

• U



C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

EUTANÁSIA, HOMICÍDIO A PEDIDO DA VÍTIMA E OS PROBLEMAS DE COMPARTICIPAÇÃO EM DIREITO PENAL

Inês Fernandes Godinho

Coimbra

Março de 2012



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

EUTANÁSIA, HOMICÍDIO A PEDIDO DA VÍTIMA E OS PROBLEMAS DE COMPARTICIPAÇÃO EM DIREITO PENAL

Dissertação de Doutoramento em
Direito, Especialização em
Ciências Jurídico-Criminais, na
Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Orientador:

Professor Doutor José Francisco de Faria Costa

• U



C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**EUTANÁSIA, HOMICÍDIO A PEDIDO DA VÍTIMA E OS
PROBLEMAS DE COMPARTICIPAÇÃO EM DIREITO PENAL**

Dissertação de Doutoramento em
Direito, Especialização em
Ciências Jurídico-Criminais, na
Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Orientador:

Professor Doutor José Francisco de Faria Costa

EUTANÁSIA, HOMICÍDIO A PEDIDO DA VÍTIMA E OS PROBLEMAS DE PARTICIPAÇÃO EM DIREITO PENAL

Elaborada com o apoio da

FCT

Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

Ao abrigo do Programa



UNIÃO EUROPEIA
Fundo Social Europeu

A meu pai

*Dominado pela ideia fixa, o seu cérebro funciona com uma impiedosa clareza.
Em poucos segundos passava em revista a história da sua doença: a operação, os meses de
repouso, a recaída; depois a piora progressiva, as dores sobrepondo-se dia a dia aos remédios.
Todos os pormenores se encadeiam, adquirem sentido. Desta vez, desta vez, já não há
dúvida!*

*Um vácuo, de repente, se cava no lugar onde, minutos antes, reinava aquela segurança sem a
qual é impossível viver; e esse vácuo é tão repentino que rompe todo o equilíbrio. A própria
lucidez lhe foge: já não consegue reflectir. A inteligência humana é tão essencialmente
alimentada de futuro que, no momento em que toda a possibilidade de porvir fica abolida,
quando cada impulso de espírito vem indistintamente tropeçar contra a morte, não mais há
pensamento possível.*

Roger Martin du Gard, *Os Thibault* (A morte do pai)

PREFÁCIO

A decisão por um tema como a eutanásia nasceu de uma vontade de regresso a problemas de direito penal nuclear que encontram na concretude do *real-verdadeiro* eco palpável. Tratou-se, afinal, de responder a um desafio que a curiosidade científica já tinha despertado.

Uma dissertação de doutoramento conta sempre também a história do percurso de quem a elaborou. E esta não é excepção. Desde cedo que este tema sempre me apaixonou, mas o momento oportuno para o tratar veio a surgir aquando da decisão de realização de Doutoramento. A circunstância de a tese ter sido concluída no momento em que em Portugal se discute, politicamente, questões como o testamento vital, os cuidados paliativos e, subsequentemente, a eutanásia (em contexto médico) motiva uma sensação acrescida de responsabilidade pelo que se escreve e pela posição que se assume. Ciente desta responsabilidade acrescida, deixo as soluções por que se pugna ao fórum científico, sabendo que, em todas as questões axiais da sociedade — de que a morte inexoravelmente faz parte — o consenso será, sempre, um objectivo impossível.

Este trabalho apenas se pôde tornar possível pois, apesar de, como qualquer trabalho científico desta índole, ser um percurso solitário, beneficiou do acompanhamento solidário de muitos.

Desde logo, o reconhecido empenho do seu orientador, o Senhor Professor Doutor José Francisco de Faria Costa, de que as gratas memórias de estímulo científico apenas poderão ser igualadas pela sincera amizade sempre manifestada, tanto através de valiosos conselhos, como através de sábios silêncios. A gratidão que possa penhoradamente manifestar não será suficiente para lhe poder agradecer.

Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra pude encontrar ainda a solidariedade de toda a Secção de Direito Penal, a quem agradeço, e também aos Funcionários da Faculdade, por todos terem contribuído para que aí me pudesse sentir em Casa neste percurso académico.

Este trabalho, na sua elaboração, beneficiou, ainda, da possibilidade de realização de diversas estadias de investigação no *Institut für Strafrecht* da Universidade de Bonn, sob o acompanhamento do Senhor Professor Doutor Urs Kindhäuser, a quem, para lá dos ensinamentos proporcionados através de longas conversas, não posso deixar de agradecer ter sempre procurado tornar aquele Instituto na minha segunda Casa.

Estas estadias em Bonn tornaram também possível o contacto com outros Professores daquela Universidade, de entre os quais destaco o Senhor Professor Doutor Torsten Verrel, e com muitos Colegas e Amigos, de diversas partes do mundo, que conferiram sempre ao diálogo a cor da interculturalidade.

Devo ainda agradecer aos Senhores Professores Doutores Ulrich Sieber, do *Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, em Freiburg, e Rebecca Williams, da *Law Faculty (Pembroke College)* da Universidade de Oxford, pelo apoio e disponibilidade manifestados durante as estadias de investigação aí realizadas.

Dirijo ainda um especial agradecimento à Fundação para a Ciência e Tecnologia, de que fui Bolseira, por me ter proporcionado a possibilidade de realização das diversas estadias de investigação.

Aos Amigos, que, pelo apoio fraterno e presença constante, tornaram possível que um caminho por vezes árduo se tornasse sempre agradável.

A última palavra de agradecimento e dedicação é para a Família. Aos Sobrinhos Júlia, João e Violeta, por darem cor à vida e lembrarem o valor das coisas simples. Aos outros membros da Família, por lhe darem sentido. E à minha Mãe, por me dar sentido a mim.

RESUMO

O presente trabalho de investigação debruça-se sobre a eutanásia em contexto médico a partir de uma perspectiva jurídico-penal.

Partindo da consideração da evolução das ciências médicas e do seu contributo para o adiamento do momento da morte, assim como para o prolongamento da vida doente, procura-se ver em que medida o direito penal deve, no âmbito da protecção penal da vida e na sua articulação com a autodeterminação, sofrer alguma alteração no que têm sido os paradigmas clássicos relativos à protecção deste bem jurídico.

Tomando-se o referente da autodeterminação da pessoa como ponto basilar de toda a investigação, observa-se que existem soluções doutrinárias que asseguram o exercício deste direito quanto à maior parte das formas de eutanásia em contexto médico. Todavia, no caso da eutanásia activa directa, existem casos em que a análise da incriminação contida no artigo 134º do Código Penal faz revelar que este tipo-de-ilícito postula um dever de viver, originando, desse modo, uma restrição da liberdade e do direito de autodeterminação da pessoa. Esta instrumentalização resultante do dever de viver baseado no fundamento da incriminação não respeita o valor axial da dignidade da pessoa humana, devendo, por isso, *de lege lata*, encontrar-se vias de superação deste problema.

Identificado o problema, procura-se construir uma proposta de solução para o mesmo, recorrendo às formas de participação e a um modelo de coordenação abstracta de interesses, ainda que se verifique que a certeza e a segurança jurídicas apenas poderão ser asseguradas através de uma intervenção do legislador em matéria de eutanásia em contexto médico.

ABSTRACT

This research work is about euthanasia in medical context from a criminal law point of view.

Considering the evolution of medical sciences and their role in the postponing of the moment “death”, as well as in the prolonging of ill life, one tries to analyse to which extent criminal law, regarding self-determination, should change its classical means of protecting human life.

Taking oneself's self-determination as a reference point of the research, one realizes that there are doctrinary solutions to ensure the exercise of this right regarding most forms of euthanasia in medical context. However, as to active direct euthanasia, there are situations in which the analysis of the crime of homicide on the victim's demand (art. 134 of the portuguese Criminal Code) unveils an obligation to live, thus restraining the liberty and self-determination of the victim. This instrumentalisation arising from the obligation to live, based on the reason for the incrimination, does not respect the core value of human dignity, so that it becomes necessary to try and find ways to solve this problem in the actual legal framework.

Once the problem is identified, one tries to construct a solution proposal that takes into account participation forms and a model of abstract interest coordination, though it becomes clear that a solution that ensures legal certainty and security can only be found *de lege ferenda*, through a legislative intervention in the subjectmatter of euthanasia in medical context.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AE-Leben	Alternativ-Entwurf Leben (2008)
AE-StGB	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches
AE-StB	Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (2005)
AE-StH	Alternativ-Entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (1986)
AT	Allgemeiner Teil
BFD	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BOE	Boletín Oficial del Estado
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CNECV	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
IDPEE	Instituto de Direito Penal Económico e Europeu
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAMA	Journal of the American Medical Association
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
Lackner/Kühl	Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar
LPK-StGB	Kindhäuser, Lehr- und Praxiskommentar Strafgesetzbuch
LK-StGB	Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch
Mü-Ko	Münchener Kommentar Strafgesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NK-StGB	Nomos Kommentar Strafgesetzbuch
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
RDE	Revista de Direito e Economia
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
RLJ	Revista de Legislação e de Jurisprudência
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
SK-StGB	Systematischer Kommentar Strafgesetzbuch
S/S	Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar
StGB	Strafgesetzbuch
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUÇÃO

INTRODUÇÃO

Considerações iniciais, objectivos e percurso da investigação

Sonhando com a imortalidade somos, no entanto, seres finitos. A nossa finitude ocupa muito das nossas reflexões, porque, inapelavelmente, nada sabemos sobre a morte. A única certeza que — enquanto seres racionais sempre tivemos, temos e teremos é a de que *mors certa, hora incerta*¹. E desde sempre que as ciências médicas — significativamente também designadas de ciências da vida — têm procurado adiar a hora.

Na verdade, os recentes desenvolvimentos da *ars medicinae* e a sua forte influência sobre a própria noção de vida humana têm colocado novos desafios ao direito penal. Esta área normativa, como reflexo dos valores comunitários que exigem protecção, é, por isso, instada a repensar a sua actuação face aos reptos da contemporaneidade. No fundo, importa pensar como a relação dialógica com o outro se alterou, mor de conceitos como “vida sustentada artificialmente”, “manutenção artificial das funções vitais”, “prolongamento artificial da vida”.

O que fez com que uma questão já com séculos de existência assuma, hoje, contornos completamente distintos. O *plädoyer* pela legalização da eutanásia corporiza, assim, o apanágio da sociedade pós-moderna, na medida em que representa o absoluto paradoxo: justamente quando se pode viver por mais tempo, reivindica-se algo como um “direito a morrer”. Os motivos para tanto residem na afirmação compassada de duas realidades distintas, por um lado, a autodeterminação e, por outro lado, a secularização do Estado². Estas

¹ Em redor deste adágio latino, veja-se a reflexão de Fernando Gil, “Mors certa, hora incerta”, in: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, *A Condição Humana*, Lisboa: D. Quixote, 2009, p. 587 e s.

² Sobre a secularização, enquanto categoria da Modernidade, Miguel Baptista Pereira, *Modernidade e Tempo. Para uma leitura do discurso moderno*, Coimbra: Minerva, 1990, p. 39 e s. Para

duas realidades influenciaram, de forma profunda, a compreensão do Homem sobre si mesmo e provocaram uma alteração diametral na relação médico-paciente³. Tal levou ainda à colocação em crise do paradigma da lógica clássica: deixou de haver apenas o verdadeiro e o falso, afirmando-se a categoria do possível. O futuro necessário⁴ que a morte representa⁵ quer-se agora controlado não apenas pelo médico, mas também pelo doente. Mas não através de uma *argos logos* e sim com recurso a um discurso de matriz onto-antropológica.

No espaço e num tempo em que os parâmetros de actuação das intervenções médicas são exponencialmente alargados no que respeita ao prolongamento da vida humana e à manutenção artificial da vida, são cada vez mais as questões éticas, bioéticas e jurídicas que se colocam. Com efeito, a delimitação das margens de actuação lícitas neste campo contende inevitavelmente com as concepções filosóficas, éticas e sociais do Homem e da Vida no momento histórico em que são questionadas. Por esta razão, este estudo visa ser mais um contributo para esta discussão, propondo-se analisar os limites jurídico-penais de uma intervenção médica activa no âmbito do fim

uma visão sintética da subtracção das instituições políticas e sociais à influência religiosa, cfr. Jónatas Machado, “Pré-compreensões na disciplina jurídica do fenómeno religioso”, *BFD* 68 (1992), p. 165 e s., *maxime*, p. 166 e s.

³ Como se poderá verificar ao longo do presente trabalho, entendemos que a expressão axiologicamente mais correcta é a de doente e não a de paciente, desde logo por ao termo “paciente” ser associada uma ideia de passividade perante a autoridade do médico, ou seja, exprime um modelo paternalista de relacionamento entre aquele que cuida e aquele de que se cuida. Todavia, por a expressão “relação médico-paciente” ser bastante usual na linguagem comum, e também por uma questão de diversificação de vocabulário, usa-se aqui, de igual modo, a expressão “paciente” para significar “doente”. Nos casos em que a diferenciação de significado seja necessária — mor da conotação inerente — a mesma será feita.

⁴ Ainda que, como refere Fernando Gil, “Mors certa, hora incerta” (cit.), p. 590, “[o]s possíveis do futuro excluem na nossa consciência o carácter necessário da morte”.

⁵ Ou, em outra formulação, que somos “seres para a morte” (*Sein zum Tode*). Cfr. Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, 11. Aufl., Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967, p. 235 e s., *maxime*, p. 260 e s. Entre nós, veja-se José de Faria Costa, “O fim da vida e o Direito Penal”, in: *idem*: *Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 105 e s., p. 106 e s.

da vida e descortinar os problemas de comparticipação daí decorrentes. Tem como principais objectivos avaliar as diversas condicionantes e factores deste problema a partir de um referente penal, diferenciando o tratamento a conceder à eutanásia activa, à eutanásia passiva, ao homicídio a pedido da vítima e ao incitamento ou ajuda ao suicídio. O estudo ora empreendido pretende, deste jeito, contribuir para a discussão sobre um dos pontos nevrálgicos da vida humana a partir de uma perspectiva jurídico-penal: a morte. Mas, acima de tudo, a autodeterminação na morte. O que implica também o estudo da vida e das formas de concretização da autodeterminação. Interessa-nos, sobretudo, a manifestação desta autodeterminação no contexto médico, no âmbito da relação médico-paciente.

A abordagem do problema a partir da relação médico-paciente traz consigo o chamamento de outras disciplinas científicas, mormente a ética e, muito particularmente, a bioética, pois que o cerne daquela relação não poderá ser apreendido sem estas disciplinas.

Se, actualmente, na doutrina portuguesa, existem já autores que admitem a não punibilidade da eutanásia passiva — portanto, aquela em que não existe uma contribuição activa por parte do médico para a produção do resultado morte — é também um facto que determinados autores em países europeus se tendem a encaminhar para soluções como aquelas actualmente vigentes na Holanda ou na Bélgica, em que a própria eutanásia activa directa — ou seja, as situações em que o médico participa activamente na produção do resultado morte, por exemplo, através da administração de uma injeção letal — é admitida como comportamento lícito, ainda que sob certos pressupostos e com apertadas restrições. Este é o caso alemão, em que actualmente se assiste a uma profícua discussão jurídica em que são aduzidos argumentos fortes e dogmaticamente consequentes, com particular relevo para as questões da comparticipação.

Proveniente do grego, o termo eutanásia etimologicamente significa “morte boa” ou “morte tranquila”. Mas se o seu significado etimológico não oferece dúvidas, a sua aplicação e tratamento pelo direito penal não pode ser compreendido como sendo linear. Se é entendido, nos dias de hoje, enquanto conceito que designa uma acção ou uma omissão que — na sua finalidade — procura a morte com o objectivo de eliminar a dor física e/ou psicológica, em termos reais, trata-se do processo através do qual o agente causa dolosamente a morte de outrem a pedido deste. Ademais — diversamente do que sucedia no tempo do III Reich, a que estava subjacente uma ideia de eugenia racial —, a eutanásia é, actualmente, associada a doentes terminais, em situação de pré-morte cerebral ou de total imobilidade e correlativa absoluta dependência de terceiros. As questões têm-se vindo a colocar no sentido de verificar quais as situações que permitem distinguir um comportamento eutanásico não punível daquelas que consubstanciam um homicídio, notando-se, na actual discussão doutrinal na Europa, alguma dificuldade em atingir um entendimento predominante ou maioritário, de que são apanágio as distintas soluções legais que podemos encontrar em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros. O que, aliás, se pode explicar pela inextricável ligação que existe entre as concepções religiosas, filosóficas e sociais e a posição que se vem a defender nesta matéria.

Deste modo, o estudo foi dividido em duas partes. A primeira parte, relativa aos hodiernos problemas da lesão da vida humana, leva a cabo a aproximação ao objecto do estudo, desde logo, a partir de um percurso que, apresentando o âmbito onde o problema se coloca, visa identificar as intersecções relevantes entre a ética, a medicina e o direito penal. Em um segundo momento, procede-se à caracterização da vida humana enquanto bem jurídico-penal, aferindo do significado da autodeterminação para este mesmo bem. Finalmente, ainda no contexto da primeira parte, procura-se

proceder a uma compreensão das formas de lesão do bem jurídico vida humana.

A segunda parte do estudo debruça-se já, de modo mais concreto, sobre o problema nuclear que constitui o seu objecto, ou seja, a eutanásia e o homicídio a pedido da vítima em contexto médico. Assim, torna-se fulcral delimitar os conceitos aplicáveis e, ademais, explicitar o seu significado jurídico-penal. Tratando-se de um ponto nevrálgico da vida humana, entendeu-se ser fundamental convocar para a análise os caminhos e soluções encontrados em outros ordenamentos jurídicos, onde se pode observar a existência de soluções mais restritivas e de soluções mais liberais, para, em uma reflexão final, confrontar a realidade da eutanásia com o tipo incriminador de homicídio a pedido da vítima do artigo 134º do Código Penal português.

O horizonte em que nos movemos postula que nos perguntemos as fronteiras da legitimação de crimes que significam limites à liberdade de disposição de bens pessoais — como a vida o é — quando essa liberdade não seja exercida em nome próprio. Mais implica que indaguemos os problemas que esse exercício de liberdade coloca no patamar da comparticipação. Requer, por último, que consigamos adequar a realidade médica à normatividade jurídico-penal. A todos estes nódulos de análise é emprestada uma certa compreensão do direito penal, construída por passos já percorridos por outros e por caminhos menos explorados, baseada, principalmente, nos alicerces da doutrina, uma vez que, pelo menos no panorama nacional, o papel da jurisprudência terá de ser inelutavelmente reduzido, por a mesma ser (quase) inexistente.

Pretende-se, deste modo, humildemente contribuir para dilucidar as intrincadas questões relacionadas com a protecção penal da vida no seu fim, ainda que cientes da impossibilidade de, em uma das questões socialmente mais fracturantes e descritivas da condição humana, encontrar soluções

consensuais e unívocas. Atrevemo-nos a terminar com PICO DELLA MIRANDOLA: “Também nós, portanto, emulando na terra a vida querubínica, refreando o ímpeto das paixões com a ciência moral, dissipando a treva da razão com a dialéctica, purifiquemos a alma limpando-a das sujidades da ignorância e do vício para que os afectos não se desencadeiem cegamente nem a razão imprudente alguma vez delire”⁶.

⁶ Giovanni Pico della Mirandola, *Discurso sobre a Dignidade do Homem* (trad. M. Lurdes Ganho), Lisboa: Edições 70, 2006, p. 65.

PRIMEIRA PARTE

(NOVOS) PROBLEMAS DA LESÃO
DO BEM JURÍDICO VIDA HUMANA

PRIMEIRA PARTE

(Novos) Problemas da lesão do bem jurídico vida humana

*“Para perceber uma sociedade,
talvez mais importante do que saber como é que nela se vive
é saber como é que nela se morre e se tratam os mortos”.*
Anselmo Borges, DN (29.10.2009)

Capítulo I

Ética, Medicina, Direito Penal e Estado: aproximação ao problema

I.1. Contextualização da eutanásia na sociedade pós-moderna

Discutir a eutanásia em contexto médico é, de certa forma, reflectir sobre a condição humana.

Trata-se de uma reflexão que, para poder ser tida com um referente jurídico-penal, convoca para si os seus pressupostos filosóficos e éticos.

Em uma matéria como a eutanásia, identificar os vários horizontes onde a questão se coloca é perguntar, por um lado, sobre o sentido da vida e, por outro lado, sobre a ideia de Estado. Procuremos, então, aproximarmo-nos de cada um destes nódulos problemáticos.

A morte, enquanto fim da vida, não apresenta vivência nem experiência por nenhum de nós. Nas palavras de WITTGENSTEIN, “[a] morte não é um acontecimento da vida. Não há uma vivência da morte”¹. Sabemos que ela existe através da morte dos outros, mas nenhum de nós vive a sua própria morte. Todavia, todos sabemos que iremos morrer e é essa consciência de mortalidade que, em uma atitude autopoietica, nos impele a procurar o sentido da vida, o sentido de nós.

¹ Ludwig Wittgenstein, *Tratado Lógico-Filosófico* (trad. M. S. Lourenço), 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, 6.4311, p. 139.

A ontologia intrínseca ao “ser”² projecta-se, assim, para a interrogação das possibilidades do “eu”. É esta reflexividade contínua que afirma o sentido de si do Homem e o diferencia de outros seres viventes.

Deste modo, não pode pretender-se pensar a morte humana senão como elemento da mais lata questão do sentido da vida humana, do sentido de pessoa. Como afirma CASTANHEIRA NEVES, “o sentido da vida é uma das faces em que a outra face é o sentido da morte, e então a atitude e a exigência humanas perante a morte haverá de compreender-se como um directo reflexo da atitude e da exigência perante a vida”³. A morte pode assumir-se como referente para a reflexão sobre o tempo⁴ e, enquanto momento da ontologia, como o nada, pelo seu carácter inelutável, mas, fundamentalmente, a morte de outrem pode também representar uma relação de alteridade com o “eu”⁵. Na formulação de LÉVINAS, “[a] morte no rosto do outro homem é a modalidade de acordo com a qual a alteridade pela qual o Mesmo é afectado, faz rebentar a sua identidade de Mesmo em jeito de questão que nele se levanta”⁶. A morte, enquanto situação fundamental da existência humana, é, inexoravelmente, uma “situação-limite”: não a podemos transpor nem alterar, afirmando-se, enquanto tal, como problema primeiro do ser que suscita a sua consciência e a sua reflexão filosófica⁷. É com este pano de fundo filosófico

² Que Heidegger magistralmente renovou a partir da significação verbal. Cfr. *Sein und Zeit* (cit.), p. 8 e s.

³ A. Castanheira Neves, “Arguição nas Provas de Agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa — Comentário crítico à Lição *O fim da vida e o direito penal*”, in: *idem, Digesta*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 605 e s., p. 612.

⁴ Pensada a partir do tempo, como acontece a partir do utopismo de Bloch, em que a morte representa a angústia de deixar o próprio ser — a obra — inacabado, ou pensar o tempo a partir da morte, como é apanágio do pensamento de Heidegger, que convoca a morte como a origem do sentido.

⁵ De que as exéquias representam a memória da morte para os vivos. Cfr., neste aspecto, Georg Friedrich Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, Stuttgart: Reclam, p. 21 e s.

⁶ Emmanuel Lévinas, *Deus, a Morte e o Tempo* (trad. Fernanda Bernardo), Coimbra: Almedina, 2003, p. 131.

⁷ Aqui usamos “situação-limite” no sentido de Karl Jaspers, *Iniciação Filosófica* (trad. Manuela Pinto dos Santos), 9ª ed., Lisboa: Guimarães Editores, 1998, p. 25 e s.

que se deve procurar pensar a eutanásia enquanto problema que convoca o sentido da morte.

Olhando de outra perspectiva, podemos ainda observar que a forma de viver a morte se tem alterado radicalmente ao longo da história. A “morte domesticada” da Idade Média, que mostra uma maior aceitação da morte, vem-se a alterar com o despontar da época moderna e com a correlativa aceitação do indivíduo, na qual a morte passa, cada vez mais, a ser encarada como um momento privado, o que vem a contrastar acentuadamente com a compreensão actual da morte como um “fracasso da terapêutica”⁸. Podemos, deste modo, reconhecer na própria evolução histórica, social e científica a alteração do significado do morrer, ou seja, a morte comunitária, a morte individual e a morte médica. Enquanto morte individual, este acontecimento chega mesmo a ser rejeitado socialmente na sua iminência⁹, ainda que os ritos de passagem (exéquias) permaneçam comunitários, apesar de serem vividos de forma mais íntima ou privada¹⁰. A crescente ilusão gerada pela preponderância do “ter” sobre o “ser” conjugada com a imensa confiança no progresso científico — onde se inclui a medicina e a crescente medicalização da vida hodierna — leva a que, em termos comunitários, a morte se venha a reflectir em fracasso¹¹. A morte é, assim, cada vez mais vivida dentro de hospitais e fora do seio familiar, tornando-se, deste modo, uma morte só.

⁸ Cfr. João Barreto, “A Morte nas Sociedades Contemporâneas”, in: Rui Nunes/Guilhermina Rego/Ivone Duarte (Coords.), *Eutanásia e Outras Questões Éticas no Fim da Vida*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2009, p. 47 e s., p. 48 e s.

⁹ Exemplar, aqui, a passagem de *A Morte de Ivan Ilitch*: “Via que o horrível, o medonho acto da sua morte era rebaixado por todos os que o rodeavam ao nível de uma contrariedade ocasional, quase indecente (como encontrar-se com alguém que entra no salão exalando um mau cheiro), com esse mesmo «decoro» com que ele servira ao longo de toda a sua vida; via que ninguém tinha pena dele, porque ninguém queria sequer compreender o seu estado”, in: Lev Tolstói, *A Morte de Ivan Ilitch* (trad. António Pescada), 2ª ed., Lisboa: BIS, 2008, p. 65.

¹⁰ Partilhada por familiares e pessoas mais próximas. Cfr. Tony Walter, *On Bereavement. The Culture of Grief*, Maidenhead: Open University Press, 1999, p. 30 e s.

¹¹ Assim também João Barreto, “A Morte nas Sociedades Contemporâneas” (cit.), p. 51. Fenómeno de que também dá conta Helena Moniz, na sua recensão “Jean-Louis

Intimamente associada à questão da morte é, também, a ideia de sofrimento. Na verdade, qualquer estudo sobre eutanásia tem de levar em linha de conta a importância que o sofrimento desempenha neste contexto¹². Mesmo em termos definitórios¹³, podemos observar que a ideia de sofrimento assume um papel nuclear. Convocando para si a matriz do fundamento da vontade de morrer, o conceito de sofrimento assume-se, pois, como um dos pontos nevrálgicos da discussão em redor da eutanásia. O conceito de sofrimento é um conceito subjectivo¹⁴, relacionado intimamente com o conceito de pessoa¹⁵. NEIL MACDONALD, invocando Eric Cassel, sublinha que o sofrimento é “vivido por pessoas e não por corpos”¹⁶. O sofrimento dos enfermos, vivido de forma solitária, como é apanágio da morte medicalizada, origina no sofridor o desejo de libertação daquele mesmo sofrimento, libertação essa corporizada pela morte.

A eutanásia não pode, deste jeito, ser ponderada desgarrada de considerações éticas. A ética normativa, procurando os princípios fundamentais do comportamento moral correcto e bom, assume-se como teoria de elaboração de normas cujo objecto é o comportamento humano.

Baudouin/Danielle Blondeau, *Éthique de la mort et droit à la mort*, Paris, PUF, 1993”, *BFD* 69 (1993), p. 801 e s.

¹² Cfr. Tom L. Beauchamp/Arnold I. Davidson, “The Definition of Euthanasia”, *The Journal of Medicine and Philosophy* 3 (1979), p. 294 e s., p. 295.

¹³ Veja-se *infra* Cap. IV.

¹⁴ Recorde-se aqui o sofrimento de Ivan Ilitch: “Sempre a mesma coisa. Ora uma gota de esperança que cintila, depois um mar de desespero que se desencadeia, e sempre a dor, sempre a dor, sempre o desespero, sempre a mesma coisa. Sozinho sentia uma tristeza horrível, queria chamar alguém, mas sabia de antemão que na presença dos outros seria ainda pior”, in: Lev Tolstoi, *A Morte de Ivan Ilitch* (cit.), p. 69.

¹⁵ Que em caso algum pode ser visto como conceito científico, antes como “categoria axiológica, ainda que com pontes ontológicas”. Assim, João Loureiro, “Bios, Tempo(s) e Mundo(s): Algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 195 e s., p. 209.

¹⁶ Veja-se Neil MacDonald, “Morte medicamente assistida”, in: AA.VV., *A Condição Humana*, Lisboa: D. Quixote, 2009, p. 241 e s., p. 243.

Desta se distingue a metaética, que procura discutir os métodos de justificação de juízos morais¹⁷. Neste contexto, interessa-nos particularmente a ética normativa e os seus princípios, uma vez que está em causa o agir humano. Ou, se quisermos, recorrendo a uma formulação do “pai” da ética, o sofrimento enquanto fenómeno de excelência ética¹⁸.

No que toca ao primeiro nóculo problemático, encontra-se, assim, lançado o húmus para uma reflexão sobre a eutanásia na sociedade pós-moderna. Uma eutanásia que não é senão representação de uma morte medicalizada, de uma morte só. A eutanásia que, no contexto médico — que é aquele que assume para nós relevância no âmbito do presente trabalho — se torna uma indagação sobre os limites da ideia de pessoa a que subjaz o valor da dignidade humana.

Outro dos aspectos que confere pertinência à questão da eutanásia e à sua discussão hodierna das sociedades ocidentais prende-se com o sentido de Estado.

A partir das construções contratualistas do século XVIII, afirma-se, por um lado, o princípio da secularização, na acepção de autonomia do Estado em relação à Igreja (laicidade), em que a comunidade deixa de ter por base a religião¹⁹ — como é característico do período medieval —, e, por outro lado, o ideal iluminista, em cujo centro se situa o Homem²⁰. Com efeito, os Estados

¹⁷ Sobre esta distinção, Dieter Birnbacher/Norbert Hoerster (Hrg.), *Texte zur Ethik*, 10. Aufl., München: dtv, 1997, p. 10 e s.

¹⁸ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómano* (trad. António C. Caeiro), Lisboa: Quezta Editores, 2004, 1104b3, p. 46.

¹⁹ Veja-se, em termos actuais, referentes ao direito penal, Francesco Palazzo, “Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, BDF*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 449 e s., p. 451 e s.

²⁰ Sobre a evolução da teoria do contrato social, cfr. Jónatas Machado, “Contrato social e constitucionalismo: algumas notas”, in: Luís Filipe Colaço Antunes (Coord.), *Autoridade e Consenso no Estado de Direito*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 59 e s. Como refere este Autor, *op. cit.*, p. 67, “o contratualismo representa uma refração, no plano teórico-político, do *projecto do iluminismo* globalmente considerado, cabendo-lhe funcionar como pedra de esquina do

modernos — e, conseqüentemente, os respectivos ordenamentos jurídicos — caracterizam-se pela afirmação das possibilidades do Homem, do livre desenvolvimento da pessoa²¹. O ideário liberal, de que somos herdeiros e beneficiários, estabeleceu a ponte para que a autodeterminação da pessoa, a manutenção da sua dignidade humana e inerente liberdade se tornassem pilares fundantes das sociedades ocidentais contemporâneas. Apanágio do que acabamos de afirmar é o teor do artigo 1º da nossa Lei Fundamental²², que encontra também reflexo em outras Constituições de outros Estados co-herdeiros deste património espiritual²³.

Diferentemente, em sociedades em que o colectivo tem prevalência sobre o individual — podemos pensar no exemplo da China²⁴ — ou em que o sistema social assenta, por sobremaneira, da pré-definição da pertença a um determinado grupo social — as conhecidas castas, na Índia²⁵ ou, de uma outra

constitucionalismo liberal e democrático moderno” (itálicos do Autor). Aliás, como sublinha Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto: UCE, 1995, p. 33, “[p]ara os iluministas, é no contrato social que se encontra o fundamento e os limites do poder criminalizador”.

²¹ Como sublinha José de Faria Costa, “[o] sujeito assumiu um lugar primacial no jogo complexo da construção do ordenamento jurídico. A consciência jurídica, os textos constitucionais, as mais variadas legislações, todos apontam o sujeito como categoria, figura ou axioma jurídico inescapável da estrutura, articulação e movimento de qualquer ordenamento jurídico contemporâneo ou, mais especificamente, de qualquer ordenamento jurídico-penal”, in: “O fim da vida e o direito penal”, in: *idem, Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 105 e s., p. 127.

²² Com efeito, podemos afirmar, com Gomes Canotilho e Vital Moreira, que a dignidade humana é elevada a “trave mestra de sustentação e legitimação da República”, in: Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada (CRP Anotada)*, Vol. I, 4ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 198. Cfr. também Jónatas Machado, “Contrato social e constitucionalismo” (cit.), p. 70 e s.

²³ Basta pensar, a título exemplificativo, no Art. 1 da GG alemã.

²⁴ Ainda que, actualmente, na República Popular da China, a discussão em torno de uma morte “tranquila e feliz” (*anles*) seja já recorrente, apesar dos ainda muitos impedimentos de cariz tradicional e religioso para uma discussão aberta sobre este assunto. O exemplo de uma voz a favor da eutanásia é a mediática jovem Li Yan.

²⁵ Contudo, actualmente, a Constituição indiana postula a não discriminação com base na casta, em obediência aos ideais democráticos e seculares do país. Não obstante, nas zonas rurais, fruto do maior enraizamento da religião hindu, as barreiras das castas ainda persistem.

perspectiva, o sistema de tribos na África profunda — faz menos sentido pensar na afirmação da autodeterminação do indivíduo, da pessoa. Aí, o indivíduo não é senão mais um elemento de um colectivo para que deve contribuir. A sua liberdade, a sua autodeterminação, não são valores que verdadeiramente se assumam no contexto social e mesmo político.

Deste modo, pode dizer-se que a eutanásia, compreendida como manifestação de uma autodeterminação no final de vida — em especial, a eutanásia activa directa²⁶ — é o expoente máximo que define o limite da própria autodeterminação, ou seja, a autodeterminação sobre a morte. E que a discussão actual em torno da eutanásia apenas é possível, com este sentido, em Estados que compartilham do ideário liberal.

Ora, mor do princípio da *ultima ratio*, o direito penal afirma-se como a área normativa onde se estabelecem os limites máximos do comportamento humano permitido. Se quisermos, os limites da liberdade em uma comunidade de homens e mulheres historicamente situada. Daí que a discussão em torno dos limites da autodeterminação — enquanto refracção de liberdade — se afirme como um problema penal, em particular quando esses limites se cruzem com a ofensa ao bem jurídico vida humana.

A eutanásia é, assim, lugar de encontro de concepções éticas, filosóficas e políticas que exige da juricidade e, muito concretamente, da ordem jurídico-penal, necessidade de resposta consentânea com os valores e princípios tributários do ideal iluminista.

²⁶ Veja-se *infra*, Cap. IV.3.

I.2. Investigação científica e os novos problemas na delimitação dos bens jurídico-penais

As novas fronteiras da investigação científica têm vindo a aumentar exponencialmente a necessidade de colocar em causa aquilo que têm sido certezas durante décadas ou mesmo séculos. A este fenómeno não é alheio o direito e, por sobremaneira, o direito penal²⁷. A sociedade de risco²⁸ tornou-se, nas últimas décadas, no refrão de qualquer trabalho sobre os limites da intervenção do direito penal na sociedade hodierna²⁹.

Os novos desafios corporizados, por um lado, pelo ambiente — mor do progresso tecnológico associado à investigação científica — e, por outro lado, pela natureza humana³⁰, fruto do espectacular avanço das ciências médicas³¹, apresentam-se como perguntas cujo eco se faz sentir cada vez mais forte e

²⁷ Sobre a necessidade de revisão dos postulados dogmáticos face à própria historicidade veja-se José de Faria Costa, *O Perigo em Direito Penal*, Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 137 e s.

²⁸ Considerado já como um “clássico”, imprescindível o trabalho de Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós, 2002, em especial no que toca à ciência, p. 199 e s. refere este Autor, *op. cit.* p. 258, a propósito das ciências médicas actualmente, que “según su autoconcepción declarada, la medicina sirve para la salud; pero en realidad ha creado circunstancias totalmente nuevas en la relación del hombre consigo mismo, con la enfermedad, con los sufrimientos y con la muerte, e incluso ha transformado el mundo”.

²⁹ Recentemente, entre nós, Augusto Silva Dias, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. *maxime*, p. 22 e s.

³⁰ Incisivo na colocação em dúvida do próprio significado de natureza humana, cfr. Jürgen Habermas, *O Futuro da Natureza Humana. A Caminho de uma Eugénia Liberal?* (trad. Maria Benedita Bettencourt), Coimbra: Almedina, 2006, p. 39 e s.

³¹ A verdade é que “desde os primórdios da vacinação e das primeiras operações ao coração e ao cérebro, passando pela transplantação de órgãos e pelos órgãos artificiais, até se chegar, finalmente, à terapia genética, nunca se deixou de discutir se não estaríamos a transpor uma nova fronteira, a partir da qual nem mesmo objectivos de ordem clínica poderiam justificar a acrescida tecnicização do ser humano. Mas nenhuma dessas discussões deteve o avanço da técnica”. Cfr. W. van den Daele, “Die Natürlichkeit des Menschen als Kriterium und Schranke technischer Eingriffe”, *Wechsel/Wirkung*, Junho/Agosto 2000, p. 24 e s., p. 25 (*apud* Jürgen Habermas, *O Futuro da Natureza Humana* (cit.), p. 66).

mais alto. Perguntas às quais se torna imperativo procurar formular respostas. Respostas que, nem sempre, terão de ser jurídico-penais³².

Uma das realidades que tem sofrido alteração radical é, precisamente, o aumento da esperança média de vida associado, de uma banda, às mudanças relacionadas com as condições de vida — de que citamos, paradigmaticamente, a melhoria de condições de higiene — e, de outra banda, às novas possibilidades de prolongação e sustentação da vida³³. Hoje vive-se melhor por mais tempo. Mas hoje também se demora muito mais tempo a morrer. Todo o modo de ser comunitário se vem alterando, prol da evolução da ciência. Há cada vez mais homens e mulheres com mais idade, com mais doenças, doenças crónicas, doenças incuráveis que apenas há uma centena de anos constituíam razão certa de fim de vida. Mas que hoje se tornam co-habitantes de uma nova realidade social de prolongamento de vida doente. E, em uma razão de proporcionalidade directa, relacionadas com esta nova realidade têm surgido as questões de racionalização dos recursos disponíveis.

Estas mudanças têm provocado incontáveis reflexos nas teorias da sociedade, na compreensão do Homem. A evolução tecnológica, o domínio do Homem sobre a Natureza e sobre si próprio determinaram o progresso no sentido de uma liberalização face a cânones religiosos, cada vez mais se acentuando um pluralismo tolerante. Contudo, apesar deste liberalismo, não veio a ser posta em causa uma base moral e normativa da existência e convivência comunitárias. Socorrendo-nos de “moral” enquanto aquele

³² No mesmo sentido, José de Faria Costa, “Bioética e Direito Penal (Reflexões possíveis em tempos de incerteza)”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 109 e s., p. 110. Tratam-se de interesses por vezes colidentes, para os quais se apresenta necessário um *instrumentarium* regulatório diferenciado, como salienta Albin Eser, “Herausforderungen des Medizinrechts im Zeitalter der modernen Biotechnologie”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 319 e s., *maxime*, p. 322 e s.

³³ Veja-se José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 115 e s.

pedaço de reflexão que se prende com uma “vida justa em comunidade”³⁴, na esteira de HABERMAS, é com ele que afirmamos que “se, à medida que as concepções religiosas e metafísicas do mundo foram perdendo a sua obrigatoriedade universal e se deu a passagem para um tolerado pluralismo mundividencial, nós (ou a maior parte de nós) não nos convertemos em cínicos frios ou relativistas indiferentes, foi pelo simples motivo de que nos agarrámos — e não quisemos renunciar — ao código binário dos juízos morais certos e errados. Ajustámos assim as práticas do mundo da vida e da comunidade política às premissas de uma moral racional e dos direitos humanos, dado que estas nos ofereciam uma plataforma comum para uma vida humana digna, para lá de todas as diferenças ideológicas”³⁵. Esta moral — ou, talvez em expressão mais apurada, a ética³⁶ — deve, todavia, compreender-se em sentido não impositivo de uma qualquer realização humana, mas antes como expressão da percepção de um conflito. Na verdade, “o sentido da ética só se esclarece quando se compreende que o bem não é nem pode ser uma coisa ou possibilidade má, que o autêntico e o verdadeiro não são predicados reais de um objecto perfeitamente análogos (ainda que opostos) ao falso e ao inautêntico. A ética só começa no lugar preciso em que o bem se revela como uma apreensão do mal e em que o autêntico e o próprio revelam ter o inautêntico e o impróprio como conteúdos exclusivos”³⁷. Esta interpenetração (necessária) entre a ética e o direito penal

³⁴ Cfr. Jürgen Habermas, *O Futuro da Natureza Humana* (cit.), p. 81 e s.

³⁵ Jürgen Habermas, *O Futuro da Natureza Humana* (cit.), p. 118.

³⁶ No sentido que lhe é conferido por José de Faria Costa, “Bioética e Direito Penal” (cit.), p. 111 e s. Na verdade, existe uma distinção a fazer entre ética e moral, ainda que a ética possa ser sumariamente compreendida como “reflexão filosófica sobre a moral”. Sobre esta distinção veja-se Marcus Düwell/Christoph Hübenal/Micha H. Werner, *Handbuch Ethik*, 2. Auflage, Stuttgart: J.B. Metzler, 2006, p. 2.

³⁷ Giorgio Agamben, *A comunidade que vem* (trad. António Guerreiro), Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 18. Aliás, é o próprio Autor que sublinha, *op. cit.*, p. 38, que “o facto de onde deve partir todo o discurso sobre a ética é o de que o homem não é nem terá de ser ou de realizar nenhuma essência, nenhuma vocação histórica ou espiritual, nenhum destino biológico.

torna-se particularmente evidente em alguns tipos penais, designadamente no respeitante ao consentimento em relação aos crimes de ofensas à integridade física. Nos termos do art. 38º, n.º 1 do Código Penal (doravante CP), *além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes*. Ora, como é sabido, a integridade física considera-se livremente disponível, de acordo com o disposto no art. 149º, n.º 1 do CP. Quer isto significar — não pretendendo nós, neste momento, adensar considerações a propósito do consentimento — que os bons costumes constituem o limite do consentimento válido de ofensas à integridade física. Pode, assim, observar-se que — mesmo em sentido não totalmente coincidente com o princípio da legalidade³⁸ (art. 1º do CP) — o legislador penal português³⁹ remete para outras ordens normativas não jurídicas, mormente a moral e a ética, a definição do conteúdo da cláusula dos bons costumes⁴⁰. O que vem, afinal, a significar que o legislador penal — como também o legislador civil⁴¹ — crê na existência de um fundamento ético do direito⁴².

É a única razão porque algo como uma ética pode existir: pois é evidente que se o homem fosse ou tivesse de ser esta ou aquela substância, este ou aquele destino, não existiria nenhuma experiência ética possível — haveria apenas deveres a realizar”.

³⁸ Sobre o princípio da legalidade, José de Faria Costa, “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?”, *RLJ* 134 (2002), p. 354 e s., como também, em termos gerais, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 177 e s.

³⁹ Aliás, como o próprio legislador penal alemão, como se retira do disposto no actual § 228 StGB.

⁴⁰ Cfr. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 149º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 276 e s., *maxime*, p. 289 e s. e ainda Kristian Kühl, “Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts. Eine Vergewisserung an Hand des ‘Lehrbuchs des Strafrechts. Allgemeiner Teil’ von Hans-Heinrich Jescheck”, *ZStW* 116 (2004), p. 870 e s., p. 871.

⁴¹ A título de exemplo, referimos o n.º 2 do art. 280º do Código Civil: *é nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes*.

⁴² Assim também Kristian Kühl, “Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts...” (cit.), p. 871 e s. Este Autor aponta ainda outros exemplos, *op. cit.*, p. 872 e s., tais como os argumentos ético-sociais usados a propósito da pena.

As mudanças no paradigma de sociedade a que nos vimos referindo vieram ainda a motivar o despontar consciente de uma aturada base de discussão: a bioética⁴³. Nas palavras de FARIA COSTA, “a bioética nasce e afirma-se como um inescapável espaço discursivo e argumentativo de reflexão ética quando os fantásticos avanços da biologia, da medicina, da tecno-ciência vieram colocar problemas novos ou vieram tão-só acentuar ou sublinhar, de forma particularmente intensa, questões outras que, desde sempre, tinham constituído um *punctum crucis* para os complexos e angustiantes domínios da ética”⁴⁴. É por esse motivo que, actualmente, as mais prementes questões associadas à investigação científica situadas no patamar humano se discutem nessa imensa plataforma constituída pela bioética. A verdade é que, nos dias de hoje, quase todos os aspectos da vida humana são abarcados pelo progresso e investigação científicos, tornando-se, assim, a bioética em uma paragem incontornável para quaisquer reflexões sobre problemas relacionados com o ser humano em um campo para lá do meramente individual⁴⁵. Risco apenas existe quando se confunde a bioética com uma qualquer sede de elaboração intersubjectiva de ideias e opiniões que não saiba respeitar o postulado de laicidade em que assenta o Estado de direito democrático e para ela se tragam considerações de moral ou religiosas⁴⁶. Os novos problemas em

⁴³ Ainda que se possa considerar que a bioética, não obstante se tratar de um termo recente, é tão antiga como a medicina — veja-se, a título de exemplo, o Código de Hammurabi ou o próprio Juramento Hipocrático —, a verdade é que a bioética, enquanto tal, teve a sua fase formativa na década de 60 do século passado e tem conhecido um crescimento exponencial no contexto da investigação biomédica e das tecnologias das ciências da vida. É do início da década de 70 o primeiro trabalho com o título “bioethics”, da autoria de Van Rensselaer Potter. Cfr. Peter A. Singer/A.M. Viens, *The Cambridge Textbook of Bioethics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1 e também Christoph Rehmann-Sutter, “Bioethik”, in: Marcus Düwell/Christoph Hübenal/Micha H. Werner, *Handbuch Ethik*, 2. Auflage, Stuttgart: J.B. Metzler, 2006, p. 247 e s.

⁴⁴ Cfr. José de Faria Costa, “Bioética e Direito Penal” (cit.), p. 111.

⁴⁵ Cfr. José de Faria Costa, “Bioética e Direito Penal” (cit.), p. 112.

⁴⁶ Justamente enfatizando este problema, escreve Giovanni Fiandaca que “A parte il possibile scetticismo sulla reale attuabilità di un dibattito pubblico davvero ispirato ai canoni idealtipici di una democrazia discorsiva, rimane il fatto che la discussione corrente sui temi di bioetica

torno da biociência interpelam e provocam, em modo crescente, uma necessidade de reflexão plural com vista ao encontro de consensos colectivos⁴⁷. Com efeito, o progresso científico e técnico vieram a trazer para a discussão a atitude regulativa do direito e, em particular, do direito penal⁴⁸.

Assim, a este estado de coisas associa-se um tempo em que o próprio paradigma iluminista de direito penal é sucessivamente posto em causa. Têm surgido, em um passado recente, tentativas de ajustar as funções do direito penal ao tempo pós-moderno — ou “tardo-moderno”, em expressão fundamentada de FARIA COSTA⁴⁹ —, sendo cada vez mais comum ouvir vozes em defesa de um direito penal simbólico⁵⁰ ou mesmo de um direito penal a duas velocidades⁵¹.

Aproximemo-nos um pouco mais da ideia de direito penal simbólico, pois importa adensá-la com vista à sua correcta compreensão.

Sob a designação de direito penal simbólico podem ordenar-se duas realidades. Por um lado, podemos considerar a “*expressão simbólica* [do direito penal] de reafirmação contrafáctica da fidelidade devida às normas jurídicas de

risente eccessivamente — così è accaduto e continua ad accadere almeno in Italia — di contrapposizione ideologiche e di spirito di parte, quando non viene addirittura politicamente strumentalizzata per il fine opportunistico di tenersi buone e amiche le gerarchie ecclesiastiche”, in “Considerazione intorno a Bioetica e Diritto Penale, tra laicità e «post-secularismo»”, *RIDPP*, Fasc. 2/3 (2007), p. 546 e s., p. 553 e s.

⁴⁷ Ainda que, naturalmente, não deva ver-se aqui uma realidade semelhante a uma tirania da maioria.

⁴⁸ Veja-se Giovanni Fiandaca, “Considerazione intorno a Bioetica e Diritto Penale...” (cit.), p. 562.

⁴⁹ Cfr. José de Faria Costa, “Bioética e Direito Penal” (cit.), [nota 5], p. 115.

⁵⁰ Ou a função simbólica do direito penal. A este propósito indispensável a leitura de Winfried Hassemer, “Das Symbolische am symbolischen Strafrecht”, in: Schünemann *et al.* (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p. 1001 e s. e, do mesmo Autor, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, *NSZ* 1989, p. 553 e s., este último, trazendo ainda notícias das novas tendências de criminologia. Também sobre este tema, consulte-se a obra de Jesús Maria Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992, *maxime*, p. 304 e s.

⁵¹ Sobre o direito penal a duas velocidades veja-se Jesús Maria Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, Montevideo: Julio César Faria, 2006, *passim*.

um dado ordenamento positivo”⁵²; por outro lado, a vertente simbólica — que com esta “expressão simbólica” não se confunde — da pena, comumente associada às realidades de “justiça de classe” ou de “direito alternativo”⁵³, como ensina FIGUEIREDO DIAS.

Ainda sobre as características do “simbólico” no direito penal, HASSEMER enuncia:

- a) que este conceito apenas faz sentido em uma análise ou observação finalisticamente orientada do direito penal;
- b) que não deve ser apoiado em elementos dispositivos⁵⁴, tais como “intenção” ou “finalidades”, do legislador;
- c) apenas pode constituir um conceito comparativo; e
- d) não serve, enquanto tal, como denúncia de leis e da sua aplicação.

Deste modo, em uma compreensão crítica, “simbólica” é uma norma penal cuja função latente ultrapassa a função manifesta⁵⁵; a norma penal simbólica é aquela em relação à qual é expectável que, através dela e da sua aplicação sejam realizados outros propósitos que não aqueles por si enunciados⁵⁶. O que leva a que, em relação a estas normas “enganadoras” seja dúbia, *ab initio*, a sua aplicabilidade⁵⁷.

⁵² Veja-se Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 52.

⁵³ Quanto à vertente simbólica da pena poderá consultar-se Sanguine Odone, “Função simbólica da pena”, *RPCC* 5 (1995), p. 77.

⁵⁴ Sobre a concepção de elementos dispositivos para Winfried Hassemer veja-se, do próprio, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., München: C.H. Beck, 1990, § 21 III, p. 183. Entre nós, a este propósito e sob a designação de “elementos da *Gesinnung*”, José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 221 e s.

⁵⁵ Mais aprofundadamente, sobre função latente e função manifesta da norma ver Winfried Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (cit.), p. 279 e s.; Günther Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 80 e s.

⁵⁶ Cfr. Winfried Hassemer, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz” (cit.), p. 556.

⁵⁷ Como refere João Loureiro, “Bios, Tempo(s) e Mundo(s)” (cit.), p. 226, as “hipóteses tradicionais de legislação simbólica” são aquelas “em que, por várias razões, se cria legislação

Mas, para lá desta vertente, cumpre perguntar em que medida a própria função preventiva do direito penal não configura uma componente simbólica.

O problema dos fins das penas⁵⁸ é inerente à reflexão sobre o direito penal e tem encontrado, ao longo da história, o que poderíamos denominar de “movimento pendular”⁵⁹. O primeiro aspecto que se deve referir é o da necessária distinção entre o conceito, a finalidade, a função e os fins das penas. Quando se reflecte sobre o conceito de pena entra-se na dimensão comunicacional da sua compreensão. O conceito de pena remete-nos para o reflexo das estruturas da instituição social, através das regras de linguagem⁶⁰. Dito por outras palavras: “institucionalmente a pena é uma sanção (*Belastung*) de uma pessoa como reacção a um comportamento censurável dessa pessoa, logo retribuição”⁶¹. Todavia, não deve confundir-se essa associação institucional (e conceitual) entre pena e retribuição com uma legitimação de

incapaz de, de modo relevante, conformar a realidade, sendo a norma sistematicamente inobservada”.

⁵⁸ Repristinando um pouco considerações anteriores, a pena, enquanto sanção criminal, representa, de igual modo, uma reprovação ético-social do comportamento do agente. Cfr. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 56 e ainda Kristian Kühl, “Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts...” (cit.), p. 876. Em formulação distinta, refere José de Faria Costa que “a pena representa a reacção de uma comunidade de homens àqueles comportamentos proibidos por essa mesma comunidade. O que bem demonstra, em nosso ver, que a pena é o reflexo dos valores dessa comunidade em um certo tempo e em um certo espaço. A pena é, por sobre tudo, a refração do entendimento do homem sobre si próprio”, in: *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 19. Com efeito, a própria expressão “pena” transmite, desde os seus primórdios, uma ideia de censura social.

⁵⁹ Expressão que usamos já no nosso *A Responsabilidade Solidária das Pessoas Colectivas em Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 61, a este mesmo propósito e onde fazemos já uma breve síntese deste movimento, p. 62 e s.

⁶⁰ NK-StGB/Hassemer/Neumann, Vor § 1, n.º m. 103.

⁶¹ Ulfrid Neumann, “Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe”, in: Michael Pawlik/Rainer Zaczyk (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs am 70. Geburtstag*, Berlin: Carl Heymanns, 2007, p. 435 e s.

uma pena (estatal) retributiva⁶². Esta legitimação deverá obedecer antes a argumentos normativos⁶³. Assim — em um Estado laico e secular —, é apenas com vista à sua utilidade social que a pena poderá ser legitimada. Neste sentido, cumpre atentar às teorias da pena. Não iremos proceder, aqui, a uma apresentação descritiva destas teorias e da sua evolução histórica⁶⁴. O que para nós ora releva é a compreensão dos postulados de cada uma destas teorias. Em termos muito sintéticos podemos identificar três teorias principais: (i) as teorias absolutas; (ii) as teorias relativas, e (iii) as teorias mistas.

Sendo as teorias absolutas comumente designadas como retributivas, assentam primordialmente na ideia *poena absoluta ab effectu*, ou seja, que o sentido da pena é uma compensação justa pelo facto injusto praticado pelo agente⁶⁵, por outras palavras, “é o justo equivalente ao dano do facto e da culpa do agente”⁶⁶.

Por seu turno, as teorias relativas são associadas à prevenção, na justa medida em que postulam a pena como prevenção de futuros crimes. Nas palavras de CESARE BECCARIA, “[o] fim, portanto, não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo”⁶⁷. Este fim será alcançado através da aplicação de

⁶² Assim, LK-StGB/Weigend, Einleitung, n.º m. 63. Daqui resulta, também, que o conceito de pena não deve ser decorrente da sua finalidade. Contra Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 3. Aufl., München: Beck, 1997, § 3, n.º m. 45.

⁶³ NK-StGB/Hassemer/Neumann, Vor § 1, n.º m. 104.

⁶⁴ Para este efeito consulte-se Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 43 e s.; J. Beleza dos Santos, “Fins das Penas”, *BFD*, Vol. XIV (1937-1938), p. 21 e s.; Günther Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1993, 1/4 e s.; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts* (cit.), § 8, I-IV; Claus Roxin, *Strafrecht. AT* (cit.), § 3, 1-55; NK-StGB/Hassemer/Neumann, Vor § 1, n.º m. 266 e s.; de uma perspectiva histórica do ordenamento jurídico-penal português, Eduardo Correia, “Evolução histórica das penas”, *BFD* Vol. LIII (1977), p. 51 e s.

⁶⁵ LK-StGB/Weigend, Einleitung, n.º m. 58.

⁶⁶ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 45.

⁶⁷ Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (trad. José de Faria Costa), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 85. Que afasta a retribuição por estar “estar enfeudada, no *ancien régime*, à

medidas adequadas ao agente em termos de tratamento e ressocialização, por forma a evitar a comissão futura de crimes (prevenção especial) e/ou que o próprio agente e os seus co-cidadãos, mediante o exemplo da punição, sejam afastados da comissão de factos puníveis (prevenção geral)⁶⁸. Dito de outro modo: a pena é compreendida como instrumento de política criminal, sendo-lhe atribuído um sentido social-positivo e adequando-se a mesma à função do direito penal de tutelar subsidiariamente bens jurídicos⁶⁹.

Contudo, face às dificuldades teóricas levantadas — *rectius*, fortes críticas⁷⁰ — por cada uma destas teorias surgem as teorias mistas⁷¹, que tentam, como o próprio nome indica, conciliar elementos tanto das teorias absolutas como das teorias relativas, através, por um lado, da introdução da ideia de retribuição e, por outro lado, do afastamento do princípio da culpa.

Importa, agora, feito este brevíssimo percurso introdutório, proceder a algumas considerações a este propósito. Encontramo-nos, quanto à questão da teoria da pena, em uma matéria que convoca — como já se aludiu previamente — não apenas o problema dos fins das penas, como também o do seu conceito, da sua finalidade e da sua legitimação. E, por vezes, na resposta a uma destas questões incluem-se elementos que devem servir a uma outra delas. Desde logo, a medida da pena não pertence ao universo de ponderações relacionadas com o fim da pena. Este fim refere-se à pena enquanto instituição. Além disso, a legitimação da pena prende-se com a questão da justificação da intervenção do Estado na esfera dos cidadãos, não com os fins das penas. Estas apenas duas ilustrações daquilo que queremos

transcendência teológica”. Cfr. José de Faria Costa, “Ler Beccaria hoje”, in: Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (cit.), p. 5 e s., p. 14.

⁶⁸ LK-StGB/Weigend, Einleitung, n.º m. 58.

⁶⁹ A este propósito, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 49 e s.

⁷⁰ LK-StGB/Weigend, Einleitung, n.º m. 59.

