossível que, pelo menos em parte ou em certa medida, elas sejam análogas a outros casos em que o nosso Código Penal reconhece a inexigibilidade do comportamento do agente (e, portanto, a impunidade deste), apesar do sacrifício de bens jurídicos de terceiro. Nesse caso, elas exprimirão uma opção que poderá ser, sem dúvida, discutível, mas que não se traduz em tratamento discriminatório do ser humano que é o embrião. Uma coisa será, porém, certa. Nessa perspectiva, nunca poderá legitimar-se o que esteve em jogo no passado recente: a pura e simples permissão do aborto, até às 10 semanas, por uma chamada “livre opção”, quer dizer, um poder de decidir (também) sobre a vida alheia sem necessidade de qualquer razão justificativa. Uma tal situação envolverá sempre necessariamente uma desigualdade radical entre dois seres humanos que nada nem ninguém poderá jamais legitimar.

13. Uma última observação se tem de fazer, relativamente aos outros meios de defesa da vida intra-uterina e sua eficácia.

Passamos adiante que estes raciocínios se não fazem em relação a muitos crimes. E que não está demonstrada a ineficácia da lei penal, já porque não são conhecidas as famosas cifras negras (dados sobre os quais há contradições entre dados que causam perplexidade), já porque não são conhecidos os efeitos motivadores (ou, se se quiser, dissuasores) da lei penal.

De qualquer forma, a situação que conduz ao aborto consentido é, seguramente, um dramático conflito entre seres humanos, que devia, antes de mais, ser evitado. Esse é, talvez, o primeiro crime envolvido no assunto de que são vítimas mulheres e embriões. Falta uma educação para uma sexualidade consciente e responsável. Apesar da defesa da mulher, admite-se, à partida, a desresponsabilização ilícita e covarde do pai. Apesar da esmagadora carga fiscal que pesa sobre as famílias, o Estado nega o necessário auxílio não só à gravidez, como às famílias numerosas. Apesar da defesa do trabalhador, sobra pelo menos o receio

de comprometer definitivamente a carreira profissional. Quer dizer: o peso cai, inteirinho, sobre os ombros da mulher. O aborto aparece, então, como a saída mais cómoda. O embrião paga com a sua vida a factura desta sucessão infame de injustiças.

No entanto, antes de se agitar com as medidas necessárias para evitar tal situação, é preciso ver como se posiciona, na realidade, a decisão de incriminar o aborto perante essas medidas. Ora, por um lado, a adopção destas não conduz à supressão da incriminação do aborto: pois que não se pode deixar de considerar tanto mais exigível a continuação da gravidez, quanto mais e melhores forem os meios à disposição da mulher para a auxiliar durante a gravidez e depois do parto. A permissão do aborto é que, na realidade tende a garantir a manutenção deste *statu quo*, não só porque dispensa tais medidas como, de certo modo, até tende positivamente para a reforçar: a própria mulher perderá qualquer argumento sólido para se opor às pressões do namorado, companheiro ou marido, dos pais, para “não complicar”. Donde se segue que, neste caso concreto, a subsidiariedade do Direito penal funciona como que às avessas: a adopção de outras medidas não dispensa a incriminação e o desaparecimento desta deita a perder a eficácia das medidas alternativas.