⁷¹ Também denominadas de unificadoras. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 60.

significar na distinção que sufragamos⁷². Julgamos que, pressupondo os fins das penas uma pré-compreensão do conceito de pena, os mesmos se referem, exclusivamente, aos objectivos que com aquela instituição devem ser cumpridos. E, no que toca à prevenção (geral), deve-se atentar particularmente à limitação do utilitarismo em que a mesma assenta⁷³. Por outro lado, não se podem alçar a fins das penas todas as funções que lhe venham a ser adjudicadas. Paradigmático, a este propósito, é o surgimento de tendências de “normas de comportamento”⁷⁴ que vêm a ser salvaguardadas por normas penais. Como é evidente, esta “salvaguarda” não pode ser elevada a fim da pena⁷⁵. Neste contexto, cumpre ainda fazer referência aos riscos da própria teoria de JAKOBS⁷⁶ de “estabilização contrafáctica das expectativas

⁷² Apontando em sentido idêntico, Ulfrid Neumann, “Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe” (cit.), p. 437: “Auf der Grundlage dieser Differenzierung kann man zwischen der Institution der Strafe, ihrer sozialen Funktion und ihre Zwecken unterscheiden”. Também se orientando para uma distinção, ainda que com tónicas diferentes, José de Faria Costa, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal”, in: *idem, Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 205 e s., [nota 10], p. 210: “É óbvio que uma coisa é tentar descortinar o *fundamento*, outra a *finalidade* e outra ainda a *necessidade* quando olhamos e valoramos a pena e o seu sentido. No primeiro caso, procurar o fundamento é o indagar dos *porquês* mais densos que podem justificar a pena. No entanto, se o nosso horizonte é a finalidade da pena, manifesto se torna, então, que os juízos se enfileiram na lógica do *para quê* e aí se estabilizam. Porém, fácil é de ver que se se arranca do pressuposto de que a pena é uma necessidade — uma inevitável necessidade, passe o pleonasma —, isso implica que a reflexão sobre a pena se confina ao seu *se*”.

⁷³ Decorrente, sobretudo, das ideias de Bentham. Cfr. Günther Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2004, p. 34 e s.

⁷⁴ Sobre este assunto, Roland Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln: Carl Heymanns, 2002, p. 52 e s., sendo que, como acentua logo em jeito introdutório este Autor, “Pönalisiert der Strafgesetzgeber den Verstoß gegen in der Gesellschaft verwurzelte Wert- oder Verhaltensvorstellungen, ohne dass ein durch die Tat bewirkter sozialer Schaden auszumachen ist, stellt sich zwangsläufig die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem soeben ermittelten verfassungsrechtlichen Verbot der allgemeinen moralischen Bevormundung und der Intoleranz gegenüber dem Andersgesinnten”.

⁷⁵ Veja-se Ulfrid Neumann, “Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe” (cit.), p. 446.

⁷⁶ Segundo a qual “Aufgabe der Strafe ist die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt. Inhalt der Strafe ist ein auf Kosten des Normbrechers erfolgreicher Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm”, in Günther Jakobs, *Strafrecht. AT*, (cit.), 1/11, p. 10. Veja-se ainda, do mesmo Autor, *Norm, Person, Gesellschaft* (cit.), p. 98 e s. e 105 e s.

comunitárias na validade da norma violada”⁷⁷, que, com esta nova tendência, se tornam mais evidentes. Na verdade, terá sempre de se considerar que a questão social acerca dos fins da pena se encontra inextricavelmente associada à protecção de (graves) ofensas a bens jurídicos ou, dito de outra forma, à prevenção⁷⁸. Mas, verdadeiramente, tendo-se já tornado claro que se perfila aqui uma posição mista, o *punctum crucis* reside em que a pena deva ter sempre como fim uma ideia de justiça, a qual terá, necessariamente, de incluir uma valoração da culpa como modo de reposição do equilíbrio social destabilizado pelo comportamento do agente⁷⁹.

Em particular, a prevenção geral positiva, orientada para a defesa da ordem jurídica, revela acentuada tendência simbólica, na justa medida em que assenta em uma transmissão simbólica de normas de comportamento aos seus destinatários⁸⁰.

Daí que — contrariando uma defesa do modelo preventivo — surjam vozes — não apenas entre nós — que apontem antes para um modelo neo-retribucionista⁸¹. Iremos deter-nos um pouco sobre este modelo. Partindo de uma ideia de que a “retribuição é a expressão mais lídima das ideias fortes e

⁷⁷ Expressão portuguesa de Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 80, que, com esta nova tendência, se tornam mais evidentes. Aqui se verifica a importância da função do direito penal de protecção de bens jurídicos.

⁷⁸ Ulfrid Neumann, “Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe” (cit.), p. 447.

⁷⁹ Entre nós, o incontornável estudo de J. Beleza dos Santos, “Fins das Penas” (cit.), p. 21 e s. e ainda a obra de Anabela Miranda Rodrigues, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 151 e s.

⁸⁰ Como acentua Winfried Hassemer, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz” (cit.), p. 555, “je anspruchsvoller die präventiven Lehren vom Ziel der Strafe formuliert sind, je weiter die Zielbestimmungen (Wiedereingliederung des Rechtsbrechers; Abschreckung der Verbrechen geneigten; Sicherung der fundamentalen Normen) reichen, desto deutlicher ist ihr symbolischer Gehalt. Sie bezwecken mit Hilfe der instrumentellen Anwendung der Strafnormen (gleichsam im Rücken dieser Praxis) die kommunikative (kognitive und emotive) Vermittlung der Botschaft vom rechtstreuen Leben”.

⁸¹ Entre nós, paradigmaticamente, José de Faria Costa, *O Perigo* (cit.), p. 372 e s. e ainda, do mesmo Autor, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal...” (cit.), p. 205 e s.

estruturantes de *responsabilidade e igualdadé*⁸², o neo-retribucionismo — ou, melhor, a “neo-retribuição de fundamentação onto-antropológica”⁸³ — fundamenta a pena na culpa⁸⁴ na justa medida em que a pena é ainda “representação da «minha» responsabilidade”⁸⁵ ao envolver, na sua aplicação, o pretérito rompimento da “primeva relação de cuidado-de-perigo”⁸⁶ resultante da minha liberdade e autonomia de decisão. Para além disso, é também a retribuição que corporiza a tradução do princípio da igualdade, dado que, sujeitando a adjudicação e distribuição das penas a uma “ideia de justiça retributiva”⁸⁷, cada “cidadão responsável (...) tem o direito a sofrer uma pena justa, porque igual a todas as penas correspondentes aos comportamentos penalmente relevantes que lhes estão na causa”⁸⁸.

A questão da prevenção remete-nos ainda para a indagação da sua concretização através do direito penal. Deste modo, apesar de intimamente ligadas, pode, todavia, diferenciar-se entre a questão da legitimação da intervenção penal (a problemática dos fins das penas) e a questão da função do direito penal. Não obstante não poder considerar-se existirem respostas

⁸² José de Faria Costa, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal...” (cit.), p. 209 (itálicos do Autor). Cfr. ainda José de Faria Costa, “Ler Beccaria hoje” (cit.), p. 13 e s.

⁸³ José de Faria Costa, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal...” (cit.), p. 230.

⁸⁴ Como sublinha José de Faria Costa, *O Perigo* (cit.), p. 384: “continuamos a pensar que o princípio da culpa é um *prins* perante o poder punitivo do Estado moderno. O direito a ser punido segundo a culpa — que não ao hegeliano mas farisaico e contraditório direito do delinquente à pena — não é só limite, um limite ao poder punitivo do Estado, mas também fundamento, na medida em que é o próprio poder punitivo do Estado que se encontra matricialmente limitado, na conjugação plural das suas várias intencionalidades, pelo «contra-poder» que o próprio princípio da culpa representa”.

⁸⁵ José de Faria Costa, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal...” (cit.), p. 227.

⁸⁶ José de Faria Costa, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal...” (cit.), p. 227.

⁸⁷ José de Faria Costa, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal...” (cit.), p. 229.

⁸⁸ José de Faria Costa, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal...” (cit.), p. 230. De onde decorre a consideração do direito à pena justa como direito especial, *op. cit.*, p. 232 e s.

unívocas a respeito desta última⁸⁹, a esmagadora maioria da doutrina entende que a função do direito penal é a protecção de bens jurídicos⁹⁰.

Assim, de modo sintético, poder-se-á dizer que o direito penal cumpre as suas tarefas preventivas quando verdadeiramente protege os bens jurídicos que lhe são confiados proteger⁹¹. Mas o que aparenta ser uma resposta simples revela, afinal, dois outros nódulos problemáticos: por um lado, o que deve entender-se por bem jurídico e, por outro lado, o que constitui uma verdadeira protecção de bens jurídicos. Questões que analisaremos em seguida.

I.2.1. Percurso pela doutrina do bem jurídico

Avancemos — em pequenos, mas decididos passos — para a análise do primeiro nódulo problemático referente à compreensão do conceito e significado de bem jurídico. A questão em torno do bem jurídico remete-nos, de novo, para uma consideração preliminar relativa à interpenetração existente entre o direito e a ética. Efectivamente, os bens essenciais à vida em

⁸⁹ Veja-se, por exemplo, Günther Jakobs, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 167 e s.

⁹⁰ Assim, entre nós, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 113 e s., José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 23 e s. Entre os Autores alemães, Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 36 — “[d]ie strafrechtlichen Verhaltensnormen dienen heute nach ganz hM dem Schutz von Rechtsgütern” — ou, formulado de outro modo, com idêntico sentido, por Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., Bielefeld: Gieseking Buchverlag, 2003, p. 12, “wenn die Aufgabe des Strafrechts eine andere ist als die des Sittengesetzes, das Strafrecht mithin kein «ethisches minimum» ist, so kann seine spezielle Aufgabe nur sein, die wichtigsten Bereiche sozialen Zusammenlebens bzw. die sozial wichtigsten Interessen mit einem besonders starken Schutz zu versehen”. Veja-se ainda Reinhart Maurach/Heinz Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 1992, p. 266. Bastante ilustrativo, a esta propósito, é o § 2, 1, da *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* (AE-StGB) de 1966, que pretendeu incluir este princípio no próprio Código Penal: “Strafen und Massregeln dienen dem Schutz der Rechtsgüter und der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft”.

⁹¹ Cfr. Winfried Hassemer, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz” (cit.), p. 557.

comunidade — de que damos como exemplo a vida, a integridade física ou a liberdade — representam pilares generalizados da manutenção dessa mesma comunidade. Motivo pelo qual a lesão destes bens é “proibida” pelo ordenamento ético e pelo ordenamento jurídico-penal⁹²: já na linguagem comum é sobejamente aceite que “a minha liberdade termina onde começa a liberdade do outro”. Em KANT⁹³ podemos encontrar o núcleo desta ideia: uma máxima que não permita a sua aplicação generalizada não pode ser elevada a princípio moral ou normativo (jurídico). Contudo, ainda que possa existir, quanto a certos bens, alguma coincidência entre direito e ética (ou moral), tal não pode representar a compreensão de bem jurídico. De facto, basta tomarmos como exemplo o adultério para, de imediato, surpreendermos a diferença que aparta estes dois ordenamentos: nem todas as infracções morais são violadoras de bens jurídicos.

Retomemos, então, os nossos passos. O que deve entender-se por bem jurídico?

Inspirado pela Ilustração⁹⁴, o conceito de bem jurídico serve também a função de tornar claras as opções político-criminais do legislador⁹⁵ e, também, de fornecer um critério de verificação externo para a justiça destas mesmas opções⁹⁶. Contudo, não obstante a sua já longa história⁹⁷, a verdade é que a

⁹² Kristian Kühl, “Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts...” (cit.), p. 886.

⁹³ Aliás, o cerne do imperativo categórico. Cfr. Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (trad. Paulo Quintela), Lisboa: Edições 70, 2009, p. 62 (BA 52).

⁹⁴ Para uma historiografia do conceito de bem jurídico, indispensável a consulta de Peter Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1962, p. 3 e s. e, entre nós, Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 51 e s.; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 114 e s.; Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Constituição e Crime* (cit.), p. 29 e s.

⁹⁵ Cfr. por exemplo, Hans-Joachim Rudolphi, “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, in: *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970*, Göttingen: Verlag Otto Schwarz, 1970, p. 151 e s., p. 167.

⁹⁶ Assim, NK-StGB/Hassemer/Neumann, Vor § 1, n.º m. 115.

⁹⁷ Basta pensarmos que a génese deste conceito remonta a 1834, pela mão de Birnbaum.

definição deste conceito tem permanecido uma das questões mais debatidas da dogmática penal⁹⁸.

De modo muito sucinto, poder-se-á afirmar que bens jurídicos são realidades que têm valor⁹⁹. Este valor deverá ter expressão positiva. Daí se compreende que a utilização da expressão “bem jurídico”, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, reflecta — ainda que, por vezes, de modo subliminar — a existência de uma valoração positiva de uma determinada realidade que deve ser mantida pela ordem penal¹⁰⁰. É esta compreensão que determina ainda os limites da norma penal, uma vez que a mesma terá de ter subjacente a protecção deste mesmo valor positivo. Daqui se consegue refazer o caminho de VON LISZT¹⁰¹ que, compreendendo toda e qualquer ciência como o conhecimento sistemático do seu objecto, refira, a propósito do bem jurídico que o mesmo constitui o conceito de fronteira da abstracção da lógica jurídica¹⁰².

Repita-se, a traço forte, que, apesar destas considerações, o conteúdo e o alcance deste conceito continuam imprecisamente delimitados¹⁰³. E um dos

⁹⁸ Como já o referia Hans-Joachim Rudolphi, “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs” (cit.), p. 151.

⁹⁹ Knut Amelung, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, in: Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 155 e s., p. 155.

¹⁰⁰ Em sentido idêntico, Knut Amelung, “Der Begriff des Rechtsguts...” (cit.), p. 156.

¹⁰¹ Aliás, von Liszt foi determinante para o reconhecimento de um papel dominante ao conceito de bem jurídico. Cfr. Franz von Liszt, “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, *ZStW* 3 (1883), p. 1 e s., p. 19: “An die Erkenntnis der Rechtsgüter schliesst sich genauere Betrachtung der gegen diese gerichteten Handlungen, der Verbrechen im weiteren Sinne”.

¹⁰² Cfr. Franz von Liszt, “Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch”, *ZStW* 6 (1886), p. 663 e s., p. 665 e p. 672 e s. Na verdade, segundo este Autor, estando a dogmática penal já munida dos “mais altos” conceitos de crime e de pena, resta encontrar a resposta à pergunta do “porquê”. Nas palavras do Autor: “Warum verknüpft das Recht mit dieser Tatsache diese, und gerade diese Rechtsfolge? Die Antwort gibt der Begriff des Rechtsguts” (p. 673).

¹⁰³ Como já era sublinhado por Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomena einer materialen Verbrechenstheorie*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1972, p. 1 e p. 15 e s. Ainda que

fundamentos para esta imprecisão¹⁰⁴ reside justamente no facto de apenas com a pergunta da *função* deste conceito no âmbito da dogmática penal se poderá encontrar o objecto da definição¹⁰⁵. Assim, pode afirmar-se que este conceito cumpre a função de designar o “núcleo material” do crime, interpretado como a lesão de objectos (“bens jurídicos”)¹⁰⁶. Este ponto de partida serve-nos para uma constatação formal-ontológica, designadamente de que estes “objectos” (ou realidades) existem para lá do “sujeito”¹⁰⁷. Mas mesmo este passo não nos permite alcançar uma definição de bem jurídico. Com efeito, para uma correcta compreensão deste conceito é indispensável uma referência axiológica subjacente¹⁰⁸. Contudo, esta referência valorativa

este conceito tenha conhecido um período de relativa estabilidade após o seu reconhecimento enquanto objecto material do crime, após 1933 começaram a surgir algumas vozes discordantes quanto à relevância deste conceito. O que bem se compreende se se pensar nas raízes liberais que o conceito encerra. Na verdade, o mesmo dirigia-se precisamente à diminuição de margens de discricionariedade e arbitrariedade, sendo esse, *in fine*, o seu património liberal que as tendências nacional-socialistas procuraram eliminar. Por todos, Wilhelm Gallas, “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, in: Georg Gahm *et al.*, *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*, Berlin: Walter de Gruyter, 1936, p. 50 e s. De notar ainda que no tempo histórico do nacional-socialismo afirmou-se a doutrina de que o crime seria uma violação de dever (*Pflichtverletzung*), primordialmente pela mão de Friedrich Schaffstein. Cfr. deste Autor “Das Verbrechen als Pflichtverletzung”, in: Karl Larenz (Hrg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin: Junker u. Dünnhaupt, 1935, p. 108 e s. Como é sabido, ainda hoje não existe unanimidade quanto à função do direito penal e o significado da sua intervenção penal, existindo autores que pugnam por uma ideia de validade da norma. Paradigmaticamente, em trabalho recente, Günther Jakobs, *Staatliche Strafe* (cit.), p. 28 e s.

¹⁰⁴ Veja-se, por exemplo, a divergência entre o conceito teleológico de bem jurídico e o conceito liberal de bem jurídico. Sobre este assunto, Hans-Joachim Rudolphi, “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs” (cit.), p. 152 e s. Como salienta o Autor, *op. cit.*, p. 158, “während der teleologische Rechtsgutsbegriff ein positiv-rechtlicher, aber inhaltsleerer und rein formaler Begriff ist, stellt sich der liberale Rechtsgutsbegriff zwar als ein materialer, inhaltserfüllender, aber doch als ein dem positiven Recht vorgelagerter, rechtspolitischer Begriff dar”.

¹⁰⁵ Cfr. Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»* (cit.), p. 4.

¹⁰⁶ Veja-se Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»* (cit.), p. 8.

¹⁰⁷ A este propósito cfr. Giuseppe Bettiol, “Das Problem des Rechtsgutes in der Gegenwart”, *ZStW* 72 (1960), p. 276 e s., *maxime*, p. 286 e s.

¹⁰⁸ Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»* (cit.), p. 10. Com efeito, trazemos aqui à colação a própria ideia de Estado de Direito, à qual subjaz o princípio da justiça material, e que

não pode quedar-se com uma mera remissão para uma ideia de “interesse”, uma vez que a mesma nada acrescenta ao conteúdo material da definição, tratando-se antes de uma fórmula “vazia de sentido”¹⁰⁹. Sendo o fim do Direito o Homem, é, então, função do Direito servir o Homem¹¹⁰. O que implica que o objecto de protecção do direito penal será, ele também, o Homem. Todavia, como imediatamente se depreende, tal formulação vaga não cumpre ainda os propósitos de uma resposta à pergunta por uma definição de bem jurídico. Se é certo que a função do direito penal se encontra inextricavelmente ligada ao próprio sentido e função do Direito, o facto de se reconhecer no Homem e na sua dignidade o fim do direito não define, *per se*, a função do direito penal nem o objecto dessa protecção. Bastará, para tanto, pensarmos na inexequibilidade de uma norma penal que, sob este pano de fundo, procurasse abarcar esta mesma protecção sob o seguinte texto: “quem ofender a dignidade da pessoa humana será punido”. É, por isso, necessário ir mais longe e mais fundo.

Um dos aspectos que nos permite uma melhor percepção desta função é, precisamente, a ideia de que o Homem é Pessoa¹¹¹, é uma realidade em si mesma, de outro modo, um fim em si mesmo. Daqui pode partir-se para uma ideia de que compete, assim, ao Estado fornecer as condições para que a Pessoa, enquanto “individualidade social”¹¹² — ou, nas palavras de FARIA

acarreta para o direito penal um limite, ou seja, o de que ele apenas pode existir para garantir e assegurar a existência das condições de vida necessárias para a existência de uma liberdade pessoal e política dos cidadãos. Neste sentido, também Rudolphi (1970), p. 159.

¹⁰⁹ Assim, Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»* (cit.), p. 21, sendo que também Hans-Joachim Rudolphi, “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs” (cit.), p. 162 acentua a própria polissemia da ideia de “interesse”.

¹¹⁰ Cfr. Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»* (cit.), p. 40.

¹¹¹ Sobre este assunto, de modo aprofundado, veja-se Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Carl Winter - Universitätsverlag, 1961, p. 117 e p. 208. Cfr. ainda Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»* (cit.), p. 41.

¹¹² Expressão de Arthur Kaufmann, “Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre”, in: Friedrich Geerds/Wolfgang Naucke (Hrg.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, p.

COSTA, “ser-com-os-outros”¹¹³ — possa desenvolver a sua personalidade em plena e livre auto-determinação¹¹⁴. É também aqui que podemos encontrar o sentido — e, diríamos, antecipando-nos — e a função do direito penal¹¹⁵.

É com este pano de fundo que deverá ser encontrado o significado do conceito de bem jurídico¹¹⁶. De modo sucinto, os bens jurídicos podem ser definidos — em termos materiais — como as realidades que permitem à Pessoa a sua auto-realização¹¹⁷. Pois que é a Pessoa que deve constituir a medida do bom Direito — o direito justo — e, conseqüentemente, também do direito penal¹¹⁸. Os bens jurídicos possuem, assim, um referente pessoal — herdeiro do seu património liberal —, que permite uma valoração intrínseca

79 e s., p. 114: “Denn die Selbstverwirklichung des Menschen als Person geschieht nicht in der Isolation eines Robinson Crusoe, vielmehr im tätigen Ausgreifen auf die Welt und im Mitsein mit anderen. Der Mensch ist stets «ad alterum», menschliche Personhaftigkeit also nicht reines Selbstsein, pure ichhafte Individualität, sondern immer auch soziale Individualität”.

¹¹³ José de Faria Costa, *O Perigo* (cit.), p. 283.

¹¹⁴ Cfr. Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»* (cit.), p. 49.

¹¹⁵ De modo idêntico, Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»* (cit.), p. 60 e s.

¹¹⁶ Já Welzel acentuava que os bens jurídicos não existem pura e simplesmente, não são “peças de museu”, mas estão “em relação com” (no original *In-Funktion-Sein*). Cfr. Hans Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW* 58 (1939), p. 490 e s., p. 515: “In Wirklichkeit gibt es Rechtsgüter nur, wenn und soweit sie in «Funktion» sind, d.h., soweit sie im sozialen Leben wirkend und Wirkungen empfangend darin stehen”. Todavia, mesmo este “em relação com” veio a ser ultrapassado por uma ideia de “função social”. Veja-se Hans-Joachim Rudolphi, “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs” (cit.), p. 164.

¹¹⁷ Definição que adaptamos de Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»* (cit.), p. 62. Contra, adoptando um conceito dualista de bem jurídico, que distingue entre bens jurídicos individuais e bens jurídicos supra-individuais, Klaus Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1969, p. 113 e s., em especial, p. 118 e s.

¹¹⁸ Aliás, na sequência de uma concepção não funcionalista do direito, como aquela que aqui defendemos. Salienta, a este propósito, Arthur Kaufmann, “Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie”, *Rechtstheorie* 17 (1986), p. 257 e s., que o ponto nuclear de uma fundamentação do direito não funcionalista do direito reside, precisamente, no conceito de pessoa. Cfr. ainda Winfried Hassemer, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, in: Lothar Philips/Heinrich Scholler (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg: Decker & Müller, 1989, p. 85 e s., p. 86.

dos mesmos¹¹⁹, apresentando-se como conceito relacional. E é através desta concepção relacional de bem jurídico que vamos encontrar o fundamento da relevância do consentimento do titular^{120 121}.

Em formulação apertada poderíamos dizer que “o bem jurídico-penal é um pedaço de realidade, olhado sempre como relação comunicacional, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”¹²². O conceito de bem jurídico¹²³ veio, assim, a determinar uma revolução copérnica na compreensão do direito penal, pois que “em vez de apelar para a disfuncionalidade das perturbações ou frustrações a nível de intersubjectividade — como sublinha COSTA ANDRADE — privilegiada pela compreensão do crime como lesão de um direito subjectivo, a lesão do bem jurídico aponta antes para o mundo exterior e objectivo de que preferentemente relevam as «coisas» valoradas como *bens jurídicos*”¹²⁴. Mas se é certo que a noção de bem jurídico constitui motivo de alteração do paradigma na compreensão do (conceito material de) crime, não é menos certo que este conceito tem sofrido longa evolução¹²⁵, encontrando-se actualmente posto em causa mercê dos desafios colocados ao direito penal pela “sociedade de risco”.

¹¹⁹ Como afirma Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»* (cit.), p. 63, é nesta relação com o sujeito — na concepção aqui defendida, diríamos antes, com a pessoa — que se pode encontrar o critério segundo o qual as realidades se tornam bens, o que permite falar-se de um “*materialen Rechtsgutsbegriff*” que cumpre, deste modo, citando o Autor, “*seine Aufgabe, die staatliche Strafgesetzgebung zu beschränken, Strafgesetze auf ihre materiale Richtigkeit und Gültigkeit hin zu überprüfen*”.

¹²⁰ Cfr. Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»* (cit.), p. 64.

¹²¹ Questão que abordaremos com maior profundidade no ponto 1.3 do Capítulo II.

¹²² José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 174.

¹²³ Cujo início se faz remontar a 1834, através de Birnbaum, com o seu estudo “*Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*”, *Archiv des Criminalrechtes*, 1834, p. 149 e s. Veja-se Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 51 e s. e José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 174 e s.

¹²⁴ Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 51 (itálico do Autor).

¹²⁵ Sobre a evolução após Birnbaum consulte-se Eduardo Correia, *Direito Criminal*, Vol. I, Reimp., Coimbra: Almedina, 2001, p. 278 e s. e também Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 114 e s.

Não pretendemos, aqui, fazer toda a historiografia do conceito de bem jurídico¹²⁶, até por a mesma se revelar despropositada nesta sede. Contudo, julgamos ser nosso dever pôr em evidência os lugares de cruzamento entre a actual “crise do bem jurídico” e a investigação que aqui levamos a cabo.

O despontar de novas realidades, fruto da tecnicização da vida em sociedade e da própria revolução tecnológica, têm motivado aceso debate sobre a capacidade de o conceito de bem jurídico — determinante para a aferição da função do direito penal¹²⁷ — ser ainda operante na actual “sociedade do risco” ou “tardo-modernidade”. Pois que os riscos tornaram-se “mega”, os bens tornaram-se “supra”, e o arquétipo do referente pessoal¹²⁸ entrou, de forma decidida, em estado de ultrapassado. Nos dias de hoje são já habituais as expressões de “bens jurídicos sociais” ou “bens jurídicos universais” ou ainda “bens jurídicos colectivos”¹²⁹. Em particular, “a verdadeira característica do bem jurídico colectivo ou universal reside pois em

¹²⁶ Em termos dogmáticos, além das obras já referidas [nota 94 *supra*], poderá ainda consultar-se Susana Aires de Sousa, *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 171 e s.; NK-StGB/Hassemer/Neumann, Vor § 1, n.º m. 110 a 149 e o trabalho fundamental de Knut Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt: Athenäum, 1972, p. 5 e s.

¹²⁷ De modo peremptório, afirma José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 23: “a função do direito penal é a de proteger bens jurídicos”, ideia, aliás, partilhada pela maioria da doutrina, não apenas entre nós, como se pode confirmar em Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 114.

¹²⁸ A doutrina do bem jurídico pessoal — ou seja, aqueles bens que, mesmo em sentido lato, sirvam a “pessoa” — foi predominantemente contributo de Winfried Hassemer, na sua obra “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre” (cit.), tendo sido seguida por boa parte da doutrina alemã. Cfr. ainda NK-StGB/Hassemer/Neumann, Vor § 1, n.º m. 131 e s. Da perspectiva não do próprio veja-se ainda Ulfrid Neumann, “«Alternativen: keine».- Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre”, in: Ulfrid Neumann/Cornelius Prittwitz (Hrsg.), *Personale Rechtsgutslehre und Opferorientierung im Strafrecht*, Frankfurt: Peter Lang, 2007, p. 85 e s., para quem, *op. cit.*, p. 86, o grande atractivo desta doutrina permanece o facto de aqui o direito penal partir do indivíduo (ou da pessoa) e não da sociedade.

¹²⁹ Esta última formulação particularmente forte em Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 148 e s., mas já antes, do mesmo Autor, “O direito penal entre a «sociedade industrial» e a «sociedade do risco»”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, BFD*, Coimbra, 2001, p. 583 e s., em especial, p. 604 e s.

que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo: nesta **possibilidade de gozo** reside o interesse individual legítimo na integridade do bem jurídico colectivo”¹³⁰. Contudo, esta nova realidade — não obstante fundamentadora da manutenção da original função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais — põe em evidência que a afirmação desta proposição penal básica acarreta custos da banda da determinabilidade dos próprios bens jurídicos. Seguindo, de novo, as palavras de FIGUEIREDO DIAS: “Decerto: tais bens apresentam-se, por sua própria natureza, como muito mais *vagos* e carentes de definição precisa, de mais duvidosa *corporização* ou mesmo de impossível *tangibilidade*”¹³¹. Parece-nos que é aqui que poderá residir o vórtice decisivo naquela que constitui a compreensão liberal de bem jurídico. Expressando-nos de outro modo: esta indeterminabilidade poderá pôr em causa a própria noção de bem jurídico. Um dos grandes contributos da noção de bem jurídico foi, justamente, e como já referimos, a deslocação do centro gravitacional do direito penal da sociedade para o indivíduo. Diríamos mais: a evolução deste conceito tem sido no sentido de o aproximar da noção de pessoa. A compreensão de HASSEMER visa responder à pergunta “sob que pressupostos pode o Estado ameaçar com pena um determinado comportamento” e responde-a do seguinte modo: “apenas quando este comportamento ofenda um interesse humano carente de tutela penal”¹³². O que, em perspectiva diferente, significa que a ascensão a bem jurídico se prende com uma relação comunicacional que se estabelece entre o(s) titular(es) de um interesse relevante — *rectius*, realidades que permitem à pessoa a sua auto-realização — e o reconhecimento axiológico desse interesse pelo direito penal. Existe como que uma relação dialógica triangular entre o(s)

¹³⁰ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 150, negrito do Autor.

¹³¹ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 151, itálicos do Autor.

¹³² Tomamos aqui de empréstimo a sintética formulação de Ulfrid Neumann, “«Alternativen: keine»...” (cit.), p. 85.

titular(es), o interesse e o direito penal. Assumindo sempre o sujeito um papel primordial na delimitação dos bens. Ora, a ideia de bem jurídico colectivo anteriormente apontada arranca dessa matriz de centramento no sujeito ultrapassando-a em virtude de qualidades do bem; daí a designação “colectivo” se referir a uma característica relacionada com o próprio bem, fora da esfera do sujeito, da pessoa. Talvez a vaguidão não seja senão disso mesmo consequência. Julgamos que — em um direito penal de fundamento liberal, que se quer preservar — o referente pessoal deverá ser transversal a todos os bens jurídicos. Ainda que nos inclinemos preferencialmente para a dicotomia entre bens jurídicos individuais e bens jurídicos supra-individuais, procuremos adensar ainda um pouco mais o recorte destas ideias, tendo sempre como horizonte compreensivo as questões que se têm colocado ao direito penal. De facto, tradicionalmente “a raiz dos critérios de divisão dos bens jurídicos está na noção de indivíduo”¹³³. Não obstante, esta noção — tratando-se o direito penal de um direito eticamente fundado — torna-se, em nosso modo de ver, presentemente questionável. E questionável face à progressiva tendência de naturalização do Homem enquanto objecto de estudo. O Homem tornou-se, no patamar da investigação científica, um indivíduo. Indivíduo que, neste contexto, nada tem que ver com individualidade, com aquelas qualidades que tornam cada ser humano um ser único. E, verdadeiramente, os problemas que nos colocamos situam-se no patamar do cruzamento entre as ciências médicas, a investigação científica e o direito penal. Razão fundante para nos querermos, dolosamente, afastar da ideia de indivíduo. Motivo ainda para entendermos como pilar de uma reflexão jurídico-penal neste contexto a noção de pessoa. Indivíduo permanecerá o sujeito biológico da investigação; pessoa o titular de bens jurídicos. O que, por seu turno, não implica que não existam bens comuns a várias pessoas, que possam enfileirar-se em expressões diversas daquelas de “bens colectivos” ou “bens supra-individuais”. Assim,

¹³³ José de Faria Costa, *Direito Penal Económico*, Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 39.

tornado um pouco mais claro o nosso percurso, torna-se também mais límpida a justificação da adopção de uma ideia de “bens jurídicos supra-pessoais” para designar aqueles bens que não reflectem um interesse pessoal mas antes um interesse de uma comunidade de pessoas. Sublinhando-se aqui, a traço forte, que o *punctum crucis* das nossas reflexões assenta na noção de Pessoa.

Não nos encontramos entre aqueles que — acompanhando algumas tendências mais modernas — questionam o papel fundamental, assim como a sua susceptibilidade de o desempenhar, que o conceito de bem jurídico desempenha na doutrina geral da infracção. Contudo, também não podemos enfileirar-nos em uma compreensão acrítica deste mesmo conceito, retomando ideias de BIRNBAUM, de FEUERBACH ou de VON LISZT¹³⁴ ou mesmo da doutrina penal de finais dos anos setenta do século passado¹³⁵. Neste sentido, o conteúdo material que conferimos ao conceito de bem jurídico — assente na auto-realização da pessoa — deverá configurar-se como adequado a estes tempos de pós-modernidade. Tempos em que se assiste a um crescimento exponencial de crimes “sem vítima”, de neo-criminalizações, de exasperação de um ideia de sociedade securitária. Por este mesmo motivo, são justamente tempos como o presente que devem servir de apanágio para uma afirmação e solidificação da ideia de pessoa¹³⁶.

¹³⁴ Em que o princípio do bem jurídico se assume, primordialmente, como movimento de limitação da intervenção penal, ou seja, de descriminalização. Veja-se, por exemplo, Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Ausgabe, Mittermaier, 1847, §§ 19 e s. (*apud* Winfried Hassemer, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre” (cit.), p. 87.)

¹³⁵ Tempo ao qual a tendência se manifesta em sentido exactamente oposto: como movimento de criminalização. Cfr. Winfried Hassemer, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre” (cit.), p. 87.

¹³⁶ Como afirma Winfried Hassemer, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre” (cit.), p. 90: “Beginn einer Antwort ist die Überlegung, dass die modernen Tendenzen der Vergesellschaftung, der Verdichtung sozialer Beziehungen und der Kreation komplexer Institutionen kein Anlass sind, die individuellen und personalen Elemente im Recht und im Rechtsgedanken nun ebenfalls von der Institutionen her zu funktionalisieren, sie

Ao que acresce a circunstância de a teoria da imputação objectiva estar indissociavelmente ligada ao princípio da protecção de bens jurídicos¹³⁷. Dito por outras palavras, a imputação objectiva, enquanto doutrina normativa de limitação ou “adaptação” da causalidade no ordenamento jurídico-penal¹³⁸, faz com que apenas determinados resultados sejam imputados à conduta¹³⁹. Deste modo, esta doutrina contribui, também ela, para delimitar o âmbito de protecção dos bens jurídicos¹⁴⁰.

Assim, a própria compreensão de bem jurídico — e, naturalmente, da sua protecção pelo direito penal — influencia a realização do justo penal na medida em que tem reflexo na imputação de um resultado a uma acção. Da mesma forma que o âmbito de protecção dos bens jurídicos é definido pelo alcance dos tipos penais¹⁴¹.

gewissermassen im Gleichklang mit dem sozialen Wandel zu «vergesellschaften» — im Gegenteil: Gerade das Strafrecht muss gerade in solchen Zeiten die personalen Elemente mit Nachdruck schützen und bewahren; denn sein Geschäft ist am Ende nicht allgemeine Versicherung oder soziale Schadensminderung, sondern Zurechnung einer Straftat an eine Person und damit Individualisierung eines — immer auch sozialen — Problems. Zeiten hoher sozialer Verdichtung sind im Strafrecht Zeiten personal orientierter Lehren”.

¹³⁷ Claus Roxin, “Unrecht, Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit”, *ZStW* 116 (2004), p. 929 e s., p. 932. Nas palavras do Autor, *op. cit. loc. cit.*, “die Lehre von der objektiven Zurechnung [ist] unmittelbar mit dem Prinzip des Rechtsgüterschutzes verknüpft (...), dass die das Mass dieses Schutzes durch ein subtiles Regelwerk rational einleuchtend macht und auf das sozialpolitisch Notwendige beschränkt”. Ou, expresso de modo mais enfático, a protecção de bens jurídicos não é apenas a função do direito penal, mas também domina a sistemática da teoria do ilícito penal. Cfr. Claus Roxin, “Unrecht, Rechtsgüterschutz...” (cit.), p. 944.

¹³⁸ Não vamos agora adensar a doutrina da imputação objectiva. Apenas se pretende deixar nota do seu papel no contexto da protecção de bens jurídicos.

¹³⁹ Como refere Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 322 — na esteira de Honig — “a questão constitui uma questão **normativa** que deve pôr-se e resolver-se segundo a teleologia, a funcionalidade e a racionalidade próprias da dogmática jurídico-penal e, especialmente, da dogmática do tipo” (negrito do Autor).

¹⁴⁰ Tomamos aqui de empréstimo as palavras de Claus Roxin, “Unrecht, Rechtsgüterschutz...” (cit.), p. 932: “Mein Fazit ist also, dass das strafrechtliche Unrecht eine Rechtsgutsverletzung- oder gefährdung voraussetzt und dass die Lehre von der objektiven Zurechnung auf dieser Grundlage den Bereich des strafrechtlich Verbotenen durch Abwägung von Schutz- und Freiheitsinteressen im einzelnen festlegt”.

¹⁴¹ Aqui seguindo Claus Roxin, “Unrecht, Rechtsgüterschutz...” (cit.), p. 944, que acrescenta, neste contexto: “Deshalb sind der Rechtsgüterschutz und die Lehre von der objektiven

A referida tendência de indeterminação dos bens jurídicos, assente em uma política criminal finalisticamente orientada, atenua a ligação entre as tarefas preventivas e a protecção dos bens jurídicos e evidencia um caminho de compreensão do direito penal como área normativa de regulação comportamental político-social¹⁴². Compreensão que, pelos motivos expostos, repudiamos.

Em suma, estamos em crer que o retorno ao referente “Pessoa” na conceitualização de bem jurídico se apresenta como condição sem a qual a manutenção da compreensão do direito penal a partir do seu paradigma liberal poderá ser colocada em crise.

I.2.2. Determinação e afirmação de (novos) bens jurídico-penais

Deve ainda ocupar-nos a questão de saber o que constitui uma verdadeira protecção de bens jurídicos, por forma a podermos, então, compreender quando é que o direito penal cumpre as suas tarefas preventivas. Para nos debruçarmos sobre esta questão, impõe-se, uma vez mais, que avancemos em pequenos passos.

Zurechnung unlösliche Bestandteile einer soziale Abwägungsprozesse einbeziehenden Verbotsmaterie”. Naturalmente que para aqueles autores, como Jakobs, que defendem que a função do direito penal não é a tutela subsidiária de bens jurídicos, mas antes a validade da norma, não pode ser identificada esta ligação. Ainda sobre a compreensão de bem jurídico no próprio conceito de resultado, Helena Moniz, “Aspectos do resultado no direito penal”, in: Manuel da Costa Andrade/José de Faria Costa/Anabela Miranda Rodrigues/Maria João Antunes (Orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 541 e s., p. 545 e s.

¹⁴² Em sentido idêntico, Winfried Hassemer, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz” (cit.), p. 558, mencionando mesmo que actualmente o direito penal abandonou o ideário liberal, onde ainda se tratava de assegurar ou proteger o “mínimo ético”, e progressivamente tem assumido a função de instrumento de regulação para problemas sociais ou estaduais. Ainda a propósito do mínimo ético, veja-se, entre nós, José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 184 e s.

Nem sempre a constatação de um bem jurídico carente de protecção implica a sua tutela penal. Na verdade, a ascendência à discursividade penal apenas deve ocorrer quando outras formas de protecção desse mesmo bem sejam insuficientes para a assegurar. Este o significado do princípio da *ultima ratio*.

De facto, não pode entender-se existirem imposições de criminalização¹⁴³. Tomemos, aqui, um exemplo do campo da genética. Se é certo que a regulamentação penal relativa à genética humana tem de pressupor um determinado bem jurídico, assim como a sua dignidade penal, também é certo que a existência de um bem jurídico não determina, *per se*, a intervenção penal¹⁴⁴. Como salienta, neste contexto, FARIA COSTA, “a bioética, enquanto espaço público de discussão interventiva e interventora onde se reflectem os problemas gerais da ciência médica e muito particularmente daqueles atinentes à genética, como que cria uma zona ‘tampão’ onde é possível defender uma censura ética relevante que não tenha de atingir o patamar da intervenção penal”¹⁴⁵. Contudo, tem vindo já a tornar-se entendimento dominante, especialmente desde a década de 90 do século passado, que a importância do património genético humano postula a necessidade de intervenção penal¹⁴⁶. Verificamos, pois, que existe um novo bem jurídico intimamente associado à identidade genética o qual, além de digno de tutela penal, determina a

¹⁴³ José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 125 e s.

¹⁴⁴ Albin Eser, “Strafrechtliche Schutzaspekte im Bereich der Humangenetik”, in: Volkmar Braun (Hrsg.), *Ethische und rechtliche Fragen der Gentechnologie und der Reproduktionsmedizin*, München: Schweitzer, 1987, p. 120 e s., p. 124 e s.

¹⁴⁵ José de Faria Costa, “O Direito Penal e a Ciência: As Metáforas Possíveis no Seio de Relações «Perigosas»”, in: Agustín Jorge Barreiro (Ed.), *Derecho y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. Extraordinario, Madrid, BOE, 2006, p. 107 e s., p. 116.

¹⁴⁶ Albin Eser, “Strafrechtliche Schutzaspekte im Bereich der Humangenetik” (cit.), p. 145 e ainda Jorge de Figueiredo Dias, “Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal médico?”, *RPCC*, Ano 14, 1 e 2 (2004), p. 241 e s., reconhecendo que estão em causa bens jurídicos colectivos dignos e carentes de tutela penal.

necessidade de pena¹⁴⁷, tornando-se, assim, em verdadeiro bem jurídico-penal¹⁴⁸. Todavia, no Código Penal não existe qualquer protecção relativa à identidade genética, nem mesmo do próprio embrião¹⁴⁹. Mas já em finais da década de 80 do século passado foi defendido por COSTA ANDRADE que, pelo menos em um primeiro momento, a intervenção penal relativa tanto à manipulação genética — ou melhor, identidade genética —, como aos atentados contra o embrião deveria ser feita à margem do Código Penal¹⁵⁰. O que veio, efectivamente, a acontecer. A forma como esta protecção veio a tomar forma no ordenamento jurídico-penal português foi, precisamente, através da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, relativa à Procriação Medicamente Assistida (PMA), *maxime*, nos artigos 36º a 38º e 43º desta Lei.

Verificamos, através deste exemplo trazido do campo da genética, que, se é certo que podemos identificar (novos) bens jurídicos — *maxime*, a identidade genética —, a sua protecção pelo direito penal apenas se torna verdadeira quando para tanto concorram a dignidade penal e a carência de pena quanto a esses mesmos bens. A verdadeira protecção penal de um bem jurídico postula, então, o princípio da *ultima ratio*, só assim podendo o direito penal cumprir as suas tarefas preventivas, porque consciente das limitações da própria legitimação da sua intervenção. Por outras palavras: a noção de Pessoa, assente nas ideias de liberdade e de responsabilidade, em que se alicerça e para

¹⁴⁷ Não obstante haver aturada discussão sobre se aqui o direito penal não terá uma função meramente simbólica. Cfr. Augusto Silva Dias, *Ramos Emergentes do Direito Penal* (cit.), p. 50 e s. e ainda Manuel da Costa Andrade, “Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas”, *Revista de Direito e Economia*, Ano XII (1986), p. 99 e s., p. 103.

¹⁴⁸ Veja-se, sobre esta questão, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 114.

¹⁴⁹ O crime de aborto apenas contempla o embrião implantado no útero materno a partir do momento da nidação. Até este momento, não existe qualquer protecção, no Código Penal, da vida humana. Cfr. J.M. Damiano da Cunha, Anotação ao Artigo 140º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 146 e s., em especial, p. 151.

¹⁵⁰ Manuel da Costa Andrade, “Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas. As conclusões do XIV Congresso Internacional de Direito Penal”, *Revista de Direito e Economia*, Ano XV (1989), p. 375 e s. Ainda que no ordenamento jurídico espanhol, por exemplo, esta protecção se faça já no contexto do Código Penal (Arts. 159º e ss.)

que existe o direito penal, manifestam os limites da intervenção penal em que terá se assentar a verdadeira protecção de bens jurídicos.

Todavia, uma das matérias que tem causado muita controvérsia no debate jurídico-penal prende-se com os mais recentes conhecimentos no âmbito das neurociências. Em este campo trata-se de um sistema cognitivo que se olha ao espelho¹⁵¹, em que não pode ser feita — ao contrário do que sucede em outros sistemas técnicos — uma separação entre *hardware* e *software*¹⁵². Pode afirmar-se que a consciência humana e as noções de liberdade, identidade ou mesmo responsabilidade se tratam de construções culturais adquiridas pela Humanidade através de um processo comunicacional¹⁵³. Com base nesta ideia de que existe um determinismo neurológico, MERKEL vai mais longe, chegando mesmo a pôr em causa a possibilidade de a ideia de responsabilidade e de liberdade poderem, afinal, servir de constructos legitimadores da intervenção penal¹⁵⁴. Sob este ponto de vista, o conceito de culpa deixaria de fazer qualquer sentido.

Todavia, esta posição não é de aceitar. Se assim fosse, o homicida não seria punido, dado que o seu comportamento não seria senão o resultado (inevitável) de um impulso contra o qual não podia ter reagido. Como criticamente acentua JAKOBS, deve saber fazer-se uma diferenciação entre indivíduos humanos e pessoas¹⁵⁵. E são as pessoas que — em uma sociedade normativamente estruturada — são os destinatários comunicacionalmente construídos de direitos e de deveres. E as neurociências investigam indivíduos,

¹⁵¹ Como refere Wolf Singer, *Vom Gehirn zum Bewusstsein*, Frankfurt: Suhrkamp, 2006, p. 11. Na expressão deste Autor “es verschmelzen also Erklärendes und das zu Erklärende. Und es stellt sich die Frage, inwieweit wir überhaupt in der Lage sind, das, was uns ausmacht, zu erkennen”.

¹⁵² Wolf Singer, *Vom Gehirn* (cit.), p. 21.

¹⁵³ Wolf Singer, *Vom Gehirn* (cit.), p. 54 e s.

¹⁵⁴ Reinhard Merkel, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung*, Baden-Baden: Nomos, 2008, *passim*.

¹⁵⁵ Diferença essa que, como deixámos sublinhado em passo anterior, é absolutamente fulcral na actual compreensão do direito penal. Como acentua A. Castanheira Neves, “ pessoa é um outro *novum*, o *novum* axiológico na vida humana”, in: “Arguição...” (cit.), p. 613.

não devendo estender as suas considerações à sociedade enquanto comunidade organizada¹⁵⁶. E muito menos, acrescente-se, aos pressupostos de validade de qualquer ordenamento normativo. Pois que deve fazer-se salientar aqui uma diferença. A visão analítica do cérebro enquanto objecto de estudo não poderá, em momento algum, querer fazer reflectir a essência da pessoa. A diferenciação entre pessoa e humano situa-se em patamar diverso daquele das neurociências. Mesmo que a interpretemos como constructo social comunicacional, o certo é que esta diferença existe e não representa senão a capacidade de o Homem pensar sobre si mesmo a partir do confronto com os outros. É esse constructo social que determina a evolução do Homem de mero detentor de vontades, impulsos e desejos a ser livre e responsável.

I.2.3. Desenvolvimento da medicina no patamar do fim de vida

Hoje é possível alguém estar clinicamente morto e, no entanto, esse mesmo alguém apresentar batimentos cardíacos e respirar. A realidade moderna transcende as mais visionárias profecias médicas: o Homem tem controlo sobre a morte. O significado desta realidade apenas lentamente começa a constituir *forum* das mais variadas questões relacionadas com o fim da vida. Destes problemas novos distancia-se aquele da eutanásia, por o mesmo já integrar o objecto de reflexão humana desde, pelo menos, a Antiguidade Clássica. O que, contudo, não implica que esta questão não tenha — face à actual realidade — assumido contornos muito distintos e que implique aturada reflexão face às novas realidades da medicina no patamar do fim de vida.

¹⁵⁶ Günther Jakobs, “Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung”, *ZStW* 117 (2005), p. 247 e s., *passim*.

Detenhamo-nos um pouco mais sobre estes problemas, do ponto de vista das consequências das mais recentes possibilidades das ciências médicas para o direito penal.

Fazendo um percurso pelas principais revoluções — ocorridas, principalmente, no século passado — que integram motivo de alteração do paradigma da morte natural, poderíamos dar início ao mesmo na descoberta da possibilidade de reanimação médica. A reanimação médica surge na década de 50 do século XX pela mão de JEAN HAMBURGER. A possibilidade de reanimação vem a pôr em causa o que normalmente era interpretado como estado irreversível. Não havia ainda — até este momento — modo de passar a barreira intransponível que a morte¹⁵⁷ corporizava. Daí que a ideia subjacente ao termo «reanimação» se prenda com aquela de “dar alma de novo”. Ou, dito por outras palavras: a partir deste momento foi possível “retornar do mundo dos mortos”, tornar-se ser vivente em comunidade uma vez mais. Naturalmente que as consequências da descoberta e implementação da reanimação como prática médica corrente vão muito para lá do universo restrito do direito penal. Mas são precisamente as consequências em este mundo normativo que nos interessam. Assim, no domínio penal, o próprio momento de determinação da morte tem de ser repensado. O apuramento do resultado desvalioso do ponto de vista jurídico-penal não pode quedar-se pela verificação do mesmo em momento imediatamente posterior à conduta. Pois que o resultado “morte” passa a poder ser reversível. Ou seja: o que, outrora, seriam homicídios consumados poderiam passar a ser homicídios meramente tentados. Basta tão só pensar em um exemplo, intencionalmente construído para esta ilustração: *A* está internado no hospital *X* devido à doença *Y*. *B* quer matar *A*, e desloca-se ao hospital com esse propósito. *A* entra em paragem cardíaco-respiratória, mas é reanimado pelos médicos do hospital *X*,

¹⁵⁷ Em este tempo, esta barreira era primordialmente corporizada por uma paragem cardíaco-respiratória.

sobrevivendo. Por aqui se vê que o momento para aferição do resultado jurídico-penalmente desvalioso já não se situa onde, antes da reanimação, teria de se situar, ou seja, na paragem cárdio-respiratória. Com efeito, após a entrada da reanimação na prática médica, o que outrora seria um resultado consumado passa a ter de ser apreendido como tentativa¹⁵⁸.

Mas os grandes progressos médicos não se ficam por aqui. O outro grande passo foi a possibilidade de ventilação artificial, ou melhor, ventilação mecânica. Esta técnica veio a permitir que casos em que o organismo não consegue já manter o ciclo respiratório vejam uma máquina substituir a natural aspiração de ar pelos pulmões por um “empurrão” de ar pelos pulmões adentro (ventilação com pressão positiva). Trata-se de uma máquina que pode substituir uma função vital, ainda que apenas o possa fazer por tempo determinado. Como é sabido, esta função — justamente por ser vital — pressupõe a falência do corpo enquanto organismo. Naturalmente que, também aqui, surgem inúmeras consequências no patamar jurídico-penal. Faremos referência a um exemplo mais simples: *A*, através de uma luta, vem a danificar o sistema respiratório de *B*. O que seria — inevitavelmente — um homicídio passa a ser um crime de ofensas à integridade física (grave)¹⁵⁹. Aqui já não está em causa o momento da morte: trata-se de as possibilidades oferecidas pela medicina determinarem a ofensa a um bem jurídico diferente, ainda que a conduta não se altere. Existem factores exógenos que influem sobre o bem jurídico concretamente ofendido.

Com este breve percurso se verifica que tanto o actual patamar das técnicas de reanimação, assim como o das técnicas de prolongamento da vida permite que o tempo de vida — mesmo em se tratando de um moribundo — aumente exponencialmente. E, em relação proporcional, alargue o número de

¹⁵⁸ Não obstante, como é bom de ver, a conduta de *B* em nada se tenha alterado.

¹⁵⁹ Ainda, em momento posterior, a impossibilidade de manutenção de ventilação pudesse vir a determinar uma agravação pelo resultado.

casos em que as dúvidas jurídico-penais se instalam. Como vimos, se situações havia de resolução mais linear de determinadas condutas, hoje assistimos a uma transfiguração dessas mesmas situações para realidades completamente distintas. Especialmente quando em causa está um crime paradigmaticamente de resultado, como é o crime de homicídio. Na verdade, o bem jurídico vida não conhece estádios intermédios: a ofensa a este bem apenas se determina pela aniquilação do mesmo. De facto, ou se está vivo, ou se está morto. O meio vivo ou o quase morto não assumem, actualmente, qualquer relevância jurídico-penal para a determinação da protecção penal conferida ao bem jurídico vida. O que, por seu turno, não significa que, neste preciso campo, não possam ser pensados — e autonomizados — bens jurídicos que por ora apelidaríamos de “novos”¹⁶⁰. Aliás, como se pôde constatar no campo da genética: as novas possibilidades de ingerências trazidas pela evolução das ciências veio a culminar na constatação da existência de um “novo” bem jurídico carente de protecção jurídico-penal.

Tudo isto para podermos verificar que a protecção do bem jurídico-penal vida não pode ser pensada de forma estática, dado que os desenvolvimentos das ciências médicas arrastam consigo situações novas e problemas que não se colocavam há uma centena de anos. O controlo — ainda que não absoluto — sobre a morte traz para o patamar do direito penal novas interrogações a que cumpre tentar dar resposta. Resposta essa que não pode ser procurada em situação de divórcio da medicina, mas antes em situação de articulação com esta última.

¹⁶⁰ No Capítulo III adensaremos esta problemática, quando tratarmos da lesão do bem jurídico-penal vida. Por ora, fica apenas a indicação exploratória de uma possibilidade já iniciada por José de Faria Costa, no seu estudo “Vida e morte em direito penal (Esquisto de alguns problemas e *tentativa* de autonomização de um novo bem jurídico)”, *RPCC*, Ano 14, 1 e 2 (2004), p. 171 e s.

I.3. A questão do acto médico

No âmbito da problemática que é objecto deste estudo, a compreensão e sentido do acto médico — enquanto paradigma das ciências médicas — é de importância nuclear.

Se procurarmos uma definição legal de acto médico entre nós, rapidamente nos apercebemos de que a mesma — não obstante algumas iniciativas nesse sentido¹⁶¹ — não existe.

Umbilicalmente ligado, em termos etimológicos, à ideia de curar ou de cuidar¹⁶², o acto médico apresenta-se como referente incontornável da justaposição entre vida e direito penal. Importa, por isso, procurar aprofundar um pouco mais o que deve entender-se por acto médico — sustentados em um percurso comparativo de diversos ordenamentos que nos são próximos e historicamente situado — com vista a daí podermos retirar as necessárias consequências.

Talvez na preparação deste percurso não se revele espúria uma aproximação à evolução da própria medicina. Com efeito, no ponto anterior apenas tratamos de forma sintética a evolução da medicina no patamar do fim de vida, a qual ocorreu especialmente a partir de meados do século XX. Contudo, entendemos que uma aproximação, mesmo que sucinta, à evolução da medicina enquanto ciência — ainda que apenas salientando alguns aspectos

¹⁶¹ Para uma breve descrição deste problema cfr. José de Faria Costa, “Em redor da noção de acto médico”, *RLJ*, Ano 138, n.º 3954 (Jan-Fev 2009), p. 126 e s., *maxime*, p. 130 e s. A proposta de diploma legal vetada pelo Presidente da República em 1999 continha a seguinte definição no seu artigo 1º, n.ºs. 1 e 2: *Constitui acto médico a actividade de avaliação diagnóstica, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas relativa à saúde das pessoas, grupos ou comunidades. Constituem ainda actos médicos os exames de perícia médico-legal e respectivos relatórios, bem como os actos de declaração do estado de saúde, de doença ou de óbito de uma pessoa.*

¹⁶² José de Faria Costa, “Em redor da noção de acto médico” (cit.), p. 128 e s.

que nos parecem fundamentais — poderá permitir uma melhor compreensão do verdadeiro significado de acto médico.

A medicina — dominada originalmente pela vertente mágica, religiosa¹⁶³ e filosófica — foi das primeiras disciplinas a libertar-se da religião e da filosofia e a procurar construir percurso autónomo enquanto ciência. E tal libertação¹⁶⁴ deveu-se, principalmente, a Hipócrates, pertencente à escola de Cós¹⁶⁵ e o criador da observação clínica¹⁶⁶ e da própria deontologia profissional¹⁶⁷. Mas o

¹⁶³ Ilustrativo a este propósito é a adoração do Deus Imhotep no antigo Egipto, considerado o deus da medicina, o qual em vida — além de arquitecto — tinha sido médico.

¹⁶⁴ Que sofreu um grande período de estagnação, senão mesmo de retrocesso, desde cerca do século II até ao Renascimento. Ao “pai” da Medicina, Hipócrates, sucedem-se, já no Renascimento, Versálio — com a sua obra *Estruturas do Corpo Humano* —, Ambroise Paré — considerado o fundador da Cirurgia moderna — e ainda Paracelso, o “Lutero da Medicina”.

¹⁶⁵ Com mais pormenor, Jean-Charles Sourina, *História da Medicina*, Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 44 e s.

¹⁶⁶ A obra de Hipócrates — p. ex., *Aforismos, Os Lugares, os Ares e as Águas* — foi sobretudo difundida por Galeno.

¹⁶⁷ Deontologia consolidada no célebre Juramento de Hipócrates. Na sua versão mais antiga este juramento tinha o seguinte teor: “Juro por Apolo Médico, por Esculápio, por Higi, por Panaceia e por todos os Deuses e Deusas que acato este juramento e que o procurarei cumprir com todas as minhas forças físicas e intelectuais. Honrarei o professor que me ensinar esta arte como os meus próprios pais; partilharei com ele os alimentos e auxiliá-lo-ei nas suas carências. Estimarei os filhos dele como irmãos e, se quiserem aprender com arte, ensiná-la-ei sem contrato ou remuneração. A partir da regras, lições e outros processos ensinarei o conhecimento global da medicina, tanto aos meus filhos e aos daquele que me ensinar, como aos alunos abrangidos e aos daquele que me ensinar, como aos alunos abrangidos por contrato e por juramento médico, mas a mais ninguém. A vida que professar será para benefício dos doentes e para o meu próprio bem, nunca para prejuízo deles ou com malévolos propósitos. Mesmo instalado, não darei droga mortífera nem a aconselharei; também não darei pessário abortivo às mulheres. Guardarei castidade e santidade na minha vida e na minha profissão. Operarei os que sofrem de cálculos, mas só em condições especiais; porém, permitirei que esta operação seja feita pelos praticantes nos cadáveres. Em todas as casas em que entrar, fá-lo-ei apenas para benefício dos doentes, evitando todo o mal voluntário e a corrupção, especialmente a sedução das mulheres, dos homens, das crianças e dos servos. Sobre aquilo que vir ou ouvir respeitante à vida dos doentes, no exercício da minha profissão ou fora dela, e que não convenha que seja divulgado, guardarei silêncio como um segredo religioso. Se eu respeitar este juramento e não o violar, serei digno de gozar a reputação entre os homens em todos os tempos; se o transgredir ou violar que aconteça o contrário”. Actualmente, e após as sucessivas adaptações de que foi alvo — especialmente no século XX —, este juramento é feito no momento da admissão à profissão, no final da licenciatura, tendo o seguinte teor: “Ao ser admitido como membro da profissão médica, juro solenemente consagrar a minha vida ao

verdadeiro salto qualitativo da Medicina enquanto ciência vem a verificar-se já no século XVII, com descobertas tais como a circulação do sangue por HARVEY¹⁶⁸ e o aperfeiçoamento do microscópio, a permitir a observação por LEEUWENHOEK e por ANDRY de organismos invisíveis a olho nu. É nesta época — e também durante o século XVIII — que a Medicina se consolida como ciência experimental, avançando, já no século XIX, para a especialização. A partir deste momento começa a desenhar-se a imagem da prática da medicina tal como a conhecemos nos dias de hoje. O médico abandona, em absoluto, o papel de um deus todo sabedor, de um mágico ou sacerdote, assumindo-se, pois, como um especialista, como um homem de ciência, vinculado por uma forte deontologia profissional, que presta actividade nos cuidados de saúde¹⁶⁹. Actualmente, pois, “ao assumir o encargo

serviço da Humanidade. Guardarei o respeito e o reconhecimento que são devidos aos meus Mestres. Exercerei a minha arte com consciência e dignidade. Considerarei a saúde do meu doente como meu primeiro cuidado. Respeitarei o segredo que me foi confiado. Manterei, por todos os meios ao meu alcance, a honra e as nobres tradições da profissão médica. Os meus colegas serão meus irmãos. Não permitirei que considerações de religião, nacionalidade, raça, política ou condição social, se entremeschem entre o meu dever e o meu doente. Guardarei respeito absoluto pela vida humana desde o início, mesmo sob ameaça. Não farei uso dos meus conhecimentos médicos contra as leis da Humanidade. Faço este juramento solenemente, livremente e pela minha honra”. Pode, de imediato, verificar-se que as alterações — *rectius*, adaptações — feitas ao juramento o foram no sentido de o mesmo ir mais ao encontro da actual realidade da profissão médica.

¹⁶⁸ Após um curto período de algum retrocesso, sobretudo pelo ressurgimento da associação entre medicina e religião (e superstição) no período da Idade Média. Cfr. Jean-Charles Sourina, *História da Medicina* (cit.), p. 65 e s.e 179 e s. contudo, deve fazer-se notar que o século XVI existe também um vulto que não pode deixar de ser assinalado: Versálio (*op. cit.*, p. 161 e s.). Veja-se também Sónia Fidalgo, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 13 e s.

¹⁶⁹ Assim também Sónia Fidalgo, *Responsabilidade Penal por Negligência* (cit.), p. 15. e ainda, da mesma Autora, “Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 417 e s., p. 418, mais sublinhando, *op. cit. loc. cit.*, que, cada vez mais, hoje “a actividade médica é desenvolvida predominantemente no âmbito de equipas pluridisciplinares”. Todavia, neste trabalho, não aprofundaremos os problemas relacionados com a prática médica em equipa.

de tratar um doente o médico aceita uma enorme responsabilidade. Responsabilidade que lhe advém, desde logo, da obrigação em que se constitui de utilizar, de forma adequada, todas as medidas terapêuticas de que possa dispor (dentro do estágio de evolução da sua ciência e da capacidade que ao tipo médio profissional seja razoavelmente de exigir), isto é, de as utilizar cumprindo escrupulosamente as *leges artis* que regulam a sua actividade profissional”¹⁷⁰. Desenha-se, assim, com esta longa e lenta evolução, uma radical alteração do paradigma do médico, a qual, correlativamente, vem a ter fortes e importantíssimas implicações na compreensão do acto médico.

Todavia, existe um aspecto que deve ser salientado: em toda esta evolução — até a um tempo bem recente — a afirmação da medicina como ciência nunca considerou o doente como integrante da mesma. O doente não constituía senão o objecto do estudo e da *praxis* científicos. Este aspecto vem a condicionar toda a percepção do conceito de acto médico até à revolução silenciosa que vem a ser corporizada pela ideia de consentimento informado, já na segunda metade do séc. XX¹⁷¹.

Esta ideia não significa senão a inclusão do doente na prática médica: para a efectivação de actos médicos, o médico deve informar o doente por forma a que a este último seja possível compreender e valorar as suas opções e prestar — ou não — o seu consentimento à concretização desses mesmos actos. Hodiernamente, na sociedade ocidental, é impensável a realização de qualquer acto médico de forma impositiva, situando-se o mínimo aceitável no conceito

¹⁷⁰ Jorge de Figueiredo Dias, “O Problema da Ortotanásia: Introdução à sua Consideração Jurídica”, in: *As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de Morte; Aspectos Médicos, Teleológico-Morais e Jurídicos*, Porto: Ordem dos Advogados, 1973, p. 28 e s., p. 29.

¹⁷¹ Apenas daremos aqui nota da ideia de consentimento informado; as questões atinentes à problemática do consentimento serão tratadas no Capítulo II.

de consentimento presumido. Por outras palavras: qualquer noção de acto médico tem de partir desta pré-compreensão¹⁷².

Detentores deste dado prévio, a primeira paragem do nosso percurso será a definição europeia de acto médico adoptada pela U.E.M.S. (União Europeia de Médicos Especialistas) em 2005 e ratificada em 2006. De acordo com esta definição, “The medical act encompasses all the professional action, e.g. scientific, teaching, training and educational, clinical and medico-technical steps, performed to promote health and functioning, prevent diseases, provide diagnostic or therapeutic and rehabilitative care to patients, individuals, groups or communities in the framework of the respect of ethical and deontological value. It is the responsibility of, and must always be performed by a registered medical doctor/physician or under his or her direct supervision and/or prescription”. Todavia, temos para nós que esta definição é demasiado abrangente, chegando mesmo a misturar as ideias de “acto médico” — a que corresponde um universo mais limitado de actos — e de “acto praticado por médico” — que corresponderá aos actos funcionais do médico, sendo que nem todos eles integram a realidade mais restrita corporizada pelo conceito de “acto médico”. Na verdade, tem existido consenso em torno da ideia de que o acto médico se encontra indelevelmente ligado a uma intervenção — aqui, não necessariamente no sentido de uma acção positiva — sobre a saúde de um ser humano. A ideia de prevenção, diagnóstico, tratamento ou terapia assume na linguagem comunitária a marca de água de um acto médico. O acto do ensino médico ou da medicina — sem qualquer espécie de desprimor ou desconsideração pela valia do mesmo — não se confunde com as ideias acima assinaladas. De imediato nos assaltará a dúvida se alguém definir uma conferência proferida por um médico em umas quaisquer jornadas sobre

¹⁷² Por muito que, por vezes, a questão do consentimento não se apresente de forma expressa em conceitualizações, com origem diversa, que se vão aventurando no difícil caminho de uma definição de acto médico.

cuidados de saúde como um “acto médico”. Realidade que, a aceitar-se a definição da U.E.M.S., poderia acontecer. Julgamos que a percepção generalizada não é essa, incluindo, entre nós. Basta, para tanto, confrontar a proposta de definição de “acto médico” que já foi apresentada, em finais da década de 90 do século passado, a discussão pública¹⁷³. Ali se sublinham as actividades de avaliação diagnóstica, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas relativa à saúde das pessoas, não existindo sequer uma referência expressa às actividades de ensino, educacionais, de formação ou mesmo científicas. Estas, ainda que sejam levadas a cabo por médicos, não devem incluir-se na noção de “acto médico”. Diríamos mais. A noção de “acto médico” encontra alicerce compreensivo nas realidades da relação médico-doente e da indicação médica.

Um elemento que, neste particular, importa analisar com especial atenção é, assim, a questão da indicação médica. De entre o universo de actos que podem ser praticados por médicos, os actos médicos devem ser actos indicados. E o que é que isto quer significar? Que os actos em causa não se podem tratar de actos experimentais — por os mesmos não estarem ainda cientificamente validados — nem de actos desajustados à realidade clínica do doente em causa. Socorrendo-nos de um exemplo extremo — e, por esse mesmo motivo, fortemente ilustrativo — relacionado com problemas respiratórios. Se o doente *D* apresentar uma simples constipação, não se poderá considerar como medicamente indicado ligá-lo a uma máquina de ventilação por motivo de simples nariz entupido. Ora, é do conhecimento geral que a ventilação é indicada para tratar problemas respiratórios, mas apenas os problemas respiratórios (mais graves) que dela necessitem. Em termos sintéticos: a indicação médica corresponde a um ajustamento proporcionado entre a sintomatologia e a intenção terapêutica.

¹⁷³ Veja-se o texto da proposta na nota 161 *supra*.

Um outro ponto que deve ter-se presente é a distinção entre acto médico e acto experimental, ainda que o primeiro possa beneficiar do segundo. Pois, como todos sabemos, é apenas através da investigação e da experimentação que actos inicialmente científico-experimentais se podem tornar em terapias, integrando, assim, o conceito de acto médico. Todavia, a ordem jurídico-penal apenas poderá admitir os actos experimentais de modo limitado¹⁷⁴. Apenas quando se tratem de actos experimentais com intencionalidade terapêutica precisa e consentida, como, p. ex., o doente que aceita participar em uma terapia (ou terapêutica) experimental contra um determinado tipo de doença. Contudo, sublinhamos uma vez mais e a traço forte: para que estes actos possam ser admitidos na noção restrita de «acto médico» importa que se encontrem praticados a coberto de um consentimento válido¹⁷⁵ do(s) destinatário(s) dessa mesma terapia.

Todavia, não obstante a existente intensa discussão doutrinal, no patamar do direito penal, o legislador — e bem — criou ou “naturalizou”¹⁷⁶ o conceito jurídico-penal de acto médico, ao definir um conceito jurídico-penal de intervenção médico-cirúrgica¹⁷⁷. Dispõe o n.º 1 do art. 150º do Código Penal

¹⁷⁴ Como sublinha Ulrich Schroth, “Zwischen Experiment und Heilbehandlung — Einführung”, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Moderne Medizin und Strafrecht. Ein Vademecum für Ärzte und Juristen über strafrechtliche Grundfragen ärztlicher Tätigkeitsbereiche*, Heidelberg: C.F. Müller, 1989, p. 51 e s., p. 51: “Eine Rechtsordnung, die Rechtsgüter schützen will, kann unkalkulierbare Risiken, auch wenn sie der Therapie bzw. dem Erkenntnisfortschritt dienen, nur in begrenztem Rahmen für zulässig erachten”.

¹⁷⁵ Sobre as questões relacionadas com a validade do consentimento iremos debruçar-nos um pouco mais adiante; com profundidade, o consentimento será objecto do presente estudo no Capítulo II.

¹⁷⁶ Sobre a naturalização de conceitos pelo direito penal veja-se José de Faria Costa, “As definições legais de dolo e negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em direito penal”, *BFD*, 69 (1993), p. 361 e s.

¹⁷⁷ Veja-se Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 150º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 302 e s., p. 302. Note-se que a consagração deste regime deriva de uma compreensão da atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas em relação aos crimes contra a integridade física e a punibilidade das intervenções médico-cirúrgicas arbitrarias como ofensivas de um bem jurídico diferenciado: a autodeterminação pessoal (enquanto refração da própria liberdade).

que *as intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leges artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física*. Esta definição comporta elementos de natureza subjectiva e objectiva. Por um lado, o universo de agentes é precisa e previamente delimitado — “médico” ou “outra pessoa legalmente autorizada” —, sendo que a intencionalidade associada à actuação terá sempre de se tratar de uma intencionalidade terapêutica (incluindo-se, aqui, tanto o diagnóstico como a prevenção). Por outro lado, os elementos objectivos referem-se, primordialmente, à indicação médica e à realização dos tratamentos e das intervenções segundo as *leges artis*¹⁷⁸. Como bem se compreenderá, os quatro elementos acima referidos são requisitos cumulativos para que possamos considerar estar perante uma intervenção médico-cirúrgica atípica¹⁷⁹.

Não obstante a definição jurídico-penal de intervenção médico-cirúrgica, a verdade é que a mesma não é perfeitamente coincidente com aquela de acto

¹⁷⁸ Veja-se, em sentido idêntico, Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 150º (cit.), p. 307.

¹⁷⁹ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 150º (cit.), p. 307. Como salienta o Autor, *op. cit., loc. cit.*, “qualquer destes elementos dá expressão a um específico programa normativo de demarcação de fronteiras face a áreas fenomenológicas materialmente contíguas, mas a que o legislador não quer estender o regime de benefício dos tratamentos médico-cirúrgicos. Assim, a ausência de **finalidade terapêutica** exclui todo um espectro de intervenções que, embora normalmente realizadas por médico, não têm o «paciente» como seu beneficiário directo (*experimentação pura, angiografia, castração*, etc.). De igual modo, também a **indicação médica** afasta os tratamentos e métodos ainda não cientificamente convalidados, bem como os métodos de terapia excêntricos em relação à *medicina académica* ou institucionalizada” (negritos e itálicos do Autor). Daqui resulta que o legislador penal português, procurando “naturalizar” o conceito, o fez tomando como referência o conceito mais restrito de acto médico, tendo intencionalmente excluído a outra realidade a que já fizemos referência de «actos praticados por médicos». Um outro aspecto importante nesta limitação decorre da possibilidade de admissão, como atípico, da designada experimentação terapêutica. Nesta matéria, entende Costa Andrade, *op. cit.*, p. 309, na esteira de Eser, que fulcral é que se encontre assegurada a finalidade terapêutica e a objectividade da indicação.

médico. O que esta definição serve é o pleno respeito pelo princípio da legalidade, na vertente da tipicidade, garantia indelével da ordem normativa de onde provém. Mas tal não significa que não possa existir um cruzamento entre uma percepção do que é o acto médico e o direito penal. Para além das intervenções médico-cirúrgicas do art. 150º, n.º 1, do Código Penal. Uma visão que permita uma compreensão integrada desta questão e que não arranque apenas do referente normativo.

Neste sentido, nas considerações que se façam no patamar jurídico-penal sobre o acto médico não podem limitar-se à leitura do art. 150º do Código Penal. Postulam mais do que isso.

I.3.1. A posição de Faria Costa

De entre os autores que se têm debruçado detalhadamente sobre o conceito ou noção de acto médico encontra-se FARIA COSTA¹⁸⁰. Acentuando o acto médico enquanto “matricialmente humano”, sublinha o Autor que “o acto médico se insere em uma rede regional onto-antropológica”, ou seja, o acto médico, tal como o acto jurídico, “pertencem ao núcleo irreduzível do modo de ser pessoa”, na justa medida em que “a procura do justo e do curar têm ou desempenham uma função eminentemente conservadora. De conservação do todo comunitário”. Desta premissa parte o Autor para a observação de que, sendo o acto médico o acto de cuidar ou curar, “todos podemos e todos praticamos actos de cura, actos de cuidado”, ou seja, defende que, com este enquadramento, o acto médico é um acto que pode ser levado a cabo por qualquer pessoa. Após um percurso pela origem da palavra “médico”, o Autor torna claro que, afinal, a mesma tem um sentido universal

¹⁸⁰ Nas considerações que se seguem, e sempre que não seja indicada referência específica, referem-se as citações ao texto, já citado, do Autor, “Em redor da noção de acto médico”.

intimamente relacionado com a ideia de curar, não tendo a diferenciação — de outro modo: a prática de estes actos por certas e determinadas pessoas pertencentes a um concreto segmento social — sido senão o resultado de uma evolução relacionada com a gravidade ou “mistério” de certos “actos de cuidar”. É partir desse momento que a funcionalização do acto médico inicia o seu percurso evolutivo, passando a associar-se, indelevelmente, à figura do médico.

Mas uma das questões fulcrais colocadas por FARIA COSTA reside na indagação da necessidade de uma definição de acto médico. Como o próprio questiona: “o que é que o «acto médico» tem de tão especial ou de diferente que quase exige a sua sacralização nas aras da normatização jurídica?”. E, após um percurso sobre as tentativas de uma tal definição, verifica que há uma certa necessidade de as ordens profissionais, enquanto “entes públicos de substrato associativo”, verem o cerne da sua actividade definido legislativamente prole de uma defesa dos seus interesses. Este percurso vem a servir para que se venha, afinal, a concluir que “este tendencial monopólio para o exercício do «acto médico» ligado, umbilicalmente, a um modelo de medicina milenarmente caracterizado como «paternalista» de raiz hipocrática fez com que se considerasse haver inscrita na natureza das coisas uma relação absolutamente biunívoca entre «acto médico» e «acto praticado por médico». Mais ainda. Que se aceitasse que só os médicos poderiam praticar actos médicos em qualquer acepção que se quisesse atribuir a «acto médico?”. Todavia, ainda que se reconheça a existência desta ligação, não deixa de se assinalar a enorme mudança de que o acto médico foi objecto com a afirmação do paradigma da autodeterminação do doente, designada como “direito à auto-determinação curativa”. Dito por outras palavras: a vontade do doente passou, pois, a integrar a própria noção de acto médico.

O *punctum crucis* do caminho de observação da inexistência de uma definição material de acto médico — ainda que possa vir a existir uma definição

funcional de tal acto — vem a confluir na ideia forte de que, de acordo com o Autor, “a força do conceito, a espessura e a densidade do conceito de acto médico saem reforçadas” na justa medida em que tal demonstra que “o «acto médico», tal como o «acto jurídico» tocam e ligam-se à raiz mais funda do humano”.

No que toca à relação entre o direito penal e o “acto médico”, demonstra o Autor que “até de uma forma patente e ostensiva o legislador penal português em tantos e tantos nódulos problemáticos concede a uma tal actividade indesmentível situação de privilégio, se bem que, pode conceber-se, legítimo e justificado”, dando, para tanto, os exemplos dos artigos 150º, 358º, al. *b)* e 284º, todos do Código Penal. Particularmente no que se refere ao relevo do papel do médico e dos actos por ele praticados, toma o Autor o art. 142º do Código Penal, relativo à interrupção da gravidez não punível, como expoente. De facto, esta norma legal — tanto através do modelo de verificação e certificação adoptado, como da própria previsão da possibilidade de decisões de consciência nesta precisa matéria — demonstra “a espessura ou relevo que a ordem jurídica portuguesa atribui aos actos médicos praticados por médicos no exercício das suas funções”. Detenhamo-nos um pouco mais neste ponto. O que a existência desta norma torna transparente é que já foi encontrado um consenso que permite, na fase do início da vida, aferir da legitimidade da intervenção médica em sentido excludente de uma censura penal. Ou seja: “a comunidade juridicamente organizada já encontrou historicamente um ponto de equilíbrio entre a afirmação do valor da autodeterminação da maternidade, o valor do feto e a consolidação da pertença dos médicos, como os únicos intervenientes legítimos, para lá da própria gestante, para que a interrupção voluntária da gravidez seja tida como não punível criminalmente”. O que, por seu turno, nos remete — possuidores das considerações anteriores — para a ideia de que o médico é, para a

comunidade e, também, para o direito penal, um *hospes*, e dos seus actos como manifestações de hospitalidade.

A partir desta premissa, salienta o Autor que “o problema do fim da vida em termos eutanásicos ganhará uma outra clareza”. Com efeito, este horizonte de hospitalidade associado ao recém afirmado modelo da autodeterminação do doente permitem que o acto de prosseguir a vontade do doente que decide — dentro de certos pressupostos — deixar de viver não se assuma como nada mais do que um verdadeiro acto médico¹⁸¹. Como acentua o Autor em tom conclusivo, “se este for o caminho que as comunidades do futuro vão seguir o acréscimo deste novo acto ao já vasto, denso e profundo repositório funcional que o Estado atribui aos médicos em nada os vai diminuir ou degradar na importância da sua profissão mas antes e definitivamente vai juntar património espiritual, nobilitação e valoração axiológica que só as coisas únicas e definitivas podem dar ou trazer”.

Estas considerações permitem-nos ir mais fundo e mais além. Mais fundo, na justa medida em que o retorno de uma ideia de acto médico à sua raiz onto-antropológica permite melhor compreender do que se trata na própria relação médico-paciente, do que está em causa. Mais além, pois o recurso demonstrativo do equilíbrio consagrado no art. 142º do Código Penal abre os horizontes para uma nova percepção da figura do médico no universo jurídico-penal que possibilita a fundamentação, dogmaticamente sustentada, de uma admissibilidade de uma conduta que tenha a morte como resultado¹⁸².

¹⁸¹ Acto médico porque é apenas aos médicos, face ao enquadramento anterior, a quem seria legítimo atribuir esta função de “hospitalidade única”. Cfr. José de Faria Costa, “Em redor da noção de acto médico” (cit.), p. 136.

¹⁸² Contra, Cristina Líbano Monteiro, “Sobre o problema da «eutanásia a pedido»”, *Estudos. Revista do CADC* 6 (2006), p. 141 e s., *maxime*, p. 143 e s., argumentando que considerar a eutanásia um acto médico equivaleria a afirmar que matar seria o indicado pelas *leges artis* da medicina, ou seja, a “natureza do acto não poderia pois, ser alterada pela falta de pedido do paciente nesse sentido. Em qualquer caso, a eutanásia indicada, mas sem consentimento, corresponderia a um tratamento medico arbitrário. Nunca a um homicídio”.

Com efeito, verificando-se ser o médico um *hospes* e não um *hostis*, logo que se poderá admitir, para o final da vida, a mesma diminuição das margens de punibilidade que é operada pelo art. 142º do Código Penal. E aqui, poder-se-á, inclusivamente, apreender uma *símile* com o fim de vida, a qual poderá criar a oportunidade para, neste patamar, recorrer a uma teoria desenvolvida – em contexto completamente diferente¹⁸³ – pelo mesmo Autor. Referimo-nos ao raciocínio dos lugares inversos. Seguindo de perto este raciocínio, se o direito penal estabelece como *topos* a punibilidade de um acto médico levado a cabo sem o consentimento do doente, temos no lugar inverso a este uma não punibilidade de um acto médico que, obedecendo à verificação de certos requisitos – tal como acontece na interrupção voluntária da gravidez –, respeita a vontade do doente¹⁸⁴.

Vemos, afinal, que a própria noção de acto médico contribui, de modo determinante, para o enquadramento da mais correcta narrativa jurídico-penal no âmbito das questões colocadas pelo fim de vida.

¹⁸³ Aprofundadamente sobre este raciocínio veja-se José de Faria Costa, “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, in: IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 511 e s. De acordo com esta teoria, *op. cit. loc. cit.*, existem *topoi*, que não são senão “lugares onde se cruzam finalidades político-criminais; lugares onde se exerce o domínio da configuração jurídico-penal através dos axiomas desenvolvidos pela dogmática; e ainda lugares cujo sentido vivificador provém de um constante apelo crítico aos valores essenciais da comunidade historicamente situada”.

¹⁸⁴ Também se poderia entender que não se tratam, na configuração apresentada, de lugares inversos. Todavia, julgamos que, dado o lugar de privilégio que a vontade – expressa em consentimento (ou acordo) – assume no contexto desta problemática, a valoração da vontade na determinação da não punibilidade é, efectivamente, o lugar inverso àquele da consideração da falta de consentimento na determinação da punibilidade. Todavia, e como veremos, esse lugar inverso enfrenta um outro *topos* do direito penal, ou seja, o de que o consentimento não exclui a ilicitude no âmbito das ofensas contra o bem jurídico vida humana.

I.4. A relação médico-doente e os comportamentos de risco com relevo penal

Como já tivemos oportunidade de aflorar nos pontos precedentes, existiu uma drástica alteração na relação médico-doente¹⁸⁵ nas últimas décadas, motivada, por sobremaneira, pela alteração do paradigma paternalista que constituía a regra nesta matéria.

Antes de olharmos com maior pormenor os modelos de relação entre médico e paciente, importa antes fazermos uma aproximação aos principais princípios que devem reger esta relação. Referimo-nos, bom é de ver, aos princípios da beneficência, da não maleficência e da autonomia do paciente.

Começando pelo princípio da beneficência, como o próprio nome indica, trata-se de uma actuação ou acção feitas para o benefício de terceiros, concretamente, do paciente¹⁸⁶. Este princípio apresenta-se como menos vinculativo do que aquele da autonomia do paciente, desde logo, devido à falta de consagração normativa do primeiro. Ainda de notar que o princípio da beneficência apresenta forte ligação com a ideia de paternalismo. Quanto ao princípio da não maleficência, o mesmo postula que não deve ser infligido um mal intencionalmente¹⁸⁷. Este princípio, de um ponto de vista médico, assume particular importância na questão da diferenciação entre

¹⁸⁵ De notar que, como já referido na Introdução, no âmbito do presente trabalho se usarão as expressões “paciente” e “doente” como equivalentes, salvo quando se justifique a distinção. Ainda sobre os motivos da distinção entre as duas expressões, veja-se, entre nós, José de Faria Costa, “Em redor da noção de acto médico” (cit.), p. 133; *idem*, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 156 e s. e, mais recentemente, Ana Cecília Pinto Fonseca, *Homicídio a Pedido da Vítima e Auxílio ao Suicídio. Que margem?*, Diss. Mestrado (2º Ciclo), Coimbra, 2009, p. 6 e s.

¹⁸⁶ Tom Beauchamp/James Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 4th. Ed., Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 240. Interessante observar que, sendo a beneficência um princípio de conduta positivo, contrasta acentuadamente com o princípio da não maleficência, enquanto princípio de não actuação. Assim, como salientam aqueles autores, p. 262, enquanto que é possível actuar de modo não maleficiente em relação a todas as pessoas, seria impossível actuar de forma beneficente relativamente a todas as pessoas.

¹⁸⁷ Tom Beauchamp/James Childress, *Principles of Biomedical Ethics* (cit.), p. 189.

matar e deixar morrer, como oportunamente iremos poder verificar. Finalmente, nesta introdução telegráfica, resta o princípio da autonomia. Este princípio vem a ser o único dos três com protecção legislativa (em várias vertentes). Não se tratando a autonomia de um conceito unívoco, tem-se afirmado, sobretudo a partir do séc. XX, como autonomia pessoal ancorada na liberdade e na capacidade.

A questão que, neste contexto, assume maior relevância é a da conflitualidade entre estes três princípios. Questão essa que trataremos de analisar em seguida.

Uma primeira constelação problemática ocorre quando o paciente quer algo que o prejudica. Ora, se, neste caso, o médico privilegiar o princípio da autonomia irá, de imediato, deparar-se com uma colisão com o princípio da não maleficiência (e mesmo com o princípio da beneficência). Uma outra situação pode ocorrer se, por exemplo, dois médicos não estiverem de acordo quanto à terapia mais indicada para determinado paciente. Aqui poderão colidir os princípios da beneficência e da não maleficiência se, *in casu*, um dos médicos entender que a terapia indicada pelo outro pode, inclusivamente, ser prejudicial ao paciente¹⁸⁸. Estes conflitos apenas servem para ilustrar a complexa coordenação entre estes princípios que é exigida na relação médico-paciente e, mais ainda, como nesta conflitualidade, qualquer solução poderá ser eticamente valorada simultaneamente como correcta e como incorrecta¹⁸⁹. Contudo, face ao maior peso assumido pelo princípio da autonomia, apenas uma das condutas será livre de censura jurídico-normativa. Com efeito, face à protecção supra-constitucional, constitucional e infra-constitucional da autonomia pessoal (ou autodeterminação, conforme a denominação que seja

¹⁸⁸ Caso este, sem resto, que não é tão excepcional como a uma primeira vista poderá parecer.

¹⁸⁹ Assim, no caso do primeiro exemplo, tanto a realização do tratamento contra a vontade do paciente é criticável eticamente enquanto paternalista, como a omissão desse mesmo tratamento — com respeito da vontade do paciente — pode ser objecto de crítica pela falta de perseverança no sentido de zelar pelo bem-estar do paciente.

mais adequada no respectivo contexto), o princípio da autonomia terá necessariamente precedência relativamente aos outros dois princípios enunciados¹⁹⁰. O conflito mais interessante será aquele entre a autodeterminação do paciente e a autodeterminação do próprio médico, ou seja, até que ponto a vontade do paciente é vinculativa para o médico. Julgamos que, neste contexto, o médico também não deve ser obrigado a fazer tudo o que o paciente lhe pede¹⁹¹, sendo que deverá aqui ser observado pelo médico o princípio da não maleficiência e ser tido em conta o seu dever de garante. Uma última observação: as soluções de harmonização dos diversos princípios tornam-se muito mais complexas nos casos em que a autonomia do paciente apenas possa ser manifestada de forma indirecta (em casos de inconsciência do mesmo, p. ex.). Nestas situações, a harmonização alcançada através do diálogo — e o correlativo dever de esclarecimento — entre médico e paciente não é possível de obter. Então, esta coordenação torna-se apenas realizável através da ponderação integrada dos três princípios, sendo que não deverá consistir recurso de solução uma mera obediência ao princípio justificador substitutivo de protecção da vida¹⁹².

Assim, se o acto médico se tornou dependente do consentimento do paciente, os modelos de relação entre médico e paciente também sofreram acentuadas alterações. Podemos identificar três modelos distintos: em primeiro lugar, o modelo paternalista, por outro lado, o modelo deliberativo (*shared decision making*) e, finalmente, o modelo contratual. A caracterização destes diferentes modelos constitui passo prévio à plena

¹⁹⁰ Daí que uma ideia como a de eutanásia passiva possa, sequer, fazer sentido, mesmo entendendo-se que o princípio da beneficência seja imanente à dignidade humana (proibição de instrumentalização) enquanto valor. Cfr. Wilhelm Vossenkuhl, “Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns. Prinzipienkonflikte und deren Lösungen”, in: Claus Roxin/Ulrich Schroth, *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl., Stuttgart: Boorberg, 2007, p. 12 e s.

¹⁹¹ Assim também Wilhelm Vossenkuhl, “Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns...” (cit.), p. 13.

¹⁹² No mesmo sentido, Wilhelm Vossenkuhl, “Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns...” (cit.), p. 19 e s.

compreensão da relação médico-paciente nos dias de hoje, razão que nos leva a percorrê-los.

O modelo paternalista — talvez o mais conhecido por também ser aquele que tem vigorado nos últimos séculos, senão mesmo milénios¹⁹³ — caracteriza-se, fundamentalmente, por um papel passivo do paciente¹⁹⁴. Aqui, a posição de detentor de conhecimentos especializados confere ao médico uma posição de ascendente sobre o paciente, sendo o médico quem — pro dos seus conhecimentos — determina, de acordo com critérios científicos e objectivos, o que é melhor para o paciente. Actualmente, este modelo apenas poderá encontrar justificação em situações de emergência, em que se presume uma vontade de sobrevivência do paciente como fundamento de uma existência de um consentimento presumido para a administração ou práticas das medidas médicas necessárias¹⁹⁵. Contudo, a evolução do modelo paternalista foi no sentido da inclusão da vontade do paciente nas decisões médicas. Referimo-nos, como já claro se tornou, ao consentimento informado. Este consentimento deve, contudo, ser ainda ordenado no modelo paternalista se tivermos em consideração os outros dois modelos indicados.

¹⁹³ De acordo com uma proposta de Edward Shorter, podem identificar-se três épocas distintas na relação médico-paciente: *i*) do séc. II ao séc. XIX, em que a medicina ortodoxa concorria com outros curandeiros pelos pacientes; *ii*) o período da medicina moderna, entre o séc. XIX até meados do séc. XX, em que esta relação pendeu para o favorecimento dos médicos e, finalmente, *iii*) a designada época pós-moderna, a partir de meados do séc. XX, em que a autodeterminação e a consciência dos pacientes foi ganhando terreno e pondo em causa a autoridade dos médicos (*apud* Thorsten Noack/Heiner Fangerau, “Zur Geschichte des Verhältnisses von Arzt und Patient in Deutschland”, in: Stefan Schulz/Klaus Steigleder et al., *Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin*, Frankfurt: Suhrkamp, 2006, p. 77 e s., p. 79 e s.).

¹⁹⁴ Aliás, José de Faria Costa sublinha que o termo “paciente” reflecte a relação de paciência, daquele que espera, que é passivo, defendendo que, actualmente, este mesmo termos deverá ser substituído por aquele de “doente”, por forma a melhor corresponder ao que deve ser o hodierno modelo relacional entre profissionais de saúde e pessoas com problemas de saúde. Cfr. “Em redor da noção de acto médico” (cit.), [nota 11], p. 133.

¹⁹⁵ Veja-se Tanja Kronen/Gerd Richter, “Die Arzt-Patient-Beziehung”, in: Stefan Schulz/Klaus Steigleder et al., *Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin*, Frankfurt: Suhrkamp, 2006, p. 94 e s., p. 97. Esta, aliás, é a solução constante do art. 156º, n.º 2, do Código Penal.

Na verdade, o consentimento informado é ainda um modelo em que o médico — sendo certo que informando¹⁹⁶ e obtendo o consentimento — não partilha a decisão médica com o paciente. Em termos algo frios, diríamos que, aqui, o médico apenas obtém “autorização” do paciente para as soluções que o próprio médico considera adequadas naquele caso concreto. O paciente não decide alternativas, apenas se limita a aceitar — ou não, face aos fundamentos e razões apresentadas — as opções de terapêutica propostas pelo médico face ao diagnóstico em causa¹⁹⁷.

É como aprofundamento e desenvolvimento da participação do paciente na decisão que surge o modelo deliberativo. Este modelo rege-se por um conceito participativo-deliberativo em que médico e paciente partilham informações sobre as preferências do paciente, a doença e diversas opções de tratamento, chegando, assim, a uma decisão co-responsável obtida através de alargado consenso¹⁹⁸. Este modelo permite duas variantes: a relação médico-doente centrada no paciente e a *shared decision making*, qualquer um deles revelando de forma muito mais aprofundada a intervenção, subjectividade e autonomia decisória do doente. Enquanto que, na primeira variante, é abolida a noção de sujeito-objecto vigente no conceito biomédico de doença e

¹⁹⁶ Para mais, o patamar de informação requerida pode ser muito discutível. Regra geral, o consentimento informado baseia-se em patamares mínimos da informação necessária à obtenção do consentimento. Contudo, e como vimos já, a falta desse consentimento determina a existência de uma intervenção médico-cirúrgica arbitrária no contexto jurídico-penal português; no caso alemão, tratar-se-á de um crime de ofensas corporais.

¹⁹⁷ Como acentuam Tanja Kronen/Gerd Richter, “Die Arzt-Patient-Beziehung” (cit.), p. 98: “Im Rahmen der paternalistischen Arzt-Patienten-Beziehung wird der Informed Consent in dem Sinn verstanden, dass die informierte Zustimmung des Patienten in die vom Arzt vorgeschlagenen und erläuterten Therapiemaßnahmen eingeholt wird. Aufgrund der Priorität des Aspektes des Patientenwohls fehlt dem Informed Consent in dieser Beziehung das Moment der Wahlfreiheit, da dem Patienten keine alternativen Behandlungsoptionen (einschließlich der Möglichkeit des Verzichts auf die Behandlung) gleichwertig erläutert werden“.

¹⁹⁸ Assim, Tanja Kronen/Gerd Richter, “Die Arzt-Patient-Beziehung” (cit.), p. 99.

valorizada a realidade subjectiva do paciente¹⁹⁹, a segunda variante²⁰⁰ assenta primordialmente no processo decisional para alcance de um objectivo comum²⁰¹.

Por último, ainda de referir o modelo contratual, que é o que vem a permitir ao doente a maior autonomia. De acordo com este modelo, é o próprio doente — enquanto sujeito detentor da informação que lhe é transmitida, da informação por si obtida e das suas próprias preferências subjectivas — que toma a decisão, sob sua inteira responsabilidade, sobre as medidas terapêuticas²⁰².

Mesmo a descrição sucinta dos dois últimos modelos permite rapidamente verificar que nos mesmos se vai muito para além da ideia de consentimento informado. Ao doente é outorgada verdadeira autonomia decisória. Indicativo desta tendência é a recente aprovação de uma *Carta Europeia dos Direitos do Paciente*, nos termos da qual são previstos direitos tais como o direito ao consentimento ou o direito à livre escolha²⁰³. Podemos, assim, observar que o modelo de relação médico-doente vai exponencialmente no sentido de

¹⁹⁹ Que leva à distinção entre «disease» (como diagnóstico objectivo) e «illness» (como vivência subjectiva).

²⁰⁰ O conceito de decisão partilhada foi aplicado, pela primeira vez, à relação médico-paciente nos anos 70 do século passado em Inglaterra, por Frank Maple, in: *Shared Decision Making* (1977). Todavia, foi apenas a partir da década de 90 do mesmo século que este modelo veio a ser estruturado de forma sistemática e progressivamente implementado. Ainda sobre este assunto, Glyn Elwyn/Cathy Charles, “Shared decision-making: From conceptual models to implementation in clinical practise”, in: Adrian Edwards/Glyn Elwyn (Eds.), *Shared Decision-Making in Health Care. Achieving evidence-based Patient Choice*, 2nd. Ed., Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 117 e s.

²⁰¹ Mais aprofundadamente sobre estas duas variantes, cfr. Tanja Kronen/Gerd Richter, “Die Arzt-Patient-Beziehung” (cit.), p. 99 e s.

²⁰² Veja-se Tanja Kronen/Gerd Richter, “Die Arzt-Patient-Beziehung” (cit.), p. 103 e s.

²⁰³ A *European Charter of Patient's Rights* foi aprovada em Roma, em 2002, no âmbito da Active Citizenship Network. Nesta reunião participou um grupo de países alargado, incluindo Portugal. Pode ser consultada em www.activecitizenship.net.

garantir ao doente a sua plena autonomia médica e terapêutica e de fazer esvanecer os resquícios existentes de um moribundo modelo paternalista²⁰⁴.

Todavia, a adopção plena destes modelos acarreta consigo importantes consequências no patamar jurídico-penal. Em particular, no que toca à responsabilidade penal do médico. De facto, entre nós o artigo 156º do Código Penal, relativo às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, visa proteger a liberdade. Em uma formulação de FIGUEIREDO DIAS, o bem jurídico protegido quando em causa está a relação entre médico e paciente não será a integridade física, mas antes a liberdade de “dispor do corpo e da própria vida”²⁰⁵. E, naturalmente, quanto maior amplitude for dada a essa liberdade — através da alteração dos modelos relacionais entre médico e doente — maior será o âmbito de protecção deste tipo. Na verdade, na interpretação dos tipos-de-ilícito somos impulsionados a levar a cabo uma interpretação historicamente situada que permita conceder ao direito penal a sua legitimidade enquanto baluarte dos valores considerados merecedores de

²⁰⁴ Ainda que, como sublinha A. Castanheira Neves, “Arguição...” (cit.), p. 628, “a relação médico/doente será sempre assimétrica”.

²⁰⁵ Jorge de Figueiredo Dias, “O Problema da Ortotanásia...” (cit.), p. 33. O Autor referia-se à problemática acima aludida, mas não especificamente ao ilícito de que tratamos, na justa medida em que este tipo é posterior ao texto. Contudo, existiam já as bases para uma reflexão dogmática sobre esta conduta: referimo-nos, claro está, ao artigo 162º, n.º 1 do Projecto de Eduardo Correia. Contudo, como é sabido, a fonte do actual artigo 156º do CP é o § 110 do Código Penal austríaco. Sob a epígrafe “Eigenmächtige Heilbehandlung”, estabelece este § que “(1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. (2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewußt sein können. (3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen”. Como imediatamente se conclui, a semelhança entre ambos os preceitos é assinalável, mormente, as grandes linhas de construção do ilícito.

protecção pela correlativa comunidade de homens e mulheres²⁰⁶. O que quer significar que, se o modelo de relação médico-doente evolui e se institucionaliza no sentido de uma cada vez maior liberdade — logo, autonomia — do paciente, as margens de protecção dessa mesma liberdade aumentam na respectiva proporção. Por outras palavras ainda: sendo a liberdade maior, não pode o direito penal diminuir a densidade do bem jurídico na protecção que lhe confere²⁰⁷. Contudo, antes de abordarmos este específico problema, importa antes determo-nos um pouco sobre a análise do crime de intervenções e tratamentos cirúrgicos arbitrários.

Iniciámos a análise com uma referência perfunctória ao bem jurídico protegido, mais concretamente a liberdade pessoal²⁰⁸. Mas tal referência carece de densificação. Com efeito, a liberdade pessoal manifesta-se, na relação médico-doente, através da autodeterminação do doente sobre o seu próprio corpo²⁰⁹. Não se trata, portanto, da integridade física do corpo, nem mesmo da saúde. O bem jurídico aqui em causa é uma liberdade refractada em autodeterminação. A questão que se coloca é a de saber se, na protecção desta autodeterminação, devemos abarcar as intervenções contra a vontade do paciente e as intervenções feitas sem o consentimento do paciente, ou se o âmbito de protecção do tipo se deve restringir às intervenções arbitrárias (portanto, feitas manifestamente contra a vontade do paciente). No entendimento de COSTA ANDRADE, aqui a protecção penal “tende a

²⁰⁶ Desenvolvidamente, José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 135 e s., *maxime*, p. 139 e s.

²⁰⁷ Mesmo que, como salienta Manuel da Costa Andrade, se entenda que este tipo pretenda apenas — mor de uma clara intencionalidade *in dubio pro vita* — proteger uma dimensão negativa dessa mesma liberdade. Cfr. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 156º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 377 e s., p. 382.

²⁰⁸ Como se torna patente, fazemos aqui uso de um raciocínio sistemático: o artigo 156º do Código Penal insere-se no Capítulo dos crimes contra a *liberdade pessoal*.

²⁰⁹ E, consequentemente, sobre a sua própria vida. Mas ainda voltaremos a este ponto mais adiante.

circunscrever-se à chamada dimensão negativa: em princípio só é punível a *intervenção arbitrária* e não já a frustração da *dimensão positiva*” por mor de “uma intencionalidade clara: *in dubio pro vita* (ou *pro salute*)”²¹⁰. Os argumentos aduzidos neste sentido prendem-se com a circunstância de, por um lado, se tratar, aqui, de um crime semi-público e, por outro lado, de o n.º 2 deste artigo prever causas de justificação de intervenções levadas a cabo sem o consentimento do paciente²¹¹. Com efeito, dispõe aquele n.º 2 que *o facto não é punível quando o consentimento (a) só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou (b) tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*. Parece resultar deste número 2 uma tendência de ênfase de uma ideia de *favor vitae*. Mas julgamos que um olhar mais fundo poderá desvelar uma realidade que, na sua aparente simplicidade, se revela bem mais complexa. De certa maneira, o n.º 2 do art. 156º do CP não traduz mais do que uma harmonização entre o dever do médico e correlativos limites e a autonomia do paciente. Explicitemos um pouco melhor o nosso pensar.

Refere-se a alínea *a*) aos casos em que o consentimento apenas pode ser obtido com um adiamento tal que a integridade — da vida, da saúde ou do corpo — do paciente seja posta em causa. Não obstante, não basta que se trate de mero perigo: em causa tem de estar um *perigo para a vida* ou um *perigo grave para o corpo ou para a saúde*. Ou seja: o legislador — e bem, em nosso modo de ver — espelhou uma ponderação segundo a qual a autonomia — ou “auto-determinação curativa”²¹² — do doente apenas pode ser desconsiderada

²¹⁰ Cfr. Anotação ao Art. 156º (cit.), p. 381 e s.

²¹¹ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 156º (cit.), p. 382.

²¹² Expressão de José de Faria Costa, “Em redor da noção de acto médico” (cit.), p. 133.

nos casos em que as consequências da sua imposição lesem bens jurídicos fundamentais desse mesmo doente. O que bem faz transparecer que esta leitura espelha a relevância da autodeterminação do doente. Contudo, não podemos quedar-nos por aqui. Importa verificar ainda a alínea *b*) do citado n.º 2 do art. 156º. Neste caso, trata-se de uma situação em que existe uma manifestação prévia da autodeterminação do paciente que, todavia, não vem a abranger o tratamento ou a intervenção mais adequada. Aqui devemos tecer algumas considerações. Em nosso modo de ver, esta causa de justificação apenas pode aplicar-se quando o tratamento ou a intervenção concretamente realizados se fundamentem em uma alteração objectiva de circunstâncias. Temos aqui diversos cenários, que gizaremos com base em um mesmo modelo. O médico *M* aconselha o paciente *P* a realizar o tratamento *X* como modo de fazer face ao problema de saúde *S*, para o que *P* dá o seu consentimento. No cenário 1, este tratamento vem a ter lugar após a obtenção do consentimento²¹³, sendo que, no momento de início do referido tratamento *X* chega um exame complementar que determina uma alteração de rumo, que aponta como preferencial o tratamento *Y*. No caso de *P* ainda estar em condições de prestar o seu consentimento à alteração de tratamento, temos aqui um caso em que a falta da sua obtenção configura um tratamento arbitrário, na justa medida em que *P* ainda teria tido oportunidade de se manifestar. Por outro lado, a situação altera-se se o tratamento for antes uma intervenção cirúrgica que requeira anestesia (geral). Se *M* inicia a intervenção ao problema *S* e, após *P* estar inconsciente, vem a verificar, no decurso da intervenção, que existe, associado ao primeiro, também o problema *S1*, não será de exigir — até por motivos de ordem fisiológica — que *M* apenas realize a intervenção *I*, feche *P*, o acorde da anestesia para apenas então lhe perguntar

²¹³ Note-se que não nos estamos aqui a referir a um eventual período de reflexão que possa mediar entre a obtenção da informação relevante e a prestação do consentimento ou acordo. Sobre este problema apenas nos referiremos, em concreto, no Capítulo II.

se este lhe dá o consentimento para a intervenção *I1*. Até porque, note-se, *P* já tinha manifestado a sua vontade, exercido a sua autodeterminação terapêutica, em sentido coincidente com a realização da intervenção para resolução do problema de saúde em causa. Não se nos antolha difícil encontrar aqui um consentimento presumido de *P* na resolução dos problemas associados a *S*, como era o cenário acabado de desenhar. Todavia, o rumo terá, necessariamente, de ser diferente se o problema de *P* for um de coração, suponhamos, e *M*, no decurso de *I* resolver tratar um problema de estômago que em nada, absolutamente nada, se relaciona com o problema inicial. Aqui julgamos que se verificam as circunstâncias que *permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*, pois que, afinal, se tratam de problemas com completa autonomia. *P* poderia nem querer ser tratado por *M*, por apenas confiar nele para problemas de coração, e ter já em mente ser tratado por *M1* em relação aos problemas de estômago. Ou até poderia nem querer tratar dos problemas de estômago por motivos que apenas a ele diriam respeito. A partir do momento em que não existe um referente comum na patologia, não pode o consentimento ser descurado, presumindo-se o mesmo quanto a todas as patologias existentes, pela singela razão de que teria havido uma manifestação de vontade do paciente em sentido de aceitação de realização de uma determinada intervenção ou de um determinado tratamento para um problema: esta manifestação de vontade não pode presumir-se quanto a todos os problemas do doente.

Assim, mesmo que no art. 156º do CP se possa defender uma protecção circunscrita à dimensão negativa, a demarcação do que constitui uma intervenção ou tratamento arbitrário vem a confluir da precisa delimitação do âmbito de protecção desta norma.

Um outro grupo de problemas relativos à delimitação do âmbito de protecção da norma prende-se com “os estádios terminais de pessoas atingidas por doença incurável”, a que é associada um “perda de autonomia”

e, conseqüentemente, segundo COSTA ANDRADE, uma exigência reduzida em matéria de acordo. Baseando-se nesta ideia de GEISEN de perda de autonomia, esta exigência reduzida derivaria do facto de um paciente que autorizasse o tratamento se veria confrontado com a morte, dada a sua falta de conhecimento do carácter desesperado da sua situação²¹⁴. Temos dúvidas sobre a correcção dos pressupostos subjacentes a esta ideia, dado que: (i) em primeiro lugar, o estágio terminal de uma doença não provoca — nem deverá ser entendido que o tende a fazer — qualquer perda de autonomia. Esta não pode ser uma ideia generalizada. Desde logo, pois depende muito de doença para doença. Ademais, em muitos casos de estádios terminais os doentes mantêm a lucidez e a autonomia. E, de um outro ângulo, muitos doentes perdem a sua autonomia muito antes de estádios terminais ou até mesmo em caso de doenças curáveis podem existir perdas temporárias de autonomia. Parece-nos estarem aqui misturados dois problemas que não se confundem, ou seja, a perda de autonomia em função de doença, de uma parte e, de outra parte, o estágio terminal de uma doença incurável. Repete-se: são dois problemas distintos que não devem ser analisados em relação de insindicável associação. (ii) Em segundo lugar, a noção de que qualquer compreensão do problema poderá passar por casos em que o paciente não tem pleno conhecimento do seu estado de saúde, por mais desesperado que o mesmo possa ser. Neste preciso ponto, não podemos deixar de trazer à colação o teor do art. 157º do CP, relativo ao dever de esclarecimento: o paciente tem de ser *devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis conseqüências da intervenção ou do tratamento*²¹⁵. Bem sabemos que este dever de

²¹⁴ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 156º (cit.), p. 383, citando Karl English, “Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs”, in: Arthur Kaufmann *et al*, *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, p. 519 e s., p. 533.

²¹⁵ Como sublinha Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Das omissões lícitas no exercício da medicina”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 79 e s., p. 89, “[é] evidente, porém, que o modo de informar

esclarecimento encontra uma exceção: *salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica*. Esta exceção — ou o designado “privilégio terapêutico” — não deve, contudo, ser entendida de forma lata, antes sendo o seu propósito prever as situações absolutamente excepcionais em que o esclarecimento do médico pode ser menos completo²¹⁶. O privilégio terapêutico não pode nem deve fazer pôr em causa a autonomia do doente²¹⁷. Os casos que o fundamentam devem sempre ser analisados em concreto, não se dispensando a existência prévia de fortes indicadores que determinem o seu exercício²¹⁸. Sob pena de cairmos em um paternalismo exacerbado e arriscarmos deixar recuar a inovação trazida pelos artigos aqui analisados — respeitantes à relação médico-doente e ao *topos* da autonomia do doente — a um modelo longamente ultrapassado. Alargar o âmbito da exceção significaria conferir ao médico um poder absolutamente discricionário de interpretar o que seja o dever de esclarecimento penalmente

e a densidade e minúcia da informação não podem obedecer a uma fórmula rígida e igualitária, sob pena de o conteúdo dessa informação não alcançar o seu destinatário e, ao invés de esclarecer, confundir o doente. Apela-se, então, à sensibilidade e empatia do médico em relação ao doente, adequando o seu discurso às suas características pessoais em correlação com o tipo de intervenção a propor”.

²¹⁶ Discordamos aqui da posição de Costa Andrade no que respeita os “estádios terminais”, segundo a qual “[t]ambém os «**estádio terminais**», na medida em que determinam uma *perda de autonomia* da pessoa, podem legitimar formas mitigadas de esclarecimento ou mesmo a sua omissão”, pelas razões que aduzimos em texto. Cfr. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 157º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 394 e s., p. 400 (negritos e itálicos do Autor). Do mesmo Autor, sobre a extensão e limites do privilégio terapêutico, *Direito Penal Médico. SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 120 e s.

²¹⁷ Veja-se aqui o Código Deontológico dos Médicos, particularmente os artigos 31º, 44º, 45º e 50º.

²¹⁸ Em sentido coincidente, ainda que conferindo eventual maior latitude a este privilégio, Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 157º (cit.), p. 399.

relevante²¹⁹. Mais. Significaria que, em relação aos tipos aqui analisados, estaríamos perante direito penal *oco*, *rectius*, puramente simbólico.

Com efeito, se observarmos o Código Penal espanhol, verificamos que naquele não existe disposição idêntica, como, aliás, também acontece no Código Penal alemão. No primeiro destes ordenamentos jurídicos, o dever de esclarecimento do paciente decorre antes de legislação avulsa, mais precisamente da “Ley básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y Documentación clínica” (Ley 41/2002). Em termos gerais, estabelece o artigo 4º, n.º 1 desta Lei que *los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*. O conteúdo deste dever é ainda complementado pelo artigo 10º da mesma Lei, nos termos do qual *El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: (a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. (b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. (c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. (d) Las contraindicaciones*. Por aqui se verifica que a definição do âmbito do dever jurídico-penal de esclarecimento do médico é muito mais vaga do que aquilo que sucede em relação ao dever de informação médico regulado em Espanha. O que, aliás, decorre do próprio carácter fragmentário

²¹⁹ Entre nós, ainda que com carácter não vinculativo, pode tomar-se como referência o disposto no art. 44º do Código Deontológico dos Médicos, segundo o qual o esclarecimento deve incidir sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da doença (n.º 1), devendo ser prestado em termos adequados ao doente em concreto (n.ºs 3 e 4), dando uma informação prévia (n.º 2) e clara (n.º 5) por forma a que o doente possa decidir (consentir) em consciência.

do direito penal. Não está, aqui, em causa, a regulação da actividade médica, mas antes apenas daquele restrito universo de situações em que a actividade médica ascende à discursividade penal. Na verdade, nem em Espanha, nem mesmo na Alemanha, existem disposições penais paralelas aos artigos 150º, 156º e 157º do Código Penal, ou seja, disposições penais específicas para as intervenções médico-cirúrgicas. Em qualquer um destes ordenamentos as intervenções médicas são integradas dogmaticamente no patamar das ofensas à integridade física²²⁰. Em estes ordenamentos, a falta de punibilidade destes comportamentos fundamenta-se em uma das seguintes linhas de argumentação: (i) o consentimento do doente actua como causa de justificação²²¹ ou (ii) a falta de punibilidade resulta de limitações ao tipo-de-ilícito. Daí que o dever de esclarecimento penalmente relevante na Alemanha tenha sido desenvolvido sobretudo a partir da jurisprudência e da doutrina. Em termos sintéticos, poderíamos dizer que o dever de esclarecimento tem de possibilitar a existência de um consentimento (informado) livre de erro²²².

Verificamos, assim, que existem referentes basilares para a determinação da punibilidade de uma intervenção médico-cirúrgica: o consentimento (informado) do doente e a indicação médica.

O que nos remete para o seguinte problema, que tem vindo progressivamente a tomar corpo: até onde vão o dever de esclarecimento e o dever de tratamento do médico? Entendemos que o limite de ambos encontra

²²⁰ Cfr., com análise comparativa, Albin Eser, “Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive”, in: Thomas Weigend/Georg Küper (Hrg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin: Walter de Gruyter, 1999, p. 465 e s. Veja-se ainda, no âmbito do ordenamento jurídico-penal alemão, Lackner/Kühl, § 223, n.º m. 8 e s.; NK-StGB/Paeffgen, § 228, , n.º m. 56 e s.; e S/S/Eser, § 223, n.º m. 28 e s.

²²¹ Solução que, além do espanhol e do alemão, podemos encontrar ainda nos ordenamentos jurídicos italiano e inglês. Cfr. Albin Eser, “Zur Regelung der Heilbehandlung...” (cit.), p. 472 e s.

²²² Veja-se Heinz Schöch, “Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen”, in: Claus Roxin/Ulrich Schroth, *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl., Stuttgart: Boorberg, 2007, p. 47 e s., p. 50 e ainda S/S/Eser, § 223, n.º m. 40a.

um denominador comum: a garantia do livre exercício da autodeterminação do doente²²³. Dito por outras palavras: o dever de esclarecimento do médico deve ser suficiente para que o doente disponha de toda a informação necessária que lhe permita, em plena autonomia, decidir²²⁴. Do mesmo modo que o dever de tratamento do médico deve cessar — devendo já ser considerado como ilícito — a partir do momento em que transgride a esfera de autonomia pessoal do doente (autodeterminação terapêutica).

Este será, assim, o limite definidor do âmbito de protecção do artigo 156º do Código Penal; um limite — acompanhado do necessário cotejo com os artigos 150º e 157º do mesmo Código, a que já fizemos alusão²²⁵ — que determina qualquer pré-compreensão que deva acompanhar o estudo deste ilícito-típico.

Com este pano de fundo, impõe-se que nos detenhamos um pouco sobre os elementos do tipo objectivo. Um primeiro elemento prende-se com o universo de candidatos positivos à norma. Como imediatamente se

²²³ Augusto Silva Dias emprega aqui a expressão da “autonomia ética do paciente”. Na verdade, subscrevemos este Autor quando afirma que “em caso algum é juridicamente requerido o cumprimento de um dever que comporta uma lesão da autonomia ética do paciente. De outro modo, conceder-se-ia ao médico um poder de decidir sobre interesses alheios, o que representaria um «desprezo olímpico» (Bajo Fernandez) pela autonomia de decisão do indivíduo, mais ajustado ao perfil de uma sociedade totalitária do que de outra respeitadora das liberdades e dos direitos das minorias”, in: *A Relevância Jurídico Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 131 e s.

²²⁴ Manuel da Costa Andrade refere-se, a este propósito, a um “esclarecimento-para-a-autodeterminação”, in: Anotação ao Art. 157º (cit.), p. 395. Em sentido idêntico, Maria del Carmen Gómez Rivero, *La Responsabilidad Penal del Médico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 83.

²²⁵ Fazemos aqui empréstimo das palavras de Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Artigo 156º (cit.), p. 381: “por um lado, é o art. 150º que define o universo dos agentes que podem figurar como autores da infracção (“*médico ou outra pessoa legalmente autorizada*”). É ainda este preceito que determina o sentido e o alcance do **conceito jurídico-penal de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico**, extremando-o de outras acções, que mesmo quando realizadas por médico, caem já fora daquele conceito e do pertinente regime jurídico-penal. E, por vias disso, configuram autênticas *ofensas corporais típicas*. Por outro lado, é o art. 157º que define as exigências de **esclarecimento** de que depende a validade e o alcance do *acordo*. E também por essa via se prejudica o alcance típico da incriminação” (itálicos e negritos do Autor).

depreende, não estamos, aqui, perante um crime comum, mas antes perante um crime específico próprio: apenas os médicos ou pessoas legalmente autorizadas à prática dos actos descritos no art. 150º do CP poderão ser agentes deste crime²²⁶. E se, quanto à figura do médico, não se nos afigura particularmente difícil identificar o universo destes candidatos, o mesmo já não poderemos afirmar quanto às *pessoas legalmente autorizadas*. Todos sabemos que, no exercício da medicina, os médicos são coadjuvados por outros profissionais, maioritariamente enfermeiros. E que, na assistência que prestam, estes profissionais levam a cabo diversas intervenções e/ou tratamentos por indicação dos médicos. A questão que nos ocupa prende-se com um outro conjunto de problemas. Tentemos clarificar as nossas dúvidas com um exemplo: o paciente *P*, que tem um papiloma no pé direito que muito o incomoda, desloca-se a um centro de enfermagem da sua área de residência. O enfermeiro *E* analisa o pé e decide remover o referido papiloma a *P*. Ora, pergunta-se: não será este um acto médico? Estará *E* legalmente habilitado a praticá-lo? É que, na verdade, o acto em causa corresponde à descrição constante do art. 150º do Código Penal. Mas, será que, *in casu*, se poderá compreender estar *E* legalmente autorizado a praticá-lo? E, não estando, será *E* afastado do universo de candidatos positivos à norma? Este universo de questões – como imediatamente se depreende – pode colocar em causa o âmbito de aplicação subjectiva do tipo. Entendemos que, em virtude da posição defendida face ao acto médico, não podemos, aqui, sem mais, aceitar que não se trate aqui de um acto médico, sem que, todavia, verifiquemos que apenas uma análise das competências dos diversos profissionais de saúde poderá permitir determinar, em concreto, o preciso universo de candidatos positivos à norma.

²²⁶ Como refere Sónia Fidalgo, *Responsabilidade Penal por Negligência* (cit.), p. 42, a “inexistência de consentimento do paciente releva apenas para efeito do artigo 156º do CP”.

O outro elemento típico sobre que nos teremos de deter é, em um primeiro momento, a recusa do doente. Como já fizemos alusão, a recusa do paciente em receber determinado tratamento ou ser alvo de certa intervenção — enquanto manifestação da autonomia do doente — não pode ser posta em causa pelo médico. Quer isto dizer que a recusa do doente é a concretização plena da arbitrariedade de uma intervenção ou de um tratamento médico-cirúrgicos no caso de estes se virem a realizar não obstante a existência da recusa. Por outras palavras, “a declaração de vontade contrária à prestação do auxílio médico afast[a] o dever de agir”²²⁷ do médico. Esta recusa pode ser motivada pelas mais diversas razões e mesmo a sua irracionalidade ou a incompreensão do médico face à sua existência não põem em causa a sua validade absoluta enquanto impedimento de ser prosseguida uma intervenção ou um tratamento médico-cirúrgico²²⁸. Poder-se-á, inclusivamente, afirmar que a recusa é a manifestação extrema da autodeterminação do doente, ainda que a recusa possa ser feita com sacrifício da sua integridade física ou até mesmo da sua vida²²⁹. É neste preciso ponto que mais fortemente se coloca o problema dos limites do dever de intervenção do médico. Problema esse que nos irá ocupar de seguida.

Não temos qualquer dúvida em afirmar que o médico assume — relativamente à integridade física, à saúde e mesmo quanto à vida — uma posição de garante. Não obstante, esta posição de garante, onde se fundamenta o seu dever de agir, não implica um dever ilimitado. Em termos penais, pode afirmar-se que o limite mínimo do dever de actuação do médico se encontra espelhado no actual art. 284º do Código Penal: *o médico que recusar o*

²²⁷ Augusto Silva Dias, *A Relevância Jurídico-Penal* (cit.), p. 132.

²²⁸ Assim também Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 156º (cit.), p. 385.

²²⁹ Em sentido coincidente, Augusto Silva Dias, *A Relevância Jurídico-Penal* (cit.), p. 133. Na verdade, bem afirma o Autor, *op. cit. loc. cit.*, quando esclarece que “é tão abusivo colocar o indivíduo ao serviço de outro, como colocá-lo ao serviço de ponderações alheias sobre o que é melhor ou pior para ele próprio”.

auxílio da sua profissão em caso de perigo para a vida ou de perigo grave para a integridade física de outra pessoa, que não possa ser removido de outra maneira, é punido com pena de prisão até 5 anos. Com efeito, o crime de recusa de médico — incluído no âmbito dos crimes de perigo comum — constitui o patamar mínimo de dever jurídico-penal de assunção de um tratamento²³⁰. Pretende-se, aqui, averiguar também qual será o limite máximo deste dever de actuação. E, para tanto, temos de ter como pano de fundo a ideia de que existem práticas médicas que se podem situar para lá deste limite. Dito por outras palavras: o que queremos deixar expresso é que nem todas as condutas integrantes da actividade médica se situam no âmbito do dever de intervenção do médico.

Se observarmos o disposto no artigo 5º, n.º 3, do Código Deontológico dos Médicos, verificamos que *são condenáveis todas as práticas não justificadas pelo interesse do doente ou que pressuponham ou criem falsas necessidades de consumo*²³¹. Ou seja: todas as intervenções médicas têm de se orientar no sentido do interesse do doente. Vimos também, em ponto anterior, que outro dos pressupostos de uma intervenção médica se encontra, precisamente, no consentimento do doente. O doente tem de consentir com a actuação médica em causa²³². Bastaria, tão-só, a referência a estes dois princípios basilares de qualquer intervenção médica para, de imediato, faltar qualquer capacidade de compreensão para duas realidades — ainda demasiado — frequentes.

²³⁰ Em sentido coincidente, Jorge de Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *BMJ*, n.º 332 (1984), p. 21 e s., p. 64.

²³¹ Este princípio geral encontra ainda relação com o que vem estabelecido no art. 111º, n.º 1, do mesmo Código, ou seja: “o princípio de que o médico deve ter sempre presente uma ideia de economia dos custos de saúde, em larga medida suportados por toda a colectividade”. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade Médica em Portugal” (cit.), p. 26. Contudo, por esta ideia não assumir, no ponto em análise, particular relevância, deixamos apenas aqui dela nota, não nos detendo em ulteriores aprofundamentos.

²³² Sob pena de se outorgar à classe médica um poder de dispor de interesses alheios, chegando mesmo a facultar-lhes o poder de agressão à integridade física do doente. Com percurso diferente, mas resultado idêntico, Miguel Bajo Fernández, “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXII (1979), p. 491 e s., p. 496.

Referimo-nos às realidades designadas, na linguagem corrente, da obstinação terapêutica e da futilidade terapêutica.

Todavia, teremos de nos referir a cada uma destas realidades separadamente, pois que cada uma delas coloca problemas próprios.

A futilidade terapêutica não tem, necessariamente, de violar nenhum dos pressupostos de qualquer intervenção médica. Desde logo, porque o doente pode querer — mesmo solicitar — que lhe sejam feitos tratamentos ou intervenções que o próprio médico considera não produzirem qualquer resultado²³³. Quando seja este o caso, uma intervenção do médico situar-se-á, ainda, na moldura do dever de intervenção? Ainda que o doente possa ter interesse na intervenção, será a mesma intervenção no interesse do doente? Cremos que não. O dever de intervenção médica encontra-se intimamente ligado a uma outra ideia, aqui já a florada, da indicação médica. A indicação médica é o reflexo da boa prática médica; é a tradução daquilo que constitui as *leges artis*. Ora, se um tratamento ou intervenção não é indicado — mesmo que possa ser consentido — encontra-se fora do dever de intervenção médica. O médico não tem, nesta situação, qualquer dever de actuar²³⁴. Pergunta-se: poderá esgrimir-se aqui um dever de recusa? Suponhamos que o doente solicita uma intervenção desaconselhada, que o médico, face à insistência do doente, leva a cabo. O doente vem, mais tarde, a sofrer as consequências que fundamentavam o desaconselhamento da citada intervenção. Haverá aqui lugar a responsabilidade penal? Sem dúvida que sim: a resposta contida no n.º 2 do art. 150º do CP não podia ser mais clara, porquanto *as pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou*

²³³ Ainda que não relativo a tratamentos ou intervenções sem qualquer resultado, existe um famoso caso no Reino Unido, ou seja, o caso *Burke vs. General Medical Council*, relativo à exigência de manutenção de tratamentos de sustentação da vida. Mais aprofundadamente sobre este caso, cfr. *infra*, Cap. V.2.3.

²³⁴ Sendo, aliás, esta prática de evitar, de acordo com o art. 58º do Código Deontológico. Cfr. ainda Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Das omissões lícitas no exercício da medicina” (cit.), p. p. 113 e s.

tratamentos violando as leges artis e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal. O que nos remete para a conclusão de que o consentimento é condição mas não imposição do dever de intervenção médica.

Por seu turno, a obstinação terapêutica não é senão a persistência na administração de tratamentos ou intervenções. É o “curar a todo o custo”. Naturalmente que, também aqui, pode existir um consentimento prévio, que “autorize” esses mesmos tratamentos ou intervenções. Mas, uma vez mais, deparamo-nos com uma resistência para a admissibilidade deste comportamento: a falta de indicação. Socorramo-nos de um exemplo, uma vez mais. É admitido um doente politraumatizado no serviço de medicina intensiva. Este doente apresenta sintomas de insuficiência renal, cardíaca e hepática. O doente, entretanto em coma irreversível, já ventilado e alimentado artificialmente, entra em paragem cardíaca. Pergunta-se: face a este cenário, fará sentido uma reanimação?²³⁵ Será este o curso de acção medicamente indicado? Ou significará antes uma reanimação um curso de acção que apenas contribuirá para prolongar uma situação irreversível? Existem inúmeros exemplos que poderemos trazer à colação. Designadamente no campo das doenças oncológicas. Imaginemos um exemplo algo extremado, para efeitos de ilustração daquilo que pretendemos salientar. No caso de um doente de

²³⁵ No campo da medicina intensiva, esta problemática coloca-se com ainda maior acuidade, uma vez que se trata de medicina que vive da alta tecnologia. Coloca-se a questão de o médico poder cair na tentação de levar a cabo tudo quanto seja possibilitado pela técnica. Por outras palavras: a medicina intensiva levanta problemas específicos em termos de indicação médica para definição do limite de intervenção. Como refere Andrea Breit, “wenn ein Mensch unwiderruflich dem Tode geweiht ist, wird die aussichts- und in gewisser Hinsicht sinnlos”. O próprio problema da reanimação traz ainda adjacentes nódulos problemáticos que saem fora do escopo deste trabalho, mas que não nos escusamos de referir: a distribuição dos recursos em medicina. Cfr. Andrea Breit, “Probleme der Intensivmedizin unter besonderer Berücksichtigung des Abstellens eines Reanimators”, in: Arthur Kaufmann (Hrg.), *Moderne Medizin und Strafrecht*, Heidelberg: C.F.Müller, 1989, p. 117 e s. e p. 121.

cancro do estômago, após o tratamento de redução ou eliminação do cancro, com recurso à radioterapia ou à quimioterapia, e esta não sendo eficaz, passa-se à fase cirúrgica, ou seja, retira-se parte do estômago. Entretanto o cancro espalha as metástases por outros órgãos. Sujeita-se de novo o doente a quimioterapia e a radioterapia. O cancro persiste. Retiram-se partes de outros órgãos? Repetem-se, *ad infinitum* tratamentos de radioterapia ou quimioterapia? Não configurará, esta linha de “tratamento”, de *per se*, uma agressão? Julgamos que, em qualquer um destes casos, é manifesto que não pode ser encontrado resquício de uma indicação médica, mesmo que, repita-se, o doente em tudo possa consentir²³⁶. Também aqui podemos encontrar uma resposta no citado n.º 2 do art. 150.º do CP. Ainda que possa não estar em causa uma violação das *leges artis*, no sentido do estado da arte — em termos estritamente objectivos, a radioterapia ou a quimioterapia são os tratamentos adequados para as doenças oncológicas — está em causa uma violação da boa prática médica, a qual — através de instrumentos como a indicação médica — não é senão uma manifestação dessa mesma arte. A qual não pode compreender-se desligada dos princípios que regem a relação médico-doente e que representam o húmus ético de qualquer intervenção médica.

Pois que, na formulação de BAJO FERNANDEZ, “el jurista debe esforzarse por conseguir que la norma jurídica no quede divorciada de las convicciones éticas de la comunidad y, por tanto, sin lesionar la seguridad jurídica que deriva del respeto al principio de legalidad, deberá de realizar aquella interpretación que más acerque a las valoraciones ético-sociales”²³⁷. Em suma, o dever de intervenção médica termina onde deixe de existir indicação médica.

²³⁶ Como sublinha Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe”, in: Wilfried Küper, *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, p. 597 e s., p. 602: “[wo] es nur noch um eine sinnlose Verlängerung des Sterbens geht, ist eine Rechtspflicht des Arztes zur künstlichen Lebensverlängerung nicht indiziert”.

²³⁷ Miguel Bajo Fernandez, “La intervención médica...” (cit.), p. 494.

Para lá desta indicação, estamos perante um comportamento criminalmente punível.

No final deste percurso verificamos que actualmente, na discussão sobre as ofensas ao bem jurídico vida humana, se forma uma ligação indissolúvel entre a ética, a medicina e o próprio direito penal. Nesta matéria, a ideia de Justiça inerente à pena criminal tem de considerar factores exógenos situados no patamar das ciências médicas e a compreensão do ilícito penal no âmbito dos tipos em causa postula uma conformação da relação médico-doente baseada em um modelo de autonomia [autodeterminação] do doente — enquanto bastião da liberdade — e na ideia forte de indicação terapêutica. Apenas deste modo poderemos pretender alcançar soluções que reafirmem o direito penal enquanto ordenamento (jurídico) de paz.

Síntese

A reflexão sobre a eutanásia em contexto médico convoca a discussão sobre o sentido da vida, o sentido da morte e também a influência que a ideia de Estado exerce sobre esta questão. O significado de morrer, como “situação-limite”, sofreu uma evolução, afirmando-se como um “fracasso terapêutico” face ao crescente desenvolvimento das ciências médicas. É a partir desta evolução, deste significado, que verificamos que a investigação científica tem provocado novos problemas éticos — também filosóficos — na relação com a morte e desafia o direito penal a questionar os seus postulados na sua função de proteger bens jurídicos. Mais do que um direito penal simbólico, exige-se, neste contexto, um direito penal que reafirme a sua herança liberal através da ideia de bem jurídico pessoal, sustentado no valor “Pessoa”. Novos bens jurídico-penais que possam ser autonomizados ou identificados deverão partir deste referente, por forma a não permitir que a pessoa se possa transformar em indivíduo ou mero sujeito.

Este pano de fundo torna-se especialmente importante no âmbito do cruzamento entre as ciências médicas e o direito penal em contexto de fim de vida. Por um lado, pois este cruzamento levou já a alterações significativas na protecção do bem jurídico vida, ao passar a ser possível a reanimação. Por outro lado, dado que é neste cruzamento que têm de ser encontrados os limites do acto médico, em articulação com o princípio da autodeterminação.

Capítulo II

Caracterização da vida humana enquanto bem jurídico

II.1. O bem jurídico vida humana

O ordenamento jurídico, o direito, encara a protecção da vida como uma das suas funções axiais. Ilustrativa é a circunstância de, entre nós, a Lei Fundamental indicar como direito fundamental primeiro que *a vida humana é inviolável*²³⁸.

Todavia, se há algumas dezenas de anos o significado deste direito seria incontroverso, hoje, face aos espectaculares avanços da tecnologia e das ciências médicas, não se pode mais compreender a noção de vida humana como algo naturalmente determinado e condicionado. Hoje discutem-se os limites do início e do fim desta realidade que é a vida humana. Apenas na posse destes limites poderemos devidamente interpretar todas as consequências jurídico-penais que uma tal proposição constitucional implica²³⁹ e em que medida se encontra cumprida a protecção penal da vida humana²⁴¹.

²³⁸ Cfr. art. 24º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

²³⁹ Sobre as relações entre o direito constitucional e o direito penal, particularmente sobre a Lei Fundamental como fonte de direito penal, veja-se José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 125 e s.

²⁴⁰ Como refere José de Faria Costa, “não temos a menor dúvida em admitir que, quando a Constituição, no seu art. 24º, nos diz que «a vida humana é inviolável», uma tal proposição não pode deixar de ter consequências na esfera do direito penal”, “Vida e morte em direito penal” (cit.), p. 173. Isto apesar de o mesmo Autor considerar que “parte-se, assim, por boas e justas contas, da salutar premissa da existência de uma autónoma e fundada diferenciação normativa entre o direito penal e o direito constitucional”, in: *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 125.

²⁴¹ Nas palavras fortes de José de Faria Costa, “dever-se-á dizer que a protecção penal ao bem jurídico da vida é um corolário material da própria ideia de ordem jurídica”, in: *O Perigo* (cit.), p. 252.

Assim, o primeiro passo a dar será compreender o significado do conceito vida humana, pois que o mesmo não é isento de classificações distintas.

O conceito “vida humana” pode ser entendido como um conceito natural (ou científico), traduzindo nada mais do que o “estar vivo humano”. Ou seja, “existe vida logo que e enquanto, de acordo com o conhecimento médico-biológico, estejamos perante existência individual humana”²⁴². Deste modo, ao bem jurídico vida humana não é adstrita nenhuma função social, sendo-lhe apenas reconhecida existência naturalística. Tal implica, então, que, não existindo função social, todas as vidas se encontram em patamar de igualdade valorativa²⁴³. De uma outra perspectiva, pode argumentar-se que a determinação daquilo que é a vida humana não pode quedar-se apenas como competência definitiva das ciências naturais²⁴⁴. Com efeito, muitos conceitos jurídico-penais têm existência naturalística mas, não obstante, é-lhes atribuído significado normativo.

Temos para nós que ambas as posições acima aludidas contêm elementos válidos a considerar. Se, na verdade, se torna impossível determinar o conceito de vida humana sem referência à existência biológica — ou naturalística — dessa mesma vida, por outro lado também o bem jurídico vida humana não se confunde com o substrato que o sustenta. A própria ideia de bem jurídico acrescenta algo à realidade empírica a que se refere, desde logo, relevância jurídica²⁴⁵. Mais. Se apenas as ciências naturais fossem as portadoras de competência definitiva, face ao progresso das mesmas, acabaria por se

²⁴² Jörg Laber, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht*, Frankfurt: Peter Lang, 1997, p. 2.

²⁴³ Contudo, também através de princípios ético-normativos podemos chegar a idêntico resultado, sem necessidade de compreensão do bem jurídico vida humana como mero conceito naturalístico.

²⁴⁴ Cfr. Wolfram Höfling, “Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben”, *JZ* 1995, p. 26 e s., p. 31: apesar de o conceito de vida humana partir da existência biológica, deverá ser normativamente determinado, dado corporizar um bem jurídico.

²⁴⁵ Assim também Jörg Laber, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht* (cit.), p. 4.

gerar alguma incerteza jurídica²⁴⁶. Nesta matéria deverá ter-se presente que “os conhecimentos das ciências naturais descrevem o ser. As normas jurídicas regulam o dever-ser”²⁴⁷. Por estas razões, pensamos que o conceito “vida humana”, logo desde o momento em que é pensado como conceito jurídico, perde a sua natureza estritamente biológica (existencialista) e passa a integrar valorações axiológicas e componentes normativas. O que inexoravelmente conduz a que o conceito seja, assim, um conceito normativo²⁴⁸. Ou seja, é um conceito que corresponde a um processo de ponderação de valorações jurídico-normativas.

É com este pano de fundo que melhor podemos analisar o bem jurídico vida humana de uma perspectiva constitucional.

II.1.1. Perspectiva de direito constitucional

Poder-se-á dizer que, para efeitos das ciências naturais, o termo vida significa estar vivo, por oposição a ainda não viver ou estar morto. Trata-se de uma descrição da realidade existente (*sein*): vida é a realidade de estar vivo, de ser um corpo animado. Mas, como é bom de ver, este entendimento não traduz qualquer especificidade de cada ser que vive. Constata, apenas, que ele está vivo. Por este motivo, para o mundo do direito (*sollen*), esta noção torna-se insuficiente, pois não tem em conta a singularidade de cada vida humana

²⁴⁶ O que, em termos extremos, poderia mesmo conduzir a alguma relativização ou flexibilização deste conceito. Contra um predomínio da medicina, especificamente a propósito do conceito de morte cerebral, veja-se Gerd Geilen, “Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff”, in: Lüttger (Hrg.), *Festschrift für Ernst Heintz*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972, p. 373 e s., *maxime*, p. 393 e s.

²⁴⁷ Jörg Laber, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht* (cit.), p. 4.

²⁴⁸ O qual, como é evidente, tem necessariamente de partir da realidade biológica. É neste sentido que afirma Laber que a definição do conceito “vida humana” é a resposta aos problemas colocados a este conceito no contexto do ordenamento jurídico. Cfr. Jörg Laber, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht* (cit.), p. 5.

que fundamenta, também, o valor atribuído à sua protecção. Dito de outro modo: se a vida humana fosse apenas estar vivo — como, em termos científicos, pode ser descrita — teria de ser dada protecção idêntica a todas as formas de vida, não assumindo a humana qualquer particularidade valorativa. Assim, o direito valora a vida humana como pedaço de algo mais, de uma unidade entre vida e pessoa, corpo e espírito. Nas palavras de ARISTÓTELES, “por isso, a alma é o acto primeiro de um corpo físico que tem a vida em potência”²⁴⁹. Ora, para o direito é a vida humana enquanto manifestação desta união que é objecto de protecção²⁵⁰.

O direito constitucional à vida é, por isso, não só protecção da “existência vivente, físico-biológica”, mas também um direito que se “impõe contra todos, perante o Estado e perante os outros indivíduos”²⁵¹.

Contudo, proteger a vida não significa somente o direito à vida. Se assim fosse, atendendo a que o âmbito pessoal deste direito implica a determinação da sua titularidade, apenas significaria a protecção das vidas a quem pudesse ser atribuída essa titularidade, logo, vidas nascidas²⁵². Mas significa mais. Significa proteger o bem ou valor vida humana²⁵³. E este bem ou valor inclui não só a vida das pessoas vivas já nascidas, como a vida pré-natal²⁵⁴ ²⁵⁵. Em termos constitucionais, “quanto ao início da vida, a

²⁴⁹ In: A Alma, Livro B.

²⁵⁰ Aliás, o próprio direito é manifestação da realização do Homem na sua relação de “ser-com-o-outro”, sendo o fundamento do direito penal a “primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado-de-perigo”. Cfr. José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 20.

²⁵¹ Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 447 e s.

²⁵² Os mesmos Autores, *op. cit., loc. cit.*, sublinhando esta ideia, referem que “enquanto direito fundamental, o direito à vida só pode ser titulado por pessoas (...): (1) pessoas vivas (a partir do acto de nascimento) e não pessoas mortas (...); (2) todas as pessoas físicas e não as pessoas colectivas; (3) pessoas de todas as nacionalidades, raças e credos”.

²⁵³ Inclusivamente, para A. Castanheira Neves, “Arguição...” (cit.), p. 623, valor universal, valor intrínseco em si.

²⁵⁴ Inclusivamente, o direito penal distingue entre o bem jurídico vida e o bem jurídico vida intra-uterina (arts. 131º e 142º do Código Penal). Motivo pelo qual afirma Jorge de Figueiredo Dias que “o bem jurídico protegido pelo homicídio não é simplesmente a vida humana, mas,

Constituição pressupõe um âmbito normativo garantidor de todos os momentos do acto ou processo de nascer”²⁵⁶.

O bem jurídico vida humana — concomitantemente, o direito fundamental à vida — é o pressuposto da própria ideia de liberdade. Pode afirmar-se que o direito fundamental²⁵⁷ à vida assume relevância quando o bem jurídico vida é ameaçado em um Estado de direito democrático e se trata de assegurar a necessária protecção da vida em sociedade²⁵⁸. Neste sentido, a vida humana torna-se, também, em uma emanção da liberdade que deve ser assegurada a cada um e afirma-se como um dos mais significativos bens jurídicos.

Aqui acresce ainda a indelével ligação entre o direito à vida e a dignidade humana²⁵⁹. Ligação que se reafirma na leitura conjugada dos arts. 1º e 24º da Lei Fundamental e que determina que a própria existência de um conceito normativo de vida não possa atentar contra o princípio da dignidade humana²⁶⁰. Dito por outras palavras, por imperativo constitucional não pode valer nenhum conceito de vida que realize diferenciações qualitativas entre cada vida. Qualquer conceito normativo deverá, pois, obedecer também a

mais rigorosamente, a vida de pessoa já nascida”, in: Anotação ao Art. 131º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 3 e s., p. 5.

²⁵⁵ Este também um aspecto em que podemos observar a autonomia das ordens penal e constitucional.

²⁵⁶ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 448.

²⁵⁷ Os direitos fundamentais — e, conseqüentemente, também o direito à vida — são colocados na esfera jurídica do seu titular para que este deles possa dispor de acordo com os seus fins subjectivos. O que significa, em última instância, que o indivíduo tem em relação ao Estado a liberdade de, inclusivamente, se matar. Assim, Christian Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München: Verlag Franz Vahlen, 1992, p. 142. Temos para nós que a fronteira da correcção da afirmação encontra-se até ao ponto de a liberdade — como formula Hillgruber — ser transformada em “direito”, isto é, de esta liberdade ser interpretada por alguns autores como um direito ao suicídio. Tal direito não existe.

²⁵⁸ Em sentido idêntico Di Fabio, Art. 2 Abs. 2, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, München: Beck, 2004, n.º m. 7.

²⁵⁹ Assim também, A. Castanheira Neves, “Arguição...” (cit.), p. 623.

²⁶⁰ Basta pensar em um conceito normativo de vida que postulasse a capacidade cognitiva do seu portador.

critérios de objectividade²⁶¹, os quais podem ter apoio em conhecimentos empíricos provenientes das ciências naturais²⁶². Daí que faça sentido que o *BVerfGE* se refira à “existência físico-biológica de cada ser humano desde o momento da sua formação (*Entstehen*) até ao momento da sua morte”, acrescentando, todavia, “independentemente das suas circunstâncias de vida, da sua sensibilidade (*Befindlichkeit*) corporal e espiritual”²⁶³, assim esclarecendo que o direito à vida é um direito de liberdade contra intervenções estaduais. Deste modo, conseguir precisar o bem jurídico vida significa, em um primeiro momento, definir o seu início e o seu fim.

II.1.2. Vida e dignidade da pessoa humana

A compreensão da vida humana enquanto conceito normativo determina que lhe estão associados princípios vectores de todo o ordenamento jurídico — *maxime*, a dignidade da pessoa humana — e que se reflectem, de igual modo, na problemática do presente trabalho.

Assim, na discussão em torno da eutanásia fala-se, muitas vezes, em um direito a uma morte digna²⁶⁴. Para além disso, a dignidade da pessoa humana é, muitas vezes, utilizada como argumento para uma permissão da eutanásia. Por outras palavras, “o «direito a uma morte digna» como expressão da dignidade humana assume hoje um papel central na discussão sobre a eutanásia”²⁶⁵. Como consequência, torna-se imperativo analisar mais de perto

²⁶¹ Ver, a este propósito, *BVerfGE* 39, p. 41 e s.

²⁶² Cfr. GG-K/Di Fabio, Art. 2 Abs. 2, n.º m. 19.

²⁶³ *BVerfGE* 115, p. 118 e s., p. 139.

²⁶⁴ Cfr. Ulfried Neumann, “Die Menschenwürde als Menschenbürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet”, in: Mathias Kettner (Hrg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt: Suhrkamp, 2004, p. 42 e s. e também Monika Burkart, *Das Recht, in Würde zu sterben – Ein Menschenrecht*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1983, p. 44.

²⁶⁵ Jürgen Möllering, *Schutz des Lebens - Recht auf Sterben*, Stuttgart: Ferdinand Enke, 1977, p. 56.

o princípio da dignidade humana de modo a poder verificar em que medida o argumento da dignidade humana é apropriado no âmbito da discussão sobre a eutanásia.

a. Compreensão geral da dignidade da pessoa humana

A dignidade humana entrou no discurso quotidiano. É utilizada na política, na sociologia, na filosofia, entre outros, como fundamento ou contra-argumento para diversas problemáticas. Mas de uma perspectiva jurídica²⁶⁶, a dignidade humana tem de ser vista como princípio geral ou norma fundamental²⁶⁷.

Desde logo, estabelece-se no pórtico de entrada da Constituição da República Portuguesa (art. 1º) que *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana*, que constitui, assim, “fundamento e limite do Estado democrático configurado pela Constituição”, mais, a “trave mestra de (...) compreensão da organização do poder político”²⁶⁸.

Também a Lei Fundamental alemã — como tantas outras Constituições de Estados de direito democráticos — estabelece como princípio fundamental no seu Artigo 1º/1 que “a dignidade da pessoa humana é inviolável. respeitá-

²⁶⁶ Sobre a juridicidade da dignidade veja-se Kurt Seelmann, “Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht”, in: Mathias Kettner (Hrg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt: Suhrkamp, 2004, p. 63 e s., p. 64. A este propósito escreve Seelmann, *op. cit.*, p. 65: “das Instrumentalisierungsverbot mag angesichts seiner Maximenorientierung und seiner notorischen Vagheit als moralisches Gebot, das es bei Kant noch war, hingehen, als rechtliches Verbot hingehen führt es so formuliert in große Schwierigkeiten. Versucht man das Achtungsgebot aber als Rechtspflicht klarer zu formulieren, so gerät man gleichfalls in eine ungewohnte Situation”.

²⁶⁷ O certo é que a “dignidade humana” como conceito constitucional tem uma tradição recente. Cfr. Mark-Olivier Baumgarten, *The Right to Die?*, Bern: Peter Lang, 2000, p. 57 e s. Veja-se também Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Constituição e Crime* (cit.), p. 89.

²⁶⁸ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 198.

la e preservá-la é dever de toda a intervenção estatal”²⁶⁹. De facto, “através da elevação da dignidade a mais alto princípio constitucional fundamenta-se a liberdade enquanto princípio geral do ordenamento jurídico”²⁷⁰. Apesar deste *Leitbild*²⁷¹, tanto o significado jurídico como a definição precisa do que seja a dignidade da pessoa humana permanecem questões muito controversas²⁷². Contudo, deverá compreender-se a dignidade da pessoa humana como um pré-dado variável, ou seja, “[a] dimensão intrínseca e autónoma da dignidade da pessoa humana articula-se com a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projecto espiritual de cada pessoa, o que aponta para a necessidade de, não obstante a existência de uma *constante antropológica*, haver uma abertura às novas exigências da própria pessoa humana”²⁷³. Em termos gerais, pode afirmar-se que “a observação da dignidade humana é a observação da pessoa como ser livre, racional, como ser moralmente autónomo, ou seja, como um ser que tem condições de se auto-determinar em liberdade, de moldar o seu ambiente e de construir uma sociedade com outros”²⁷⁴. Contudo, este princípio não pode valer como ponto de partida de um requisito para a concreta realização do valor da dignidade: este valor refere-se antes ao Homem como Pessoa, independentemente de como e de quanto tempo viva²⁷⁵.

²⁶⁹ De acordo com Harro Otto, *Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung*, Gutachten D zum 56. Deutschen Juristentag, München: C.H.Beck, 1986, D 17, “auch wenn Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG sodann nur die staatliche Gewalt hervorhebt, so darf nicht übersehen werden, daß im Bekenntnis des Grundgesetzes zur Untastbarkeit der menschlichen Würde zugleich eine die Verfassung selbst und die auf ihr aufbauende Rechtsordnung prägende Wertentscheidung liegt”.

²⁷⁰ Christian Tenthoff, *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008, p. 20.

²⁷¹ Na *Leitsatz* da dignidade humana existe tanto uma imagem do homem como uma tarefa. Cfr. Monika Burkart, *Das Recht, in Würde zu sterben* (cit.), p. 46 e s.

²⁷² Jürgen Möllering, *Schutz des Lebens - Recht auf Sterben* (cit.), p. 56.

²⁷³ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 199 (itálico do Autor).

²⁷⁴ Cfr. Harro Otto, *Gutachten D* (cit.), D 24.

²⁷⁵ Assim Harro Otto, *Gutachten D* (cit.), D 25. Ao que acrescenta Ulf Kämpfer, *Die Selbstbestimmung Sterbewilliger. Sterbehilfe im deutschen und amerikanischen Verfassungsrecht*, Berlin:

Em qualquer caso, existem linhas relativas à concretização da dignidade da pessoa humana que têm sido desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência²⁷⁶, que sumariamente indicamos²⁷⁷: *i)* Respeito pela personalidade da pessoa; *ii)* Imposição de respeito pela autodeterminação da pessoa²⁷⁸; *iii)* proibição de instrumentalização da pessoa: “a pessoa é sujeito e não objecto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais”²⁷⁹ ou, em outra formulação, a pessoa não pode ser tratada como objecto²⁸⁰, tanto pelo Estado como por outras pessoas. O que reflecte, por outro lado, a vida humana como pressuposto fisiológico da dignidade da pessoa humana^{281 282}. Não obstante, nem todo o acto de matar é uma ofensa da dignidade da pessoa humana²⁸³, dado que não pode existir no ordenamento jurídico uma protecção absoluta

Duncker & Humblot, 2005, p. 174: “Art. 1 Abs. 1 GG garantiert jedem Menschen Achtung und Schutz seiner Würde. Alleiniger Anknüpfungspunkt ist die Existenz als Mensch, unabhängig von der geistigen oder körperlichen Konstitution, der Nähe zum Tod, der Fähigkeit zur Kommunikation oder zur eigenverantwortlichen Lebensführung”.

²⁷⁶ Entre nós, com particular interesse, vejam-se os Acórdãos do TC n.º 6/84, de 18 de Janeiro e n.º 349/91, de 3 de Julho.

²⁷⁷ Sobre este assunto Jürgen Möllering, *Schutz des Lebens - Recht auf Sterben* (cit.), p. 56.

²⁷⁸ Apesar de a autodeterminação não poder ser vista como pressuposto da dignidade humana, dado que esta já não poderia existir em relação àquelas pessoas que não se pudessem autodeterminar. A este propósito Torsten Verrel, *Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung. Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag*, München: C.H. Beck, 2006, C 73.

²⁷⁹ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 198.

²⁸⁰ Foi o BVerfGE que desenvolveu a “fórmula objecto”. Assim, BVerfGE 9, p. 95; 57, p. 275.

²⁸¹ Assim BVerfGE 39, I, p. 42 e BVerfGE 88, p. 203, que apresentam a vida como base vital da dignidade humana. Coincidente Mü-Ko/Schneider, Vor §§ 211 ff., n.º m. 102. Mas poderá antecipar-se, como indicia Neumann, que “die Garantie eines Rechts impliziert nicht die Garantie der empirischen Voraussetzungen der Ausübung dieses Rechts”. Cfr. Ulfried Neumann, “Die Menschenwürde als Menschenbürde...” (cit.), p. 50.

²⁸² Cfr. Mü-Ko/Schneider, Vor §§ 211 ff., n.º m. 102.

²⁸³ Ou, por outras palavras, “der Eingriff in das Rechtsgut «Leben» impliziert deshalb nicht zwingend eine Verletzung der Würde des Menschen”. Cfr. Ulfried Neumann, “Die Menschenwürde als Menschenbürde...” (cit.), p. 50 e também Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens”, *NJW* 2001, p. 849 e s., p. 850.

da vida²⁸⁴. Na verdade, deve distinguir-se entre a garantia da dignidade da pessoa humana e a protecção da vida²⁸⁵.

Mas a questão a colocar é a seguinte: deve trazer-se a dignidade da pessoa humana como argumento decisivo primário para a discussão sobre a eutanásia? Ou trata-se antes de uma norma de decisão subsidiária que deve ser ordenada à liberdade pessoal²⁸⁶? Apenas se poderia considerar a dignidade da pessoa humana como argumento principal se a mesma pudesse ser juridicamente definida e concreta. Por outras palavras: apenas seria possível no caso de se tratar de uma norma jurídica passível de concretização, mas não como cláusula geral. Mas não é esse o caso. A dignidade da pessoa humana é efectivamente uma cláusula geral²⁸⁷ ou um princípio geral²⁸⁸ — ou mesmo um princípio fundante da ordem jurídica²⁸⁹ —, que postula determinados princípios e, por esse mesmo motivo, tem subjacente uma certa vaguidão. Dito de outro modo: face ao elevado grau de abstracção que lhe está imanente, a dignidade da pessoa humana não é apta a cumprir a função de fornecer critérios racionais para a permissão de uma ajuda à morte de um paciente em concreto²⁹⁰. Por esta razão, e em tom crítico à utilização deste

²⁸⁴ Coincidente Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 73.

²⁸⁵ Pois senão poderia mesmo a clonização ser permitida, dado que este ser seria a “base vital” para a dignidade humana. Cfr. Ulfried Neumann, “Die Menschenwürde als Menschenbürde...” (cit.), p. 52 e s.

²⁸⁶ O que também é reflectido na posição do Supremo Tribunal suíço: “nach den Worten des Bundesgerichtes stellt die Menschenwürde selber nicht unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht dar. Sie ist vielmehr ein Wert, ein Rechtsgut, dem als Schutznorm die persönliche Freiheit zugeordnet wird”. Cfr. Monika Burkart, *Das Recht, in Würde zu sterben* (cit.), p. 49.

²⁸⁷ Que também pode ser compreendida como direito fundamental subjectivo com aplicabilidade. Sobre esta problemática Ulf Kämpfer, *Die Selbstbestimmung Sterbewilliger* (cit.), p. 172 e s.

²⁸⁸ Mark-Olivier Baumgarten, *The Right to Die?* (cit.), p. 60.

²⁸⁹ Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), Art. 1º, p. 199; Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 53; *BGHZ* 30, p. 7 e s. (*BGH IV ZR 182/58*, 18.03.1959), p. 10.

²⁹⁰ Reinhard Merkel, *Früh euthanasie. Rechtliche und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin*, Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 314.

argumento, escreve SCHNEIDER que “o recurso frequentemente patético ao valor constitucional supremo da dignidade da pessoa humana não se adequa a decidir a precedência de uma morte sem dor sobre uma vida mais longa mas dominada por dores insuportáveis; poderá eventualmente fundamentar um impasse. (...) O critério da dignidade humana [deveria] ser riscado de uma discussão racional sobre a eutanásia”²⁹¹. O outro problema é também “a utilização inflacionária do argumento da dignidade da pessoa humana”, que acaba por desvalorizar este princípio²⁹² ou torná-lo inútil²⁹³. Ao que acresce “o efeito do argumento da dignidade da pessoa humana de terminar com qualquer debate”²⁹⁴.

Apesar destas considerações existe uma importante ligação entre o argumento da dignidade da pessoa humana e a discussão (geral) em torno da eutanásia, designadamente o âmbito dos limites da intervenção médica. Formulando de forma clara: um dos principais princípios da dignidade da pessoa humana da Lei Fundamental no contexto da eutanásia é a valoração da pessoa sempre como sujeito e nunca como objecto²⁹⁵; ou seja, a proibição de instrumentalização da pessoa²⁹⁶. Nesta sequência, tal significa que quando um paciente é instrumentalizado pela medicina intensiva pode, com propriedade, falar-se de uma ofensa da sua dignidade humana²⁹⁷. Mas este facto em si mesmo não é impressivo, dado que a “objectificação” também pode ser

²⁹¹ Mü-Ko/Schneider, Vor §§ 211 ff., n.º m. 102.

²⁹² Cfr. Ulfried Neumann, “Die Menschenwürde als Menschenbürde...” (cit.), p. 45.

²⁹³ Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 850.

²⁹⁴ Assim Reinhard Merkel, *Früh euthanasie* (cit.), p. 315 e também Gunnar Duttge, “Lebensschutz und Selbstbestimmung am Lebensende”, *ZfL* 2 (2004), p. 30 e s., p. 33.

²⁹⁵ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), Art. 1.º, p. 198; Jürgen Möllering, *Schutz des Lebens - Recht auf Sterben* (cit.), s. 57. Veja-se também *BVerGE* 5, p. 204.

²⁹⁶ Sobre a “fórmula-objecto” veja-se também Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (cit.), p. 71 e s. (BA 65/65)

²⁹⁷ Como refere Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 851: “seine Würde ist auch verletzt, wenn er zum willenlosen, passiven Objekt der Intensivmedizin gemacht wird, ohne dass der Fortsetzung der Behandlung noch irgendein seinerseits durch Lebensschutz und Menschenwürde gerechtfertigter Sinn abzugewinnen ist”.

interpretada de forma muito lata²⁹⁸. E a medida em que tal é relevante no contexto da problemática da eutanásia é visto como uma questão diferente. Com efeito, da parte da dogmática penal, não pode alçapremar-se esta proibição de instrumentalização a argumento — eventualmente apenas como valoração paralela de um caso concreto — em virtude do seu elevado grau de abstracção e da sua ordenação na ciência penal como parcialmente especial e subsidiário relativamente aos restantes direitos fundamentais²⁹⁹.

A garantia da dignidade da pessoa humana como *Leitmotiv* constitucional, mas também como direito subjectivo, nos termos do Art. 1º da CRP e do Art. 1º/1 da GG³⁰⁰ é, assim, expressão da liberdade negativa e não deve ser trazido para a discussão jurídico-penal sobre a eutanásia como argumento³⁰¹.

b. Autodeterminação e os seus limites

No âmbito da eutanásia é, assim, mais provido de sentido falar de autodeterminação: “no que diz respeito à posição do paciente são a

²⁹⁸ A este propósito Jörg Antoine, *Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004, p. 85 e s.

²⁹⁹ Wolfram Höfling, “Forum: «Sterbehilfe» zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz”, *JuS* 2000, p. 111 e s., p. 114 e também Ulf Kämpfer, *Die Selbstbestimmung Sterbewilliger* (cit.), p. 177. Apesar de, como refere Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 855, “die Menschenwürde (Art. 1 GG) ist das einzige «absolute» und damit uneingeschränkt geltende Recht. Eingriffe in die Würde des Patienten sind verfassungsrechtlich nicht legitimierbar”.

³⁰⁰ Sobre os deveres do Estado no que respeita a dignidade humana, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), Art. 1º, p. 199 e s.; Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada* (cit.), Art. 1º, p. 53 e s.; Ulf Kämpfer, *Die Selbstbestimmung Sterbewilliger* (cit.), p. 213.

³⁰¹ Diferente é a questão de saber se existe um direito a uma morte digna, apesar de esta não constituir já questão de contorno jurídico-penal, situando-se antes em outras ordens normativas, tais como a constitucional ou mesmo a bioética.

autodeterminação e a integridade física que se colocam como centrais”³⁰². E apesar de continuarem a existir autores que encaram a autodeterminação como parte da dignidade da pessoa humana, na Lei Fundamental, inversamente, as mesmas são vistas como realidades diferentes.

Entre nós, ainda que a autodeterminação não possa ser ordenada a um “direito mãe” de livre desenvolvimento da personalidade, como acontece na GG alemã (Art. 2º), a verdade é que o art. 26º, n.º 1 da CRP consagra o *direito ao desenvolvimento da personalidade* que “[n]a qualidade de expressão geral de uma esfera de liberdade pessoal, (...) constitui um direito subjectivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um *direito à formação livre da personalidade* ou *liberdade de acção* como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um *direito de personalidade* fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da *integridade* desta” incluindo, assim, as dimensões de formação livre da personalidade, protecção da liberdade de acção e protecção da integridade da pessoa³⁰³. Entre nós, “existe um princípio geral de liberdade imanente ao sistema constitucional, aflorado em várias normas da Constituição que consagram liberdades fundamentais, mas que se extrai sobretudo do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1) e do princípio do Estado de Direito democrático (artigo 2), por via do qual se consagra no sistema o valor da *autodeterminação da pessoa humana*”³⁰⁴.

³⁰² Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 850.

³⁰³ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 463 (itálicos dos Autores). Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 194 entende, de igual modo, que o art. 26º, n.º 1 da CRP é, justamente, um dos direitos que patenteia a força da autonomia. Ainda sobre as semelhanças e diferenças entre o art. 2º/1, da GG e o art. 26º, n.º 1, da CRP, inspirado naquele primeiro, veja-se Jorge Miranda/Rui de Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 286 e s.

³⁰⁴ Helena Morão, “Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. Resposta jurídico-penal a uma colisão de valores constitucionais”, *RPCC* Ano 16 (2006), p. 35 e s., p. 41 (itálicos da Autora).

No ordenamento jurídico alemão, o direito — garantido pela dignidade da pessoa humana³⁰⁵ — à autodeterminação encontra-se previsto no Art. 2º da GG, apesar de permanecer controverso se este mesmo direito deve ser ancorado no n.º I ou no n.º II deste mesmo artigo³⁰⁶. A questão que se coloca é o facto de o direito à autodeterminação não ser protegido enquanto direito fundamental autónomo, mas antes encontrar-se ligado a outros direitos, como o direito à vida e à integridade física e o direito geral de personalidade³⁰⁷. De acordo com a jurisprudência do *BVerfGE*, o Art. 2º/2/1 da GG contempla “a livre autodeterminação do paciente”³⁰⁸, enquanto que para HUFEN deve-se-ia ver o Art. 2º/I da GG “como aquilo que é, ou seja: o direito fundamental central da autodeterminação humana”³⁰⁹. Segue incontestado, em qualquer caso, que o direito de autodeterminação — também o do paciente³¹⁰ — é constitucionalmente protegido³¹¹, ainda que não possa ser absolutizado³¹².

³⁰⁵ Ulf Kämpfer, *Die Selbstbestimmung Sterbewilliger* (cit.), p. 177.

³⁰⁶ Veja-se Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 70 e também Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 851. Sobre a autodeterminação enquanto objecto de direitos fundamentais cfr. Ulf Kämpfer, *Die Selbstbestimmung Sterbewilliger* (cit.), p. 198.

³⁰⁷ Assim Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 851.

³⁰⁸ *BVerfGE* 52, 131, 171.

³⁰⁹ Cfr. Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 851. Também a este propósito escreve Christian Tenthoff, *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 22, que: [es] “findet sich auch ein konkreter Anknüpfungspunkt der Autonomie in Art. 2 Abs. 1 GG in Form der freien Entfaltung der Persönlichkeit”.

³¹⁰ Ou seja, a “erklärter Wille [des Patienten] geht dem ärztlichen Heilauftrag vor und es ist grundsätzlich ausgeschlossen, dem subjektiven Willen einen objektivierten «eigentlichen Willen» zur medizinischen Indikation entgegenzusetzen, der durch den Arzt, einen Betreuer oder wenn auch immer definiert und durchgesetzt werden könnte”. Cfr. Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 851.

³¹¹ De acordo com Wolfram Höfling, “Forum: «Sterbehilfe»...” (cit.), p. 114, “dass die Befugnis zur selbstbestimmten Lebens- und Sterbensgestaltung verfassungsrechtlich verbürgt ist, wird heute jedenfalls kaum noch bestritten”.

³¹² A este propósito Gunnar Duttge, “Sterbehilfe aus rechtsphilosophischer Sicht”, *GA* 2001, p. 158 e s., p. 160 e s. Semelhante, de um ponto de vista ético, escreve Dieter Giesen, “Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens”, *JZ* 1990, p. 929 e s., p. 931: “die Autonomie hat jedoch ihre Grenzen”.

O problema a analisar reside, assim, na indagação pelos limites da autonomia do doente relevante no contexto da questão da eutanásia³¹³. Nesta sequência, surgem dois nódulos problemáticos: por um lado, a autodeterminação (ou disponibilidade) em relação à integridade física e, por outro lado, a autodeterminação (ou disposição) relativamente à própria vida. Iremos, em um primeiro momento, abordar estas questões a partir de uma perspectiva predominantemente constitucional.

De notar que cada acto médico constitui sempre uma intervenção sobre a integridade física, ainda que, como vimos *supra*, a mesma não constitua um facto típico, desde que observados os pressupostos indicados no art. 150º do Código Penal. E na relação médico-doente existem frequentemente casos em que o acto médico põe a vida em perigo ou fere o corpo^{314 315}. Na verdade, as decisões relativas à disposição sobre o próprio corpo pertencem à esfera de liberdade do paciente, ou seja, são parte do seu direito à autodeterminação³¹⁶. Neste sentido, de uma perspectiva constitucional, toda e qualquer intervenção médica carece do consentimento do paciente para que não seja valorada como violação do direito à integridade pessoal³¹⁷. Daqui resulta que tem de ser encontrada uma “concordância prática”³¹⁸, segundo a qual seja respeitada a garantia do direito à autodeterminação como autonomia do doente³¹⁹.

³¹³ Enquanto direito de resistência mas não enquanto direito a um determinado comportamento. Cfr. Torsten Verrel, “Selbstbestimmung contra Lebensschutz. Bringt der BGH Bewegung in die Sterbehilfediskussion?”, *JZ* 1996, p. 224 e s., p. 226.

³¹⁴ Como, por exemplo, situações em que é levada a cabo uma operação com risco de vida ou um tratamento médico que é fisicamente agressiva (quimioterapia). Veja-se também Ulf Kämpfer, *Die Selbstbestimmung Sterbewilliger* (cit.), p. 199.

³¹⁵ Segundo Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 71, pode afirmar-se que não existe um direito autónomo a tratamento médico.

³¹⁶ Ulf Kämpfer, *Die Selbstbestimmung Sterbewilliger* (cit.), p. 199 e s. Também a este propósito *BVerfGE* 52, 131, 171.

³¹⁷ Ou seja, no caso do ordenamento jurídico alemão, do Art. 2º/2 da GG. Assim Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 853.

³¹⁸ Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 854.

³¹⁹ De acordo com Ulf Kämpfer, *Die Selbstbestimmung Sterbewilliger* (cit.), p. 202, “Festzuhalten ist mithin die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines Selbstbestimmungsrechts über die

No que diz respeito à própria vida, cumpre indagar se esta “concordância prática” pode conferir prevalência ao direito à autodeterminação. Aqui os limites são mais apertados, o que se manifesta, por exemplo, na inexistência de uma norma paralela à do art. 38º do CP ou do § 228 StGB³²⁰ para o bem jurídico vida.

Segundo uma parte da doutrina, que subscrevemos, na medida em que a Constituição confere ao paciente o direito de decidir as intervenções e tratamentos médicos em que consente, assiste-lhe, nessa justa medida, um direito de dispor sobre a sua vida³²¹. O que quer significar que, de uma perspectiva constitucional, até um determinado ponto, o direito à autodeterminação prevalece sobre o direito à vida³²². E este ponto é, precisamente, a vontade informada do paciente nos casos da eutanásia passiva

eigene körperliche Unversehrtheit, die sich in der Arzt-Patient-Beziehung als umfassende Patientenautonomie manifestiert, und die dogmatische Verankerung dieses Rechts in Art. Abs. 2 s. 1 Var. 2. GG”. Entre nós, sublinha Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Das omissões lícitas no exercício da medicina” (cit.), p. 82, “[n]ão podemos esquecer que, no centro desta problemática, encontra-se o conflito entre valores constitucionais: de um lado, a tutela da vida e da saúde do doente (cf. arts. 24º e 25º da CRP), do outro, a tutela da sua autodeterminação (cf. arts. 26º e 41º da CRP). Será possível a concordância prática entre estes valores (princípio tão caro à resolução de conflitos) — restringindo-os, mas salvaguardando o seu núcleo essencial (cf. art. 18º, n.ºs 2 e 3, da CRP)?”.

³²⁰ Uma vez que o consentimento apenas é possível em relação a bens jurídicos disponíveis, será de considerar que a vida não é um bem jurídico disponível. A este propósito Dölling, Anm. § 228, *NK-Gesamtes Strafrecht*, n.º m. 2 e também Urs Kindhäuser, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 110.

³²¹ Cfr. Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 70: “dadurch, dass die Verfassung dem Patienten das Recht gibt, nach seinen Vorstellungen darüber zu entscheiden, ob und ggf. wie lange er sich einer medizinischen Behandlung unterzieht, gesteht sie ihm jedenfalls *insoweit* das Recht zu, über sein Leben zu verfügen”.

³²² Cfr. Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 71. Entre nós, Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão”, in: Manuel da Costa Andrade/José de Faria Costa/Anabela Miranda Rodrigues/Maria João Antunes (Orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 809 e s., p. 810 e, da mesma Autora, “Das omissões lícitas no exercício da medicina” (cit.), p. 84, vendo espelhada no art. 156º, n.º 1, do Código Penal esta opção político-criminal de “prevalência desta *autonomia pessoal* sobre a própria vida” (itálicos da Autora).

e da eutanásia indirecta³²³ ou, por outras palavras, (pelo menos) até ao homicídio a pedido da vítima (punível)³²⁴.

Ainda que não se possa falar de um dever jurídico (ou mesmo social) de viver³²⁵ — uma vez que o bem jurídico vida deve ser encarado com um bem jurídico pessoal e não como um bem jurídico colectivo (supra-pessoal) —³²⁶, também não é consequente retirar das considerações precedentes uma disponibilidade absoluta sobre o bem jurídico vida.

Em geral, será sempre difícil obter esta “concordância prática” entre autodeterminação (autonomia do paciente), integridade física e vida³²⁷.

O que não significa que exista uma antinomia entre o direito fundamental à vida e o direito à autodeterminação³²⁸ especialmente porque “a vida como pressuposto de toda a autonomia” tem um significado fundamental³²⁹. Trata-se mais da questão de saber onde se situa a linha de fronteira a partir da qual a autodeterminação tem de ser limitada com vista a

³²³ Conceito que precisaremos quando levarmos a cabo a sua devida delimitação no Capítulo IV. Cfr. Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 856.

³²⁴ Apesar de, como escreve Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 855: “Da dem Gesetzgeber aber beim Schutz des Lebens ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt, wäre er nicht gehindert, die Strafbarkeit konsentierter aktiver Sterbehilfe für solche – strikt eingegrenzten – Fällen aufzuheben, in denen zum Beispiel ein Todkranker sie ohne äußeren Druck und bei vollem Bewusstsein verlangt”.

³²⁵ Cfr. Detlev Sternberg-Lieben, “Selbstbestimmtes Sterben: Patientenverfügung und gewillkürte Stellvertretung”, in: Albin Eser (Hrg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München: C.H.Beck, 1998, p. 349 e s., p. 353.

³²⁶ Sobre este assunto, Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie*, Frankfurt: Peter Lang, 2001, p. 235 e s. Apesar de a vida também ser um valor da sociedade. Assim Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 855.

³²⁷ Como sublinha Ulf Kämpfer, *Die Selbstbestimmung Sterbewilliger* (cit.), p. 203: “Jeder Eingriff in das Leben ist auch einer in die körperliche Unversehrtheit, und Eingriffe in den Körper können lebensgefährlich sein. Umgekehrt ist oftmals die Preisgabe der körperlichen Unversehrtheit das einzige Mittel um von einer lebensgefährlichen Krankheit geheilt zu werden. (...) Die verschiedenen Gewährleistungsinhalte können in ein Spannungsverhältnis treten, dessen Auflösung durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht eindeutig vorgegeben wird”.

³²⁸ Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 71.

³²⁹ Assim, Jörg Antoine, *Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung* (cit.), p. 201.

garantir uma protecção de outros bens jurídicos³³⁰. Desta perspectiva, pode situar-se esta linha no homicídio a pedido da vítima, dado que aqui já estão em causa direitos fundamentais, condutas e interesses de terceiros³³¹. De modo preciso: a autodeterminação sobre a própria vida (e integridade física) termina no momento a partir do qual se trate de um homicídio³³².

c. Autodeterminação e o bem jurídico vida humana

Impõe-se agora que façamos um percurso por uma outra questão distinta da que tratámos em momento imediatamente anterior, nomeadamente se a protecção jurídica da vida é compatível com o autodeterminação sobre a própria vida.

³³⁰ Nas palavras de Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 71 e s.: “Geht es also nicht an, das Grundrecht auf Leben gegen das Selbstbestimmungsrecht als solches auszuspielen und liegt auch keine Kollision mit Grundrechten Dritter vor, kann die aus der objektiven Wertordnung abgeleitete Lebensschutzverpflichtung des Staates (nur) insoweit zu einer Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts führen, als Vorkehrung zur Gewährleistung einer eigenverantwortlichen und wohlüberlegten Ausübung des Selbstbestimmungsrechts getroffen und vorschnelle oder gar missbräuchliche Behandlungseinstellungen unter Berufung auf den vermeintlichen Patientenwillen verhindert werden sollen. Erst auf dieser Ebene stellt sich das Problem, den Konflikt zwischen Selbstbestimmungsrecht und Lebensschutzgebot im Wege praktischer Konkordanz unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu lösen”.

³³¹ Por vezes são referidos os interesses do médico como argumento para a punibilidade do homicídio a pedido da vítima. Veja-se Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 250 e s. e Christian Tenthoff, *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 178 e s. Ao que acresce, de acordo com Christian Tenthoff, *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 180, que “erst wenn Individualinteressen anderer bedroht werden, endet die Freiheit des Einzelnen”. Para além disso, “der Erweiterung des ärztlichen Freiheitsraumes würde eine Verkleinerung der Freiheitszone bei seinen Patienten korrespondieren”. Cfr. Detlev Sternberg-Lieben, “Begrenzung lebensverlängernder Maßnahmen aus strafrechtlicher Sicht — juristischer statt ärztlicher Paternalismus?”, in: Jörg Arnold *et al.*, *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 2005, p. 1185 e s., p. 1187.

³³² Dado que, por um lado, o suicídio não é punível e, por outro lado, mesmo que a renúncia a uma intervenção ou a um tratamento médicos possa significar a morte, o comportamento contrário (manutenção dessas medidas contra a vontade do paciente) significaria uma ofensa directa do direito à autodeterminação.

A vida é muitas vezes considerada como o mais importante bem jurídico³³³. Daqui que deva sobrepor-se ao direito à autodeterminação e constituir um argumento de negação da disponibilidade sobre a própria vida³³⁴. A Lei Fundamental portuguesa refere-se à vida como sendo inviolável³³⁵. Contudo, não podem ser desconsiderados os limites constitucionais imanentes³³⁶. O que também nos mostra que o direito à vida não pode ser compreendido como absoluto³³⁷. Neste sentido, torna-se possível falar de uma disponibilidade sobre a própria vida, o que se traduz no suicídio (não punível) e na necessidade de consentimento do paciente para a administração de medidas de sustentação da vida³³⁸. Consequentemente, não

³³³ Por exemplo Christian Schneider, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 247 e s., indica como possível “der überragende Stellenwert des Rechtsguts Leben bereits mit dem Wortlaut des § 34 StGB begründen”, apesar de na GG a dignidade da pessoa humana estar consagrada no Art. 1º GG como direito fundamental primeiro (e o direito à vida apenas se encontrar no Art. 2º/II/1 GG).

³³⁴ Assim *BGHSt* 6, p. 147 e s. (BGH GSSt 4/53, 10.03.1954), p. 153 e, em sentido idêntico, Gunnar Duttge, “Sterbehilfe aus rechtsphilosophischer Sicht” (cit.), p. 164.

³³⁵ Art. 24º, n.º 1 da CRP. Mas esta inviolabilidade também não pode ser vista como um *definitional stop* absoluto, senão nem sequer poderia existir a legítima defesa; esta inviolabilidade refere-se, assim, em primeira linha, ao Estado (p. ex., proibição da pena de morte). Assim, José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 136 e s. Sobre o dever de protecção estatal (mesmo contra ameaças não estatais) veja-se também Jörg Antoine, *Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung* (cit.), p. 197 e s.

³³⁶ Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 855: “alle Grundrechte, auch der Schutz des Lebens in Art. 2 II GG [e também do Art. 24º/1 CRP], stehen unter Vorbehalt verfassungsimmanenter Schranken. Konflikte mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang sind nach dem Grundsatz «praktischer Konkordanz» unter Beachtung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu lösen”.

³³⁷ Podem ser encontrados outros casos da relatividade do tabu de matar em Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 238 e s. e também em Horst Dreier, “Grenzen des Tötungsverbot – Teil 1”, *JZ* 2007, p. 261 e s., p. 262 e s.

³³⁸ Pressupondo-se, aqui, uma relação de referência mútua entre as duas ordens normativas (constitucional e penal). Cfr., por exemplo, Maria da Conceição Ferreira da Cinha, *Constituição e Crime* (cit.), p. 195 e s.

pode dizer-se *in toto* que não existe qualquer disponibilidade sobre o bem jurídico vida por parte do seu titular³³⁹.

Como indicado *supra*, de acordo com a doutrina maioritária, a linha de fronteira é colocada no patamar do homicídio a pedido da vítima ou, utilizando um vocabulário sistemático para a problemática da eutanásia, no patamar da eutanásia activa directa.

Cumprido, deste modo, adensar o significado da autodeterminação no ordenamento jurídico-penal, *prima facie*, enquanto consentimento do ofendido, assim como os seus efeitos quanto à ofensa dos bens jurídicos em causa. Neste percurso iremos — ainda antes de quaisquer considerações relativas ao “pedido” do art. 134º do CP enquanto expressão de autodeterminação — fazer uma ordenação sistemática decrescente, iniciando, assim, pelo consentimento *stricto sensu*, seguindo-se o testamento biológico (ou directivas antecipadas de vontade, em formulação também já generalizada), e terminando na figura do consentimento presumido.

II.1.3. A questão da autodeterminação

II.1.3.1. Consentimento

Não podem restar dúvidas que a vontade da vítima — ou o consentimento — tem influência sobre a valoração jurídico-penal feita sobre

³³⁹ De acordo com José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 125, o bem jurídico é disponível quando a sua ofensa é levada a cabo pelo seu titular ou, de outra forma, o bem jurídico vida apenas é indisponível quando a sua ofensa seja levada a cabo por terceiros.

uma determinada conduta³⁴⁰. Afirmção que vale, sem resto, tanto para o ordenamento jurídicó-penal português como para o ordenamento jurídicó-penal alemão. A diferença entre estes dois ordenamentos jurídicos consiste na circunstância de que, no StGB, o consentimento apenas é tratado no âmbito da Parte Especial — no § 228 StGB —, enquanto que, no Código Penal português, constitui já norma da Parte Geral (art. 38º do Código Penal). Daqui resulta que a controvérsia sobre a natureza jurídicó do consentimento é muito mais forte na Alemanha do que em Portugal.

Ainda antes de nos debruçarmos com mais pormenor sobre a controvérsia existente no tocante ao consentimento, importa fazer um enquadramento prévio do consentimento enquanto causa de justificação, por forma a que, com esse pano de fundo, compreendamos melhor as afirmações aqui expendidas.

De acordo com o princípio *volenti non fit iniuria*, a ofensa a um bem jurídicó ocorrida com a vontade do seu titular não constitui um ilícito. De um lado, tal fundamenta-se no sentido de o consentimento constituir uma causa de exclusão da tipicidade (ou elemento negativo do tipo), por outro lado, defendendo-se que o consentimento se trata de uma permissão específica (ou causa de justificação)³⁴¹.

A verdade é que “os limites da relevância do consentimento como conceito específico de direito penal hão-de naturalmente variar em função da importância que se dê, na descrição dos vários tipos legais de crime, aos interesses, bens ou direitos dos indivíduos singulares”³⁴². De outra forma, a

³⁴⁰ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004, p. 196.

³⁴¹ Veja-se Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht”, *GA* 2010, p. 490 e s., p. 490, também publicado em língua espanhola sob o título “Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal”, in: *idem*, *Teoría de las Normas y Sistemática del Delito*, Lima: Ara Editores, 2008, p. 13 e s.

³⁴² Eduardo Correia, *Direito Criminal*, II, Reimp., Coimbra: Almedina, 2000, p. 22.

concepção de direito que se defenda — individualista, social ou personalista³⁴³ — maior ou menor relevo será dado à vontade dos titulares dos bens jurídicos em causa.

Contudo, a importância dada a esta vontade ou, de outra forma, uma compreensão do consentimento enquanto causa de justificação não nos faz sentido senão através de um percurso que inclua uma paragem pela teoria das normas penais.

a. A identificação da norma

Qualquer percurso sobre a teoria das normas pressupõe que se encontre previamente identificado o conceito de norma, assim como os tipos de normas existentes.

Nesta matéria, de forma algo sintética, iremos seguir um caminho que se rege pela ideia de aproximação. A palavra norma, em termos etimológicos deriva do latim *nòrma*, significando, afinal, o esquadro utilizado para medir os ângulos rectos. Todavia, na linguagem corrente, esta palavra é comumente associada em juízo de sinonímia a palavras como regra, paradigma ou mesmo lei (aqui, ainda fora do seu significado jurídico, *i.e.*, como na expressão “lei da vida”). Tomando aqui a lei como um dos significados de norma, verificamos que existem dois tipos de leis — descritivas, como as leis da natureza, e prescritivas, tais como as leis resultantes do exercício do poder legislativo (leis

³⁴³ Concepção esta, de acordo com a sintética formulação de Eduardo Correia, *Direito Criminal*, II, (cit.), p. 23, “no sentido em que o homem limita ou integra os seus valores pelos da sociedade”, [mas que] não deixa de reconhecer que os bens jurídico-criminais nem sempre têm no seu substracto meros interesses jurídicos singulares, mas antes estes, de qualquer forma, muitas vezes são olhados pelo direito penal com um conteúdo resultante do seu cruzamento com os interesses da sociedade”.

do Estado)³⁴⁴ —, sendo que apenas poderemos considerar para o conceito de norma — nesta aproximação à norma penal — as leis prescritivas. Dito de outro modo: apenas aquelas leis que contêm determinações consequenciais sobre o comportamento das pessoas é que poderão integrar a noção de norma que procuramos. De entre as leis prescritivas — e enquanto um tipo principal de norma — encontram-se os preceitos (ou regulamentos), os quais apresentam diversas características distintivas. Desde logo, emanam de uma autoridade legislativa ou legislador. Por outro lado, dirigem-se aos destinatários da norma como forma de orientação de comportamento. Ou seja, o legislador “quer” que os destinatários cumpram a sua vontade (constante dos preceitos), sendo que, para tanto, os preceitos são tornados públicos e lhes é associada uma sanção³⁴⁵.

No direito penal³⁴⁶ podemos identificar dois tipos de normas³⁴⁷: normas de sanção (sancionatórias) e normas de comportamento. As primeiras, dirigindo-se às autoridades judiciais e judiciárias, indicam as condições segundo as quais um determinado comportamento deve ser criminalmente punido. Por seu turno, as normas de comportamento — relativas às exigências de comportamento juridicamente correcto — podem ser subdivididas, segundo o seu conteúdo, em quatro subtipos: proibições (*Verbote*) que proscrevem um determinado comportamento, imperativos (*Gebote*) que prescrevem um determinado comportamento, permissões (*Erlaubnisse*) que autorizam um certo comportamento e isenções (*Freistellungen*)

³⁴⁴ Sobre esta distinção veja-se Georg Henrik von Wright, *Norm und Handlung. Eine logische Untersuchung*, Königstein: Skriptor, 1979, p. 19.

³⁴⁵ Cfr. Georg Henrik von Wright, *Norm und Handlung* (cit.), p. 23.

³⁴⁶ Em que é válida a teoria das normas das ciências sociais — em particular, na esteira de Luhmann — no sentido de as normas (jurídicas) serem expectativas “contrafácticas”. Cfr. Winfried Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (cit.), p. 266 e s.

³⁴⁷ Seguimos aqui de perto a classificação sumária de Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen...” (cit.), p. 493.

que autorizam a omissão de um certo comportamento³⁴⁸. O conteúdo das proibições e permissões penais retira-se da formulação contraditória dos tipos-de-ílicito constantes da Parte Especial³⁴⁹. Ou, dito por outras palavras, a “norma legal tem ínsito um significado que não corresponde, em termos literais, à sua redacção, mas que é o imperativo ou a proibição que lhe subjaz”³⁵⁰.

As causas de justificação enquanto norma de comportamento devem ser ordenadas como permissões³⁵¹. Ora, quando uma situação em concreto determina a aplicabilidade de mais do que uma norma de comportamento, estamos perante uma situação de um conflito de normas. Por exemplo, quando *A* mata *B* em legítima defesa, o conflito — para valoração do caso concreto — gera-se entre uma norma-proibição e uma norma-permissão. A resolução destes conflitos de normas — como aliás, todos os conflitos de normas no ordenamento jurídico — tem, necessariamente, de obedecer ao

³⁴⁸ Cfr. ainda Eberhard Schmidhäuser, “Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht”, *JZ* 1989, p. 419 e s., p. 421. Não obstante, Karl Binding, seguindo a sua teoria de que as normas se distinguem das leis penais, classifica as normas em apenas duas categorias: as proibições ou imposições de comportamento, servindo as leis penais para sancionar a ilicitude gerada pela não observação das normas. Cfr. Karl Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Nachdr. 1885, Aalen: Scientia Verlag, 1991, p. 155 e s. e ainda Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. 1, Nachdr. 4. Aufl. 1922, Aalen: Scientia Verlag, 1991, p. 45. Criticamente, Günther Jakobs, “Bindings Normen und die Gesellschaft”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 387 e s., em especial, p. 397 e s.

³⁴⁹ Veja-se também Urs Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1989, p. 29.

³⁵⁰ José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 147, a propósito das ideias de “texto-norma” e “norma-texto”.

³⁵¹ Ou seja, normas de sentido contrário às proibições.

princípio da não contradição³⁵², respeitando sempre o princípio da unidade da ordem jurídica³⁵³.

Na posse da ordenação normativa do consentimento enquanto causa de justificação, é agora tempo de retomarmos a problemática específica que se lhe encontra subjacente, iniciando, em um primeiro momento, o nosso percurso pela doutrina maioritária portuguesa, com particular destaque para COSTA ANDRADE.

II.1.3.1.1 A posição de Costa Andrade

Nos termos do art. 38º do CP, 1— *Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.* 2 — *O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.* 3 — *O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o*

³⁵² Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen...” (cit.), p. 494, que defende, *op. cit.*, p. 496, para o direito penal, o modelo da coordenação da liberdade de actuação do destinatário da norma com determinados interesses protegidos, ou seja, a coordenação daquele primeiro bem com os bens protegidos pelos respectivos tipos penais.

³⁵³ Sobre este princípio veja-se Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Reimp. 1935, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987, p. 13 e s.; Eduardo Correia, *Direito Criminal*, II (cit.), p. 6 e s.; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 387 e s.; tende-se aqui, fundamentalmente, para uma formulação negativa do princípio, como tal já defendida por Eduardo Correia, ou seja, a de que a permissão ou autorização de uma conduta pelo direito (outra ordem normativa que não o direito penal, como, p. ex., o direito civil ou o direito administrativo) exclui a sua antijuricidade e punibilidade penais. Cfr. ainda Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, 4ª. Ed, Reimp., Coimbra: Almedina, 2010, p. 167; Günther Jakobs, *Strafrecht* (cit.), p. 349 e s.; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts* (cit.), p. 327. Por outro lado, este princípio afirma ainda uma ideia de conexão sem contradições (congruência material) entre as normas jurídicas, onde os conflitos deverão ser mediados pela dogmática. Cfr. José de Faria Costa, *O Perigo* (cit.), p. 220 e s. [nota 32].

discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o prestar.
4 — *Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.*

Explorando um pouco mais o “estatuto dogmático-sistemático do consentimento”³⁵⁴ verificamos que o mesmo depende do fundamento da relevância — ou seja, da sua eficácia justificante — que lhe seja atribuída no contexto jurídico-penal. Pergunta-se, então: qual a razão pela qual o consentimento *exclui a ilicitude*? Poder-se-á afirmar que se trata de uma intenção político-criminal de conferir prevalência ao direito de autodeterminação do titular do bem nos casos em que estejamos perante bens jurídicos disponíveis³⁵⁵. A verdade é que o consentimento é uma instituição complexa: pode manifestar-se como causa de afastamento da tipicidade (causa de atipicidade) — no caso será mais exacto falar-se em acordo — ou como causa de exclusão da ilicitude (causa de justificação) — aqui, com propriedade, designado de consentimento. Em qualquer um dos casos se trata de uma manifestação de vontade do titular do bem jurídico que assume especial relevância jurídico-penal³⁵⁶. De qualquer modo, em caso algum deverá

³⁵⁴ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 472.

³⁵⁵ Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 471 e s., *maxime*, p. 472: “a lei penal resolve o conflito concedendo prevalência à realização do «sistema social» e confere a conseqüente justificação ao facto típico praticado”.

³⁵⁶ Ainda que alguns autores façam uma distinção tríplice, designadamente entre acordo, consentimento como causa de atipicidade e consentimento justificante. A este propósito refere, p. ex., Jakobs que o consentimento como causa de atipicidade se manifesta nos casos em que o consentimento afasta o ilícito, ou seja, o desvalor de acção e o desvalor de resultado. Cfr. Günther Jakobs, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 243 e s. Segundo este Autor, apenas estaremos perante um consentimento justificante naqueles casos em que o bem jurídico não tenha valor de troca, ou seja, que a sua “lesão” não possa nem ser vista como meio de desenvolvimento da pessoa, nem ser encarada como ordinária. Para este efeito, dá o exemplo do consentimento na remoção de um rim, o qual terá — face à sua excepcionalidade com vista aos pressupostos acima indicados — de ser compreendido como um consentimento justificante. Veja-se Günther Jakobs, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 244 e 434 e s. Contudo, Figueiredo Dias afasta expressamente esta tripartição — entre nós, defendida por Taipa de Carvalho, ainda que em moldes ligeiramente diferentes (Cfr. II, § 784 e s.) — desde logo, devido à criação de uma causa de justificação supra legal. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), [nota 12], p. 475.

entender-se o acordo e o consentimento como conceitos antagónicos. Pelo contrário, os mesmos espelham designações para formas funcionalmente diferentes de manifestação positiva de vontade com efeito de afastamento do tipo³⁵⁷. E, no caso concreto do consentimento justificante, é pertinente falar-se de um conflito entre a autonomia (auto-realização) pessoal e a lesão efectiva do bem jurídico protegido³⁵⁸.

Segundo a posição defendida pela maioria da doutrina nacional³⁵⁹, paradigmaticamente pela voz de COSTA ANDRADE, o consentimento deve ser compreendido — no âmbito do paradigma dualista que integra o acordo e o consentimento — como causa de justificação³⁶⁰ que, reconhecendo o conflito entre “sistema pessoal” e “sistema social”, dá prevalência à auto-realização do titular do bem³⁶¹. Assim, enquanto ao consentimento se encontra subjacente uma ideia de conflitualidade — ou “relação de descontinuidade entre a autonomia pessoal e o bem jurídico típico”³⁶² — o acordo “assegura a

³⁵⁷ Assim, Urs Kindhäuser, “Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung”, in: Klaus Rogall *et al.*, *Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, 2004, p. 135 e s., p. 137.

³⁵⁸ Se quisermos, o reflexo do princípio *volenti non fit iniuria*. O que pode já não acontecer no caso do acordo, uma vez que aí a conduta do agente se orienta na mesma direcção daquela da protecção do bem jurídico, portanto, afastando o conflito. O exemplo paradigmático trazido à colação a este propósito é, justamente, o crime de violação de domicílio (art. 190º, n.º 1, do CP): se *A* entra como convidado na casa de *B* não lesa o bem jurídico da intimidade da vida privada, antes contribui para a sua realização. Veja-se Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 474 e ainda Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 190 e s.

³⁵⁹ Por todos, Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 137 e s., Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 472 e s. e ainda Maria Paula Ribeiro de Faria, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Porto: UCE, 1993, p. 245 e s.

³⁶⁰ Que, enquanto tal, reflecte, como manifestação do instituto da justificação, a “prevalência do interesse juridicamente preponderante”. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 391.

³⁶¹ De outro modo, o consentimento apresenta-se como um conflito de interesses, ou seja, o interesse na preservação dos bens jurídico-penais e, por outro lado, o interesse de autonomia pessoal e vontade (auto-realização) do titular do bem jurídico lesado. Cfr. Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 176 e s. O que implica então que, havendo justificação da conduta, se verifica a lesão do bem jurídico protegido.

³⁶² Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 516.

continuidade entre a autonomia pessoal e o bem jurídico protegido e, reflexamente, a congruência entre a mesma autonomia e o programa sistémico-social de tutela penal. O que exclui, por definição os coeficientes de conflitualidade próprios do consentimento”³⁶³.

Um dos factores que diferencia o direito penal português³⁶⁴ é, precisamente, a consagração do consentimento como causa de justificação na Parte Geral do Código Penal³⁶⁵. Os principais aspectos dos artigos 38º (Consentimento) e 39º (Consentimento presumido) do Código Penal são: (i) o facto apenas pode ser justificado quando se refira a bens jurídicos disponíveis e não seja contra os bons costumes; (ii) o consentimento pode ser expresso através de qualquer forma, conquanto esta seja reflexo de uma vontade séria, livre e esclarecida do titular, podendo o mesmo ser revogado até à consumação do facto; (iii) a eficácia do consentimento depende de o titular do bem jurídico ser maior de 16 anos e ter maturidade para compreender o alcance do consentimento³⁶⁶; (iv) o consentimento presumido é equivalente ao consentimento expresso.

Reunidos estes pressupostos, o consentimento deve, então, ser compreendido como verdadeira causa de exclusão da ilicitude, ou causa de justificação.

³⁶³ Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 517.

³⁶⁴ Comparativamente a outros ordenamentos jurídicos, como o alemão ou o espanhol, onde o consentimento apenas surge na Parte Especial dos respectivos Códigos penais. Assim, na Alemanha, cfr. § 228 StGB (no âmbito dos crimes contra a integridade física) e, em Espanha, veja-se o art. 156 do Código Penal. Já em Itália podemos encontrar o consentimento na Parte Geral (art. 50 do Codice Penale), aí se dispendo que *Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne*. Cfr. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., Montevideo: Editorial B de F, 2004, p. 503 e s.; Giorgio Marinucci/Emilio Dolcini, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 153 e s.

³⁶⁵ Desde o Código Penal de 1982, que veio a consagrar expressamente o art. 38º do CP.

³⁶⁶ Ou, em outra formulação, a sua capacidade de discernimento enquanto doente, para o efeito da problemática que nos ocupa no presente trabalho. A este propósito veja-se ainda o art. 46º, n.º 1, do Código Deontológico.

II.1.3.1.2 A posição de Urs Kindhäuser

Como abordámos em termos introdutórios, a controvérsia sobre a natureza jurídica do consentimento na Alemanha é muito acentuada face à falta de uma disposição específica na Parte Geral do respectivo Código Penal, à semelhança do que acontece no Código Penal português.

De modo sintético pode dizer-se que, na Alemanha, existem três posições principais a este propósito: (i) o consentimento significa uma renúncia a protecção jurídica; (ii) o consentimento segue o princípio do interesse preponderante e (iii) o consentimento exclui uma lesão do bem jurídico³⁶⁷.

Existe ainda uma outra posição na dogmática penal alemã³⁶⁸. De acordo com esta posição, defendida, por sobretudo, pela voz de URS KINDHÄUSER, o consentimento é uma causa de cancelamento da norma (*Normaufhebungsgrund*). Com efeito, as normas de comportamento penais são coordenações de interesses generalizadas. Nesta sequência, o consentimento refere-se à coordenação dos interesses entre o agente e o titular do bem jurídico. Ora, partindo-se desta ideia de que as normas de comportamento são coordenações de interesses generalizadas, postula-se, no pensamento de

³⁶⁷ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzbereiche* (cit.), p. 197. Havendo ainda uma linha, na esteira de Jakobs, que entende que o substracto estrutural dogmático do consentimento é o poder de definição delegado sobre o âmbito de validade semântico de uma norma de comportamento penal garantida. Cfr. Bernd Müssig, *Mord und Totschlag*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 344 e s., o que levaria a que, p. 345, o significado jurídico-penal do consentimento não estaria tanto na disposição sobre bens jurídicos, mas antes na conformação dos comportamentos jurídicos entre o que consente e aquele a quem é consentido

³⁶⁸ Referimo-nos aqui à posição de Urs Kindhäuser, inicialmente formulada na conferência “Form, Inhalt und systematische Stellung der Einwilligung im Strafrecht”, gentilmente cedida pelo Autor por ocasião do Workshop “Questões em torno da Vida e da Morte em Direito Penal”, realizado em Coimbra, em Maio de 2008, e que veio a ser publicada no recente texto “Normtheoretische Überlegungen...” (cit.).

KINDHÄUSER, uma valoração abstracta dos bens concorrentes³⁶⁹. Ou seja, aos diversos bens é conferido um valor que espelha a sua ordenação constitucional, ainda que estas valorações possam diferir substancialmente das preferências dos cidadãos em concreto. O que se traduz, juridicamente, no seguinte dilema: por um lado, o direito tem de determinar em termos gerais, abstractos e vinculativos como são de valorar os interesses conflitantes e qual a sua relação recíproca, em especial, em que medida o valor do bem jurídico protegido deve ter precedência face à liberdade de acção do agente; por outro lado, o bem jurídico não é protegido pelo seu valor abstracto, mas antes enquanto meio para o livre desenvolvimento do seu titular. Assim, para a resolução deste problema, propõe KINDHÄUSER que a validade de uma norma que traduza a valoração generalizada de bens seja colocada sob a condição de esta valoração não contradizer as preferências (expressamente manifestadas) do titular de um bem jurídico concreto atingido. Deste modo, com o consentimento cairia a razão de cumprir a norma no caso concreto, ainda que a conduta continuasse a ser vista como típica³⁷⁰. Ou seja, o consentimento deixa o conteúdo da norma e, conseqüentemente, o tipo-de-ilícito intocados e cancela apenas a validade da norma de proibição³⁷¹.

De acordo com esta posição, o consentimento presumido constitui manifestação de intervenção em autonomia alheia e não de autonomia própria, pelo que a sua caracterização como justificação carece de fundamentação própria. No caso do consentimento presumido, a intervenção na autonomia vê-se compensada pela supressão de uma situação de necessidade no interesse do titular do bem jurídico. Por estarem em perigo dois bens jurídicos do mesmo titular, têm de ser respeitadas as preferências individuais (autónomas) desse mesmo titular, pelo que a decisão tem de ser

³⁶⁹ Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen...” (cit.), p. 502.

³⁷⁰ Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen...” (cit.), p. 503.

³⁷¹ Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen...” (cit.), p. 504.

tomada de acordo com essas mesmas preferências, para que se possa justificar a intervenção na autonomia alheia (do titular dos bens jurídicos)³⁷².

Ainda próximo do consentimento encontra-se o acordo. A razão de proximidade encontra-se no facto de que ambos excluem o ilícito por o agente actuar com a vontade — ou, pelo menos, não indo contra esta vontade — do titular do bem jurídico. Mas enquanto que o consentimento actua fora do conteúdo da norma — justamente por se referir à razão de validade da norma, o acordo representa a contraface de um determinado elemento do tipo³⁷³.

Julgamos que, não obstante o interesse dogmático desta posição, a mesma não pode ser aplicada *qua tale* no âmbito do ordenamento jurídico-penal português na medida em que o nosso Código Penal ordena o consentimento, a par da legítima defesa, do direito de necessidade e do conflito de deveres, como causa de justificação. Poder-se-á sempre argumentar que o argumento sistemático não é um argumento da razão forte, com o que, aliás, concordamos. Contudo, também nos parece que o consentimento segue o princípio do interesse preponderante que justifica o comportamento do agente, excluindo a ilicitude do mesmo. E não que esteja em causa um cancelamento da norma de proibição fundado numa condição colocada sob a validade da norma. Pois que senão teríamos um sistema de normas válidas em abstracto e não válidas em concreto, o que, em nosso modo de ver, não se compagina com o sentido da exclusão da ilicitude: as normas em causa são sempre válidas, sendo que a exclusão de ilicitude se refere ao comportamento do agente e não à norma.

³⁷² Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen...” (cit.), p. 505 e s.

³⁷³ Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen...” (cit.), p. 506. Aliás, também no sentido de Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 362 e s.

II.1.3.1.3. *Consentimento e vida humana*

Como já foi visto *supra*, o consentimento constitui uma manifestação do direito à autodeterminação e, especificamente quanto ao problema da eutanásia, é uma forma de autonomia do doente. Neste contexto, já aqui observamos que, para que não configure uma conduta ilícita, cada acto médico carece do consentimento do doente³⁷⁴.

O consentimento é, assim, uma causa de justificação³⁷⁵, em relação à qual devem estar reunidos dois pressupostos: (i) tem de ser prestado antes do acto médico, e (ii) o visado tem de ter a capacidade de o prestar³⁷⁶. No que diz respeito ao objecto do consentimento, também existem dois requisitos para a sua validade, nomeadamente tratar-se de um bem jurídico individual — ou pessoal, na terminologia aqui adoptada — que seja disponível para o seu titular³⁷⁷.

Se observarmos tanto o art. 134º do Código Penal, como o § 216 StGB mais de perto, verificamos, de imediato, que o “§216 exclui não apenas o consentimento, como também o pedido expresso como fundamento de legitimação de um homicídio a pedido”³⁷⁸. O que se aplica, de igual modo, ao art. 134º do CP. Assim, por outras palavras, “a punibilidade do homicídio a

³⁷⁴ Para que esta manifestação de vontade possa ser válida, “die ärztliche Heilbehandlung setzt grundsätzlich eine hinreichende ärztliche Aufklärung voraus, um den Patienten Art, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs in seinen Grundzügen erkennbar zu machen und ihm so eine Abschätzung von Für und Wider des Eingriffs zu ermöglichen”, LPK-StGB/Kindhäuser, § 228, n.º m. 8.

³⁷⁵ Assim, NK-Gesamtes Strafrecht/Dölling, § 228, n.º m. 1; LK-StGB/Hirsch, § 228, n.º m. 1. Cfr. também Urs Kindhäuser, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 108.

³⁷⁶ Veja-se NK-Gesamtes Strafrecht/Dölling, § 228, n.º m. 4 e 5; sobre o consentimento quanto ao acto médico, NK-StGB/Paeffgen, § 228, n.º m. 62 e s.

³⁷⁷ Sobre este assunto NK-StGB/Paeffgen, § 228, n.º m. 6.

³⁷⁸ Reinhard Merkel, “Aktive Sterbehilfe. Anmerkungen zum Stand der Diskussion und zum Gesetzgebungsvorschlag des «Alternativ-Entwurfs Sterbebegleitung», in: Andreas Hoyer (Hrg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 297 e s., p. 307.

pedido, logo, *a fortiori* com o consentimento da vítima, constitui uma excepção ao princípio geral segundo o qual a lesão consentida de um bem jurídico se encontra justificada”³⁷⁹. Esta excepção pode ser explicada com a protecção do próprio e com um afastamento de decisões precipitadas³⁸⁰, apesar de também poder ser vista como paternalista³⁸¹ ou até mesmo como inconstitucional³⁸².

Deste modo, se o bem jurídico vida é um bem jurídico pessoal, que não pertence à colectividade, terá de se perguntar, em relação ao art. 134º do Código Penal (ou ao § 216 StGB), então porque é que aquele que consente na sua morte é sempre incapaz de consentir³⁸³ ou se existe um outro fundamento para que exista uma limitação do consentimento. Segundo STERNBERG-LIEBEN, “o limite da disponibilidade do titular sobre o bem jurídico individual não é paternalista, no sentido de uma protecção da vítima relativamente à sua própria desrazoabilidade, mas antes é de legitimar como servindo a terceiros

³⁷⁹ NK-StGB/Neumann, § 216, n.º m. 1. Em qualquer caso, existem sempre autores que procuram uma solução através do consentimento para o § 216. Sobre este assunto Reinhard Merkel, “Aktive Sterbehilfe...” (cit.), p. 306 e s. e Ulfrid Neumann, “Sterbehilfe im rechtfertigenden Notstand (§34 StGB), in: Holm Putzke *et al.*, *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 575 e s., p. 578 e s. De qualquer modo, também somos de opinião que, em relação ao § 216, “der unmissverständliche Sinn des Gesetzes besagt einfach, dass jede Legitimation einer Tötung auf Verlangen allein über die Einwilligung des Getöteten rechtlich ausgeschlossen ist”; Reinhard Merkel, “Aktive Sterbehilfe...” (cit.), p. 306.

³⁸⁰ LPK-StGB/Kindhäuser, § 216, n.º m. 2. Aqui se escreve: “Der Entschluss des Sterbewilligen soll erst dann in vollem Umfang als verbindliche Entscheidung zur Aufgabe seines Lebens anzusehen sein, wenn er auch maßgeblich mit eigener Hand vollzogen wird”.

³⁸¹ A este propósito, Andrew von Hirsch/Ulfrid Neumann, “«Indirekter» Paternalismus im Strafrecht am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)”, *GA* 2007, p. 671 e s.

³⁸² Veja-se Reinhard Merkel, *Frühenthanasie* (cit.), p. 395 e s.

³⁸³ Rudolph Schmitt, “Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?”, in: Friedrich-Christian Schroeder/Heinz Zipf, *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe: C.F.Müller, 1972, p. 113 e s., p. 118. Também Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 613 considera que “wer in eine Tötung einwilligt, befindet sich regelmässig im Zustand seelischer Depression”.

(Garantia da vida de todas as pessoas)”³⁸⁴. Como consequência, o titular do bem jurídico que consente não pode dispor sobre esta protecção de terceiros perante términos de vida não desejados³⁸⁵.

Assim, o consentimento, apesar de ser uma causa de justificação, não afasta, contudo, a ilicitude no que à própria vida diz respeito³⁸⁶.

Para KINDHÄUSER, a razão para tanto residiria no facto de ser do interesse geral manter, de forma ilimitada, o padrão de comportamento do homicídio como tabu³⁸⁷. Na verdade, não existem motivos para limitar ao próprio a relação com o seu corpo e com a sua vida que estabelece através de comportamentos próprios. Nesta medida, falta aqui uma contradição entre a liberdade de actuação e um interesse protegido, mais, no caso da identidade da pessoa, a liberdade de acção e o interesse protegido caem sob o mesmo tecto³⁸⁸. Todavia, a resolução da ineficácia do consentimento com recurso a um interesse geral — que impediria, assim, que a norma de proibição fosse cancelada — apresenta, na sua própria construção, a semente da sua negação. Com efeito, também se poderia afirmar que nos casos de a morte por mão terceira ser a única forma de exercício da liberdade de acção do titular do interesse — ou bem — protegido, aquele interesse geral vir, afinal, a determinar a instrumentalização da pessoa titular do bem, logo, gerando uma contradição interna no sistema proposto por KINDHÄUSER: se, então, o bem jurídico não é protegido pelo seu valor abstracto, mas antes como meio do

³⁸⁴ Detlev Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 120.

³⁸⁵ Detlev Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht* (cit.), p. 120. E também segundo Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 612, pois “hinter dem Verbot der Fremdtötung steht nicht bloss der Gedanke des Respekts vor dem Leben sondern genauer der der Wahrung des Respekts von dem Leben der Mitmenschen”.

³⁸⁶ Para os que entendem o consentimento como forma de conformação de comportamentos, o § 216 StGB apresenta-se como um “corpo estranho” em termos sistemáticos. Assim, Bernd Müssig, *Mord und Totschlag* (cit.), p. 351.

³⁸⁷ Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen...” (cit.), p. 504.

³⁸⁸ Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen...” (cit.), p. 504.

livre desenvolvimento do seu titular, a protecção desse bem acabaria, em *ultima ratio*, por obstar a esse mesmo livre desenvolvimento, tratando-se, afinal, de uma norma de protecção contra o próprio titular. Ora, dificilmente se poderá aceitar, em um direito penal liberal, que o titular de bens jurídicos seja protegido de si próprio e, muito menos, que uma pessoa possa ser instrumentalizada por mor de um interesse geral na manutenção de um tabu de comportamento.

Por isso, temos para nós que assiste razão àqueles que, como COSTA ANDRADE³⁸⁹, fazem radicar o fundamento para a ineficácia do consentimento quanto a certos bens na diferenciação entre autolesão e heterolesão consentida. Na verdade, “[e]ntre a autolesão e a heterolesão subsistem, com efeito, — a par do momento de comunicabilidade e de mesmidade que é expressão da autonomia — insuperáveis e não menos significativos elementos de alteridade, descontinuidade e diferenciação”³⁹⁰. Ou seja, “a autolesão é uma *acção* cuja trajectória significativa se circunscribe ao interior do sistema pessoal (...) [pelo que] será normal concluir-se pela irrelevância da acção no contexto do sistema social. (...) Por seu turno e diferentemente, a heterolesão consentida configura tanto em termos reais como simbólicos uma *interacção* complexa”³⁹¹. O que representa, então, que, detentores desta pré-compreensão, se possa afirmar que a heterolesão consentida tem limites de aceitação sistémicos, justamente, nos casos em que se defrontam com os

³⁸⁹ Ou também Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 612 e já antes em “Einwilligung und Selbstbestimmung”, in: Günther Stratenwerth *et. al.*, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1974, p. 775 e s., p. 778.

³⁹⁰ Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 213.

³⁹¹ Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 214 (itálicos do Autor). Neste último ponto, também Jakobs — apesar de a sua posição quanto ao crime de homicídio a pedido da vítima se afastar destas considerações, cfr. Günter Jakobs, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1998, p. 33. — acentua que a heterolesão representa sempre uma relação social. Veja-se Günther Jakobs, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 359 e s.

princípios (valores) fundantes da ordem jurídica, como o princípio da intangibilidade da vida humana alheia³⁹².

Estas questões, ora perfunctoriamente indiciadas, representam, afinal, o cerne da problemática que procuramos compreender a respeito do crime de homicídio a pedido da vítima. Todavia, por ainda existirem questões prévias a resolver antes de nos podermos, com propriedade, debruçar sobre a problemática nuclear, é agora o momento de seguirmos para outra forma de manifestação da autodeterminação, *in casu*, o testamento biológico.

II.1.3.2. O testamento biológico

No caso de o paciente já não ter possibilidade de se exprimir, coloca-se a questão de outras formas possíveis de manifestação da sua vontade e, correlativamente, do exercício do direito à autodeterminação.

O testamento biológico corporiza uma expressão da vontade do doente. Todavia ainda não é reconhecido em Portugal como sendo vinculativo³⁹³. Uma vez que “todas as intervenções médicas carecem do consentimento (presumido) do paciente”³⁹⁴, também para os casos de diminuição da dor, este testamento pode desempenhar um papel importante. Em especial quando se aceite — como aqui — “o primado ilimitado da vontade do paciente”³⁹⁵.

Assim, o alargar permanente da consciência sobre si próprio tem feito levantar o problema — que já se vem discutindo, com acuidade, há três

³⁹² Cfr. também Hans-Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 612.

³⁹³ Apesar de já existirem propostas nesse sentido para discussão parlamentar.

³⁹⁴ Heinz Schöch/Torsten Verrel, “Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB)”, *GA* 2005, p. 553 e s., p. 561.

³⁹⁵ Heinz Schöch/Torsten Verrel, AE-StB (cit.), p. 563.

décadas — da legitimidade, ou, por outras palavras, da admissibilidade de a pessoa reivindicar, ao lado do clássico e indiscutido testamento sobre o “ter”, análogo tratamento para um testamento sobre o “ser”.

No fundo, o testamento biológico trata-se de uma disposição sobre a vida do próprio feita pelo próprio em vida. Face aos já amplamente referidos avanços das ciências médicas, que têm permitido, *inter alia*, o prolongamento imenso da vida e até a sua manutenção artificial, o “eu” avoca a uma legitimidade para dispor sobre a manutenção e o seu fim de vida.

Assim, esta figura — que tem encontrado diversas designações, como “testamento biológico”, “testamento de vida”, “testamento do paciente” ou ainda “directivas antecipadas de vontade”³⁹⁶ — vem a interferir com as grandes questões relacionadas com o fim da vida, contribuindo, assim também, para a delimitação negativa da questão da eutanásia³⁹⁷.

Deste modo, torna-se manifesto que a devida e completa apreensão do problema se apresenta como fundamental para a sua correcta compreensão: procurar saber até que ponto e em que medida deve ser admitido o testamento biológico no ordenamento jurídico português.

Tem-se atribuído a origem do conceito de testamento biológico a um advogado de Chicago, LUIS KUTNER, que utilizou, pela primeira vez, o termo *living will* em 1967, sendo que já se havia debruçado sobre o tema nos anos

³⁹⁶ Existem ainda outras designações menos comuns, como “testamento eutanásico”, “carta de paciente”, “declaração de paciente” e “disposição pessoal com valor testamentário”. Cfr. Axel Thias, *Möglichkeiten und Grenzen eines Selbstbestimmten Sterbens durch Einschränkung und Abbruch medizinischer Behandlung*, Frankfurt: Peter Lang, 2004, [nota 545], p. 101.

³⁹⁷ Nesta sede, iremos preferir a designação de testamento biológico. Desde logo, por ser aquela que nos parece ser mais adequada. Se, de facto, o testamento é sobre a vida, versa, sobretudo, sobre o seu fim, pelo que a designação “testamento de vida” nos aparenta ser pouco exacta. Além disso, o testamento sobre o termo da vida pode ser feito em momento em que o testador ainda não assumiu a qualidade de paciente, razão pela qual julgamos que a expressão “testamento de paciente” não reflecte, da forma mais correcta, a realidade que se pretende abarcar.

30³⁹⁸. O certo é que o movimento pelos direitos dos pacientes se começou a afirmar em meados da década de 70 do século passado nos Estados Unidos, paralelamente com outros movimentos cívicos que aí se manifestavam³⁹⁹. Esta discussão teve eco na Europa, originando a aprovação de dois documentos no Conselho da Europa: a Recomendação 779 (1976) e a Resolução 613 (1976), ambas relacionadas com a temática do fim de vida.

Desde então, têm já sido aprovados diversos documentos internacionais, de entre os quais salientamos a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina, aberta à assinatura dos Estados-Membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997⁴⁰⁰. Importa, primordialmente, o disposto no art. 9º desta Convenção, que servirá de mote para algumas reflexões que iremos expender sobre esta temática. Estabelece o referido artigo que: *a vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta*. Pergunta-se, então, o que significa, verdadeiramente, “ser tomado em conta”?

Na verdade, quando falamos em testamento biológico temos de ter presentes as grandes críticas que são feitas relativamente à sua força ou

³⁹⁸ Cfr. Bettina Eisenbart, *Patienten- Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten. Alternativen zur Verwirklichung der Selbstbestimmung im Vorfeld des Todes*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 31.

³⁹⁹ Relativamente ao movimento dos direitos do paciente nos EUA consultar Robert Veatch, “Ethical dimension of Advance Directives and Surrogate Decision Making in the US”, in: Hans-Martin Sass (Ed.), *Advance Directives and Surrogate Decision Making in Health Care*, Baltimore, London: The John Hopkins University Press, 1998, p. 66 e s., p. 67. Sendo que o primeiro Estado americano a legislar sobre a matéria das “directivas antecipadas de vontade” foi a Califórnia, em 1976. Cfr. André Gonçalo Dias Pereira, “Declarações Antecipadas de Vontade: meramente indicativas ou vinculativas?”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 49 e s., p. 50.

⁴⁰⁰ Tendo esta Convenção sido aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro.

validade. Pois que uma análise séria desta questão que pretenda conduzir a uma posição consolidada sobre o tema não poderá evitar, no seu percurso, aqueles que são os seus grandes problemas e que imperativamente condicionam o seu sentido. E estes problemas ou críticas encontram-se precisamente no patamar da actualidade da vontade e, por conseguinte, do consentimento.

Desde logo, a distância temporal que medeia entre a verdadeira e real manifestação de vontade e aquele momento em que aquela vontade irá ser interpretada e realizada. Com efeito, quando se trabalha com as questões do “ser”, a actualidade é peça essencialíssima para se aferir da validade da vontade. E porquê? Porque, em termos conceptuais, o testamento biológico — tal como o testamento sucessório — é uma declaração antecipada de vontade⁴⁰¹.

Se quisermos avançar com uma definição ou conceito de testamento biológico diremos que é uma declaração feita em um momento de saúde ou, pelo menos, antes da fase terminal de uma doença, por uma pessoa capaz em que é manifestada uma vontade séria, livre e esclarecida no sentido de, em caso de doença em que se venha a encontrar inconsciente e, portanto, incapaz de manifestar a sua vontade, lhe serem ou não administrados determinados cuidados de saúde⁴⁰².

⁴⁰¹ Aliás, cada vez mais vem encontrando eco a designação de “directiva antecipada de vontade” para espelhar esta realidade, na qual alguns autores incluem a nomeação de procurador de cuidados de saúde, figura que já vem encontrando aplicação em alguns países da Europa e nos Estados Unidos da América, como se poderá observar *infra*, no Capítulo V.

⁴⁰² Bettina Eisenbart, referindo-se a uma definição de *Patiententestament*, refere que a manifestação de vontade transmitirá que, em determinadas situações de doença, o paciente não deseja receber mais tratamento quando este venha a ter como consequência o prolongamento artificial da vida do paciente. No entanto, ainda que, como já referimos, o testamento biológico seja um “instituto” que se coloque com grande acuidade nas questões da manutenção ou prolongamento artificial da vida — logo, muito próximo dos problemas da eutanásia — cremos, todavia, que em termos conceptuais, não se deverá limitar o testamento biológico a esse aspecto. Por este motivo, aproximamo-nos mais da posição da Associação Portuguesa de Bioética, quando avança com uma noção — no seu projecto de diploma n.º P/06/APB/06,

O que, em passo contínuo, nos conduz à formulação de diversas questões:

- por que razão o testamento sucessório, sendo também uma declaração antecipada de vontade, é plenamente eficaz e, por outro lado, se a eficácia do testamento biológico poderá ser condicionada pela sua forma;
- o testamento biológico poderá admitir qualquer declaração antecipada de vontade relativa a cuidados de saúde, inclusive, sobre o consentimento referente à administração de tratamentos experimentais;
- exigindo-se a forma escrita para o documento, poderá o mesmo ser tacitamente revogado através de forma oral;
- qual a posição jurídica do médico que desrespeite um testamento biológico;
- e, por fim, qual o limite — se é que existe — de o “eu” ter controlo sobre a sua vida?

É, pois, através do tratamento destas questões que iremos procurar um caminho para a resposta ao problema inicial colocado.

a. Testamento sucessório vs. testamento biológico e a forma deste último

Um dos motivos que tem levado a uma aproximação comparativa entre estes dois institutos funda-se na força da linguagem. Efectivamente, por na origem do instituto do testamento biológico ter sido utilizada a expressão *will* (testamento), a evolução da discussão sobre este instituto não mais logrou

que regula o exercício do direito a formular directivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e cria o correspondente registo nacional (disponível em www.apbioetica.org) — de documento no qual uma pessoa “manifesta antecipadamente a sua vontade séria, livre e esclarecida no que concerne aos cuidados de saúde que deseja ou não receber no futuro, no caso de, por qualquer causa, se encontrar incapaz de a expressar pessoal e autonomamente”.

uma cisão absoluta com a símile relativa ao testamento sucessório. Mas mais do que uma questão semântica, a comparação apresenta alguma pertinência.

O testamento [sucessório] é, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 2179º do Código Civil, *o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles*. Refere ainda o n.º 2 deste artigo que *as disposições de carácter não patrimonial que a lei permite inserir no testamento são válidas se fizerem parte de um acto revestido de força testamentária, ainda que nele não figurem disposições de carácter patrimonial*. Ao que acresce que o testamento [sucessório] é um acto público, por outras palavras, carece de forma pública (cfr. arts. 2204º e s. do Código Civil).

Todavia, fundamental a salientar é a expressão contida no n.º 1 do art. 2179º do Código Civil: o testamento é um acto pelo qual a pessoa dispõe *para depois da morte*. Este é, sem dúvida, o principal aspecto que aparta o testamento sucessório do testamento biológico. Na verdade, o testamento biológico deve — em harmonia com a conceitualização já avançada — produzir os seus efeitos ainda durante a vida do testador e não, como sucede com o testamento sucessório, apenas produzi-los após a morte. Por esta razão vemo-nos inclinados a entender que não poderão ser aplicadas *qua tale* as regras formais do testamento sucessório ao testamento biológico ou, de outro modo, não deverá o testamento biológico ser sujeito a estas regras formais^{403 404}.

Têm sido, contudo, avançadas diversas hipóteses por diferentes autores, relativas à forma do testamento biológico e existe um aspecto para que todos parecem confluír: a necessidade de se tratar de um documento escrito⁴⁰⁵. No que concerne a outros aspectos formais como, por exemplo, o

⁴⁰³ No mesmo sentido, Bettina Eisenbart, *Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten* (cit.), p. 16.

⁴⁰⁴ Todavia, Wolfgang Putz e Beate Steldinger apontam para um entendimento segundo o qual a validade do testamento biológico é tanto maior quanto melhor (mais completa) for a sua forma legal, in: *Patientenrechte am Ende des Lebens*, 2. Aufl. München: C. H. Beck, 2004, p. 110.

⁴⁰⁵ Apesar de não se poder afirmar peremptoriamente que um testamento biológico sem forma escrita deverá ser considerado como inválido ou até mesmo inexistente.

reconhecimento notarial ou a exigência de testemunhas, já não poderemos afirmar existir consenso na doutrina⁴⁰⁶.

A questão da forma escrita é, naturalmente, um modo de assegurar a fiel reprodução de vontade manifestada. Diríamos até que é esta a forma que permite assegurar que outro dos pressupostos basilares de uma vontade séria, livre e esclarecida esteja preenchido: a capacidade do testador.

A este propósito não podemos pensar que basta uma afirmação de capacidade para que possamos julgar ter este aspecto ultrapassado. Temos sim de nos questionar quando é que se deve considerar existir — nesta matéria — capacidade para consentir. Socorrendo-nos das disposições que regulam a capacidade para testar, verificamos que, nos termos dos arts. 2188º e 2189º do Código Civil, apenas são incapazes de testar os menores não emancipados e os interditos por anomalia psíquica. No entanto, considerando que se trata, no testamento biológico, de uma disposição sobre o “ser”, concretamente sobre a vida do testador, não deverá, antes, a capacidade para consentir ser encontrada no ordenamento jurídico-penal, que encontra no seu *Codex*, de forma clara e inequívoca, a constatação de que o bem jurídico-penal mais fortemente protegido é o da vida humana?

Procurando uma resposta no Código Penal vemo-nos, não obstante, confrontados com outra dúvida: a capacidade que buscamos atinge-se aos 16 anos, nos termos do n.º 3 do art. 38º e do n.º 2 do art. 135º, ambos do Código Penal? Ou ainda, um jovem com 16 ou mesmo 18 anos terá o discernimento necessário para dispor sobre o seu fim de vida⁴⁰⁷? É esta uma das dúvidas que

⁴⁰⁶ Por exemplo o recente modelo legal germânico (em vigor desde Setembro de 2009, através da alteração de 19 de Junho de 2009 do BGB, em que foram aditados os §§ 1901a e 1901b, e alterado o § 1904), apenas exige a forma escrita.

⁴⁰⁷ Esta última questão foi também colocada, com pertinência, entre nós, por Teresa Quintela de Brito, in: “Interrupção de Alimentação e Hidratação Artificiais de Pessoa em Estado Vegetativo Persistente”, In: *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 119 e s., p. 137.

poderá contender com uma validação a manifestação de vontade contida no testamento biológico⁴⁰⁸.

Não querendo deixar de nos pronunciar, ainda que sucintamente, sobre esta questão, somos de opinião que terá aqui de se construir um *topos* cuja racionalidade material seja conformada pela discursividade penal. Assim, no que toca à forma do testamento biológico, pensamos que dois factores matriciais constituem pressuposto da sua validade: a forma escrita (ainda que possa não se exigir a forma pública) e a capacidade do testador⁴⁰⁹.

b. O conteúdo do testamento biológico

Através deste percurso, fomos sendo confrontados com delimitações conceituais sobre o que deva entender-se por testamento biológico. Repristinando algumas considerações, podemos resumir a questão da seguinte forma: o testamento biológico apenas poderá dispor relativamente à prestação de cuidados de saúde em fim de vida ou poderá também ter como objecto um consentimento prévio à administração de tratamentos experimentais (ainda que estes possam não ter como finalidade a salvação da vida, mas unicamente a reposição de um estado de saúde previamente existente)⁴¹⁰?

Não é hoje novidade o facto de progressivamente existirem pessoas que temem mais o prolongamento artificial da vida do que propriamente a morte⁴¹¹. Daí que a evolução da conceitualização de testamento biológico

⁴⁰⁸ Referindo-nos ao projecto de diploma da Associação Portuguesa de Bioética — e fazemo-lo por ser este, em uma lógica de *lege ferenda*, uma referência incontornável nesta discussão — o art. 3º exige que o testador seja uma pessoa maior de idade e com plena capacidade de exercício dos direitos.

⁴⁰⁹ Nesta matéria, a Convenção parece apontar para a maioria do testador. Cfr. art. 6º.

⁴¹⁰ Teresa Quintela de Brito, “Interrupção de alimentação e hidratação...” (cit.), p. 137, em uma outra formulação, questiona se o conteúdo admissível será somente a recusa ou também a autorização para administração de tratamentos ou até a permissão para provocação activa da morte.

⁴¹¹ De modo coincidente, Mark-Olivier Baumgarten, *The Right to Die?* (cit.) p. 303.

tenha tido como pano de fundo as disposições do testador que se ligavam directamente com o fim de vida (estado terminal, doença irreversível). Não obstante, e como deixámos antever, um testamento biológico não tem de se limitar a disposições de fim de vida, ainda que este seja o seu campo de aplicação por excelência⁴¹². O verdadeiro problema — e que, uma vez resolvido, se reflectirá sobre a prestação de cuidados de saúde em caso de impossibilidade de obtenção do consentimento do doente — centra-se na própria admissibilidade do testamento biológico enquanto instrumento com força jurídica sobre a actuação dos prestadores de cuidados de saúde relativamente ao testador.

Ora, naturalmente que o enquadramento dos testamentos biológicos é em um quadro de inconsciência ou impossibilidade de manifestação actual da vontade.

O conteúdo do testamento biológico fora de uma moldura de vida artificialmente mantida encontra-se, sim, delimitado pelas próprias possibilidades das *leges artis medicinae*: a existência de tratamentos que possam ir ao encontro da vontade manifestada pelo testador.

Deste modo, entendemos que o conteúdo do testamento biológico não terá de se restringir a disposições de término de vida, podendo, inclusivamente, incluir disposições relativas ao seu prolongamento⁴¹³.

c. A forma escrita e a revogação do testamento biológico

Porque, do ponto de vista que perfilhamos, todas as questões que temos vindo a tratar relevam para a correcta apreensão deste tema, iremos ilustrar a que ora nos serve de mote com um exemplo: *A*, Testemunha de

⁴¹² Relembre-se aqui o art. 2179º, n.º 2 do Código Civil, ou seja, o próprio testamento sobre o “ter” não tem de versar exclusivamente sobre o património do testador.

⁴¹³ Cfr. Bettina Eisenbart, *Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten* (cit.), p. 15.

Jeová, dispõe, por escrito, de forma séria, livre e esclarecida, ainda em estado de saúde mas com a consciência de ser portador de doença irreversível, que recusa qualquer tratamento que implique uma transfusão de sangue. Enfermo, dá entrada no hospital meses antes de vir a necessitar da primeira transfusão. Entretanto, na sua estada no hospital converte-se ao cristianismo ou torna-se ateu. Em momento algum — sabendo, evidentemente da sua existência — revoga ou contraria, ainda que oralmente, o testamento biológico que havia feito quando ainda era Testemunha de Jeová. No dia X entra em estado inconsciente e vem a necessitar de levar uma transfusão de sangue. Face a este cenário pergunta-se se, supondo a validade do testamento biológico, se poderá aceitar uma sua revogação tácita? Uma vez mais surpreendemos as dificuldades da falta de actualidade do consentimento.

Problema este — a falta de actualidade—, aliás, que tem sido uma das principais críticas à aceitação da vinculatividade dos testamentos biológicos. Criticamente, entre nós, COSTA ANDRADE pronuncia-se no sentido *in favor vitae*, entendendo que, interrompida a comunicação com o doente, apenas se pode conhecer o que ele teria querido em momento anterior⁴¹⁴. Já FIGUEIREDO DIAS se inclina para um maior relevo do testamento biológico relativamente ao apuramento da vontade do doente⁴¹⁵.

Se o testamento biológico for do conhecimento do médico antes do estado de inconsciência do testador, deverá entender-se que o dever de ofício determina que, em caso de dúvida, o médico deverá esclarecer a questão com o testador, confrontando-o directamente sobre o assunto. Mas pode dar-se o caso de o testamento só vir a ser do conhecimento do médico logo após o estado de inconsciência do testador. Deverá, então, o médico considerar

⁴¹⁴ Manuel da Costa Andrade, “Consentimento em Direito Penal Médico — O consentimento presumido”, *RPCC* 1 e 2 (2004), p. 117 e s., p. 145.

⁴¹⁵ Jorge de Figueiredo Dias, “A «ajuda à morte»: uma consideração jurídico-penal”, *RLJ*, Ano 137 (2008), p. 202 e s., p. 210 e s.

aquela manifestação de vontade — o testamento biológico — tacitamente revogado por alteração superveniente das convicções religiosas do testador?

Bem se demonstra, com este exemplo, as situações com que um médico poderá ter de se deparar. E surge nova interrogação: no conflito entre o valor da certeza e segurança jurídicas — corporizado por um documento escrito que traduz uma declaração antecipada de uma vontade — e a salvaguarda de uma vida, ainda que em oposição à vontade formalmente conhecida, o que deverá prevalecer?

Mesmo parecendo, *prima facie*, que se trata de uma resposta evidente, as evidências, por vezes, iludem. Em primeiro lugar não se questiona a vida humana como bem jurídico, mas não se pode entender que é um valor absoluto. E para demonstrá-lo está — em formulação arrojada — a disponibilidade do próprio sobre a sua vida — entre nós o suicídio não é um ilícito⁴¹⁶. Por outro lado, o testamento biológico vem a configurar uma manifestação da dignidade da pessoa humana, enquanto autodeterminação, ao ter escolha e palavra a dizer sobre o seu corpo, a sua vida e, até, sobre a sua morte. Razão pela qual a certeza e a segurança jurídicas que serão conferidas através de uma admissibilidade legal do testamento biológico irão, também, traduzir uma reafirmação do valor da dignidade da pessoa humana, ou seja, o direito à escolha do testador.

Expostas estas inquietações, surge uma conformação: a necessidade de obter oportunamente informação sobre a existência de um testamento biológico e de obter a sua validação, ainda que esta última seja feita de forma oral pelo testador.

⁴¹⁶ Não se deve confundir o direito à vida, constitucionalmente consagrado no art. 24º da Lei Fundamental — veja-se Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 445 e s. — com um dever de viver. Entre nós, exemplificativamente, cfr. Maria Manuela Barata Valadão Silveira, *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio*, 2ª ed. Rev., Lisboa: AAFDL, 1997, p. 63. Sobre o art. 24º da Constituição da República Portuguesa e as suas refracções na protecção do bem jurídico vida humana, cfr. José de Faria Costa, “Vida e Morte em Direito Penal” (cit.), p. 172 e s.

No âmbito de uma figura que levanta dúvidas, importa, então, procurar criar propostas que permitam chegar a um grau mínimo de segurança.

d. O testamento biológico e a relação médico-doente

A problemática do testamento biológico e a sua relevância jurídica implicam, da perspectiva da relação médico-doente, saber se o médico se encontra vinculado ao cumprimento da vontade do paciente expressa naquela declaração. Consequentemente terá de se questionar se um médico que despreze o testamento biológico, estará ou não a actuar de forma ilícita⁴¹⁷.

Incontornável neste debate é o já referido artigo 156º do Código Penal, particularmente os seus n.ºs 1 e 2. Recordando um pouco, do n.º 1 resulta que as intervenções ou tratamentos levados a cabo por médico (ou pessoa legalmente autorizada) sem o consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. Por outras palavras, “o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários configura um atentado contra a liberdade”⁴¹⁸.

No entanto, o *punctum crucis* reside no n.º 2 da norma citada. Este artigo, como já vimos em momento anterior, exprime uma intencionalidade normativa *pro salute*, na medida em que acaba por legitimar as intervenções sem consentimento em caso de perigo para a vida, o corpo ou para a saúde no caso de não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado (art. 156º, n.º 2, *in fine*)⁴¹⁹. E a

⁴¹⁷ A este propósito vide também Mark-Olivier Baumgarten, *The Right to Die?* (cit.), p. 306.

⁴¹⁸ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 156º (cit.), § 7, p. 379. Ou mais concretamente, a liberdade de dispor da saúde e da vida, *in fine*, a autodeterminação do doente. Veja-se Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Das omissões lícitas no exercício da medicina” (cit.), p. 84 e s.

⁴¹⁹ Cfr. Teresa Quintela de Brito, “Interrupção de alimentação e hidratação...” (cit.), p. 136, com formulação interessante: “na impossibilidade de conhecer ou reconstituir «com segurança» a vontade do doente, a igual dignidade de todo o homem impõe a renúncia a quaisquer

dificuldade reside, justamente, em que na situação de inconsciência em que o paciente se encontra no momento de atribuição de relevância ao testamento biológico para efeitos de determinação da actuação do médico, há como que uma impossibilidade de ter certezas, de cumprir essa “segurança”⁴²⁰.

O primeiro ponto a ter em conta é o facto de as disposições contidas no testamento biológico não substituírem, em caso algum, o consentimento ou indicações actuais prestadas pelo paciente ao seu médico⁴²¹. Na verdade, se a principal crítica apontada aos testamentos biológicos é a falta de actualidade do consentimento, não se poderia permitir a substituição de um consentimento actual por um consentimento temporalmente mais distante, ainda que este último pudesse revestir forma pública e aquele forma oral.

Na falta de qualquer regulamentação legal entre nós, a pergunta a colocar será, então, se deverá prevalecer um consentimento presumido do paciente (art. 39º, n.º 2 do Código Penal) interpretado pelo médico ao tempo da prestação dos cuidados de saúde sobre o testamento biológico, atendendo às enunciadas limitações da falta de actualidade do consentimento ali contido.

Com efeito, da nossa lei penal parece resultar que “o tratamento (incluindo a prestação de cuidados básicos) não poderá nunca deixar de realizar-se se apenas for razoavelmente de supor que o paciente inconsciente

valorações quanto à qualidade e ao sentido da sua vida, de modo que ao ordenamento jurídico não resta outra alternativa senão ordenar a realização ou a continuação do tratamento”. Em sentido semelhante, Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 156º (cit.), § 11 e s., p. 381 e s.

⁴²⁰ Nas palavras de Manuel da Costa Andrade, “há uma (quase) impossibilidade de referenciar com segurança a postura definitiva do paciente. A tanto se opõem quer as mudanças, tão irrenunciáveis e profundas como insondáveis, que a experiência de proximidade com a morte induz, quer o ambiente de ruptura da comunicabilidade em que elas ocorrem, in: *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 457.

⁴²¹ Partilhando de opinião idêntica, Bettina Eisenbart, *Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten* (cit.), p. 15.

o teria recusado, sob pena de responsabilidade do médico por crime de homicídio ou de ofensa à integridade física por omissão”⁴²².

O que significa que ou existe uma decisão, como aquela tomada recentemente na Alemanha, no sentido de conferir, através de regulamentação legal, valor vinculativo ao testamento biológico ou dificilmente poderá esta declaração de vontade ter mais do que mero valor indiciário. Desde logo, em virtude de não ser possível conferir uma certeza “com segurança” às indicações contidas no testamento biológico. O que não implica que, em momento algum, aceitemos um modelo paternalista de concepção de acto médico e de relação médico-doente⁴²³. Dito por outras palavras, a dificuldade na obtenção de uma vontade assertiva e actual do paciente não legitima que simplesmente se ignore o conteúdo do testamento biológico. Pelo contrário. Apenas sublinha a crescente afirmação de um novo modelo de autonomia e de autodeterminação do doente: o médico apenas deve actuar de acordo com a vontade do doente, não lhe podendo impor a manutenção de uma vida que aquele não deseja.

Em suma: mesmo que actualmente só se possa aceitar um valor indiciário do testamento biológico, tal não significa que se não tenha esta declaração de vontade como um indício forte e incontornável na ponderação dos tratamentos ou intervenções a realizar no testador⁴²⁴. Só assim poderá manter-se uma relação de confiança entre o médico e o paciente.

O acto médico hoje baseia-se na conjugação de vontades de iguais. É este o alicerce que legitima a intervenção do médico sobre o doente: uma confiança de que foi prestado ao médico um consentimento informado para a

⁴²² Teresa Quintela de Brito, “Interrupção de alimentação e hidratação...” (cit.), p. 135.

⁴²³ Basta, para tanto, lembrarmos as considerações expendidas a este propósito no Capítulo I *supra*. Cfr. ainda José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 142 e s.

⁴²⁴ De outro modo, o testamento biológico pode ainda ser um elemento crucial no descortinar da vontade do doente. No mesmo sentido, Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Das omissões lícitas no exercício da medicina” (cit.), p. 104.

prática de determinado acto. Todavia, tal como a compreensão da relação médico-doente se alterou, mudaram também as possibilidades, por vezes para lá do imaginável, das hipóteses de “cura”; tudo em prol da defesa da vida.

Mas a vida não tem de ser um fardo, ónus ou dever para quem é seu dono. Assim o postula a própria dignidade humana. Deste modo, a defesa da vida não deve impor-se ao próprio sobre a sua vontade em virtude de um cumprimento de uma proposição hipocrática ou de um retorno a um modelo de relação médico-paciente baseado em uma desigualdade de partes. Se o médico deve “curar”, o paciente pode dispor, autodeterminar-se, decidir.

O problema em torno do testamento biológico centra-se naquele momento em que o paciente não pode manifestar a sua vontade; decidir sobre a sua vida. É aqui e somente aqui que o testamento biológico poderá intervir. Intervir, entre nós, ainda não como algo que vincula, mas como qualquer coisa que condicionará, influenciará, necessariamente, a decisão do médico sobre o que deveria ser a vontade do paciente que não pode decidir.

Deste jeito, temos para nós que o testamento biológico, para que possa ser considerado como um forte indício da vontade do doente, terá de *a)* ser conhecido do médico antes do momento de inconsciência do paciente, por forma a poder ser “validado” pelo testador; *b)* ser elaborado por paciente que seja pessoa maior de idade; *c)* ser elaborado por paciente que seja pessoa capaz e que mantenha a lucidez até ao momento de inconsciência e *d)* constar de documento escrito.

Reunidos estes pontos que, em nosso modo de ver, configuram os eixos axiais para a admissibilidade do testamento biológico, julgamos que não poderá deixar o médico de, juntamente com outros elementos relevantes, ponderar o testamento biológico como uma declaração de vontade válida do doente.

Entre nós, o problema do testamento biológico foi já objecto de uma proposta de legislação (projecto de diploma) — onde aí se denomina este

testamento de “directivas antecipadas de vontade” — em 2006⁴²⁵, que estabelecia como pressupostos para a sua validade os seguintes: (i) a capacidade do paciente; (ii) a imputabilidade; (iii) a forma escrita com reconhecimento notarial e três testemunhas. De acordo com esta proposta o documento teria uma validade de três anos, findos os quais teria de ser renovado (confirmado). Ainda nesta proposta seria criado, para este efeito, o Registo Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade. Em suma, esta proposta continha muitos aspectos formais.

Ainda que os requisitos de forma ou de expressão possam variar entre diferentes propostas⁴²⁶, os princípios fundamentais de um testamento biológico válido (eficaz), enquanto manifestação do seu direito à autodeterminação do doente, são a maioridade; a vontade livre (e esclarecida⁴²⁷) e a forma escrita. O ponto fundamental é que os testamentos biológicos não sejam tidos pelo direito penal como meros indícios, mas sejam antes reconhecidos como vinculativos⁴²⁸.

⁴²⁵ Associação Portuguesa de Bioética, Projecto de Diploma n.º P/06/APB/06, www.apbioetica.org.

⁴²⁶ Sobre este assunto, NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 109 e s. e Wolfram Höfling, “Forum: «Sterbehilfe»...” (cit.), p. 115. Além disso, veja-se ainda *AE-Sterbehilfe*; *AE-StB*; *AE-Leben* e, por último, Jörn Lorenz, “Gesetz über existenzielle medizinische Entscheidungen (EMEG) – Entwurf”, in: *idem*, *Sterbehilfe – Ein Gesetzesentwurf*, Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 93 e s.

⁴²⁷ Apesar de não necessariamente como pressuposto de vinculatividade. Assim, Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 84.

⁴²⁸ Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 80 e s. Também no sentido de reconhecer valor vinculativo aos testamentos biológicos, ainda que mediante apertados pressupostos formais, André Gonçalo Dias Pereira, “Declarações antecipadas de vontade: vinculativas ou apenas indicativas?”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 823 e s., *máxime*, p. 831. Este Autor sufragava ainda a possibilidade de um modelo dual, que incluía também “directivas antecipadas de vontade indicativas”, que não teriam de obedecer a tão apertados pressupostos formais, ainda que também devessem ser tidas em consideração. André Gonçalo Dias Pereira, “Declarações Antecipadas de Vontade: meramente indicativas ou vinculativas?” (cit.), p. 58. Cfr. ainda José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 145 e s. e João Loureiro, “Bios, Tempo(s) e Mundo(s)” (cit.), p. 225.

Apenas desta forma poderá o direito penal respeitar a autonomia do doente e, conseqüentemente, do direito constitucional à autodeterminação⁴²⁹.

II.1.3.3. Consentimento presumido

O facto de um paciente não ter já a capacidade de consentir não significa a negação do primado da sua vontade⁴³⁰. E, no caso de não existir um testamento biológico, terá de ser encontrado o seu consentimento presumido.

Aqui coloca-se a questão de saber “como é que o próprio paciente teria decidido”⁴³¹. Claro que esta pode revelar-se uma questão muito difícil, como nos revela um famoso caso na Alemanha, conhecido como caso Kemptner⁴³².

O consentimento presumido deve ser obtido a partir “das circunstâncias pessoais do visado, dos seus interesses individuais, desejos, necessidades e percepção do mundo”⁴³³. E, especialmente no caso de doentes irreversivelmente inconscientes, o consentimento presumido assume uma importância fundamental como causa de justificação⁴³⁴. Mas quando faltem estes pontos de apoio para a “verdadeira” vontade do paciente, a justificação apenas poderá verificar-se “quando o consentimento do visado corresponder,

⁴²⁹ Assim NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 110; Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 80 e Detlev Sternberg-Lieben, “Begrenzung lebensverlängernder Maßnahmen aus strafrechtlicher Sicht (cit.), p. 1191 e s.

⁴³⁰ Nas palavras de Dieter Giesen, “Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens” (cit.), p. 934: “Die Wehrlosigkeit des Patienten ist keine Rechtfertigung für ärztlichen Paternalismus, weder in der täglichen Praxis noch an den Rändern des Lebens”.

⁴³¹ Friedhelm Hufen, “In dubio pro dignitate” (cit.), p. 855.

⁴³² *BGHSt* 40, p. 257 e s. (BGH 1 StR 357/94, 13.09.1994). Veja-se também Wolfram Höfling, “Forum: «Sterbehilfe»...” (cit.), p. 116.

⁴³³ Harro Otto, “Die strafrechtliche Problematik der Sterbehilfe”, *JURA* 1999, p. 434 e s., p. 435.

⁴³⁴ Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 89. Questão que entre nós ganha particular relevância no âmbito do art. 156º, n.º 2 do Código Penal.

segundo um juízo objectivo, ao critério de decisão de um paciente razoável”⁴³⁵.

No caso de doentes irreversivelmente inconscientes já não se trata de um problema de diminuição da dor⁴³⁶, mas antes de uma questão de interrupção de um tratamento⁴³⁷.

Também aqui tem de ser garantida a autonomia do doente⁴³⁸, ainda que, em ordenamentos penais sem artigos similares aos arts. 150º e 156º do Código Penal, tal tarefa se torne de concretização mais difícil. Facto que tem merecido apelo, em particular, no ordenamento jurídico-penal alemão, a uma intervenção legislativa: “com a clarificação legislativa da não punibilidade de limitações de tratamento expressamente pedidas, testadas ou presumivelmente consentidas, o direito penal presta um contributo significativo ao respeito pelo direito à autodeterminação no final de vida”⁴³⁹. Contudo, a verdade é que, em abono do princípio *favor vitae vel salutis*, no ordenamento jurídico-penal português se tenha rarefeito a “área de tutela (penal) da liberdade de dispor do corpo e da própria vida”, desde logo através da “consagração expressa (artigo 156º, n.º 2) de um regime privilegiado de *consentimento presumido* — menos exigente do que o regime geral da figura (artigo 39º) — como via de legitimação das intervenções e tratamentos mais urgentes e indispensáveis para salvaguardar a vida ou a saúde”⁴⁴⁰. O que não pode, todavia, em nosso modo de ver, servir para diminuir a autodeterminação do doente

⁴³⁵ Assim Harro Otto, “Die strafrechtliche Problematik der Sterbehilfe” (cit.), p. 436. Cfr. também Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 91.

⁴³⁶ Uma vez que, em regra, a perda de consciência também significa uma perda da sensibilidade à dor.

⁴³⁷ Ou seja, a eutanásia passiva.

⁴³⁸ Que, com a “descoberta” do bem jurídico protegido da liberdade de disposição sobre o corpo e a vida, ínsito aos arts. 150 e 156º do Código Penal, determina “a prevalência, de princípio, da autodeterminação sobre a saúde e a vida”. Cfr. Manuel da Costa Andrade, “Consentimento em Direito Penal Médico” (cit.), p. 128.

⁴³⁹ Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 95.

⁴⁴⁰ Manuel da Costa Andrade, “Consentimento em Direito Penal Médico — O consentimento presumido” (cit.), p. 129.

(inconsciente) em fim de vida⁴⁴¹. Ainda que saibamos das dificuldades da figura do consentimento presumido nos casos de doentes irreversivelmente inconscientes⁴⁴², julgamos não ser de sufragar a compreensão que, em relação a estes, seja irrelevante a vontade manifestada em momento anterior, que poderá servir de sustentação ao consentimento presumido. Por outro lado ainda, quando esta manifestação de vontade não existir de forma expressa em momento prévio à inconsciência, a questão da interrupção de um tratamento terá de revestir um cunho mais objectivo, que se poderá situar entre as directrizes da indicação terapêutica e as designadas “representações axiológicas comuns”⁴⁴³.

No aprofundamento das intrincadas e complexas relações entre a autodeterminação e a vida humana, dado o primeiro passo que nos permite melhor compreender aquele primeiro aspecto relacionado com o consentimento, impõe-se, em um segundo passo, analisar o bem jurídico vida humana a partir de um referente preponderantemente jurídico-penal.

⁴⁴¹ O que nos parece sair reforçado da parte final da norma (art. 156º, n.º 2, do Código Penal), ou seja, *não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*.

⁴⁴² Veja-se Manuel da Costa Andrade, “Consentimento em Direito Penal Médico — O consentimento presumido” (cit.), p. 146 e s., no sentido de que, nestes casos não pode sequer falar-se em autonomia da pessoa, sendo mesmo uma “perversão” de avançar com “soluções de recorte heterónimo para as imputar à autonomia da pessoa”.

⁴⁴³ Manuel da Costa Andrade, “Consentimento em Direito Penal Médico — O consentimento presumido” (cit.), p. 148.

II.2. O bem jurídico-penal vida humana

II.2.1. Fundamentos da protecção penal da vida

a. A sacralidade da vida

Quando se fala sobre os limites dos fundamentos da protecção penal da vida, existem sempre duas ideias que desempenham um importante papel: por um lado, a ideia moral-filosófica da sacralidade da vida e, por outro lado, o princípio penal da protecção absoluta da vida⁴⁴⁴.

A sacralidade da vida pertence a uma discussão ética, sendo que as suas raízes se situam no campo religioso, segundo uma ideia de que a vida seria sagrada, uma vez que nos teria sido dada por Deus⁴⁴⁵. Não obstante, com a progressiva secularização do pensamento, os fundamentos desta ideia vieram a convergir para princípios que hoje se apresentam como basilares. Assim, os traços mais importantes desta doutrina são os princípios do valor e da inviolabilidade da vida⁴⁴⁶. Princípios esses que encontram refração clara entre nós no art. 24º da Lei Fundamental.

A ideia fundamental do princípio do valor da vida é a de que “a vida humana tem um valor muito especial, que não pode ser taxado, e que é independente de qualidades físicas e psíquicas”⁴⁴⁷. Ou seja, a vida em si mesma tem um valor intrínseco, que não pode ser quantificável em função de

⁴⁴⁴ Aqui concordamos com a exposição de Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 7 e s.

⁴⁴⁵ Albin Eser, “Zwischen «Heiligkeit» und «Qualität» des Lebens. Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebensschutz”, in: Joachim Gernhuber (Hrsg.): *Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*, Tübingen: Mohr, 1977, p. 377 e s., p. 378. Sobre as origens e o desenvolvimento da orientação da sacralidade, *idem*, p. 378 e s.

⁴⁴⁶ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 8.

⁴⁴⁷ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 9.

factos quantitativos ou qualitativos. Este princípio tem como consequência que a morte de uma pessoa de 90 anos é tão ilícita como a morte de uma pessoa de 9 anos⁴⁴⁸. Mesmo que a pessoa de 90 anos esteja moribunda e a pessoa de 9 anos plenamente saudável. Ambas as vidas têm o mesmo valor intrínseco.

O princípio da inviolabilidade actua quase como que tabu sem excepção da vida dos co-cidadãos,⁴⁴⁹ postulando que a vida não pode ser ofendida — por terceiros ou pelo Estado — por qualquer forma ou meio. A violação da vida é, assim, vista como o limite intransponível que compete proteger a todo o custo. Mas uma observação mais atenta do desenvolvimento da proibição de matar daqui decorrente vem, afinal, a negar que se possa falar de uma absoluta inviolabilidade da — sacra, dada por Deus⁴⁵⁰ — vida⁴⁵¹. Com efeito, ainda que a protecção penal da vida seja muito abrangente, podemos encontrar situações que permitem afirmar não existir esta absoluta inviolabilidade no ordenamento jurídico-penal. Por um lado, a consagração expressa do instituto da legítima defesa — que se admite poder ter como resultado a morte de uma pessoa —, por outro lado, ainda que em regime excepcional, a morte em cenário de guerra⁴⁵².

Estas excepções, todavia, não invalidam a força plena de ambos os princípios enquanto princípios fundantes e conformadores da protecção penal da vida, apenas revelam a natureza fragmentária do direito penal e a necessidade de o mesmo ser ele próprio reflexo de uma cuidadosa ponderação de valores.

⁴⁴⁸ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 9.

⁴⁴⁹ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 12.

⁴⁵⁰ Na formulação irónica de Rudolf Schmitt, “Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?” (cit.), p. 118: “worauf diese Unverzichtbarkeit [des Lebens] zurückzuführen ist. Die Antwort kann wohl nur lauten: Weil der Mensch sein Leben von Gott nicht zur freien Verfügung erhalten hat”.

⁴⁵¹ Albin Eser, “Zwischen «Heiligkeit» und «Qualität» des Lebens” (cit.), p. 395.

⁴⁵² Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 12.

b. A protecção absoluta da vida

A vida humana, enquanto bem jurídico corporizado em direito fundamental prioritário⁴⁵³, beneficia de um regime de protecção alargado. Impondo-se perante todos e também perante o Estado, significa, para este último, “(a) não poder dispor da vida das pessoas, a qualquer título que seja; (b) [a] obrigação de proteger a vida das pessoas contra os ataques ou ameaças de terceiros; (c) [o] dever de abster-se de acções ou da utilização de meios que criem perigo desnecessário ou desproporcionado para a vida das pessoas (v.g., utilização de armas de fogo contra manifestações)”⁴⁵⁴. Não obstante, em termos constitucionais, não se pode falar em garantia de decisões sobre a própria vida, daqui se podendo retirar tanto a inexistência de um direito ao suicídio⁴⁵⁵, como de um direito à eutanásia activa.

Ora, de acordo com o princípio da protecção absoluta da vida, todas as vidas têm igual valor⁴⁵⁶. A protecção absoluta da vida significa, então, que “a vida é vista em cada fase sempre como bem jurídico”⁴⁵⁷. Além disso, este princípio postula uma proibição de quantificação e qualificação da vida humana⁴⁵⁸.

Nesta matéria são, frequentemente, misturados dois campos que, inversamente, devem ser vistos separadamente: absolutidade da protecção não pode significar dever de viver. Quer isto dizer que uma protecção penal que vá para além da imposição a terceiros da abstenção de ataques à vida determina uma negação da autodeterminação do próprio titular do bem

⁴⁵³ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 446.

⁴⁵⁴ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 448.

⁴⁵⁵ Que, uma vez que não existe norma penal que o proíba, se poderá antes falar em permissão.

⁴⁵⁶ Jörg Laber, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht* (cit.), p. 115.

⁴⁵⁷ Mü-Ko/Schneider, Vor § 211, n.º m. 27 e também Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband I: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 9. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 2009, p. 12, n.º m. 5.

⁴⁵⁸ Mü-Ko/Schneider, Vor § 211, , n.º m. 29.

jurídico. O que seria o caso se se considerasse o suicídio como crime. Pois que mesmo não se podendo falar de um direito ao suicídio, em um Estado secular, liberal, de direito e democrático, também não se pode impor uma obrigação de viver. Ou seja, dito de modo ainda mais claro: o que a absolutidade significa é que não podem existir valorações externas ou terceiras relativamente à vida do próprio⁴⁵⁹. A protecção penal da vida também protege o visado mesmo que alguém seja de opinião que a vida deste já não tenha qualquer valor e, conseqüentemente, não seja digna de ser protegida. Se tal opinião fosse tida em conta pelo ordenamento jurídico-penal, então poderíamos afirmar que aqui é que residiria a relativização da protecção da vida. Contudo, não é isso que acontece. O ordenamento jurídico-penal protege a vida independentemente de qualquer consideração de valor sobre a mesma.

c. O bem jurídico vida

A vida não é um bem jurídico da colectividade, mas é antes um bem jurídico pessoal, conforme resulta do art. 24º, n.º 1 da CRP e, da perspectiva do ordenamento jurídico alemão, do Art. 2, Abs. 2 GG⁴⁶⁰. Enquanto pórtico

⁴⁵⁹ Ou vida sem valor de vida. Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 450.

⁴⁶⁰ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 447; Arthur Kaufmann, “Euthanasie — Selbsttötung — Tötung auf Verlangen”, in: *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, Köln: Carl Heymanns Verlag, p. 137 e s., p. 144. Contra, entendendo que a vida humana constitui também um bem de natureza social, Pedro Vaz Pato, “A Eutanásia em face da Constituição Portuguesa”, in: *idem, No Cruzamento do Direito e da Ética*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 139 e s., p. 148, chegando mesmo a referir, *op. cit.*, p. 147, segundo a leitura que faz do art. 24º da Lei Fundamental, que “[d]e acordo com o preceito em apreço, a vida humana é inviolável sem excepções ou distinções, quer a potencial violação provenha de outrém, quer essa potencial violação provenha do próprio titular”. Perguntamo-nos se esta interpretação da norma constitucional não significaria a punibilidade do suicídio — que o Autor, p. 156, reconhece, pelo menos enquanto ilícito —, a inconstitucionalidade do art. 142º do Código Penal — que o Autor, p. 150, questiona, face à jurisprudência do Tribunal Constitucional no sentido da constitucionalidade das leis de despenalização do aborto — ou mesmo a necessidade de uma re-configuração do instituto da legítima defesa. Como é bom de ver. Não podemos concordar

de entrada dos direitos fundamentais, poder-se-á afirmar que “a protecção penal ao bem jurídico vida é um corolário material da própria ideia de ordem jurídica”⁴⁶¹.

Se observarmos a doutrina dominante relativa ao bem jurídico vida constatamos que “também os bens jurídicos individuais se separam do correspondente interesse concreto do seu titular”⁴⁶². Daqui resultaria que o interesse em viver do próprio não teria influência sobre a protecção da vida, sendo o bem jurídico autonomizado face àquele interesse⁴⁶³. De outro modo, mesmo o titular do bem jurídico não tendo interesse na manutenção da sua vida, enquanto estiver vivo, a sua vida é protegida de forma plena. Basta aqui pensarmos em um exemplo. *A*, com uma depressão profunda, ainda que, de resto, de plena saúde física, não tem qualquer interesse em continuar a viver, passando os dias na cama deitado às escuras. Ora, se *B*, ladrão, entrar na casa de *A* e, tendo sido surpreendido pela sua presença em casa, o matar à facada, a conduta de *B* continua a ser punível como homicídio ou, de outra perspectiva, apesar de *A* não ter interesse em viver, a sua vida continua a ser

com esta posição, em especial, com a visão nela espelhada — *maxime*, p. 154 e s. — de que a supressão da vida significa, afinal, que não podem ser cumpridas as exigências de solidariedade para com a comunidade, pelo que estas exigências implicam o dever de “salvaguardar a própria vida”. Este retorno a Pufendorf não nos parece ser de aceitar. Ainda a este propósito, criticamente, Michael Kubiciel, “Gott, Vernunft, Paternalismus — Die Grundlagen des Sterbehilfeverbots”, *JA* 2011, p. 86 e s.

⁴⁶¹ José de Faria Costa, *O Perigo* (cit.), p. 252, que, fazendo a ligação com a ordem constitucional, mais afirma, *op. cit.*, p. 270, que “se a ordem constitucional protege o bem jurídico da vida e se a ordem penal também o faz, há aqui uma coincidência de normatividades e de sentidos que não é fruto, neste particular, de uma vinculação directa e imediata da ordem penal à ordem constitucional. É algo que corresponde à densificação que a essencialidade exige. O bem jurídico da vida, postulando-se como um bem jurídico essencial, cuja protecção é exigida pela ordem jurídica global, vincula materialmente as ordens constitucional e penal a que o protejam”.

⁴⁶² NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 3.

⁴⁶³ NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 3 e ainda Mü-Ko/Schneider, Vor § 211, n.º m. 27. Contra, no sentido de os bens jurídicos configurarem interesses dignos de protecção do indivíduo para o seu livre desenvolvimento, Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 132 e s.; Michael Marx, *Zur Definition* (cit.), p. 40 e 62.

protegida pelo direito penal. O que, por seu turno, espelharia a protecção absoluta da vida. Mas julgamos que a protecção absoluta da vida também não deverá ser compreendida de forma absolutizada, pois a extremização desta posição levaria a que, independentemente da vontade ou autodeterminação do titular, existisse sempre uma obrigação de (continuar a) viver⁴⁶⁴, como vimos *supra*.

Mais do que o “interesse em viver” parece, então, assumir significado jurídico-penalmente relevante o direito à vida, nos termos do qual uma vida humana não pode ser ordenada nem qualitativamente nem quantitativamente⁴⁶⁵. Assim, o axioma condutor é o de que desde o início do nascimento até à morte cerebral — o início e o fim da vida humana para efeitos do crime de homicídio, como analisaremos em seguida — existe uma vida humana autónoma, valiosa e digna de protecção⁴⁶⁶.

II.2.2. O início da vida humana

Talvez espúria seja, em termos jurídico-penais, questionar o início da vida humana, dado que se pode indiscutivelmente considerar que a protecção jurídico-penal da vida humana começa com a vida intra-uterina⁴⁶⁷. Todavia, por forma a plenamente compreender o sentido do direito constitucional à vida, pode revelar-se profícuo analisar o momento do início da vida humana, primeiro de uma óptica científica para, logo depois, o fazermos de uma perspectiva jurídica.

⁴⁶⁴ Veja-se Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 209 e s.

⁴⁶⁵ NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 4.

⁴⁶⁶ Nas palavras de Schneider, “Lebensunwertes Leben gibt es im Rechtsstaat des Grundgesetzes nicht”, in: Mü-Ko, Vor § 211, n.º m. 27.

⁴⁶⁷ O art. 140º do Código Penal, relativo ao crime de aborto, não distingue entre embrião e feto, apenas se exigindo que “a vida humana esteja implantada no útero da mãe”. Damião da Cunha, Anotação ao art. 140º (cit.), p. 149.

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. Com efeito, a fusão entre o espermatozóide e o óvulo — ou, de forma científica, a singamia⁴⁶⁸ — origina a criação de um novo e único código genético (genoma) e o processo humano de gestação de vida⁴⁶⁹. Mas se a fecundação é uma primeira forma de vida humana pode ainda não ser, verdadeiramente, uma nova vida humana. Na verdade, até aos 14 dias de gestação pode dar-se a separação de células e, com isso, a gestação de duas vidas: o caso dos gémeos⁴⁷⁰. Por este motivo, só após este momento podemos considerar existir uma vida humana individualizada⁴⁷¹. Têm existido autores, como SASS⁴⁷² ou ZIMMER, que defendem que é apenas neste momento que se deve considerar ter lugar o início da vida humana, recorrendo, para tanto, a uma equiparação entre a formação das funções corporais e o critério adoptado para definir o momento da morte. Contudo, e como teremos oportunidade de referir, face aos avanços da Ciência, o critério da morte cerebral não é um critério imutável. Assim, fazer depender, em relação analógica, o início da vida humana do critério adoptado para o seu fim encerra em si a contradição de se pôr em igual plano um processo contínuo e biologicamente evolutivo (início

⁴⁶⁸ Ou “o encontro dos gâmetas masculino e feminino com a fusão dos núcleos”, nas palavras de José de Oliveira Ascensão, “O início da vida”, in: *idem* (Coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 9 e s., p. 9.

⁴⁶⁹ Do mesmo modo, uma posição apresentada e protagonizada na discussão do CNECV considera que o embrião começa a existir no fim da singamia, com a fusão dos dois proto-núcleos. A consequência é a de que, nesta perspectiva, se pode chamar pre-zigoto à realidade biológica que existe temporalmente entre o momento da penetração do espermatozóide no ovócito e o momento da singamia completa. Cfr. Relatório da CNECV sobre Procriação Medicamente Assistida, de Julho de 2004, disponível em www.cneqv.gov.pt.

⁴⁷⁰ Como referido oralmente por José de Faria Costa, os gémeos são a primeira forma de clonagem biologicamente natural.

⁴⁷¹ Como é também a partir do 14º dia que se dá a organogénese, ou seja, a formação do sistema nervoso central, com o surgimento da designada linha primitiva.

⁴⁷² Hans-Martin Sass, *Medizin und Ethik*, Stuttgart: Reclam, 1986, p. 5 e s..

da vida) e um processo incerto, que tanto pode ser imediato, como não (fim da vida)⁴⁷³.

O momento decisivo em termos jurídicos é o nascimento. É a partir de aqui que a vida humana se torna um centro autónomo de imputação de normas jurídicas⁴⁷⁴. Dito de outro modo: a vida humana assume-se como realidade com valoração, enquadramento e efeitos jurídicos próprios. Desde logo, é necessário o nascimento completo e com vida para a atribuição de personalidade e capacidade jurídicas⁴⁷⁵.

Em termos jurídico-penais podemos confrontar-nos com a protecção da vida humana ainda antes do nascimento. O Capítulo II do Título I do Código Penal refere-se aos crimes contra a vida intra-uterina. Por outras palavras: o direito penal protege a vida humana antes do momento do nascimento. Dispõe o art. 140º, n.º 1 do Código Penal que *quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar, é punido com pena de prisão de dois a oito anos*. O n.º 2 diminui a moldura penal deste ilícito-típico para uma pena de prisão até três anos no caso de ter existido consentimento da mulher grávida.

Um primeiro aspecto a ter em conta, na localização sistemática e epígrafe do capítulo destes crimes é o facto de os mesmos serem contra a vida intra-uterina. O que implica que protegida é a vida do embrião ou feto que se encontrem no útero, pois só assim constituirão estes vida intra-uterina. Como

⁴⁷³ Ainda que em contexto diferente, mas no mesmo sentido, Stela Barbas, *Direito do Genoma Humano*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 189.

⁴⁷⁴ Entre nós, vide, por exemplo, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, III, Coimbra: Almedina, 2004, p. 437.

⁴⁷⁵ Veja-se o art. 66º do Código Civil, nos termos do qual a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida (n.º 1), sendo que os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento (n.º 2).

refere TERESA QUINTELA DE BRITO, “juridicamente, só existe vida-intra-uterina depois da implantação do óvulo fecundado no útero materno”⁴⁷⁶.

Contudo, tomando como pano de fundo o momento biológico do início da vida humana — tendo-se aqui como referência a concepção ou fecundação — importa sublinhar que a ciência médica permite que exista vida humana extra-uterina: basta tão-só pensar na fertilização *in vitro*. Todavia, não obstante biologicamente se tratar, inegavelmente, de vida humana, a sua protecção não é assumida no patamar jurídico-penal⁴⁷⁷.

Será, por isso, legítimo afirmar que o direito penal não protege toda a vida humana ou, de outro modo, a vida humana em toda a sua extensão. Existe como que uma linha temporal no processo de formação de um novo ser humano a partir da qual podemos delimitar três fases: *i*) uma primeira fase que se situa entre o momento da concepção e o momento da nidação (correspondente aos referidos 14 dias), durante a qual a vida humana não beneficia de protecção penal como tal. Esta primeira fase inclui, também, o tempo que medeia entre a fertilização *in vitro* e a implantação dos embriões no útero⁴⁷⁸; *ii*) uma segunda fase que corresponde ao período entre a nidação e o

⁴⁷⁶ Teresa Quintela de Brito, “O crime de aborto”, in: *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 424 e s., p. 426.

⁴⁷⁷ A mesma Autora afirma ainda, *op. cit. loc. cit.*, que «não corresponde a um aborto a destruição de óvulos fecundados *in vitro* ou, até, de embriões não colocados no útero de uma mulher».

⁴⁷⁸ Restará perguntar se o avanço da ciência médica vier a permitir a “gestação” extra-uterina do embrião não será caso de adequar o actual Capítulo II do Título I do Código Penal, passando este a ser não referente a crimes contra a vida intra-uterina, mas antes como sendo relativo a crimes contra a vida pré-natal. Inclusivamente, Otfried Höffe sublinha que a diferença entre embriões fecundados *in vitro* e embriões fecundados sem recurso a esta técnica não deve assumir relevância significativa. Pois que, podendo-se imaginar, a breve trecho, a gestação fora do útero materno, assumir essa diferença seria transformar os assim desenvolvidos embriões não em homens mas em monstros. Cfr. *Medizin Ohne Ethik?*, Frankfurt: Suhrkamp, 2002, p. 83.

início dos trabalhos de parto⁴⁷⁹ e é assumida pelo direito penal como vida humana intra-uterina. Esta fase encontra protecção penal nos artigos 140º, 141º e 142º do Código Penal; *iii*) a terceira fase abrange o tempo entre o início dos trabalhos de parto e a morte. Esta fase encontra reflexo na tutela penal dos crimes contra a vida, ou seja, nos artigos 131º a 139º do Código Penal.

Verificamos, pois, como enunciámos inicialmente, que para o direito (*sollen*), *maxime*, para o direito penal, a descrição biológica do início da vida humana não é suficiente para encontrar patamares de protecção. Observamos que, iniciando-se aquilo que é, em termos biológico-fisiológicos, uma nova vida, a mera existência vivente, desligada de outras valorações, não configura realidade suficiente para a sua relevância jurídico-penal. Existiu, por isso, necessidade de definir o concreto início do âmbito de protecção jurídico-penal da vida humana com recurso a critérios de valor⁴⁸⁰. Por outras palavras: se o critério fosse unicamente o biológico-fisiológico, constituiria crime de aborto a utilização de métodos impeditivos da nidação⁴⁸¹.

Em suma, podemos verificar que o direito penal não protege a vida humana desde o seu início biológico-fisiológico, apenas trazendo para a discursividade penal uma realidade a que associa a ideia de pessoa⁴⁸².

Para efeitos dos crimes de homicídio — em que se trata já de vida humana (autónoma) ou de vida de pessoa nascida⁴⁸³ — o início da protecção

⁴⁷⁹ Dado que, como se retira do art. 136º do Código Penal, a partir do momento em que se iniciam os trabalhos de parto (“durante o parto”) é considerado existir já um infanticídio, crime esse que se encontra no Capítulo dos crimes contra a vida.

⁴⁸⁰ Podemos aqui referir, por exemplo, a própria segurança jurídica: apenas com a nidação se assegura o sucesso da continuidade da gravidez, pelo que proteger a vida humana antes da nidação seria, em último caso, proteger uma realidade incerta.

⁴⁸¹ No mesmo sentido, Damião da Cunha, Anotação ao Art. 140º (cit.), p. 151 e Teresa Quintela de Brito, “O crime de aborto” (cit.), p. 426.

⁴⁸² Interessante a propósito da natureza do embrião e da sua consideração como pessoa é o Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida do CNECV de Julho de 2004, *maxime*, p. 21 e s.

⁴⁸³ Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), p. 5.

situa-se, sufragando-se aqui a doutrina dominante, no início do acto de nascimento⁴⁸⁴.

II.2.3. O fim da vida humana

Porque a vida humana é finita, tal implica que é temporalmente delimitada. Assim, uma vez tratado o seu início, impõe-se que nos debrucemos sobre o seu fim⁴⁸⁵.

Inversamente ao que sucede relativamente ao início da vida, em que é na perspectiva biológico-fisiológica que se situa o maior patamar de certeza, no caso do fim da vida — a morte — parece existir maior consenso da parte do direito para a sua definição.

Nas palavras de CARVALHO FERNANDES, “a morte não pode deixar de significar, para o Direito, a *cessação da vida*, com duas precisões. Visa a primeira esclarecer que está em causa a vida *corporal* e a segunda assinalar que se trata da morte, em sentido global, e não, necessariamente, da cessação das funções orgânicas de todos e cada um dos órgãos ou tecidos do corpo”⁴⁸⁶. Em 1999 — e no mesmo ano de um Parecer sobre o Critério de Morte do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida⁴⁸⁷ — entra em vigor a Lei n.º

⁴⁸⁴ Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), p. 6.

⁴⁸⁵ Neste ponto tomamos por base o nosso estudo prévio, “Implicações jurídico-penais do critério de morte”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2011, p. 359 e s.

⁴⁸⁶ Luís Carvalho Fernandes, “A definição de morte. Transplantes e outras utilizações do cadáver”, in: José de Oliveira Ascensão (Coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 63.

⁴⁸⁷ Concluiu-se neste Parecer, disponível em www.cneecv.gov.pt, que “o critério de morte cerebral é a comprovação da cessação irreversível das funções do tronco cerebral, sendo exigível, no plano ético, que esse critério seja usado univocamente na legislação, e não apenas no respeitante a transplantações” (itálicos do Autor).

141/99, de 28 de Agosto, que estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte. Nos termos do art. 2º desta Lei, *a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral* ⁴⁸⁸. Verificada a morte, já não existirá vida humana ou pessoa ⁴⁸⁹.

Mas se falamos aqui em aparente consenso em torno do critério de definição da morte, não podemos afirmar nem que se trata de um conceito estático, nem que é um conceito unânime.

A principal razão para tanto é porque existem diversos sentidos para a noção de morte. Podemos considerar a morte como um processo ⁴⁹⁰ ou como um momento ou até como um acontecimento. Falar sobre a morte é, também, saber identificar que a morte não se restringe à cessação irreversível das funções do tronco cerebral.

Em termos jurídicos, estabelece-se — com o imprescindível contributo prestado pelo saber contemporâneo das ciências médicas — qual o acontecimento da morte; qual o facto a que a morte corresponde. No fundo, trata-se do limite absoluto do conhecimento das ciências médicas: o critério de determinação da morte representa, de uma outra perspectiva, o limite das possibilidades de manutenção e prolongamento da vida permitidas pela ciência médica.

Na verdade, até à década de 70 do século passado, o critério para determinação da morte consistia na cessação das funções cardíaca e

⁴⁸⁸ Sobre o concreto processo de verificação da morte vejam-se os artigos 3º e 4º da referida Lei.

⁴⁸⁹ Em termos sequenciais — e também legislativos — haverá cadáver. Como estabelece a alínea i) do art. 2º da Lei n.º 411/98, de 30 de Dezembro, alterada pela Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho, cadáver é “o corpo humano após a morte, até estarem terminados os fenómenos de destruição da matéria orgânica”.

⁴⁹⁰ Como refere Bernard N. Schumacher, “le mourir est un processus — plus ou moins long, paisible ou douloureux selon les circonstances — qui advient, indépendamment de la longueur de la vie, dans les ultimes moments d’une existence personnelle et qui mène ordinairement, mais pas nécessairement, au décès — cet «événement» qui transforme le vivant en un cadavre et qui débouche sur l’état de mort», *Confrontations avec la mort*, Paris: Cerf, 2005, p. 27 e s.

respiratória (critério da morte cardio-respiratória)⁴⁹¹. Foi a evolução das possibilidades oferecidas pelas técnicas de ressuscitação que determinou o abandono desse critério⁴⁹².

Por este motivo se pode afirmar que a ciência médica indica ao direito até que momento se poderá falar em protecção de vida humana. O acontecimento “morte”⁴⁹³ é, por isso, determinante para a ordem jurídica, originando *per se* um facto jurídico axial na conformação do direito, com importantes consequências jurídicas⁴⁹⁴.

Mas a importância da determinação do momento da morte reflecte-se também em termos jurídico-penais: verificada a morte, termina a protecção penal da vida humana⁴⁹⁵.

O significado deste reflexo assume, de igual modo, refacções nos comportamentos ofensivos da vida humana. Explicitando um pouco mais, verificamos que o direito penal, ainda que tenha em conta os diversos modos e formas de ofensa do bem jurídico “vida humana”⁴⁹⁶, apenas distingue entre

⁴⁹¹ Assim, Teresa Quintela de Brito, “Crimes contra a vida: questões preliminares”, in: *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 32 e Stela Barbas, *Direito do Genoma Humano* (cit.), [nota 280], p. 186 e s.

⁴⁹² Sobre este assunto, veja-se Günther Stratenwerth, “Zum juristischen Begriff des Todes”, in: Paul Bockelmann/Arthur Kaufmann/Ulrich Klug, *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt: Klostermann, 1969, p. 528 e s., p. 531.

⁴⁹³ Como refere Axel Thias, a morte cerebral marca um ponto fixo no processo de morte do organismo. Veja-se *Möglichkeiten und Grenzen eines selbstbestimmten Sterbens* (cit.), p. 41.

⁴⁹⁴ Efectivamente, é questão incontroversa na doutrina que, desde logo, o facto “morte” é pressuposto e causa da sucessão. Cfr., por todos, Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II – Das Sucessões, Lisboa: Lex, 1993, p. 179.

⁴⁹⁵ O que não implica, todavia, que deixe de haver qualquer protecção do que resta: o Código Penal é disso mesmo reflexo, ao tipificar como crime a profanação de cadáver ou de lugar fúnebre no seu art. 254º. Trata-se aqui da protecção do respeito pelos mortos, do respeito por o que são representações do que foi uma pessoa. Dito de outro modo: «este tipo legal visa a protecção dos sentimentos de “piedade” para com defuntos, por parte da colectividade (...) [no] sentido original e latino do mesmo de respeito face a entidades que transcendem a existência singular». Cfr. J. M. Damião da Cunha, Anotação ao Art. 254º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 653.

⁴⁹⁶ Nas palavras de José de Faria Costa, “em definitivo: o que verdadeiramente se consagra em toda a área da incriminação dos crimes contra a vida não é um e só um crime contra a vida; ao

a realidade de estar vivo e a realidade de se estar morto. Não encontramos, no ordenamento penal, refracção do processo de morte⁴⁹⁷ ou, por outras palavras: não existe diferenciação no bem jurídico protegido no fim da vida, tal como podemos surpreender esta diferenciação no início da vida, através da distinção (legal) entre vida intra-uterina e vida de pessoa nascida. Assim, não existe um bem jurídico-penal que se situe entre a vida humana e o cadáver⁴⁹⁸.

Mas também tem crescido por parte dos penalistas a consciência de que este estado de coisas poderá, eventualmente, representar uma lacuna face ao actual desenvolvimento das ciências médicas e que, neste âmbito, poderá equacionar-se a autonomização de outros bens jurídicos⁴⁹⁹. Aliás, esta fragmentação a propósito da vida humana não é estranha ao direito penal. Sublinhe-se uma vez mais: nos crimes contra a vida distinguem-se os crimes contra a vida intra-uterina (artigos 140º a 142º do Código Penal) dos crimes contra pessoa já nascida (artigos 131º a 139º do Código Penal)⁵⁰⁰.

Ora, o facto é que o fim da vida pode não ser apenas a cessação irreversível das funções do tronco cerebral. Pode ser mais do que isso. Pode

invés, postula-se como necessário, proporcional e adequado positivar vários crimes que tenham em devida conta não só os momentos de realização da vida humana mas também o modo e a circunstância em que a sua violação tem lugar”, in: “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 116.

⁴⁹⁷ A propósito do processo de morte, de uma perspectiva jurídica, cfr. Ralph Weber, “Der Hirntodbegriff und der Tod des Menschen”, *ZfL* 4 (2002), p. 94 e s., *maxime*, p. 99.

⁴⁹⁸ Com efeito, “que o cadáver, ou melhor, que a refracção que o cadáver provoca, quer no sentido de impor à comunidade o respeito pelos mortos, quer na dimensão de ser ele mesmo objecto de piedade de familiares e amigos — não esqueçamos que a cultura jurídica europeia tem em Antígona, precisamente, um dos seus mais fundos pontos de apoio da projecção estruturante do direito —, co-envolve um bem jurídico que o direito penal protege”. Cfr. José de Faria Costa, “O valor do silêncio do legislador penal e o problema das transplantações”, *BFD*, 69 (1993), p. 201 e s., [nota 61], p. 230.

⁴⁹⁹ Um dos principais expoentes desta corrente entre nós é José de Faria Costa, que procura autonomizar como bem jurídico-penal a integridade pessoal (da pessoa autónoma), que trataremos no Cap. III.4.3. Mais aprofundadamente, José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal” (cit.), p. 171 e s.

⁵⁰⁰ Sobre a distinção entre vida de pessoa já nascida e vida intra-uterina como posição assumida no Código Penal português, cfr. Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), § 4, p. 4.

ser um longo e ininterrupto processo de deterioração das funções vitais e mesmo psíquicas. O certo é que este fim da vida não é autonomizável da vida plena em termos jurídico-penais.

II.2.3.1. O critério de definição de morte

Afirmava SAVIGNY, em 1840, que “a morte como limite da natural capacidade jurídica é um acontecimento naturalístico tão simples, que o mesmo, tal como o nascimento, não carece de uma verificação precisa dos seus elementos”⁵⁰¹. Na verdade, a morte é um acontecimento, um facto, mas certo é que hoje perdeu toda a sua simplicidade.

A morte tornou-se também em um processo⁵⁰², em uma dúvida, em uma realidade ética; a morte tornou-se, para lá de um facto naturalístico, na tradução do patamar de desenvolvimento científico das ciências da vida.

O critério de morte é, deste modo, determinante para toda a concepção tanto dos crimes contra a vida, como da matéria relacionada com as transplantações e a colheita de órgãos e tecidos. Critério este que traduz, nas palavras de FARIA COSTA, um “fenómeno absolutamente opaco”⁵⁰³.

Por este motivo, torna-se determinante a compreensão e significado deste critério. Critério esse que, além de espelhar os avanços da Medicina, reflecte, de igual modo, uma concepção ética da finitude do Homem.

⁵⁰¹ Friedrich von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, 1840, p. 17.

⁵⁰² Cfr. Maria Paula Ribeiro de Faria, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes* (cit.), p. 81.

⁵⁰³ José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 113.

a. O critério de morte

A possibilidade, conferida pela medicina intensiva, de diferenciação entre a morte cárdio-respiratória e a morte cerebral levamos a questionar, precisamente, o que é a morte de um ser humano⁵⁰⁴.

Actualmente, o critério de morte encontra-se estabelecido na Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto. De acordo com o já citado artigo 2º desta Lei, este critério *corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral*⁵⁰⁵. Para que o(s) médico(s) se possa pronunciar pelo diagnóstico de morte cerebral é necessário que os seguintes reflexos do tronco cerebral estejam totalmente ausentes:

- a) Reflexos fotomotores com pupilas de diâmetro fixo;*
- b) Reflexos oculocefálicos;*
- c) Reflexos oculovestibulares;*
- d) Reflexos corneopalpebrais;*
- e) Reflexo faríngeo.*

Ainda de acordo com a Declaração da Ordem dos Médicos de 1 de Setembro de 1994, as regras de semiologia médico-legal implicam a confirmação da ausência de respiração espontânea, através da realização da prova de apneia.

⁵⁰⁴ Assim, Klaus Steigleder, “Hirntod”, in: Stefan Schulz *et al.*, *Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin*, Frankfurt: Suhrkamp, 2006, p. 435 e s., p. 437. Este Autor faz notar que estas respostas poderão ser “novas”, uma vez que respondem a perguntas que até aqui ainda não tinham sido colocadas. Todavia, e por outro lado, as respostas não são verdadeiramente novas: as diferenciações ora exigidas apenas se traduzem em uma melhor compreensão do que é a morte de uma vida humana.

⁵⁰⁵ Como refere Lesseps Lourenço Reys, trata-se da “situação que corresponde à destruição irreversível dos centros nervosos do tronco cerebral e, por tal motivo, há quem prefira designar esta entidade de Morte do Tronco Cerebral (MTC)”, in: “Eutanásia — Aspectos Médico-Legais”, in: *Colóquio sobre Eutanásia*, Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa, 1993, p. 31 e s., p. 40.

Ficamos, assim, com uma noção do diagnóstico médico de morte. Por outras palavras, apreendemos o conceito e o critério médicos de morte⁵⁰⁶. Não obstante, a posse desta realidade não traduz o seu significado axiológico, nem mesmo as suas implicações jurídico-penais. Efectivamente, “a definição ética de morte não resulta de dados de verificação empíricos”⁵⁰⁷, pois que uma coisa será a morte de uma pessoa e outra, dela autónoma, é o critério usado para estabelecer a morte do indivíduo⁵⁰⁸.

A morte permanece, deste modo, realidade que se pode verificar, apreender, mas da qual não resta experiência, nem própria, nem do outro. Como sublinha EMMANUEL LÉVINAS, “a relação com a morte de outrem não é um *saber* sobre a morte de outrem, nem sequer a experiência desta morte no seu modo de aniquilar o ser (...). (...)Os mesmos problemas se colocam quando falamos da morte como [sendo] a minha morte. A relação ao meu próprio morrer não tem o sentido de saber ou de experiência – nem que seja no sentido de pressentimento, de presciência”⁵⁰⁹.

Tratando-se de um estudo jurídico-penal, seria estulto, além de descontextualizado, pretendermos fazer um percurso por tal opacidade imperscrutável, não podendo, todavia, deixar de dar nota que, verdadeiramente, não se sabendo o que é a morte, impõe-se que compreendamos o significado dos critérios que a determinam, bem como a correlativa consequencialidade.

⁵⁰⁶ Jochen Vollmann, “Das Hirntodkriterium heute. Begriffsklärung und medizinische Kontroversen”, in: Thomas Schlich/Claudia Wiesemann (Hrg.), *Hirntod. Zur Kulturgeschichte der Todesfeststellung*, Frankfurt: Suhrkamp, 2001, p. 45 e s., p. 48.

⁵⁰⁷ Jochen Vollmann, “Das Hirntodkriterium heute” (cit.), p. 49.

⁵⁰⁸ Neste sentido, Klaus Steigleder, “Hirntod” (cit.), p. 437.

⁵⁰⁹ Emmanuel Lévinas, *Deus, a Morte e o Tempo* (cit.), p. 43 e s.

b. Análise crítica do critério de morte cerebral

O critério de morte cerebral, sendo o critério de morte actualmente vigente⁵¹⁰, não é, contudo, isento de posições críticas. E as vozes críticas fizeram-se sentir logo em finais da década de 60, aquando da publicação do Relatório da Comissão Ad Hoc da *Harvard Medical School* sobre a Definição de Coma Irreversível⁵¹¹: as razões apontadas neste relatório para alteração do critério de morte assentavam (i) no fardo que os pacientes em relação aos quais o coração batia mas o cérebro se encontrava permanentemente danificado constituíam tanto para as famílias, como para os hospitais e (ii) na circunstância de critérios obsoletos para a definição de morte poderem conduzir a controvérsia na obtenção de órgãos para transplantes. Imediatamente se apontou o novo critério não ter qualquer suporte ético⁵¹², baseando-se antes em razões puramente economicistas⁵¹³ ou utilitaristas.

Na verdade, a propósito do critério de morte, a primeira questão que deve ser tida em conta é que a definição do momento da morte não é uma

⁵¹⁰ E que, nesse sentido, reúne o consenso necessário para poder ser o critério vigente na maioria das legislações. Não obstante, é insusceptível de confusão com o conceito de morte.

⁵¹¹ Henry K. Beecher *et al.*, “A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death”, *Journal of the American Medical Association* (JAMA), Vol. 205, n.º 6, Ago. 1968, p. 85 e s.

⁵¹² Sendo um dos fortes críticos deste critério, logo em 1969, Hans Jonas. A este propósito, Hans Jonas, *Technik, Medizin und Ethik*, Frankfurt: Suhrkamp, 1987, p. 219 e s.

⁵¹³ Não deve deixar de se assinalar que a introdução do critério de morte cerebral, entre nós, se deu com a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, relativa à Colheita e transplante de órgãos, tecidos e células de origem humana (art. 12º). Por outro lado, ainda de notar que o Parecer sobre o Critério de Morte do CNECV (Parecer n.º 10/CNECV/95) refere, na esteira do Relatório da *Harvard Medical Association*, que “o facto do início do diálogo ético acerca desta matéria ter precedido em alguns anos as transplantações de órgãos de cadáver, exclui a ideia de que a sua motivação tenha sido a necessidade e aumentar o número de dadores de órgãos. Embora este objectivo seja, indiscutivelmente, um dos que justifica a necessidade da maior precocidade possível do diagnóstico de morte, existem outras razões fundamentais para isso. Entre elas se contam, sobretudo, as de carácter humanitário, mas ainda a da preocupação que deve existir em atingir a equidade na utilização dos recursos disponíveis face às necessidades nos cuidados de saúde, o que é particularmente sensível no «intensivismo»”. Ou seja: integra os argumentos por alguns considerados como economicistas.

pretensão exclusivamente médica, constituindo antes uma estipulação normativa⁵¹⁴. Parece-nos que outro não poderá ser o entendimento, dado que, como já se apontou, a morte em si é uma realidade opaca. Do que se trata é de encontrar um critério normativo de morte que permita estabelecer as consequências jurídicas dessa realidade⁵¹⁵. Por outras palavras: o critério de morte não pode ser isento de qualquer valoração ética nem bastar-se com o contributo médico para a sua definição.

Com este pano de fundo, cumpre, como passo sucessivo, analisar os argumentos a favor e contra este critério, não sem antes fazer um brevíssimo relance aos patamares em que a discussão se coloca.

Com efeito, a discussão sobre o critério de morte cerebral pode fazer-se em quatro patamares distintos:

- a) patamar atributivo: quem morre;
- b) patamar definitório: o que é a morte;
- c) patamar criteriológico: quais os critérios para se reconhecer a morte;
- d) patamar diagnóstico: como comprovar a morte⁵¹⁶.

O contributo da Medicina é particularmente significativo no âmbito dos dois últimos patamares mencionados, pois que é em relação a estes que a intervenção das ciências humanas e sociais apenas poderá ter influência

⁵¹⁴ Assim, Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 187. Também Hans Ludwig Schreiber, ainda que concedendo a necessária ligação a dados médicos, in: “Kriterien des Hirntodes”, *JZ* 1983, p. 593 e s., p. 593. Detlev Sternberg-Lieben vai mais longe, afirmando mesmo que a morte é um conceito normativo do direito penal, in: “Tod und Strafrecht”, *JA* 1997, p. 80 e s., p. 81.

⁵¹⁵ Werner Heun refere – para nós, com razão – que a medicina não pode ter o monopólio nesta matéria. A morte deve antes ser uma estipulação normativa enquadrada nos parâmetros da ciência jurídica e, particularmente, constitucional. Afirma em tom apodíctico: a morte não é uma norma em branco a ser preenchida pelos médicos, in “Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen”, *JZ*, 1996, p. 213 e s., p. 214.

⁵¹⁶ Mais desenvolvidamente sobre estes patamares, Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 187 e s. Ainda sobre esta matéria, Detlev Sternberg-Lieben, “Tod und Strafrecht” (cit), p. 82 e s., refere-se a quatro vectores, ou seja, o sujeito da morte, a definição de morte, o critério de morte e o diagnóstico de morte. Por seu turno, NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 21 e s., faz alusão a um modelo de três patamares.

limitada⁵¹⁷. É, precisamente, nestes patamares que se reflecte o actual estado do saber das ciências médicas. Em concreto, o próprio critério de morte cerebral admite três sub-critérios⁵¹⁸: (i) a morte encefálica; (ii) a morte do tronco cerebral e (iii) a morte cortical. No primeiro, trata-se da paragem irreversível do funcionamento de todo o encéfalo. Entende-se que existe, aqui, uma paragem irreversível do funcionamento do organismo como um todo. Este é o sub-critério adoptado, por exemplo, na Alemanha⁵¹⁹. No que toca ao segundo sub-critério, existe uma paragem irreversível do funcionamento do tronco cerebral⁵²⁰: a morte é a perda irreversível da consciência e da coordenação de funções vitais do organismo⁵²¹, associada à perda de respiração, sendo este o critério vigente na ordem jurídica portuguesa. Finalmente, pode ainda referir-se a perda irreversível do neocórtex, ou seja, a morte cortical. Associa-se a morte cortical à perda do que é significativo para a pessoa, ou seja, a consciência e a cognição e, também, a capacidade social de interagir. A maior crítica científica a este critério reside na impossibilidade de localizar a consciência no córtex cerebral. Mais: este critério determinaria que

⁵¹⁷ Albin Eser, “Medizin und Strafrecht”, *ZStW* 97 (1985), p. 1 e s., p. 29 e s. reconduz a diferenciação ao conceito (normativo) de morte e aos critérios (médicos) de determinação de morte, sendo que aquele primeiro se situa exclusivamente em terreno normativo. Na verdade, a pergunta associada ao conceito de morte prende-se com o *quid specificum* da vida humana, cuja perda determina o fim do ser-pessoa. Por seu turno, a pergunta que se liga com os critérios de determinação da morte é a de saber qual o órgão onde a “espiritualidade” do homem tem o seu assento biológico e quais os sintomas que permitem estabelecer a aniquilação dessa função.

⁵¹⁸ Sobre estes critérios e no que se segue, Cristina Lima, “Do conceito ao diagnóstico de morte: controvérsias e dilemas éticos”, *Medicina Interna*, Vol. 12, n.º 1, p. 6 e s., *maxime*, p. 8 e s.

⁵¹⁹ De acordo com o n.º 2 do § 3 da *Transplantationsgesetz* estabelece-se a morte encefálica como pressuposto legal para o transplante de órgãos. Cfr. Jochen Vollmann, “Das Hirntodkriterium heute...” (cit.), p. 45 e ainda S/S/Eser, *Vorbem* §§ 211 ff, n.º m. 20.

⁵²⁰ Como ensina João Lobo Antunes, “Porque o cérebro é diferente... (Uma introdução à neuroética)”, in: *O Eco Silencioso*, Lisboa: Gradiva, 2008, p. 111 e s., p. 116, “O tronco cerebral é o segmento do sistema nervoso central compreendido entre os hemisférios cerebrais e a medula espinal”.

⁵²¹ O tronco cerebral controla as funções de respiração, cardiovascular, gastrintestinal, equilíbrio, movimentos oculares e corporais, actuando ainda como estação retransmissora de sinais corticais para iniciar ou modificar funções de controlo em todo corpo.

tanto os bebês anencefálicos, como os dementes profundos e ainda os pacientes em Estado Vegetativo Persistente pudessem ser declarados mortos.

Os testes adequados a comprovar cada uma destas “mortes cerebrais” divergem. Entre nós, vigorando o critério da morte como cessação irreversível das funções do tronco cerebral, exige-se, de acordo com a já citada Declaração da Ordem dos Médicos de 1 de Setembro de 1994, a seguinte metodologia de diagnóstico:

1. *Realização de, no mínimo, dois conjuntos de provas com intervalo adequado à situação clínica e à idade;*
2. *Realização de exames complementares de diagnóstico, sempre que for considerado necessário;*
3. *A execução das provas de morte cerebral por dois médicos especialistas*⁵²².

Como se compreenderá, o patamar atributivo e o patamar definitivo encontram-se intricadamente ligados com a própria compreensão do Homem. Não pode, por isso, alçapremar-se qualquer critério de morte à sua definição. Em estes patamares, não pode ser conferido o domínio à Medicina⁵²³. Mais. É sobretudo a partir destes patamares que têm surgido muitas das críticas ao critério de morte cerebral⁵²⁴.

Uma das primeiras vozes que se vez ouvir foi a de HANS JONAS. Segundo a posição por si defendida, o critério de morte não permitia a cada um a sua morte individual. Pois que uma morte digna no âmbito da medicina

⁵²² Em neurologia, neurocirurgia ou com experiência de cuidados intensivos.

⁵²³ Neste sentido, Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 188. Até porque, como se sabe, “o direito não encara o homem, o destinatário das suas normas, como mero ser biológico”. Cfr. Maria Paula Ribeiro de Faria, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes* (cit.), p. 89.

⁵²⁴ Motivo pelo qual Dieter Birnbacher, “Einige Gründe, das Hirntodkriterium zu akzeptieren”, p. 29 e s., refere existir alguma confusão de planos nas críticas feitas ao critério de morte cerebral, mais afirmando que grande parte das críticas se reporta não à sua validade científica enquanto critério, mas enquanto definição da morte, in: Johannes Hoff/Jürgen in der Schmitten (Hrg.), *Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und «Hirntod»-Kriterium*, Hamburg: Rowolt, 1995, p. 28 e s.

intensiva deveria ser possível, mas não através de uma alteração de um critério de morte que a antecipava, de modo a permitir a colheita de órgãos a pacientes que, de outro modo, estariam vivos, dado ainda manterem as funções cardíaca e respiratória, mesmo que artificialmente⁵²⁵. Por outras palavras: o critério de morte não poderia ser um critério utilitarista.

Outro argumento contra o critério de morte cerebral tem sido usado, principalmente, por constitucionalistas, baseando-se no princípio *in dubio pro vita*. O pilar deste argumento assenta na ideia de que a protecção constitucional da vida se refere à vida biológica⁵²⁶. Ora, aqui o *punctum crucis* reside na circunstância de que, não obstante o cérebro poder não assegurar algumas funções, subsistir a possibilidade de serem asseguradas – ainda que de modo artificial – outras funções vitais, nomeadamente a função cardíaca e a função respiratória. Na verdade, de acordo com o critério de morte cerebral, uma pessoa morta tem respiração, batimentos cardíacos, pode suar, ser alimentada e mesmo ter determinados movimentos corporais⁵²⁷. Então, se de uma óptica constitucional é protegida a vida biológica, não fará qualquer

⁵²⁵ Cfr. Hans Jonas, *Technik, Medizin und Ethik* (cit.), p. 224 e s. Veja-se ainda Jochen Vollmann, “Das Hirntodkriterium heute...” (cit.), p. 56.

⁵²⁶ Nesta matéria, escrevem Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 447 e s., que “o sentido geral da garantia e protecção do direito à vida no plano constitucional é, desde logo, a protecção da existência vivente, físico-biológica. (...) Quanto à morte, o critério normativo hoje dominante é o da morte cerebral, entendida como «falência» completa e irreversível da função global do cérebro. Este critério, embora tenha recepção legal na legislação referente à colheita e transplantação de órgãos (...), pode ter subjacente critérios cuja legitimidade constitucional é duvidosa, pois a morte cerebral significa que há uma «pessoa a morrer» que ainda não está morta. Na dúvida, o carácter absoluto da protecção do bem da vida aponta para um conceito de morte entendida como a «falência» completa do organismo humano no conjunto dos seus órgãos e funções. Neste sentido, o conceito de morte cerebral terá de considerar-se apenas como o momento temporal da morte de uma vida em «processo de falecimento» (...).”

⁵²⁷ Dando conta destas manifestações do corpo em uma pessoa cerebralmente morta, Jan C. Joerden, *Menschenleben: Ethische Grund- und Grenzfragen des Medizinrechts*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2003, p. 185. O que vem, afinal, a realçar a ideia da morte como um processo, em várias fases, até ao desaparecimento efectivo de todas funções celulares (dado que as células do corpo humano têm diferentes tempos de resistência). Assim Detlev Sternberg-Lieben, “Tod und Strafrecht” (cit), p. 81.

sentido o critério de morte não respeitar essa protecção. No fundo, a crítica coloca-se com particular acuidade quanto aos casos de morte dissociativa – comumente associada com a medicina intensiva – em que a cessação da função cerebral e a cessação das funções cardíaca e respiratória ocorrem em momentos distintos. Todavia, e de uma perspectiva inversa, importa aqui considerar que o cérebro é o único órgão que, em termos fácticos, leva a cabo a integração de cada função corporal no todo que é o organismo físico do Homem⁵²⁸.

Finalmente, ainda como uma das principais críticas do critério de morte cerebral é a circunstância de este critério ter a potencialidade de ser alargado por via de uma predominância de uma morte cerebral parcial, deste modo abrindo possibilidade a uma antecipação do momento de morte com a finalidade de facilitar a remoção de órgãos para transplantes⁵²⁹. Portanto, critica-se uma certa perspectiva utilitarista deste critério, retomando-se o pensamento de HANS JONAS. Contudo, também aqui se deve levar em linha de conta que o critério de morte terá de corresponder a dados empíricos comprováveis, ou seja: a determinação científica do momento da perda irreversível da consciência e das funções corporais não pode ser feita discricionariamente, devendo corresponder ao estágio de desenvolvimento científico da medicina⁵³⁰.

Como logo se depreende, o fio condutor de todas estas críticas assenta, sobretudo, na principal das enunciadas razões fundantes do critério de morte cerebral: a facilitação dos transplantes. Pois que o critério de morte – pela sua importância em todo o ordenamento jurídico – não pode fundar-se em finalidades que não a sua mais correcta definição médica, normativa e ética. Não pode, em síntese, ser um meio para alcançar um fim. O que, por outro

⁵²⁸ Cfr. Dieter Birnbacher, “Einige Gründe, das Hirntodkriterium zu akzeptieren” (cit.), p. 36.

⁵²⁹ A este propósito veja-se Maria Paula Ribeiro de Faria, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes* (cit.), p. 79.

⁵³⁰ Dieter Birnbacher, “Einige Gründe, das Hirntodkriterium zu akzeptieren” (cit.), p. 31.

lado, não determina nem a exclusão deste critério, nem o seu afastamento com vista ao impedimento de transplantações⁵³¹.

O que se constitui como imperativo é, pois, a devida fundamentação da morte cerebral enquanto critério de morte. Motivo pelo qual procuraremos, agora, levar a cabo um percurso exploratório pelos argumentos a favor deste critério.

Um dos grandes argumentos que tem sido usado a favor do critério da morte cerebral é o facto de que a cessação das funções cerebrais representa o fim da pessoa. Com efeito, a perda das funções cerebrais determina a incapacidade de qualquer consciência, assim como a impossibilidade de gestão das funções do organismo e correlativa existência de qualquer autonomia. Sinteticamente, é o cérebro (ou encéfalo) que possibilita o funcionamento do organismo como unidade. Não deve confundir-se esta ideia com aquela outra que defende que o cérebro é o lugar onde se situa o espírito da pessoa^{532 533}, até porque dificilmente podem existir certezas quanto à localização específica da espiritualidade humana. Pois mesmo sendo as neurociências a “observação de um sistema cognitivo ao espelho”⁵³⁴, como já tivémos oportunidade de referir em momento anterior deste trabalho, a espiritualidade não se reconduz à observação científica.

Todavia, é de ter em conta a necessária cautela que deve suscitar a extremização deste argumento. Por outras palavras: ainda que se possa aceitar

⁵³¹ Como afirma Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 193, “o afastamento do critério de morte cerebral não determina, necessariamente, a exclusão de transplantações”.

⁵³² Heinz Angstwurm, “Der vollständige und endgültige Hirnausfall (Hirntod) als sicheres Todeszeichen des Menschen”, in: Johannes Hoff/Jürgen in der Schmitt (Hg.), *Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und «Hirntod»-Kriterium*, Hamburg:Rowolt, 1995, p. 41 e s., p. 44.

⁵³³ Criticamente, refere Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), p. 10 que “a favor do critério de morte cerebral para efeito do tipo objectivo de ilícito do homicídio não deve avançar-se com um argumento antropológico, segundo o qual o cérebro seria o correspondente da pessoa, na sua unidade corpo-alma. Não parece lícito, se é que é possível, distinguir a vida biológica e a vida humana segundo um critério de relevância biológica”.

⁵³⁴ Wolf Singer, *Vom Gehirn zum Bewusstsein* (cit.), p. 11.

que o cérebro é o centro funcional do Homem, não se pode reconduzir o fim da pessoa à mera ou simples perda da capacidade de consciência e de apreensão do “eu” e da realidade circundante⁵³⁵. Por um lado, como aludimos, tal determinaria à consideração como mortas de pessoas em EVP ou, até, de bebés anencefálicos⁵³⁶. Por outro lado, poderia abrir portas a uma distinção entre vidas dignas e vidas indignas, como, aliás, já o fizeram, no início do século passado, BINDING e HOCHÉ⁵³⁷. Em suma: na análise do critério de morte cerebral não pode confundir-se a ideia de pessoa, enquanto constructo filosófico-normativo, com a ideia de indivíduo.

Um segundo grupo de argumentos baseia-se em uma ideia de solidariedade. Solidariedade em uma necessária e por demais urgente facilitação dos transplantes. Pois que a adopção de outro critério, como o da morte cárdio-respiratória, poderia significar o desnecessário sacrifício de outras vidas⁵³⁸. Argumento, sem resto, incluído já nas primeiras aflorações de justificação do próprio critério de morte cerebral. E que, não obstante as críticas que lhe são dirigidas, se orienta, devemos sublinhá-lo, para a protecção da vida.

⁵³⁵ Até porque, deve salientar-se, nesse caso, estaríamos “mortos” até desenvolvermos essa capacidade. Na verdade, no nosso processo de formação enquanto seres vivos, essa capacidade vai sendo construída. Assim, Wolf Singer, *Vom Gehirn zum Bewusstsein* (cit.), p. 51.

⁵³⁶ Veja ainda *infra* III.4.2.

⁵³⁷ Na sua obra *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Binding e Hoche defendiam que existiam vidas indignas de serem vividas – por exemplo, as dos doentes mentais – exactamente porque não lhes assistiam as capacidades de consciência, de percepção e de relacionamento com o mundo circundante. Como se sabe, este estudo acabou por constituir a base para o programa de aniquilamento de deficientes mentais do nazismo. Cfr. Karl Binding/Alfred Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens – Ihr Mass und ihre Form*, 1920, *passim* e ainda Kay Schumann, “Die Binding/Hoche-Untersuchung: zugleich eine Reflexion über den Lebensschutz im Strafrecht” (texto no prelo, gentilmente cedido pelo Autor).

⁵³⁸ Como refere Jan C. Joerden, *Menschenleben* (cit.), p. 186, se o critério de morte correspondesse ao perecimento de todas as células do corpo, não poderia, sequer, haver transplantes.

Seja-nos ainda permitida uma derradeira nota em favor do critério de morte cerebral: a substituição do critério de morte cerebral pelo critério de morte cárdio-respiratória significaria ainda, da perspectiva médica, um dever de encarniçamento terapêutico, mor das possibilidades de morte dissociativa conferidas pela medicina intensiva.

Mas, como sublinha STRATENWERTH, na determinação do critério de morte, também os transplantes não podem estar em primeiro plano: trata-se, afinal, da fronteira entre vida e a morte⁵³⁹.

Feito este excuro pelos principais argumentos contra e a favor do critério de morte cerebral imediatamente nos apercebemos de que não se trata, afinal, de um critério pacífico⁵⁴⁰. Nem, tão pouco, de critério meramente científico. Estamos, sim, em face de um critério de fronteira, de um critério que, ao cabo e ao resto, nos define como seres finitos e traça um limite no nosso ser-pessoa. Em suma, decisiva não deve ser a origem, mas antes a validade normativa do critério de morte cerebral⁵⁴¹. E esta devemos aceitá-la, conscientes das restrições decorrentes da correcta compreensão de toda a consequencialidade que neste critério vai implícita⁵⁴².

Portadores, assim, de uma melhor compreensão do critério de morte cerebral, tomamos consciência de que este critério, enquanto definição da “*irreversibilidade* da ausência de vida”⁵⁴³, tem importantes reflexos no ordenamento jurídico-penal.

⁵³⁹ Günter Stratenwerth, “Zum juristischen Begriff des Todes” (cit.), p. 530 e p. 547.

⁵⁴⁰ Razão pela qual existem propostas para critérios alternativos, como em Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 206 e s.

⁵⁴¹ NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 27.

⁵⁴² Até porque, como nota Reinhard Merkel, a rejeição deste critério poderá conduzir a *reductiones ad absurdum*, in: “Hirntod und kein Ende. Zur notwendigen Fortsetzung einer unerledigten Debatte”, *JURA* 1999, p. 113 e s., p. 113.

⁵⁴³ Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Artigo 131º (cit.), p. 10.

c. Reflexos jurídico-penais do critério de morte cerebral

Os reflexos jurídico-penais do critério de morte têm o seu pórtico de entrada na protecção da vida⁵⁴⁴: até ao momento da morte, qualquer encurtamento do tempo de vida, mesmo tratando-se de moribundos, é considerado como um homicídio⁵⁴⁵. Trata-se, repitamo-lo, de assegurar o igual valor de todas as vidas até ao seu fim. Evita-se, deste modo, qualquer possível ingerência de uma perspectiva utilitarista em relação ao valor de uma vida moribunda⁵⁴⁶. Neste aspecto, não pode, contudo e em tom de apontamento, deixar de se frisar que esta perspectiva utilitarista não é aquela que está presente no debate sobre a eutanásia. Muito pelo contrário. Nas diversas opiniões favoráveis a esta ideia está antes em causa uma perspectiva humanista de sobrelevação da autodeterminação da pessoa⁵⁴⁷. Retomando o caminho em que seguíamos, o fim da vida determina, de igual passo, o fim da sua protecção jurídico-penal.

Por outro lado, a morte do indivíduo estabelece o limite do âmbito de protecção dos tipos penais relativos à integridade física⁵⁴⁸. Por último, a morte é também o momento que define o fim do dever de actuação do médico⁵⁴⁹.

⁵⁴⁴ Sinteticamente, sobre o âmbito de protecção dos crimes contra a vida, LPK-StGB/Kindhäuser, Vor §§ 211-222, p. 544 e s.

⁵⁴⁵ Inequivocamente, Jorge de Figueiredo Dias, “O problema da ortotanásia...” (cit.), p. 43 e s., e, mais recentemente em Anotação ao Artigo 131º (cit.), p. 11.

⁵⁴⁶ Cfr. Maria Paula Ribeiro de Faria, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes* (cit.), p. 80.

⁵⁴⁷ Todavia, esta é um caminho que, pela sua complexidade própria, não poderemos trilhar de modo simultâneo àquele que nos encontramos agora a percorrer. Como temos vindo a referir, procuramos aqui caminhar por pequenos passos na direcção do problema nuclear.

⁵⁴⁸ Pois se o critério fosse o da morte cárdio-respiratória, os casos em que a vítima pode ainda manter, de forma artificial, estas duas funções, seriam não um homicídio (eventualmente tentado), mas antes um crime de ofensas à integridade física, ainda que grave. Veja-se o caso *People vs. Eulo* referido por Reinhard Merkel, “Hirntod und kein Ende...” (cit.), p. 113.

⁵⁴⁹ Detlev Sternberg-Lieben, “Tod und Strafrecht” (cit.), p. 81 e Teresa Quintela de Brito, “Crimes contra a vida: questões preliminares” (cit.), p. 31. Como aponta esta Autora, “se existir um cadáver, o médico não tem o dever de reanimar e pode interromper um processo de reanimação artificial em curso. E até deve fazê-lo, se o reanimador for necessário para salvar a

De uma outra perspectiva, a verificação do critério de morte representa o início da protecção de uma outra realidade: o cadáver. O cadáver “é o corpo de uma pessoa falecida enquanto se possa dizer que ele representa essa mesma pessoa”⁵⁵⁰. Representação cuja refacção provoca respeito por parte da comunidade e piedade por parte de familiares e amigos. Aqui reside o fundamento da sua protecção penal, mas, sublinhe-se, nos crimes contra a vida em sociedade (art. 254º do CP). Logo, o cadáver é uma representação que com pessoa não se confunde; dela é realidade autónoma.

vida de outra pessoa, sem que possa falar-se de conflito de deveres. Estando-se perante um cadáver, só há o dever de salvar uma vida”.

⁵⁵⁰ J. M. Damião da Cunha, Anotação ao Art. 254º (cit.), § 4, p. 654.

Síntese

Ao longo deste percurso, temos vindo a verificar que para que possamos interligar a referência da Lei Fundamental à “vida humana” com a “vida humana” enquanto bem jurídico-penal, é necessário uma melhor compreensão e densificação do que é, afinal, a “vida humana”. A vida humana, mais do que uma mera realidade biológica é hoje, frente ao mundo hiper-complexo, ela também uma realidade hiper-complexa que coloca grandes desafios ao direito penal. O direito penal não pode, assim, desligar-se destas exigências da contemporaneidade, cumprindo, simultaneamente a sua função primeira de defender ou proteger bens jurídicos que tenham dignidade penal⁵⁵¹.

É, por isso, necessário ter presente que a vida humana não mais se restringe a um processo natural, em que o seu início e o seu fim são objecto de consenso social e, correlativamente, jurídico-penal.

Neste sentido, a protecção do bem jurídico “vida humana” não pode mais fazer-se por apenas mera referência àquela realidade natural. A vida humana, encontrando refracção no direito penal, deverá antes compreender diferentes patamares de protecção, de que já encontramos eco na distinção entre “vida intra-uterina” e “vida de pessoa nascida”. Contudo, talvez esta distinção não seja já suficiente para a protecção jurídico-penal da vida humana enquanto “corolário material da própria ordem jurídica”⁵⁵². Talvez porque o processo de morte, *rectius*, o fim da vida é progressivamente vivido como um processo que se vê prolongado com recurso a métodos artificiais. Talvez

⁵⁵¹ Neste sentido, José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.) 2007, p. 23. Contudo, esta é uma ideia que partilha de consenso alargado na doutrina portuguesa e também na doutrina alemã. Veja-se Claus Roxin, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 11 e Urs Kindhäuser, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 36.

⁵⁵² *O Perigo* (cit.), p. 252.

porque este processo — fruto da existência dos referidos métodos — é cada vez mais significativo enquanto fase da vida humana, assume cada vez mais relevo no actual desenvolvimento da vida vivente.

Razões que, em nosso modo de ver, contribuem para a necessidade de uma aturada reflexão sobre a autodeterminação relativa à própria morte e motivam o propósito de encontrar (novas) respostas da parte do direito penal.

Capítulo III

A lesão do bem jurídico-penal vida humana

III.1. Caracterização breve dos crimes contra a vida

O Capítulo I do Título I do Livro II do Código Penal tem como epígrafe “Dos crimes contra a vida”. Nesta breve caracterização iremos apenas ocupar-nos deste Capítulo, deixando de parte os crimes contra a vida intra-uterina, que ocupam o segundo Capítulo do referido Título.

Um primeiro aspecto prende-se com um esclarecimento prévio. Não obstante a necessária referência feita nesta sede ao bem jurídico protegido para efeitos de exposição problemática quanto a alguns dos tipos-de-ilícito constantes deste Capítulo I, iremos aqui dar por pressupostas as considerações feitas no Capítulo precedente (pontos II.2.2 e II.2.3) quanto aos problemas relacionados com a delimitação do bem jurídico vida humana, mais concretamente, o seu início e o seu fim.

Dando, assim, os primeiros passos, pode afirmar-se que os crimes contra a vida visam proteger a vida humana⁵⁵³ nascida⁵⁵⁴. Todavia, o que pode parecer uma aparente evidência logo se desfaz se olharmos mais de perto os ilícitos-típicos constantes dos artigos 131º a 139º do Código Penal. Sem ainda antes entrarmos nas complexas questões que se colocam a propósito do art. 134º do Código Penal — em que se coloca o problema de se poder interpretar o homicídio a pedido da vítima como protegendo a vida humana, desde logo,

⁵⁵³ Jörg Laber, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht* (cit.), ainda que, na doutrina alemã se discuta ainda a inclusão do aborto. Veja-se ainda NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 2.

⁵⁵⁴ NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 1 e S/S/Eser, Vorbem §§ 211 ff., n.º m. 1, em particular quantos aos §§ 211 a 216 e § 222 do StGB.

a da própria vítima⁵⁵⁵ —, basta olharmos mais de perto para o art. 139º (Propaganda do suicídio) do Código Penal para, de imediato, concluirmos que não pode, sem mais, fazer-se tal afirmação⁵⁵⁶. Em sentido estrito, contudo, verificamos que todos os crimes constantes deste Capítulo do Código Penal servem a protecção da vida nascida.

De modo sistemático — ou seja, a relação entre os tipos do Código Penal que se ocupam do homicídio (doloso)⁵⁵⁷ —, tem-se defendido uma protecção da vida em três patamares⁵⁵⁸, a que se pode fazer corresponder os tipos qualificados (art. 132º CP), o tipo base (art. 131º CP) e os tipos privilegiados de homicídio (arts. 133º e 136º do CP), construção, aliás, que se pode reconhecer no Código Penal português, sendo que, em particular, quanto ao art. 134º do Código Penal, é o mesmo considerado, pela doutrina maioritária portuguesa, um tipo privilegiado do tipo base, ainda que este tipo tenha uma construção específica⁵⁵⁹. Esta construção trinivelada vem já desde o *Code Pénal* de 1810 e podemos também surpreendê-la do Código Penal de 1886, em que o homicídio voluntário simples (art. 349º) surge como tipo base, seguido do homicídio voluntário agravado (art. 351º) — para os casos de

⁵⁵⁵ Motivo que fundamenta, em alguns autores, a precisão de em causa estar o bem jurídico “vida humana de outra pessoa”, tanto no caso do art. 134º, como, aliás, no caso do art. 135º do Código Penal. Cfr. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 56 e s. e Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 135º (cit.), p. 79.

⁵⁵⁶ A propósito do crime de propaganda ao suicídio veja-se José de Faria Costa, Anotação ao Art. 139º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 126 e s., p. 127 e s.

⁵⁵⁷ Cfr. Werner Hardwig, “Zur Systematik der Tötungsdelikte”, *GA* 1954, p. 257 e s., p. 257.

⁵⁵⁸ Não sendo, no âmbito da dogmática alemã, esta sistematização pacífica. Com efeito, na AE-Leben propõe-se uma construção através de um modelo de dois patamares, na esteira de Eser. Cfr. Günther Heine *et al.*, “Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben)”, *GA* 2008, p. 193 e s., p. 204 e s. Mais recentemente, Anette Grünwald, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 368 e s., que conclui, neste sentido, p. 368, que “[e]in Qualifikationstatbestand, den man Mord nennen könnte, ist bei der vorsätzlichen Tötung überzeugend nicht begründbar”.

⁵⁵⁹ Veja-se Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), p. 3; Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 56; Werner Hardwig, “Zur Systematik der Tötungsdelikte” (cit.), p. 260.

premeditação, emprego de tortura ou actos de crueldade para aumentar o sofrimento do ofendido, preparação ou facilitação ou execução de qualquer outro crime ou assegurar a impunidade ou, ainda, quando tenha sido precedido ou acompanhado ou seguido de outro crime a que corresponda pena maior que a de dois anos de prisão — ou ainda do homicídio voluntário agravado pela qualidade das pessoas (art. 355º). Como tipos privilegiados podemos encontrar o homicídio a pedido da vítima — ordenado sob o incitamento ou ajuda ao suicídio — (art. 354º § único) ou ainda o infanticídio, quando em causa esteja a ocultação de desonra (art. 356º § único)⁵⁶⁰. Cumpre, todavia, afirmar que, apesar de ser entendimento maioritário aquele que aponta para uma construção trinivelada⁵⁶¹ a partir de um tipo base⁵⁶², já existiram vozes a defender que se o homicídio qualificado seria a qualificação do homicídio simples, então o homicídio simples seria o privilegiamento do homicídio qualificado⁵⁶³. Contudo, temos para nós — em harmonia com o que defende actualmente a doutrina maioritária — que a sistemática dos

⁵⁶⁰ De notar que o infanticídio apresenta, neste Código Penal, estrutura bem diversa da actual. Com efeito, o art. 356º dispõe que *aquele que cometer o crime de infanticídio, matando voluntariamente um infante no acto do seu nascimento, ou dentro de oito dias, depois do seu nascimento, será punido...* Apenas o § único deste mesmo artigo se refere especificamente a infanticídio cometido pela mãe, ainda que inclua também os avós maternos (dado que em causa está, afinal a ocultação de desonra). Dito de outro modo: o infanticídio ainda não era construído como crime específico próprio.

⁵⁶¹ NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 136 e também S/S/Eser, Vorbem §§ 211 ff, n.º m. 2.

⁵⁶² Apesar de a sistemática dos §§ 211 a 216 ser, em concreto, discutível. Veja-se StGB-K/Fischer, Vor § 211, StGB, 56. Aufl., n.º m 1. Em especial, coloca-se a questão de saber se o “assassinato” (§ 211 StGB) é um tipo qualificado do homicídio ou se deve ser interpretado como tipo autónomo em relação a este (§ 212 StGB). Cfr. Ulfrid Neumann, “Mord und Totschlag. Argumentationstheoretische Erwägungen zum Verhältnis von §§ 211 und 212 StGB”, in: Dieter Dölling (Hrg.), *Jus Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 643 e s.

⁵⁶³ A este propósito, Hans Welzel, “Zur Systematik der Tötungsdelikte”, JZ 52, p. 72 e s. e ainda in: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: Walter de Gruyter, 1975, p. 265 e s. (versão consultada).

crimes de homicídio se desenvolve a partir de um tipo base e não com um referente de qualificadores e privilegiantes recíprocos⁵⁶⁴.

Alguns tipos-de-ilícito merecem, aqui, referência especial. Em particular no que toca à legitimação do art. 134º do CP (§ 216 StGB), torna-se difícil fundamentar a sua legitimação apenas com a protecção da vida, uma vez que tal significaria uma protecção em relação ao próprio titular do bem jurídico protegido. Por este motivo é frequentemente referido um outro interesse⁵⁶⁵, como, por exemplo, um interesse público ou da colectividade — ou até mesmo formulações que tendem a considerar o homicídio a pedido como um crime de perigo abstracto⁵⁶⁶ — em relação ao ilícito e à própria legitimação deste tipo⁵⁶⁷, como aprofundaremos mais adiante⁵⁶⁸. Por outro lado, também em relação ao homicídio a pedido da vítima — mesmo antes de entrarmos em análises mais aprofundadas sobre este ilícito-típico⁵⁶⁹ —, uma nota quanto à justificação do regime de privilegiamento. Face à exigência de uma manifestação de autodeterminação da vítima para que os elementos do tipo se possam considerar verificados — *maxime*, o pedido — entende-se existir uma renúncia, por parte da vítima, à tutela penal do bem jurídico. Neste sentido,

⁵⁶⁴ Aliás, referindo-se aos riscos de uma construção sistemática dos crimes de homicídio que não obedeça aos três patamares, e simultaneamente rejeitando a argumentação de uma autonomia de tipos baseada em mera nomenclatura, Hans Welzel, “Zur Systematik der Tötungsdelikte” (cit.), p. 266 e s. Com efeito, este Autor pugna, p. 271, por o homicídio e o assassinato constituírem, efectivamente, dois tipos diferenciados, mas pertencentes ao mesmo tipo de crime, com um tipo de ilícito divergente com base na sua graduação. Naturalmente que, como o próprio sublinha, p. 272 e s., esta solução assume maior consequencialidade no patamar da participação. Ainda de referir que, não obstante a maioria da doutrina alemã defender a construção em três patamares, a verdade é que a jurisprudência não partilha da mesma opinião, chegando mesmo a considerar — acompanhada de uma minoria doutrinária — o crime de homicídio a pedido da vítima como um delito *sui generis*. Cfr. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 56.

⁵⁶⁵ Para uma panorâmica, cfr. Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 166 e s.

⁵⁶⁶ Veja-se Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 19.

⁵⁶⁷ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 166.

⁵⁶⁸ *Infra*, Cap. IV.1.

⁵⁶⁹ Que levaremos a cabo no Capítulo VI.

verifica-se “a conseqüente *redução do conteúdo do ilícito* — ao menos na vertente do *desvalor de acção*”⁵⁷⁰.

Também nesta caracterização cumpre dirigir uma palavra específica ao suicídio e ao auxílio ao suicídio.

“*Wer in der Staat eintritt, verpflichtet dem Staat seine Kräfte und handelt rechtswidrig, wenn es ihn diese durch Selbstmord eigenmächtig raubt?*”. Estas foram as palavras de FEUERBACH no início do século XIX. Apesar destas palavras, em 1818 o suicídio já não entrava na discursividade penal⁵⁷¹. De acordo com a doutrina alemã, uma vez que o suicídio não constitui um tipo de crime, também a participação⁵⁷² no mesmo não pode configurar facto punível⁵⁷³ de acordo com o princípio da acessoriedade.

Em Portugal, o auxílio ao suicídio é punível. De acordo com o n.º 1 do art. 135º do Código Penal (Incitamento ou ajuda ao suicídio), *quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumir-se*. A doutrina maioritária portuguesa defende que o bem jurídico aqui protegido é a vida de outra pessoa⁵⁷⁴. No caso do tipo português não se trata de instigação ou participação uma vez que estas — como no ordenamento jurídico-penal

⁵⁷⁰ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 57 (itálicos do Autor).

⁵⁷¹ Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 6. Aufl., Giessen: Heyer, 1818, p. 213.

⁵⁷² Além disso, quando a participação seja entendida como contributo ou colaboração em uma ofensa a um bem jurídico de terceiro — S/S/Cramer/Heine, Vorbem §§ 25 ff., n.º m. 14 e 17 — torna-se ainda mais difícil para os defensores do homicídio a pedido enquanto tipo protector da vida humana argumentar a favor de uma impunidade de uma participação em uma acção ofensiva da vida e, simultaneamente, da punibilidade de um auxílio ao que pede a sua morte.

⁵⁷³ Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 13.

⁵⁷⁴ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 135º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 75 e s., p. 79. O Autor acrescenta que em causa no art. 135º está também o objectivo de fortalecer o tabu da morte (homicídio) de outra pessoa, para que quase todas as formas de ofensa da vida sejam abrangidas.

alemão — apenas podem existir em termos acessórios. Aqui, as mesmas — sob a designação de incitamento ou ajuda — são elevadas a factos principais.

Poderá questionar-se se existe uma diferença substancial, em termos de ilícito, entre a participação activa em um suicídio e o homicídio a pedido da vítima. Alguns autores consideram o acto de execução final do suicida como o elemento diferenciador decisivo⁵⁷⁵. Para outros autores, inversamente, não existe uma diferença fundamental⁵⁷⁶. Deste modo, não faria qualquer diferença na medida do ilícito quer o agente arranjasse o veneno e o colocasse num copo para aquele cansado de viver, quer o agente o desse àquele cansado de viver que não o pudesse fazer por mão própria. No segundo caso existiria um suicídio por mão alheia. Se interpretarmos estes casos de acordo com a primeira posição apresentada, a diferença de valoração residiria na força daquele cansado de viver de conseguir materializar a sua vontade de morrer⁵⁷⁷. Inversamente, para a segunda posição, existiria, em ambos os casos, um suicídio com igual valoração em termos de ilícito. Apesar desta divergência doutrinária, a verdade é que, mesmo os códigos penais que não punem o auxílio ao suicídio — como é o caso na Alemanha — contém um tipo de ilícito respeitante ao homicídio a pedido da vítima. O que, então, parece indicar que o legislador entendeu existir uma diferença valorativa entre os dois comportamentos, justificando o homicídio a pedido da vítima a intervenção do direito penal⁵⁷⁸. Entre nós, as considerações acima expendidas a propósito do ordenamento jurídico-penal alemão carecem de sentido, uma vez que a crítica se situa em um outro patamar. Com efeito, sendo ambos os comportamentos puníveis (arts. 134º e 135º, n.º 1 do Código Penal,

⁵⁷⁵ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 335 e 336 e Manuel Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 60 e s.

⁵⁷⁶ Por exemplo, Arthur Kaufmann, “Euthanasie — Selbsttötung — Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 144.

⁵⁷⁷ Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 612.

⁵⁷⁸ Que se pode entender traduzir a diferença entre auto-lesão e heterolesão consentida.

respectivamente, homicídio a pedido da vítima e incitamento ou ajuda ao suicídio), a diferença valorativa visível encontra-se não no facto-base — uma vez que ambos são punidos com pena de prisão até três anos — mas antes na circunstância agravante contida no n.º 2 do art. 135º e ausente do art. 134º. Nos termos do n.º 2 do art. 135º, *se a pessoa incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos*. De acordo com COSTA ANDRADE, esta solução legislativa reflecte um desrespeito (intencional) da doutrina da culpa⁵⁷⁹. Mas para lá desta rejeição, julgamos que este n.º 2 arrasta consigo outro problema que poderíamos dizer ser de ordem sistemática. Já antes afirmámos que estes dois tipos são comumente considerados como tipos privilegiados do tipo-base corporizado pelo homicídio simples. No entanto, a ausência de uma circunstância agravante específica no art. 134º pode revelar ter resultados perniciosos, impossibilitando uma solução intermédia entre um tipo privilegiado e um tipo qualificado. Senão vejamos. O facto de o n.º 2 do art. 135º do Código Penal admitir a existência de um suicídio de um inimputável significa que “à luz do direito português vigente o que é decisivo é a capacidade para representar o carácter autodestrutivo da sua conduta e a liberdade para se decidir naquele sentido”⁵⁸⁰. Contudo, esta capacidade é negada para o caso do homicídio a pedido da vítima. Quer isto significar que, tratando-se de um homicídio a pedido de uma vítima menor de 16 anos gera-se um problema: ou o agente apenas pode ser punido com uma pena de prisão até 3 anos e aí existe uma incoerência sistemática em termos de desvalor — traduzido pela moldura penal⁵⁸¹ — face à ajuda ao suicídio de um menor de

⁵⁷⁹ Enquanto doutrina de diferenciação entre o homicídio (em autoria mediata) e o incitamento ou ajuda ao suicídio. Cfr. Anotação ao Art. 135º (cit.), p. 82 e s.

⁵⁸⁰ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 135º, p. 85.

⁵⁸¹ Sobre perequação, veja-se José de Faria Costa, *Direito Penal Especial. Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 53 e s.

16 anos, ou então o agente será punido com uma pena de prisão de doze a vinte e cinco anos ao responder por homicídio qualificado (art. 132º, n.º 2, al. c), do Código Penal). Naturalmente que, como é bom de ver, este “salto” também não reflecte adequadamente o desvalor do comportamento — expresso na moldura penal —, que, como vimos já, é idêntico àquele do incitamento ou ajuda ao suicídio. Restará, eventualmente, uma aplicação analógica do n.º 2 do art. 135º aos casos de homicídio a pedido de vítima menor de 16 anos. Solução que, verdadeiramente, não satisfaz nem as exigências de coerência interna nem as de ordenação axiológico-sistemática de um capítulo que protege o bem jurídico maior que é a vida humana⁵⁸².

Um outro ponto que importa ainda abordar no âmbito desta breve caracterização dos crimes contra a vida é o seu carácter fragmentário⁵⁸³. Na verdade, não obstante o princípio da protecção absoluta da vida⁵⁸⁴, esta protecção não é absolutizadora, apresentando excepções que não revelam senão o próprio carácter fragmentário da protecção da vida. Um primeiro exemplo que podemos apontar é, justamente, a não punibilidade do suicídio. Como é bom de ver, a vida do suicida também é uma vida digna de protecção penal. Mas precisamente no caso do suicídio outros valores justificam a ausência de punição pela ofensa ao bem jurídico vida. Outro caso que podemos ainda apontar é o da legítima defesa. Com efeito, quando se trate da provocação da morte — neste caso, a outrem — em legítima defesa, o facto não é (sequer) ilícito⁵⁸⁵. Também aqui militam razões, situadas fora daquelas da protecção penal da vida, para que tal aconteça, mas que vêm a ter reflexos na

⁵⁸² Até porque, como veremos *infra*, no Capítulo VI, existem fortes reservas à admissibilidade de um pedido válido e eficaz — para efeito do art. 134º do CP — por parte de um menor de 16 anos.

⁵⁸³ Como, aliás, o é todo o direito penal. Cfr. José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 16 e s.

⁵⁸⁴ Veja-se o Cap. II.2.1.

⁵⁸⁵ Conquanto não exista excesso de legítima defesa censurável, nos termos do art. 33º, n.º 1, do Código Penal.

própria protecção penal da vida. Efectivamente, estas excepções ao princípio da protecção absoluta da vida nunca constituíram motivo para a colocação em causa deste mesmo princípio⁵⁸⁶, nem mesmo a afirmação de uma qualquer posição favorável à relativização da protecção penal da vida. Exactamente por isso, tratam-se aqui de excepções que são o espelho do referido carácter fragmentário do direito penal.

No campo analítico da relação médico-doente, poderão, assim, também ser excluídas da protecção penal da vida duas situações: a da eutanásia passiva e aquela da eutanásia indirecta⁵⁸⁷. Qualquer dos casos representa, para a maioria da doutrina⁵⁸⁸, uma situação de prevalência da vontade da vítima face ao dever de prolongamento ou manutenção da vida. Mas se o direito de autodeterminação do doente de poder decidir o “se” e o “quanto” do seu tratamento ainda pode ser diferenciado, de forma relativamente clara, do homicídio a pedido, a verdade é que a aceitação da eutanásia indirecta constitui uma intervenção substancial no princípio da protecção absoluta da vida humana, dado que esta aceitação é justificada pela prevalência do interesse do doente a uma diminuição das dores face a um tempo de vida muito doloroso mais alargado.

Perante estas limitações ao âmbito de aplicação do art. 134º do Código Penal coloca-se a questão de saber se esta norma ainda constitui expressão de um tabu absoluto de matar outrem ou se o mesmo terá de ser ajustado aos desenvolvimentos da medicina e correlativas consequências sociais. Por forma a podermos responder a esta questão, teremos de verificar os problemas

⁵⁸⁶ Cfr. Arthur Kaufmann, “Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes”, in: Bernd Schünemann *et al.*, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 25. Mai 2001*, Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p. 840 e s., p. 843.

⁵⁸⁷ Conceitos que adensaremos no Capítulo IV.

⁵⁸⁸ Paradigmaticamente, neste contexto, Jörg Laber, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht* (cit.), p. 212. Veja-se ainda Walter Gropp, “Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes und die fragmentarische Natur des Strafrechts”, in: Arthur Kreuzer *et al.*, *Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften. Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck*, Godesberg: Forum Verlag, 1999, p. 285 e s., p. 303 e s.

conexos com a mesma, em especial, tendo como pano de fundo que as conclusões da análise assumem primordial importância no contexto da relação médico-doente e sua consequencialidade para a interpretação do art. 134º do Código Penal.

III.2. Causalidade e imputação nos comportamentos de risco

Em uma primeira aproximação, e de modo ainda simplista, pode afirmar-se que a causalidade é o elemento de ligação entre a acção e o resultado.

A evolução do nexos causal deve muito do seu percurso ao conceito de acção originário do século XIX⁵⁸⁹. Não se pretendendo, nesta sede, aprofundar todo o desenvolvimento desta problemática, convém, todavia, acentuar alguns aspectos do mesmo. Um destes aspectos é o facto de o conceito de causalidade penal se ter autonomizado — de outra forma não poderia ser operacional — dos correspondentes conceitos provenientes das ciências exactas ou mesmo da filosofia⁵⁹⁰. Dito por outras palavras: existe no direito penal uma causalidade funcional⁵⁹¹. Cumpre ainda salientar que a causalidade em direito penal serve a sua função, ou seja, a protecção de bens jurídicos.

Ora, o primeiro pressuposto para a imputação de um determinado resultado é o de que a conduta do agente seja causal para o resultado⁵⁹².

⁵⁸⁹ A este propósito, veja-se Hans Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, (cit.), p. 492 e ainda Reinhart Maurach/Heinz Zipf, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 233 e s. Ainda que se deva distinguir entre causalidade e acção. Com efeito, “auf der kausalen Ebene gilt es, den Zusammenhang der Ereignisse zu erklären. Auf der Ebene der Handlungsinterpretation geht es darum, die Bedeutung des Verhaltens und seiner Folgen zu verstehen und zu bewerten. Im Kausalzusammenhang wird die Verknüpfung der Ereignisse unter dem Gesichtspunkt der Naturverlauf betrachtet. Im Handlungszusammenhang wird die begriffliche Verbindung der Zuschreibung unter dem Aspekt der logischen Bedeutung analysiert. Denn eine Handlung und ihr Ergebnis sind logisch durch die Handlungsbeschreibung verbunden”, Urs Kindhäuser, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, Berlin, 1980, p. 207.

⁵⁹⁰ Reinhart Maurach/Heinz Zipf, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 235. Ainda que a causalidade penal não se possa distanciar da causalidade científica, querendo isto significar que aquela pressupõe esta última.

⁵⁹¹ Assim, Urs Kindhäuser, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 76.

⁵⁹² Coincidente, NK-StGB/Puppe, Vor §§ 13 ff., n.º m. 80.

Exemplificando: a morte (por tiro) de *A* apenas pode ser imputada a *B* no caso de ter sido *B* a disparar o tiro que causou a morte de *A*.

Se quisermos fazer uma primeira aproximação à causalidade poderíamos dizer que “em todos os delitos que pressupõem um resultado ilícito, delimitado a partir de uma conduta típica, apenas se dá um crime consumado quando esse resultado se realiza e se imputa objectivamente ao autor, por virtude da sua conduta típica, esse actuar ou essa omissão como realização sua. O fundamento para a imputação do resultado está conformado pela existência de uma relação de causalidade entre a conduta típica e o resultado ilícito”. Mas não é qualquer relação de causalidade: “decisiva para a imputação de resultado é apenas a relação de causalidade relevante penalmente, ou seja, a relação de causalidade típica”⁵⁹³. É aqui que podemos assinalar a diferença entre a causalidade naturalística e a causalidade jurídico-penal⁵⁹⁴.

Efectivamente, a causalidade “é o *quid* que assinala a passagem da responsabilidade por facto alheio para a responsabilidade por facto próprio”⁵⁹⁵. Todavia, a verificação da causalidade em direito penal, ainda que se tenha de se basear em leis causais naturalísticas, rege-se por um interesse cognitivo específico, ou seja, a relação entre uma determinada conduta e um certo resultado. Ilustrando: se tomarmos como ponto de partida um incêndio em uma casa, para o direito penal apenas assume importância o facto de saber se se encontra de entre as causas do incêndio a conduta de um agente que, podendo actuar diferentemente, não o fez. Se assim não fosse — se não existisse este interesse cognitivo específico — uma explicação naturalística

⁵⁹³ Citamos aqui Hans-Joachim Rudolph, *Causalidad e imputación objetiva* (trad. Cláudia López Díaz), Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998, p. 13 e s.

⁵⁹⁴ Sobre a infinitude de causas na compreensão naturalística, NK-StGB/Puppe, Vor §§ 13 ff. (cit.), n.º m. 80, ainda que salientando, *op. cit. loc. cit.*, que apenas apenas um fragmento desta cadeia infinita de causas releva para a imputação do resultado, designadamente aquele que tem o seu início com a conduta do agente e que termina com a produção do resultado.

⁵⁹⁵ José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 229.

deste mesmo incêndio isenta de quaisquer lacunas exigiria quase a consideração do estado do mundo na sua totalidade⁵⁹⁶. Na verdade, não podemos considerar para um determinado e concreto resultado todas as condutas que lhe antecederam: o resultado tem de apresentar uma relação causal específica com — *in casu* — a violação antecedente dos deveres de cuidado. De forma apodíctica: o nexos de imputação tem por base uma relação causal normativa.

É a observação desta realidade que justificou o afastamento da teoria das condições equivalentes pela doutrina penal. Na verdade, a teoria da *conditio sine qua non* conduz a resultados que ofendem o mais básico sentimento de justiça⁵⁹⁷. Nesse sentido, e particularmente no âmbito dos crimes negligentes, foi preciso encontrar critérios que melhor pudessem delimitar o tipo de ilícito. Pois que, como logo se pode verificar, caso não existisse esta delimitação — e face ao próprio texto-norma⁵⁹⁸ — qualquer comportamento negligente a que sucedesse a morte de uma pessoa poderia ser considerado como típico para efeitos do art. 137º do CP.

Actualmente, a doutrina penal maioritária tem sufragado a teoria da causalidade adequada. Baseada em um juízo de prognose póstuma, a causalidade adequada visa servir como um critério objectivo no sentido de não permitir que a imputação penal ultrapasse a direcção e o domínio dos processos causais pelo agente⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ Mais aprofundadamente, Urs Kindhäuser, “Risikoerhöhung und Risikoverringering”, *ZStW* 120 (2008), p. 481 e s., p. 484 e s.

⁵⁹⁷ Criticamente sobre a teoria das condições equivalentes (*conditio sine qua non*), Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 323 e s. e também José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 229 e s. Ainda na doutrina alemã, recentemente, Florian Block, *Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008, p. 28 e s.

⁵⁹⁸ Sobre as noções de “texto-norma” e de “norma-texto”, veja-se José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 146 e s.

⁵⁹⁹ José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 230 e s.

Neste sentido, a própria causalidade adequada tem ganho predominância na averiguação da responsabilidade criminal e na própria justiça de qualquer juízo de imputação penal.

No entanto, também a causalidade adequada — não obstante o seu valor — não é isenta de considerações críticas. Com efeito, RUDOLPHI sublinha que “a doutrina da causalidade adequada é por certo útil na medida em que, com a sua ajuda, se pode determinar a possibilidade e a probabilidade do evento causador do resultado concreto; contudo, esta doutrina apenas aplica unicamente os factos que devem avaliar-se e apenas determina as fronteiras externas até às quais pode chegar a produzir-se um juízo de ilicitude. A doutrina da adequação é deficitária, uma vez que mede a perigosidade de uma conduta só de acordo com a experiência de vida, e com isso não está capacitada a distinguir entre perigos permitidos e não permitidos”⁶⁰⁰. Dito de outra forma, tem vindo a ser posta em crise a sua suficiência no caso dos crimes de perigo⁶⁰¹ e mesmo de actividades perigosas. Motivo que veio a determinar a moderna teoria da imputação objectiva.

Assim, verificamos que há que indagar se determinado evento — o resultado — é obra do agente. Por conseguinte, tem de se individualizar as coordenadas objectivas da imputação jurídica de modo a que — baseados previamente em um nexos causal do facto ao resultado — possamos afirmar que o resultado pode ser imputado ao agente sem que com isso se fira o sentimento de justiça. A propósito da imputação objectiva, escreve RUDOLPHI: “deve examinar-se constantemente o desenvolvimento concreto do facto causador do resultado ilícito, para ver se este pode contar-se entre aqueles que se incluem na proibição de colocação em perigo transgredida pelo autor. Quer dizer, se existe a norma de conduta transgredida pelo autor para proibi-la. Com isto ganha significado decisivo para a imputação do resultado o

⁶⁰⁰ Cfr. Hans-Joachim Rudolphi, *Causalidad e imputación objetiva* (cit.), p. 29.

⁶⁰¹ Assim, José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 231.

fim de protecção da norma penal correspondente violada pelo agente. Apenas então, quando o facto concreto causador do resultado se encontre incluído dentro do âmbito de protecção da norma violada se deve também imputar objectivamente ao agente o resultado por si causado”⁶⁰².

Contudo, a importância entretanto conferida à teoria da imputação objectiva não determina — aqui caminhamos em sentido algo diverso de ROXIN⁶⁰³ e concordante com FARIA COSTA — que a noção de causalidade venha a ser considerada como inútil ou fósil jurídico. Na verdade, repita-se, a adequação causal continua a ser o primeiro cânone interpretativo de que o penalista se deve socorrer para saber de determinado facto deve ou não ser imputado a certo agente⁶⁰⁴.

Deste modo, e fazendo o nosso percurso por pequenos passos, para que um agente possa ser responsabilizado a título de negligência — que é o caso em muitos dos tipos relativos a comportamentos de risco — por uma determinada conduta é necessário que, em primeiro lugar, tenha existido uma violação de um dever de cuidado inscrito no âmbito de protecção da norma⁶⁰⁵.

Em segundo lugar tem de ser verificada a relação de causalidade adequada entre a violação do dever objectivo de cuidado e o resultado produzido. Por outras palavras, tem de ser analisada a capacidade de direcção e domínio pelo agente dos processos causais. Ainda neste segundo patamar, particularmente no âmbito de actividades perigosas ou de risco — como o pode ser a actividade médica —, tem de ser feita a conexão de risco, ou seja, o

⁶⁰² Cfr. *Causalidad e imputacion objetiva* (cit.), p. 40 e s.

⁶⁰³ Quem, como se sabe, defendendo a teoria da conexão de risco, entende existirem dois pressupostos para a imputação de um facto a um agente, designadamente, a conduta ter criado ou potenciado um risco para o bem jurídico protegido e o risco se ter concretizado no resultado típico. É possível consultar o seu texto em língua portuguesa: “Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal”, in: Claus Roxin, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ª ed., Lisboa: Vega, 1998, p. 145 e s.

⁶⁰⁴ Veja-se ainda Faria Costa, *O Perigo* (cit.), p. 505.

⁶⁰⁵ Coincidente, Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts* (cit.), p. 582 e s.

risco criado pela violação do dever objectivo de cuidado tem de se situar para lá do risco permitido e materializar-se no resultado típico.

Em terceiro lugar, o resultado tem de ser previsível (pelo agente) segundo as regras da normalidade do acontecer e da experiência. Em concreto, “apenas poderá ser preenchido o tipo legal de crime de homicídio negligente naqueles casos em que a morte de outra pessoa surja como uma consequência previsível da conduta desenvolvida, atendendo às regras gerais da experiência e à normalidade do acontecer”⁶⁰⁶.

Ou seja, se a violação do dever objectivo de cuidado apenas pudesse representar como previsível uma ofensa à integridade física — e não o resultado morte que veio efectivamente a acontecer — não poderá o agente ser responsabilizado pelo resultado morte. Tem, assim, de existir uma ligação subjectiva entre a conduta e o resultado.

Apenas após de percorridos estes passos — com referência específica aos crimes negligentes — poderá o resultado ser imputado a um agente e este agente ser responsabilizado por aquele resultado.

Focando a nossa atenção na problemática subjacente ao presente trabalho, existem, assim, dois principais pontos a ter em conta.

Em primeiro lugar, no contexto da relação médico-doente, ou seja, que na violação do dever objectivo de cuidado⁶⁰⁷ — situando-nos nós aqui no patamar dos crimes negligentes — se têm de tratar de condutas que tenham relevância causal para o resultado⁶⁰⁸. Considerando que as constelações de eutanásia, no seu sentido específico, não configuram situações de negligência

⁶⁰⁶ Maria Joana de Castro Oliveira, *A Imputação Objectiva na Perspectiva do Homicídio Negligente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 33.

⁶⁰⁷ Cujos contornos dependem, afinal, do caso concreto. Assim também Maria Paula Ribeiro de Faria, “A responsabilidade penal do médico pelo seu erro”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 139 e s., p. 158 e s.

⁶⁰⁸ Cfr. Ingeborg Puppe, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 49 e s.

— na medida em que a actuação do médico é complementar à vontade do doente e orientada na direcção dessa vontade — apenas se poderá entender existir negligência no âmbito eutanásico quando, por um lado, seja deficitária a vontade do doente ou, por outro lado, seja deficitária a compreensão daquela vontade por parte do médico. Julgamos que é aqui que se poderá identificar, em sede de eutanásia, a violação do dever objectivo de cuidado⁶⁰⁹.

Em segundo lugar, concretamente quanto ao dever objectivo de cuidado na execução das condutas relacionadas com uma situação eutanásica, o médico pode também actuar em violação das *leges artis*. Não obstante, aqui podemos encontrar já fora do âmbito da negligência, dado que o art. 150º, n.º 2, do Código Penal exige o dolo⁶¹⁰. Nesta situação mais dificilmente ainda poderia estar em causa um crime de ofensas grave, designadamente as ofensas à integridade física graves, nos termos do art. 144º, al. d), do CP, dada a existência do consentimento do doente. O que nos leva a ser de opinião que, no caso de o resultado ser mais desvalioso do que o perigo para a vida, ofendendo a própria vida — uma vez que, em modo de expressão algo simplista, é essa a vontade do doente — se torna possível a admissão da aplicabilidade do art. 137º do Código Penal, relativo ao homicídio por negligência quando, na execução da conduta eutanásica, o médico actual sem o pleno respeito pelas *leges artis*, violando, desse modo, o seu dever objectivo de cuidado.

⁶⁰⁹ E que encontra refração no art. 156º, n.º 3, do Código Penal. Cfr. ainda Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 156º (cit.), p. 386 e s.

⁶¹⁰ Veja-se Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 150º (cit.), p. 313. Aliás, o âmbito de aplicação desta norma — o art. 150º, n.º 2, do CP — permanece controverso, entendendo-se que visa fundamentalmente sublinhar o respeito devido às *leges artis*. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade Médica em Portugal” (cit.), p. 72 e s. e ainda Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Algumas considerações sobre a responsabilidade médica por omissão” (cit.), p. 831 e s., *máxime*, p. 836, onde a Autora duvida mesmo da efectiva aplicabilidade do preceito. Resta perguntar se não estaremos, aqui, perante uma manifestação de direito penal (puramente) simbólico.

III.3. A lesão através de acção e a lesão através de omissão

Nos termos do art. 10º do Código Penal, *quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei* (n.º 1), sendo que a *comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado* (n.º 2)⁶¹¹.

Quer isto significar que, de modo a aferirmos como o bem jurídico vida humana pode ser violado teremos de distinguir entre acção e omissão⁶¹².

O conceito de acção tem sofrido uma longa evolução⁶¹³. Nos primórdios do seu percurso, entendia-se a acção como alteração do mundo exterior através de um comportamento (movimento corporal)⁶¹⁴ causalmente ligado à vontade (intencional), ou seja, que ao conceito de acção pertenciam a vontade, o facto e a causalidade entre ambos⁶¹⁵ (conceito causal de acção⁶¹⁶). Segundo este conceito, o comportamento enquanto *Oberbegriff* incluía tanto o movimento corporal como a ausência de movimento corporal⁶¹⁷. No entanto, este conceito de acção encontra-se há muito ultrapassado, até mesmo porque

⁶¹¹ Redacção semelhante ao § 13 StGB, mas apresentando especificidades.

⁶¹² Contudo, não nos iremos aqui pronunciar sobre as funções do conceito de acção no âmbito da dogmática penal. Sobre este assunto veja-se NK-StGB/Puppe, Vor §§ 13 ff, n.º m. 31 e s.

⁶¹³ Sobre esta evolução, cfr. José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 196 e s. e ainda Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 238 e s.

⁶¹⁴ Gustav Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik* (hrsg. Arthur Kaufmann), Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967, p. 68 e s.

⁶¹⁵ Gustav Radbruch, *Der Handlungsbegriff* (cit.), p. 131. Cfr. ainda Eberhard Schmidhäuser, “Begebung, Handlung und Unterlassen im Strafrecht”, in: Gerhard Dornseifer *et al.*, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1989, p. 131 e s., p. 143 e Enrique Gimbernat Ordeig, “Handlung, Unterlassung und Verhalten”, in: Gerhard Dornseifer *et al.*, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1989, p.159 e s., p. 168;

⁶¹⁶ Que tem como fundadores v. Liszt, Beling e Radbruch.

⁶¹⁷ Veja-se NK-StGB/Puppe, Vor §§ 13 ff, n.º m. 41 e ainda Urs Kindhäuser, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 50 e s.

dele se encontrava excluída qualquer valoração axiológica. Ao que se veio a seguir o conceito final de acção, desenvolvido, primordialmente por HANS WELZEL⁶¹⁸ e amplamente difundido na doutrina. De acordo com esta concepção a acção corresponde a um comportamento orientado para um certo fim, ou, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “supradeterminação final de um processo causal”⁶¹⁹, distinguindo-se, assim, daquele primeiro conceito, na justa medida em que a actuação humana não é vista como mero processo naturalístico causal, mas antes como comportamento determinado, graças à capacidade do Homem de poder prever — até certo ponto — as consequências da sua conduta⁶²⁰. Não obstante, e sublinhando a conquista que representou, no patamar da doutrina geral da infracção, a teoria finalista, a verdade é que rapidamente se tornou claro que a mesma, por um lado, “se veio a revelar insuficiente para lá dos crimes dolosos por acção”⁶²¹ e, por outro lado, excluía do seu conceito normativo de culpa qualquer possibilidade de apreensão da existência de diversos graus de culpa⁶²².

⁶¹⁸ Hanz Welzel, “Kausalität und Zurechnung”, ZStW 51 (1931), p. 703 e s., p. 718: “Das Geschehen, das vom Entschluss über die Willensimpulse zum Erfolg führt, eine gesetzte Sinneinheit ist, die sich durch das Moment der Sinngesetztheit aus dem übrigen kausalen Geschehen heraushebt. Bezeichnen wir diese Sinneinheit als Handlung, so folgt, dass der Handlungszusammenhang zwischen Erfolg und Entschluss kein bloss kausaler, sondern ein teleologischer Sinnsetzungszusammenhang ist. Der kausale Zusammenhang ist nur Teilkomponente des Sinnzusammenhanges, bestimmt und gelenkt durch die sinn-intentionale Gesetzlichkeit des Handlungszusammenhanges”, concluindo, na p. 720: “So ergibt sich ganz allgemein, dass nicht der kausale Zusammenhang, sondern der auf der Gesetzlichkeit der Intentionalität beruhende teleologische Zusammenhang zwischen Erfolg und Subjekt die gegenständliche Seinsgrundlage möglicher strafrechtlicher Wertungen ist”. Do mesmo autor, *Um die finale Handlungslehre*, Mohr, 1949, *passim* e, ainda, “Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre”, *JuS* 1966, p. 421 e s.

⁶¹⁹ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 245.

⁶²⁰ Cfr. também NK-StGB/Puppe, Vor §§ 13 ff, n.º m. 48.

⁶²¹ José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 204.

⁶²² Veja-se ainda, a este propósito, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 247 e s. e, também criticamente, Urs Kindhäuser, “Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff”, in: Hans-Ulrich Paeffgen *et al.*, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, p. 39 e s., p. 58.

Actualmente, têm existido outros movimentos, tanto no sentido de um regresso a um *Oberbegriff* de “comportamento”⁶²³, como também no sentido de conceptualização da acção a partir do seu significado social ou sociológico, como, ainda, teleológico-funcional. O conceito social de acção, por exemplo, procura suprir a impossibilidade evidenciada por RADBRUCH⁶²⁴ de ordenar, sob um mesmo conceito, a acção e a omissão, ou, de outro modo, os crimes comissivos por acção e os crimes por omissão, através do conceito de comportamento (activo ou passivo). Tentativa, também não lograda, como o demonstram as críticas que este conceito foi alvo⁶²⁵. Por seu turno, o conceito sociológico de acção, proposto por JAKOBS, não assenta na mera descrição de factos naturais, mas antes no significado do comportamento humano enquanto tomada de posição relativa ao (não) reconhecimento da vigência da norma⁶²⁶. Trata-se, afinal, de atribuir significado ao comportamento em

⁶²³ Sobre este aspecto veja-se SK-StGB/Rudolphi, Vor § 13, n.º m. 1 e s. Na verdade, a função do conceito de comportamento serve a ordenação das manifestações humanas no contexto de objecto das normas de comportamento corporizadas pelo direito penal. Cfr. ainda, do mesmo Autor, Vor § 1, n.º m. 17 e s. e “Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen”, in: Bernd Schünemann/Hans Achenbach (Hrg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin: Walter de Gruyter, 1984, p. 69 e s., p. 75 e s. Com efeito, uma das críticas que Enrique Gimbernat Ordeig formula a propósito da tradicional abordagem da distinção entre acção e omissão na dogmática penal é, justamente, a da oposição de um conceito ontológico (acção) a um conceito normativo (omissão), quando se mostra que os conceitos correlativos — axiológicamente neutrais — são os de comportamento activo e de comportamento passivo. Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, “Handlung, Unterlassung und Verhalten”, in: Gerhard Donseifer *et al.*, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1989, p. 159 e s., p. 178.

⁶²⁴ Gustav Radbruch, *Der Handlungsbegriff* (cit.), p. 140.

⁶²⁵ Aqui, de forma incisiva, NK-StGB/Puppe, Vor §§ 13, n.º m. 53 e s. e, entre nós, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 255 e s.

⁶²⁶ Günther Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff Kleine Studie*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992. Na formulação do Autor, *op. cit.*, p. 36: “Handlung ist die Objektivierung der Nichtanerkennung der Normgeltung, also ein Sinnausdruck des Inhalts, die in Rede stehende Norm sei nicht leitende Maxime. Sinnausdruck ist ein Verhalten, das zu einem vermeidbaren äusseren Deliktserfolg führt oder führen kann, wenn dieses Verhalten nach kommunikativ relevantem Urteil massgeblicher Grund des äusseren Deliktskomplexes ist oder sein könnte” ou, mais adiante, p. 40, tornando evidente a inclusão da culpa como

conformidade com a sua significação na sociedade (jurídico-penal) em que se insere⁶²⁷. Como de imediato se compreenderá, para este conceito, a distinção entre determinada conduta como acção ou omissão perde qualquer relevância, assumindo-se aqui que acção é facto típico e culposo (*Verbrechen*) e facto típico e culposo é acção⁶²⁸, assim se aniquilando, por completo, o próprio conceito de acção⁶²⁹ e a sua distinção com a omissão. Todavia, esta ausência de diferenciação torna-se incompatível com o disposto no n.º 3 do art. 10º do Código Penal, que, ao afirmar uma faculdade de atenuação da pena para o caso da omissão, manifesta, claramente, a existência de uma diferença⁶³⁰.

A verdade é que não se pode exigir do conceito de acção que cumpra todas as funções que lhe usam ser adstritas — definitória, de ligação, de delimitação, de explicação, de substantivação e de imputação⁶³¹ —

elemento definitório de acção: “Handeln ist Sich-schuldig-Machen [Sich-schuldhaft-zuständig-Machen für einen Normgeltungsschaden]”.

⁶²⁷ Maria da Conceição Ferreira da Cunha parte de uma ideia de “comportamento humano socialmente relevante”, in: M. Conceição Ferreira da Cunha, *Vida contra Vida. Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 373, sendo a omissão, *op. cit.*, p. 377, “ausência da acção juridicamente imposta e esperada”.

⁶²⁸ Neste sentido, NK-StGB/Puppe, Vor §§ 13, n.º m. 50.

⁶²⁹ Como criticamente observa Schild: “Denn wenn die strafrechtliche Handlung (oder Verhalten oder Unterlassung) die Straftat ist, dann hat Jakobs eigentlich einen Begriff der Straftat vorgelegt; und der Titel ist falsch”, in: Wolfgang Schild, “Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff”, *GA* 1991, p. 101 e s., p. 117. Ou seja, o conceito de acção confundir-se-ia com o conceito de crime.

⁶³⁰ De forma semelhante ao que acontece no § 13 (2) do StGB. Como salienta José de Faria Costa, esta diferença radica em dois elementos essenciais, por um lado, o facto de a omissão ser “um real construído cuja relevância resulta da transferência da equiparação axiológica tendo em conta a proibição dos resultados” e, por outro lado, a circunstância de existir uma “diferente ressonância ética com o *facere* e o *omittere* são envolvidos e valorados pela consciência colectiva”, in: “Omissão (Reflexões em redor da omissão imprópria)”, *BFD* 72 (1996), p. 391 e s., p. 392.

⁶³¹ Seguiu-se, aqui, a indicação de funções indicadas em NK-StGB/Puppe, Vor §§ 13 ff., n.º m.º 31 e s., correspondentes à doutrina mais recente. Como sublinha Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 251, Jescheck já antes indicara, com “inigualável clareza”, as quatro principais funções do conceito: classificação, definição e ligação e delimitação. Cfr. Hans-Heinrich Jescheck, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff im dogmengeschichtlicher Entwicklung”, in: Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas (Hrg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 139 e s.

simultaneamente⁶³². Neste sentido afirma FIGUEIREDO DIAS que “a própria função de delimitação não deve ser desempenhada por um conceito geral de acção, antes deve sê-lo por vários conceitos de acção tipicamente conformados”⁶³³, sendo que, deste modo, o conceito de acção vem a perder a sua autonomia. De acordo com PUPPE, o *genus proximum* da acção e da omissão é, assim, uma circunstância⁶³⁴.

Verificamos, então, que, se, por um lado, o conceito de acção enquanto *Oberbegriff* da doutrina do facto punível não logra cumprir as todas as funções simultaneamente, perdendo a sua autonomia, por outro lado, podemos afirmar que o conceito de comportamento (humano) pode, não obstante, ser o pólo agregador para todas as alterações corporais de uma pessoa no espaço e no tempo e inclui tanto os movimentos activos como a passividade. Consequentemente, pode identificar-se um comportamento com (a ausência de) os movimentos de uma pessoa entre dois momentos temporais⁶³⁵.

Mas, face à diferença axiológica traduzida pelo n.º 3 do art. 10º do Código Penal, importa, pois, encontrar — fora das teorias sobre o conceito de acção, dada a sua malograda capacidade para o fazer — o critério para distinguir entre acção e omissão. Ao que acresce que a necessidade de distinção mais se afirma no sentido dos pressupostos de punição. Dito de

⁶³² Puppe compara esta busca do conceito unitário de acção à busca dos alquimistas pela pedra filosofal, NK-StGB/Puppe, Vor §§ 13 ff., n.º m. 40.

⁶³³ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 260. Veja-se também Eberhard Schmidhäuser, “Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht”, in: Gerhard Donseifer *et al.*, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1989, p. 131 e s., partindo sempre da ideia de fundo, *maxime*, p. 155, que no conceito de acção existe uma unidade dialéctica entre a vontade e o fazer.

⁶³⁴ Segundo a sua própria definição, “Eine Handlung ist ein Sachverhalt, der darin besteht, das seine Person etwas Bestimmtes tut oder etwas Bestimmtes nicht tut (unterlässt), was zu tun oder nicht zu tun ihr äusserlich möglich ist”, cfr. NK-StGB/Puppe, Vor §§ 13 ff., n.º m. 61.

⁶³⁵ Assim, Urs Kindhäuser, “Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff” (cit.), p. 41 e s.

outro modo, a responsabilidade daquele que não actua, mas omite, pressupõe que exista um dever jurídico de actuar (dever de garante)⁶³⁶.

Se se baseasse a diferença entre omissão e acção nas descrições linguísticas, tal teria a nefasta consequência de a distinção entre ambas assentar, afinal, nos recursos linguísticos de cada língua⁶³⁷. A diferenciação de um comportamento como acção ou omissão deve, assim, obedecer a três condições: (i) os critérios de ordenação de um comportamento à categoria de acção ou omissão devem, na medida do possível, ser objectivos (intersubjectivos) e independentes do respectivo sistema linguístico; (ii) a omissão deve ser tida como conceito contrário ao de acção, tendo, como consequência que ambos se excluem mutuamente; (iii) a explicação deverá conter um conceito unitário de omissão, querendo com isto dizer que tal conceito deverá poder ser usado tanto nas teorias analíticas, descritivas ou mesmo normativas, como ainda na valoração dos comportamentos⁶³⁸.

Em sentido diverso, para KINDHÄUSER o que diferencia o comportamento da acção é, justamente, o facto de esta última ser

⁶³⁶ Sendo que, na formulação de José de Faria Costa, “Omissão” (cit.), p. 400, “o ponto fulcral, para considerar que uma situação fáctica, uma relação comunicacional fáctica, é capaz de gerar um dever jurídico de garante, residirá, antes de tudo o resto, na *esfera de domínio positivo do omitente*” (itálicos do Autor). Ou seja, o garante tem de ter a possibilidade (real) de intervir a fim de evitar a produção do resultado. Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 913: “O crime de omissão reside na violação de uma imposição legal de actuar, pelo que, em qualquer caso, só pode ser cometido por pessoa sobre a qual recaia um dever jurídico de levar a cabo a acção imposta e esperada”. Cfr. ainda NK-StGB/Wohlers, § 13 StGB, n.º m. 4.

⁶³⁷ Neste sentido, Dieter Birnbacher, *Tun und Unterlassen*, Stuttgart: Reclam, 1995, p. 24 e s., *maxime*, p. 28.

⁶³⁸ Aqui, seguindo-se Dieter Birnbacher, *Tun und Unterlassen* (cit.), p. 31. De notar que, quanto à última condição acrescenta o Autor, *op. cit., loc. cit.*, que “erstens sollte der gesuchte Begriff als ein rein deskriptiver Begriff expliziert werden. Die handlungstheoretische Zuordnung eines Verhaltens zu den Kategorien Handeln und Unterlassen sollte von der ethischen oder rechtlichen Zuordnung unabhängig sein und diese nicht präjudizieren. Zweitens muss der Begriff möglichst elementar sein, d.h., er darf keine Bestimmungen enthalten, die ihn auf irgendwelche besonderen Verwendungskontexte festlegen”. Mas já neste sentido se pronunciara Hans-Heinrich Jescheck, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff im dogmengeschichtlicher Entwicklung” (cit.), p. 141: “es muss somit eine Begriffsbestimmung gesucht werden, die allgemein, neutral, unterscheidungskräftig und sachhaltig ist”.

irredutivelmente constituída linguisticamente, ou seja, a acção é um constructo da interpretação, umbilicalmente ligado à linguagem⁶³⁹, sendo a linguagem que lhe confere significado.

Justamente porque a omissão deve ser vista como conceito contrário ao de acção, é na delimitação daquele que conseguiremos encontrar este último.

Assim, a forma-base da omissão pode definir-se com recurso a duas condições cumulativas e necessárias: a não realização de uma acção e a possibilidade de a realizar⁶⁴⁰. Pois que, efectivamente, a falta desta última condição impossibilita a descrição do comportamento enquanto acção ou omissão, dado que é a existência de um comportamento alternativo que constitui um momento constitutivo da omissão⁶⁴¹. É também a referência a movimentos corporais que origina a ordenação das formas de comportamento às categorias de acção ou omissão. Esta referência cumpre ainda um papel fundamental no que parte da doutrina apresenta como casos limítrofes para a distinção os designados crimes de duplo significado, ou seja, aqueles em que “é relevante tanto uma acção, como uma omissão (nomeadamente a omissão de um comportamento imposto para afastar um resultado típico)⁶⁴²”. E

⁶³⁹ Urs Kindhäuser, “Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff” (cit.), p. 42 e s., que representa que o movimento, precisamente porque não lhe tem subjacente qualquer intenção, não pode ser considerado como acção. Neste sentido, a intenção tem de se encontrar contida na descrição de acção. Defende, assim, a acção enquanto acção intencional, enquanto capacidade intencional de cumprimento da norma. Cfr ainda Urs Kindhäuser, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 52 e, do mesmo Autor, *Intentionale Handlung* (cit.), p. 215 e s.

⁶⁴⁰ Dieter Birnbacher, *Tun und Unterlassen* (cit.), p. 32.

⁶⁴¹ Momento constitutivo esse que acaba por ser comum com a acção, razão pela qual, na análise onto-teórica da omissão, esta seja vista como variante da acção. Veja-se Georg Henrik von Wright, *Norm und Handlung* (cit.), p. 48 e 56 e s. Todavia, quando se defenda — como é aqui o caso — que acção e omissão se devem excluir mutuamente, não se pode concordar com este modo de compreender a acção. Assim, também, Dieter Birnbacher, *Tun und Unterlassen* (cit.), p. 33.

⁶⁴² Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 908.

recorre aqui ao critério da existência de uma indução positiva de energia através de um movimento muscular voluntário⁶⁴³.

Na doutrina penal — portanto, não apenas de uma perspectiva fenomenológica — a distinção apresenta particular interesse pelas razões acima apontadas. No caso particular dos crimes contra a vida e, em especial no que ao homicídio a pedido da vítima no âmbito da relação médico-doente diz respeito — esta distinção é um *punctum crucis* para a determinação da responsabilidade do médico⁶⁴⁴: referimo-nos, desde logo e como é bom de ver, ao caso de desligamento de máquinas de prolongamento e sustentação da vida, que usa ser classificado como caso de duplo significado. Como questiona FIGUEIREDO DIAS, “se o médico da unidade de reanimação interrompe o funcionamento da máquina de respiração assistida à qual está ligado um moribundo e lhe apressa assim a morte, o seu comportamento analisa-se numa acção (o accionar o interruptor ou o desentubar do paciente) ou numa omissão (o deixar de prestar os cuidados de saúde a que estava obrigado)”⁶⁴⁵?

Relevante, para esta questão, é a doutrina, desenvolvida por ROXIN, da omissão através de acção⁶⁴⁶. Partindo da consideração problemática de saber se a qualificação jurídica corresponde necessariamente à forma ôntica prévia de comportamento humano, ROXIN trabalha — com reflexo para o âmbito do presente trabalho — os casos em que o agente inicia a acção de salvamento mas desiste da mesma, com o resultado de a situação permanecer

⁶⁴³ Veja-se, aqui, SK-StGB/Rudolphi, Vor § 13, n.º m. 6. Na verdade, não pode desligar-se, *in toto*, a distinção entre acção e omissão da realidade, ou seja, esta diferenciação terá sempre um núcleo naturalístico, que não pode ser substituído por uma mera distinção normativa. Assim também, Lothar Kuhlen, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen”, in: Hans-Ulrich Paeffgen *et al.*, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, p. 669 e s., p. 681.

⁶⁴⁴ Ou, de outra forma, para a punibilidade dos comportamentos em causa. Cfr. Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Selbstbestimmung” (cit.), p. 600.

⁶⁴⁵ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 909.

⁶⁴⁶ Inicialmente em Claus Roxin, “An der Grenze von Begehung und Unterlassung”, in: Paul Bockelmann *et al.*, *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1969, p. 380 e s., tomando por base o trabalho de v. Overbeck.

a mesma como se ele nunca tivesse actuado desde o início. Ou seja, os impulsos de energia anulam-se mutuamente⁶⁴⁷. Esta doutrina, partindo ainda da concepção tradicional de associação entre o impulso de energia causal para o resultado como acção e uma falta de impulso de energia causal para o resultado como omissão, considera que tal distinção não implica a exclusão, em determinados casos, da punição de uma acção de um tipo omissivo⁶⁴⁸. Esta doutrina torna-se particularmente relevante nos casos de interrupção de medidas de sustentação da vida, tais como o desligar de uma máquina de ventilação artificial, em que a indução de energia ao carregar no botão poderia ser considerada como uma acção, logo, punível como homicídio ou homicídio a pedido da vítima⁶⁴⁹. Nestes casos, a figura da omissão através de acção contribui para a não punibilidade da conduta, *maxime*, nas situações em que já não é indicada a manutenção destas medidas, por as mesmas se revelarem sem qualquer resultado positivo. Assim, aqui, apesar de o desligar do ventilador se apresentar exteriormente como uma acção, deve ser tratado normativamente segundo as regras da omissão, de acordo com as quais, na falta de um dever de acção, se considera a conduta como não punível⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ Claus Roxin, “An der Grenze von Begehung und Unterlassung” (cit.), p. 383.

⁶⁴⁸ Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, München: C.H. Beck, 2003, § 31, n.º m. 99, p. 659.

⁶⁴⁹ Claus Roxin, *Strafrecht. AT II* (cit.), § 31, n.º m. 115, p. 664.

⁶⁵⁰ Claus Roxin, *Strafrecht. AT II* (cit.), § 31, n.º m. 117, p. 664 e s. e ainda Claus Roxin, “An der Grenze von Begehung und Unterlassung” (cit.), p. 399. Solução que tem merecido concordância de boa parte da doutrina. Cfr. Günther Jakobs, *Strafrecht. AT* (cit.), 7/n.º m. 64, p. 216; Gerd Geilen, *Euthanasie und Selbstbestimmung. Juristische Betrachtungen zum “Recht auf den eigenen Tod”*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975, p. 21 e s., considerando, em relação a estes casos, p. 22, que “[s]ieht man genauer zu, so kann es nicht auf die Tätigkeit des Abschaltens ankommen, sondern nur auf die Wirkungen, die dieser Vorgang für die Behandlung hat. Es wird nicht weiterbehandelt. Deshalb handelt es sich im Ergebnis, so wie bei einer abgebrochenen manuellen Behandlung, um ein blosses Unterlassen (...)”; Rolf Herzberg, “Straffreie Beteiligung an Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen”, *JZ* 1988, p. 182 e s., *maxime*, p. 186; e, entre nós, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 912 e s. A semelhante solução — ou seja, a não punibilidade da conduta — chega Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 604 e s., ainda que rejeitando a categoria da omissão através de acção. Com efeito, para este Autor, trata-se de uma interrupção de um

Nesta matéria, o critério de distinção deve servir, por um lado, para a aferição da responsabilidade do médico como, por outro lado, para a contextualização da ordenação dos comportamentos médicos à terminologia usada em sede de eutanásia, como teremos oportunidade de verificar no próximo capítulo deste trabalho.

processo causal de salvamento em que já não subsiste qualquer obrigação jurídica, pelo que faltará aqui um tipo objectivo (p. 605 e s.).

III.4. Situações de fronteira

No percurso relativo à lesão do bem jurídico-penal vida humana, temos vindo a observar formas de concretização dessa lesão. Todavia, neste percurso importa que nos detenhamos, também, sobre os limites da lesão deste bem jurídico. Ora, os crimes contra a vida são, também, crimes contra as pessoas. Não obstante, em termos conceituais, como vimos, não deve conferir-se sinonímia entre vida humana e pessoa. Efectivamente, o conceito de pessoa não pode ser analisado desligado de pressupostos éticos ou mesmo filosóficos. Inversamente, a ideia de vida humana pode limitar-se, unicamente, a uma observação biológica⁶⁵¹. Não se trata, aqui, de defender que vida humana é menos do que pessoa, apenas de precisar que são, para efeitos jurídicos, realidades distintas⁶⁵².

Deste modo, em termos estritamente biológicos, podemos afirmar que existe vida humana desde a concepção, o mesmo já não podendo afirmar em termos jurídico-penais, como pudemos observar aquando da referência ao crime de aborto. Na verdade, os crimes contra as pessoas — onde se integra o Capítulo relativo aos crimes contra a vida intra-uterina — protegem a vida humana a partir da nidação^{653 654}. Poderemos, então, afirmar que para o

⁶⁵¹ Relatório da CNECV sobre Procriação Medicamente Assistida, de Julho de 2004 (cit.), p. 24.

⁶⁵² Aqui discordamos da posição de Stela Barbas, *Direito do Genoma Humano* (cit.), p. 203, que defende que há uma pessoa a partir do momento da concepção.

⁶⁵³ Damião da Cunha, Anotação ao Art. 140º (cit.), § 16, p. 150 e s. Como refere este Autor, não obstante podermos encontrar, na perspectiva de direito comparado, idênticas soluções no direito alemão (§ 218, 1) e no direito suíço, existem entre nós autores que entendem que a tutela penal se inicia com a fecundação (Maia Gonçalves e Leal-Henriques/Simas Santos). A este propósito, no direito penal alemão S/S/Eser, § 218, n.º m. 10.

⁶⁵⁴ Impõe-se, assim, talvez um esclarecimento para a elucidação na qual nos iremos socorrer das palavras de João Loureiro: “se o conhecimento da Biologia é pressuposto indispensável para um tratamento sério da questão — a discussão do estatuto ontológico tem de tomar em consideração os ‘pressupostos de facto’ biológicos (R. Colombo (1996, p. 140) —, não se pode cair num ingénuo reducionismo biológico. Assim, o conceito de pessoa pertence a outros

direito penal o conceito de pessoa apenas se aplica a partir da nidação, logo verificamos que este é um factor de afastamento da sinonímia entre vida humana e pessoa.

Todavia, pudemos também observar que, de uma óptica jurídico-penal⁶⁵⁵, é-se pessoa até ao acontecimento morte⁶⁵⁶. Quer isto significar que o direito penal considera como integrante do conceito de pessoa a realidade biológica que vai desde a nidação até à cessação irreversível das funções do tronco cerebral. Mas, repitamo-lo, não a considera de forma homogénea, diferenciando a fase intra-uterina da fase autónoma.

Este, então, mais um passo na observação de que a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da vida humana não constituem monólitos jurídicos, antes encontrando, do lado do direito penal, a protecção adequada dos bens jurídicos que naquelas se alicerçam.

Assim, no âmbito da lesão do bem jurídico-penal vida humana existem situações de fronteira às quais importa fazer alusão. São situações que, justamente por delimitarem até onde se pode considerar estar-se perante uma lesão do bem jurídico-penal vida humana, assumem particular relevo no âmbito deste trabalho. Temos para nós que estas situações de fronteira devem ser encontradas nas zonas-limite — anteriormente identificadas — deste bem jurídico: no início e no fim da vida.

campos semânticos — ontológico, axiológico, jurídico —, mas nunca biológico”, in: “O estatuto do embrião”, in: Luís Archer *et al.*, *Novos Desafios à Bioética*, Porto: Porto Editora, 2001, p. 110 e s., p. 112.

⁶⁵⁵ Impõe-se, aqui, um esclarecimento. No âmbito deste Capítulo restringimo-nos apenas ao conceito de pessoa para efeitos penais, sabendo, não obstante, que se trata de conceito controverso de uma perspectiva filosófica. Todavia, não pretendemos adensar a controvérsia em tempo e lugar inapropriados para o fazermos.

⁶⁵⁶ Como refere Jorge de Figueiredo Dias, “a qualidade de pessoa para efeito do tipo de ilícito objectivo do homicídio termina com a morte: o cadáver não é mais *pessoa* para este efeito”, in: Anotação ao Art. 131º (cit.), § 14, p. 9.

Neste contexto, iremos fazer um breve percurso exploratório por três constelações-limite: o embrião, o “pré-cadáver” e finalmente, a integridade pessoal.

III.4.1. Início da vida e embrião

Se desde o início da reflexão do Homem sobre si próprio este se tem perguntado “Quem sou eu?”, nos dias de hoje esta é uma pergunta que assume contornos dramaticamente diferentes. Ideias como o genoma, a clonagem terapêutica, a fertilização *in vitro*, a procriação heteróloga, a investigação em células estaminais quase levam a uma alteração da pergunta para “O que sou eu?”⁶⁵⁷. A questão da identidade genética assume-se, deste modo, como nuclear de toda a compreensão da natureza humana, provocando interrogações filosóficas, éticas e, também, jurídicas⁶⁵⁸.

Com este pano de fundo é, por sobremaneira, evidente que, de uma óptica jurídico-penal, também terão de ser encontradas (tentativas de) respostas a estas interrogações.

Deste modo, instados pela dúvida de ser possível encontrar “respostas certas”, procuraremos traçar, da banda do direito penal, um caminho nesse labirinto que actualmente constitui a natureza humana, norteados pelo princípio da precaução⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ Em registo filosófico, como aponta Michel Renaud, a questão sobre o que é o homem “acompanha o ser humano provavelmente desde a aurora da sua capacidade de reflexão”. Cfr. Michel Renaud, “A Pertinência do conceito filosófico de «identidade pessoal» para a investigação biomédica”, in: Paula Martinho da Silva (Coord.), *Investigação Biomédica. Reflexões Éticas*, Lisboa: Gradiva, 2008, p. 265 e s., p. 266.

⁶⁵⁸ Questão provocada pelo advento de uma nova forma de sociedade, como sublinha Jorge de Figueiredo Dias, “Na era da tecnologia genética...” (cit.), p. 245 e s.

⁶⁵⁹ Sobre o princípio da precaução, cfr. Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt: Suhrkamp, 2003, p. 70 e s. Entre nós, veja-se

Como bússola, tomaremos para nós a Constituição da República Portuguesa, o Código Penal, a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, relativa a Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde e, finalmente, a já mencionada Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, sobre Procriação Medicamente Assistida (PMA). O que, todavia, não implica que não nos socorramos de outros guias, a fim de conseguirmos marcar este trilho, afinal, tão ténue.

a. A identidade genética como direito fundamental

A Declaração Universal do Genoma Humano da UNESCO (1997) estabelece no artigo 1º que *o genoma humano subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como o reconhecimento da sua inerente dignidade e diversidade. Em sentido simbólico, é o património da humanidade.* Acrescenta ainda a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO (2003) que “cada indivíduo tem uma constituição genética característica. No entanto, não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade”. Daqui se pode retirar que identidade genética e identidade pessoal não significam, afinal, a mesma coisa. Ainda que cada indivíduo tenha uma identidade genética própria, a pessoa é muito mais do que apenas a sua identidade genética. A identidade genética corresponde, pois, ao “genoma de cada ser humano, às bases biológicas da sua identidade”⁶⁶⁰. Em suma: trata-se

também José de Faria Costa, "O Direito Penal e a Ciência..." (cit.), p. 117 e s. e ainda Augusto Silva Dias, *Ramos Emergentes em Direito Penal* (cit.), p. 38 e s.

⁶⁶⁰ João Loureiro, “O Direito à Identidade Genética do Ser Humano”, *Scientia Iuridica*, 40: Portugal-Brasil Ano 2000, p. 263 e s., p. 288.

da “constituição genética individual” de cada um⁶⁶¹ e, simultaneamente, de todos nós.

Dispõe o n.º 3 do artigo 26º da Lei Fundamental que *a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica*⁶⁶².

O fundamento desta garantia constitucional da identidade genética deverá residir na “*proibição do eugenismo*, isto é, na modificação genética de um embrião com vista à obtenção de determinadas características que se consideram desejáveis”⁶⁶³. Assim, pretende a Constituição garantir, por um lado, a proibição da reprodução artificial da mesma constituição genética ou do mesmo genoma humano e, por outro lado, proibir a criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias tendentes à produção de “outros seres”, como seres híbridos desprovidos de uma completa identidade humana. Finalmente, pretende ainda proibir-se a existência de práticas de manipulação genética com vista à criação de seres humanos hermafroditas ou sem sexo⁶⁶⁴. Dito de modo muito sucinto: a heterodeterminação conducente a uma manipulação genética encontra-se afastada pela Lei Fundamental. Ou seja: “a identidade genética emerge agora como um bem jurídico fundamental, objecto de protecção constitucional, pelo menos, entre nós”⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ Parecer n.º 20/CNECV/97, in: CNECV, Documentação, Vol. IV (1997), p. 35 e s., p. 36.

⁶⁶² Redacção resultante da Lei Constitucional n.º 1/97. Todavia, o termo ou expressão “identidade genética” foi fortemente criticado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, em Parecer Sobre Algumas Propostas de Revisão Constitucional (Parecer n.º 20/CNECV/97, in: CNECV, Documentação, Vol. IV (1997), p. 35 e s.), de acordo com o qual “a expressão identidade genética é uma abstracção susceptível de diversas interpretações, que não é utilizada na recente Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina do Conselho da Europa e que, se a garantia da identidade genética for entendida como o direito de cada cidadão a ser geneticamente único, ofende aqueles que o não são (os gémeos univitelinos)”.

⁶⁶³ Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada* (cit.), p. 295 (itálico dos Autores).

⁶⁶⁴ Seguindo-se aqui, de muito perto, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 473 e s.

⁶⁶⁵ João Loureiro, “O Direito à Identidade Genética do Ser Humano” (cit.), p. 269.

Todavia, como já tivemos oportunidade de afirmar em momento anterior deste trabalho, nem sempre a constatação de um bem jurídico carente de protecção implica a sua tutela penal. Neste particular, pudemos já verificar que a identidade genética é, em si mesma considerada, um valor jurídico-constitucional, cuja refracção enquanto bem jurídico poderá identificar-se como “o direito a uma herança genética à margem de toda a manipulação artificial”⁶⁶⁶. Ainda que possam ser colocadas algumas dúvidas sobre se este bem jurídico assume natureza individual ou colectiva⁶⁶⁷, é, hoje, inquestionável que ele é reconhecido como tal pela ordem jurídica.

Contudo, tem vindo já a tornar-se entendimento dominante, especialmente desde a década de 90 do século passado, que a importância do património genético humano postula a necessidade de intervenção penal⁶⁶⁸.

Intervenção penal essa que terá, outrossim, de ser legitimada. E, nas palavras de AUGUSTO SILVA DIAS, “o objecto valorativo que ocupa o primeiro plano da tutela é a identidade e inalterabilidade da herança genética humana, mas a relevância ética e jurídica deste bem colectivo, aquilo que lhe confere real valor e densidade axiológica, advém da sua filiação no princípio da dignidade humana”⁶⁶⁹, aqui residindo a necessidade e correlativa utilidade

⁶⁶⁶ Manuel da Costa Andrade, “Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas. As conclusões do XIV Congresso Internacional de Direito Penal” (cit.), p. 376.

⁶⁶⁷ Augusto Silva Dias, *Ramos Emergentes em Direito Penal* (cit.), p. 50 e s. Todavia, Jorge de Figueiredo Dias, “Na era da tecnologia genética...” (cit.), p. 256 e s., sublinha que, tratando-se de perigos para a espécie humana, está em causa um verdadeiro bem jurídico colectivo.

⁶⁶⁸ Albin Eser, “Strafrechtliche Schutzaspekte” (cit.), p. 145 e ainda Jorge de Figueiredo Dias, “Na era da tecnologia genética...” (cit.), p. 256 e s., reconhecendo que estão em causa bens jurídicos colectivos dignos e carentes de tutela penal. Veja-se ainda, a propósito da necessidade de adequação do direito penal a estas novas realidades possibilitadas pelo progresso científico nesta matéria, Wolfgang Frisch, “Wandlungen des Strafrechts als Folge gesellschaftlichen Wandels”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 347 e s., *maxime*, p. 358 e s.

⁶⁶⁹ Augusto Silva Dias, *Ramos Emergentes em Direito Penal* (cit.), p. 86.

social ou comunitária que vem, afinal, conferir legitimação à intervenção penal no âmbito da identidade genética.

A análise do bem jurídico em causa remete-nos, então e sem resto, para a Lei n.º 32/2006 (PMA), uma vez que o artigo 168º do Código Penal, relativo à procriação artificial não consentida, não se prende com a questão da identidade genética, antes visando proteger a “liberdade de e para a maternidade”⁶⁷⁰. Neste sentido, as principais normas penais a ter, aqui, em conta, serão os artigos 36º a 38º da Lei n.º 32/2006 e, por outro lado, o artigo 43º da citada Lei.

b. A Lei da Procriação Medicamente Assistida

Se observarmos o disposto no artigo 38º da Lei da PMA verificamos que, afinal, a protecção do património genético não constitui o bem jurídico protegido por este tipo legal. Na verdade, aqui se dispõe que *quem criar quimeras ou híbridos com fins de PMA é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos*. Cabe, assim, perguntar, qual a protecção desse património quando se trate de quimeras ou híbridos sem fins de PMA? Não estará também em causa uma manipulação do património genético? Ou falará mais alto a também relevante liberdade de investigação científica?

Na verdade, terá de se ter sempre, como pano de fundo, o facto de que a Convenção de Oviedo proíbe, expressamente, a criação de embriões para fins de experimentação, no seu art. 18º, n.º 2. Ademais, a protecção constitucional adveniente dos artigos 24º, n.º 1 e 26º, n.º 3 determinam, por

⁶⁷⁰ Anabela Miranda Rodrigues, Anotação ao Art. 168º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 497 e s., p. 501. De notar que a inserção sistemática deste tipo legal no âmbito dos crimes contra a liberdade e auto-determinação sexual é posta em crise por diversos autores, *maxime*, por Teresa Beza, considerando-se mais adequada a sua inserção no capítulo atinente aos crimes contra a liberdade pessoal. Crítica esta, todavia, que não foi objecto de atenção na alteração do Código Penal levada a cabo pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

seu turno, uma proibição de instrumentalização da vida embrionária para lá do limite da dignidade humana, aliás, estabelecida, também, no art. 13º da Convenção de Oviedo⁶⁷¹. Mais. É fundamental ter presente que o próprio princípio da precaução – hoje, inquestionavelmente, associado aos domínios da genética⁶⁷² – , enquanto “exigência mínima de uma ética de responsabilidade, deverá implicar a omissão de qualquer intervenção terapêutica no genoma cujas consequências para o futuro não sejam rigorosamente calculáveis”⁶⁷³. Dito por outras palavras: a falta de tipo penal não se traduz em uma falta de proibição de certas condutas. O que o crime do artigo 38º da Lei da PMA revela é que existiu, aqui, uma ponderação sobre a necessidade (e, mesmo, a proporcionalidade) de uma intervenção penal neste domínio específico⁶⁷⁴.

Cumpra, nesta sequência, distinguir, sob a ideia de identidade genética, entre duas realidades: a identidade genética *stricto sensu* e o património genético. Enquanto que a primeira se refere à esfera do indivíduo, ou melhor, da pessoa, a segunda relaciona-se com a esfera do humano, ou, se quisermos, a humanidade. No caso de protecção penal do património genético *qua tale*, a

⁶⁷¹ Nos termos do qual uma intervenção que tenha por objecto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.

⁶⁷² Ainda que sedimentado no domínio do Ambiente, tem-se entendido que este princípio deve aplicar-se a “situações em que há dúvidas sobre o nexo causal, sobre a perigosidade de uma conduta”, como afirma João Loureiro, “O direito à identidade genética do ser humano” (cit.), p. 350.

⁶⁷³ Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada* (cit.), p. 295. Os mesmos Autores, *op. cit.*, p. 242, a propósito das garantias derivadas do princípio da precaução, indicam diversas linhas de força no âmbito da experimentação com embriões.

⁶⁷⁴ Inversamente ao que se poderá afirmar quanto a outros tipos desta Lei, nomeadamente os arts. 34º e 35º, ou mesmo o art. 40º, à luz do “padrão crítico” do “princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico”, como sublinha Maria João Antunes, “Procriação medicamente assistida — Questões novas ou questões renovadas para o direito penal?”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 81 e s., p. 91 e s.

própria clonagem – mesmo que não reprodutiva – deveria ser objecto de criminalização. Mas não é essa a realidade. No artigo 7º, n.º 1 da Lei da PMA pode ler-se que *é proibida a clonagem reprodutiva tendo como objectivo criar seres humanos geneticamente idênticos a outros*. E, no artigo 36º da mesma Lei, sob a epígrafe “Clonagem reprodutiva”, estabelece-se que *quem transferir para o útero embrião obtido através da técnica de transferência do núcleo, salvo quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de PMA, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos*. Apesar de terem já sido suscitadas algumas dúvidas sobre a constitucionalidade deste tipo legal, a propósito da ressalva do n.º 1, entende o Tribunal Constitucional que esta norma “não pode ser entendida no sentido de não punir as situações de clonagem reprodutiva, e não consubstancia, portanto, uma violação do dever estadual de protecção da identidade genética do ser humano imposto pelo artigo 26º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, nem viola qualquer outro dos preceitos constitucionais (...)”⁶⁷⁵. De tudo o exposto decorre uma realidade inelutável: a clonagem não reprodutiva não é nem punida, nem mesmo proibida em Portugal⁶⁷⁶. Com efeito, concorre para esta realidade a ponderação da “legitimidade ética de

⁶⁷⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de Março de 2009, ponto 6.i), disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Neste mesmo ponto, refere ainda o Acórdão que “a ressalva do n.º 1 do artigo 36º apenas pode ser interpretada como abrangendo os casos em que a transferência do núcleo é levada a cabo, como técnica secundária, subordinadamente necessária para a aplicação das técnicas de PMA previstas nomeadamente nas alíneas b), c) e d) do artigo 2º, sem pôr em causa a proibição do artigo 7º, n.º 1, que objectivamente impende sobre as técnicas de PMA, de criação de seres geneticamente idênticos”.

⁶⁷⁶ Não obstante o CNECV ter emitido Parecer sobre Implicações Éticas da Clonagem no sentido de que “A clonagem de seres humanos, pela gravidade dos problemas que põe à dignidade da pessoa humana, ao equilíbrio da espécie humana e à vida em sociedade é eticamente inaceitável e deve ser proibida”, Parecer n.º 21/CNECV/97, in: CNECV, Documentação, Vol. IV (1997), p. 37 e s., p. 38. Contudo, em 2006, em Parecer sobre Clonagem Humana (Parecer n.º 48/CNECV/2006, in: CNECV, Documentação, Vol. 11 (2006), p. 11 e s., p. 12, vem a reconhecer que “a prática da clonagem para fins de investigação biomédica poderia ser recomendada ao abrigo dos princípios da utilidade e da solidariedade vistos os potenciais benefícios terapêuticos para os seres humanos”.

constituição e utilização de embriões para fins de investigação biomédica”⁶⁷⁷, ou a designada clonagem terapêutica⁶⁷⁸, especialmente tendo em conta a actual importância da investigação⁶⁷⁹ com células estaminais⁶⁸⁰.

Todavia a solução portuguesa não é unânime em toda a Europa, mesmo em aqueles países com um ordenamento jurídico-penal próximo do nosso⁶⁸¹. Nos casos alemão e espanhol, a modalidade adoptada foi a da criminalização de todas as formas de clonagem, quer esta tenha ou não finalidade reprodutiva. Com efeito, nos termos do § 6 (1) da *Embryonenschutzgesetz*, é suficiente a actuação com vista à criação de um embrião com a mesma informação genética do que outro embrião, feto, pessoa ou cadáver, para que esta conduta seja punida com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa⁶⁸². Também nos termos do n.º 3 do artigo 160º do Código Penal espanhol, *se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza* com pena de prisão

⁶⁷⁷ CNECV, Relatório sobre Clonagem Humana, Anexo 1 ao Parecer 48/CNECV/2006, in: CNECV, Documentação, Vol. 11 (2006), p. 13 e s., p. 61.

⁶⁷⁸ Dado que, em causa, não está uma forma de instrumentalização da dignidade humana. Assim, Augusto Silva Dias, *Ramos Emergentes em Direito Penal* (cit.), p. 93.

⁶⁷⁹ Investigação, também, com recurso a embriões não directamente resultantes de processos de clonagem (estes últimos também considerados antes como meros artefactos laboratoriais). Veja-se os artigos 9º, n.ºs 2 a 5 e 30º, alíneas e) e g), da Lei n.º 32/2006 (PMA) e ainda o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, ponto 6.d).

⁶⁸⁰ Matéria em relação à qual se encontra pendente a aprovação de legislação, não obstante existirem já dois Projectos de Lei, designadamente o n.º 126/X, do BE, e o n.º 376/X, do PS, que mereceram, inclusivamente, parecer do CNECV. Cfr. Parecer 53/CNECV/2007, in: CNECV, Documentação, Vol. 12 (2007/2008), p. 107 e s

⁶⁸¹ Apesar de, nos termos do Protocolo Adicional à Convenção de Oviedo, é proibida qualquer intervenção cuja finalidade seja a de criar um ser humano geneticamente idêntico a outro ser humano, vivo ou morto (art. 1º, n.º 1), sendo que a expressão ser humano “geneticamente idêntico” a outro ser humano significa um ser humano que tem em comum com o outro o mesmo conjunto de genes nucleares (art. 1º, n.º 2).

⁶⁸² Nos termos do referido § 6, que tem como epígrafe “Clones”, acrescenta em (2) que é igualmente punível a conduta de implantação de tal embrião em uma mulher, sendo, ademais, a tentativa punível (3).

de um a cinco anos⁶⁸³. De modo muito sintético, os tipos penais não distinguem, de forma expressa, entre clonagem reprodutiva e clonagem não reprodutiva.

Verificamos, pois, que, a apreensão dos tipos-de-ilícito da Lei da PMA não se basta com o recurso ao valor do património genético. Devemos ter como horizonte compreensivo o facto de que “o bem jurídico tutelado por crimes como a clonagem reprodutiva ou a experimentação científica com embriões será a identidade e inalterabilidade da herança genética humana na sua conexão interna com a dignidade da humanidade enquanto espécie”⁶⁸⁴.

III.4.2. Fim da vida e cadáver

A protecção penal da vida no seu início é, pois, heterogénea, permitindo identificar situações — como a clonagem não reprodutiva — onde a afirmação da natureza fragmentária do direito penal é particularmente forte. Podemos, assim, observar que protecção penal da vida humana é gradativa: o bem jurídico-penal vida humana encontra o seu limite na vida humana intra-uterina, pelo que, de acordo com o percurso que temos vindo a delinear, a lesão de outras formas de vida humana não entra na discursividade jurídico-penal.

No âmbito deste estudo, já tivemos oportunidade de observar que o fim da vida é cada vez mais um processo de morte associado a métodos artificiais de prolongamento e sustentação da vida. Por outro lado, vimos

⁶⁸³ Sobre o Título V do Livro II do Código Penal espanhol, sobre manipulação genética, ainda que na redacção anterior, mas já apontando para a introdução da proibição penal da criação de seres humanos por clonagem, Carlos J. Suárez González, “La función del derecho penal y sus consecuencias para el genoma humano”, in: Zúñiga Rodríguez/Méndez Rodríguez/Díaz-Santos, *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, Madrid: Colex, 2001, p. 153 e s., maxime, p. 156 e s.

⁶⁸⁴ Augusto Silva Dias, *Ramos Emergentes em Direito Penal* (cit.), p. 95.

também que a protecção jurídico-penal da vida humana não encontra uma autonomização de um bem jurídico entre os trabalhos de parto e a morte.

Assim, os problemas que se colocam no patamar do fim da vida prendem-se, sobretudo, com o momento que antecede a situação de cadáver ou, de outra perspectiva, com as implicações do critério de morte, em particular nos casos de morte dissociativa.

No que toca ao primeiro nóculo problemático mencionado, iremos tomar como ponto de partida um artigo surgido no *Correio da Manhã* do dia 23 de Fevereiro de 2009 a propósito da Eutanásia⁶⁸⁵. Nesse artigo pode ler-se o seguinte: “Quanto às pessoas inconscientes e em «estado vegetativo», só um consenso médico sobre a irreversibilidade – e a equivalência à morte cerebral – justificará a mera omissão de prolongamento artificial. Nem o «testamento vital» pode impedir aquele arrepiante olhar de apego à vida que Torga retrata em «O Alma-Grande»”. Teremos de confessar que esta afirmação nos causou alguma perplexidade. Acima de tudo, causou-nos apreensão a “Caixa de Pandora” que poderia ser aberta por uma ideia de “equivalência à morte cerebral”. Por uma possibilidade de pessoas “equivalentes a mortas”, que – concedendo que fosse pelos melhores motivos – passariam a constituir um *tercium genus*, susceptível de tratamento diferenciado das restantes. Cabe perguntar: todas as pessoas inconscientes? Qual seria o diagnóstico de inconsciência? É que, não obstante os impressionantes avanços das ciências da vida, muitas certezas estão ainda por descobrir. E, veja-se, se o próprio critério de morte cerebral suscita tanta apreensão, quais as interrogações que, legitimamente, se deverão colocar quanto a esta “equivalência”. Depois: se as pessoas em Estado Vegetativo Persistente (EVP)⁶⁸⁶ estariam em estado de “equivalentes a mortas”, qual seria o estado, por exemplo, dos doentes profundos de Alzheimer, dado que, também estes, podem estar inconscientes?

⁶⁸⁵ Assinado por Fernanda Palma.

⁶⁸⁶ Cfr. *infra*, ponto 4.3.

Temos sérias dúvidas que esta possibilidade possa ser explorada em um ordenamento jurídico eticamente fundado. Em nosso modo de ver, esta hipótese poderia, inclusivamente, possibilitar a existência de pessoas de duas classes: as vivas e as “equivalentes” ou “equiparadas” a mortas. Mais. Em nossa opinião, o critério de morte não será apto a resolver a problemática da eutanásia: julgamos que as soluções para este problema passam por outra ordem de argumentos.

Pois que, em termos jurídico-penais — e também em termos estritamente científicos — não há “equivalente a morto”. Para além da morte não há vida humana. Há cadáver.

Relativamente à sua natureza jurídica, existe acentuada divergência doutrinária sobre se o cadáver pode, ainda, integrar o conceito de coisa. GOMES DA SILVA entende que “o cadáver não é nem pessoa nem coisa; mas, em atenção no que foi e ao que há-de vir a ser, por um lado e, por outro, aos fins da personalidade sempre subsistente, de que fez parte e aos das outras pessoas que com ela estiveram em relação, o cadáver está subordinado a fins intrínsecos próprios das pessoas, e só pode ser tomado pelo direito como acessório ou extensão das pessoas. É uma realidade que, não sendo pessoa, se acha submetida aos fins intrínsecos das pessoas, e há-de, conseqüentemente, ser regida pelos princípios relativos às pessoas, em tudo o que seja adequado à sua configuração particular. Os direitos mais comumente reconhecidos a respeito do cadáver têm natureza e configuração análogas às dos direitos *in personam*, circunstância pela qual se confirma a tese de que o cadáver não é tratado como coisa, mas como extensão ou acessório da pessoa”⁶⁸⁷. Com posição de consequencialidade semelhante encontra-se FARIA COSTA, para quem o cadáver humano, enquanto “realidade ultra existencial”, não pode confundir-se com coisa, dado que se trata ainda de uma realidade corpórea

⁶⁸⁷ Gomes da Silva, “Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres”, *Scientia Iuridica*, 1970, p. 45 e s.

que se confunde com a pessoa humana⁶⁸⁸. Perfilhando posição contrária, SARAGOÇA DA MATTA entende que o cadáver, preenchendo todos os requisitos da noção de coisa — corporeidade, autonomia e subtraibilidade — deve ser tido como tal, pois a sua exclusão deste conceito representaria “a inserção, não admissível, de argumentos de ordem psicológica, afectiva e religiosa no campo da hermenêutica penal”⁶⁸⁹.

Perfilhando-se aqui a posição de FARIA COSTA — na medida em que, seguindo-se a posição de SARAGOÇA DA MATTA, sempre ficaria por compreender, havendo total equiparação entre cadáver e coisa, qual o motivo da existência de um tipo penal específico para a profanação de cadáver — o cadáver é, então, uma realidade autónoma e diferenciada da vida humana, mas que, contudo, mantém com a pessoa uma ligação. O corpo, que fica após a vida já nele não existir, representa uma pessoa.

Em termos estritamente formais, na ordem jurídica portuguesa encontra-se estabelecida uma definição legal de cadáver: nos termos do art. 2º da Lei n.º 411/98, de 30 de Dezembro, o cadáver é *o corpo humano após a morte, até estarem terminados os fenómenos de destruição da matéria orgânica*.

Trazendo para esta realidade considerações de índole material, esta definição não esgota o seu significado. Com efeito, o cadáver “é o corpo de uma pessoa falecida enquanto se possa dizer que ele representa essa mesma pessoa — portanto quando não se tenha verificado o processo total de decomposição ou quando não se tenha quebrado, por uma qualquer razão, a

⁶⁸⁸ José de Faria Costa, Anotação ao Art. 203º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 24 e s., p. 37.

⁶⁸⁹ Paulo Saragoça da Matta, “«Subtracção de coisa móvel alheia». Os efeitos do admirável mundo novo num crime «clássico», in: Teresa Quintela de Brito/Paulo Saragoça da Matta/João Curado Neves/Helena Morão, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 615 e s., p. 626 e s.

conexão simbólica entre os despojos e a pessoa falecida. Isto significa que o cadáver tem de ser uma espécie de representação do corpo”⁶⁹⁰.

Que o cadáver, ou melhor, que a refração que o cadáver provoca, quer no sentido de impor à comunidade o respeito pelos mortos, quer na dimensão de ser ele mesmo objecto da piedade de familiares ou amigos, co-envolve um bem jurídico que o direito penal protege (*maxime*, art. 254º do CP).

A ideia comumente associada a cadáver, não obstante a sua ligação à pessoa, não é, assim, nem uma ideia de ser vivente nem, muito menos, uma ideia de gravidez. O certo é que se exige ao direito penal que possa apresentar uma solução para um cadáver grávido. Situação esta permitida, por uma parte, pelo actual critério de morte, acima descrito, e, por outra parte, pelos avanços das ciências médicas, *maxime*, pela medicina intensiva. Solução essa que, mesmo representando um caso extremo, é um dos reflexos da recepção, na ordem jurídico-penal, do critério de morte cerebral.

Pelo que, no âmbito do segundo nóculo problemático acima referido, o primeiro caso de fronteira, neste contexto, a que iremos fazer alusão, é o de uma mulher grávida, cerebralmente morta, com as respectivas funções vitais mantidas artificialmente a fim de o feto chegar ao fim da necessária gestação uterina e ser retirado da mãe. Estamos face a uma morte dissociativa justificada por uma gravidez.

A primeira questão que se poderia colocar é se não existe, aqui, uma instrumentalização da “mãe”, em si mesma ofensiva do valor da dignidade da pessoa humana. Questão que não encontra resposta linear, pois, para todos os efeitos, a mãe está morta, é cadáver. Cumpre, então, perguntar se este valor se estende aos cadáveres. É que, apesar de estes não serem, simplesmente, uma coisa, não são, também, pessoa. Não nos pretendendo alongar demasiado nesta questão, resta apontar que existem vozes que entendem que se deve

⁶⁹⁰ J. M. Damião da Cunha, Anotação ao Art. 254º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II (cit.), § 4, p. 654.

partir de uma ideia de extensão do princípio da dignidade da pessoa humana a nascituros e a mortos⁶⁹¹. Para os defensores desta posição seria, assim, inconstitucional a utilização do corpo de um cadáver como “estação de gestação”, podendo a solução para evitar a perspectiva da “experimentação humana” passar por uma ideia de consentimento presumido⁶⁹² da “mãe”. Mas, se a “mãe” é cadáver, não tem, sequer, capacidade para consentir. Logo, esta solução oferece dúvidas. A questão que aqui se coloca prende-se, sobremaneira, com o princípio *in dubio pro vita*. Devemos, então, sob esta luz, debruçar-nos sobre um núcleo de interrogações, relacionadas com o enquadramento jurídico-penal dos comportamentos suscitados por este caso de fronteira. Desde logo, o comportamento do médico. Pode colocar-se a questão de saber se, ao ligar ou manter a mãe ligada às máquinas sem autorização para o fazer, pode existir um crime de profanação de cadáver. Por outro lado, se o médico não ligar ou mantiver a mãe-cadáver ligada às máquinas, estaremos face a um crime de aborto? É um caso de intervenção indirecta sobre o feto, sem dúvida. E dificilmente se poderá falar aqui em consentimento da mulher grávida ou em agravação pelo resultado. Todavia, em termos concretos, o que se tem de apurar é se o médico tem o dever de ligar ou manter a mãe-cadáver ligada às máquinas como forma de tentar assegurar a vida do feto. Ou se este dever apenas existirá no caso de o feto ser viável (cfr. art. 142º, n.º 1, al. c), do Código Penal). Julgamos que, fundamental para uma resposta é, precisamente, a viabilidade do feto. No caso de esta existir, e tratando-se a vida intra-uterina de bem jurídico autónomo e, conseqüentemente, sendo a vida do feto diferenciável da vida da mãe, o médico — cumprindo o seu dever de garante — deverá agir no sentido de tentar assegurar a gestação do feto até ao tempo necessário para a sua

⁶⁹¹ Paul Heuermann, “Verfassungsrechtliche Probleme der Schwangerschaft einer hirntoten Frau”, *JZ* 1994, p. 133 e s., p. 134, dando conta da posição do Tribunal Constitucional alemão.

⁶⁹² Paul Heuermann, “Verfassungsrechtliche Probleme der Schwangerschaft einer hirntoten Frau” (cit.), p. 138 e s.

sobrevivência fora do útero. Deste modo se respeitando o princípio *in dubio pro vita*.

A segunda situação de fronteira que também tem relação com a realidade da morte dissociativa, refere-se a uma questão suscitada por um transplante. Mencionámos, aquando da reflexão sobre o fim da vida, que o argumento dos transplantes traz à colação uma ideia de solidariedade, na qual se pretende fundamentar o critério de morte cerebral. Havendo necessidade de um órgão de um *moriturus*, o critério de morte é determinante. Nesta situação poderemos ver como o critério de morte cerebral não pode ser defendido por apego à facilitação dos transplantes.

Na verdade, observada esta realidade de fronteira de uma perspectiva analítica, quase se poderia dizer que, neste caso, o critério de morte cerebral actua como causa de exclusão da ilicitude, dado que, no caso de ser aplicável o critério de morte cárdio-respiratória, a transplantação de órgãos vitais traduzir-se-ia no homicídio do dador. Portanto, os transplantes justificam a adopção do critério de morte cerebral que, por seu turno, justifica (despenaliza), em termos jurídico-penais, a remoção de órgãos vitais para efeitos de transplantação. Esta, de algum modo, a quadratura do círculo e o motivo das críticas a estes argumentos: em um ordenamento em que se nega a perspectiva utilitarista quanto ao *moriturus*, não se pode permitir que esta seja abraçada para o “matar” quando em causa esteja a realização de um transplante. A ideia de fundo de solidariedade é, conseqüentemente, posta em crise quando se constata que, em termos jurídico-penais, não pode existir ponderação entre o valor de uma vida e o de outra vida. Uma vez mais verificamos que o critério de morte cerebral terá de valer por si, por ser, de acordo com o estado da(s) arte(s), o critério correcto.

O que nos leva à questão da determinação exacta do momento de morte cerebral. É que, apesar de tudo, pode existir alguma dúvida nesta determinação. E esta incerteza, quando possa existir, não poderá, em caso

algum, funcionar em desfavor do paciente, devendo antes aqui optar-se pela aplicação do princípio *in dubio pro vita*. Em caso de dúvida, até à “falência completa do organismo no seu conjunto de órgãos e funções” manter-se-á o dever do médico. Até este momento haverá homicídio.

III.4.3. A integridade pessoal (construção de Faria Costa)

A última situação de fronteira a que iremos fazer referência neste percurso remete-nos para a consideração de um novo bem jurídico, a integridade pessoal. A construção deste novo bem jurídico parte de duas questões nucleares: “Será possível construir, de maneira eficaz e mais consentânea com a preservação dos próprios bens, tipos legais de crime que visem a mesma finalidade, isto é, a protecção jurídico-penal do bem ou valor vida?” e “Será que devemos continuar a pensar, em termos de inevitável aceitação, que a violação da vida pressupõe necessariamente a morte, isto é, que a violação da vida é necessariamente dano-violação instantâneo”⁶⁹³? Estas duas questões tornam-se, assim, *Leitmotiv* para um percurso problemático que pretende, afinal, encontrar uma “tentativa” de resposta para as mesmas.

O primeiro passo é dado a partir da Lei Fundamental, no sentido de atribuir consequentialidade ao disposto no art. 24º quanto à inviolabilidade da vida humana. Na verdade, coloca-se a questão de saber se a admissão de uma dignidade penal sem reservas deste bem jurídico implica que o crime de homicídio tenha de ser necessariamente construído como um crime de resultado (material) de realização livre⁶⁹⁴. Logo surge a resposta — atendendo, precisamente, às relações entre o direito constitucional e o direito penal⁶⁹⁵ —,

⁶⁹³ As considerações aqui expendidas sobre o bem jurídico integridade pessoal baseiam-se no estudo de José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal” (cit.), p. 171 e s.

⁶⁹⁴ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal...” (cit.), p. 174.

⁶⁹⁵ Veja-se *supra* Cap. II.1.1.

ou seja, “ construir-se o crime de homicídio como crime de resultado não é, nem de longe nem de perto, qualquer decorrência do texto constitucional. Com efeito, o legislador constitucional, tendo em conta as considerações de política criminal, as diferentes densidades axiológicas dos bens jurídicos, a proporcionalidade e a adequação, pode construir o tipo legal de crime como achar mais conveniente para, justamente, honrar os princípios e as finalidades que se acabaram de enunciar”⁶⁹⁶. Contudo, esta aparente vastidão de opções conferidas ao legislador penal vê-se limitada pelo próprio princípio da ofensividade⁶⁹⁷. Dito de forma clara: “só será admissível a criminalização de comportamentos que, objectivamente, ofendam, através de um facto que se cristaliza no mundo exterior, bens jurídico-penais”⁶⁹⁸. Naturalmente que esta ofensa não se limita, todavia, a crimes de dano-violação; também os crimes de resultado perigo-violação respeitam aquele princípio. Resta, assim, saber se um crime de resultado de perigo-violação respeita o sentido constitucional contido na norma ínsita no art. 24º da Lei Fundamental⁶⁹⁹. Na verdade, atendendo ao recorte histórico dos crimes contra vida e da pena que lhes ia associada, a construção dos crimes contra a vida através de crimes de dano-violação não representava senão a garantia de uma justiça na punição⁷⁰⁰. E ainda que hodiernamente — com a abolição da pena de morte⁷⁰¹ — a punição por tais crimes não se inscreve já em uma ideia de justiça taliónica, o certo é que “admitir, sem mais, a punição do mero pôr-em-perigo o bem jurídico vida seria alargar, para lá do tolerável, as margens da punibilidade. E seria, de modo não menos impressivo, aceitar, sem justificação, que o *Vorfeld* da protecção penal pudesse ir tão longe, mesmo quando estava em causa o bem jurídico

⁶⁹⁶ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal...” (cit.), p. 174 e s.

⁶⁹⁷ Sobre o princípio da ofensividade cfr. José de Faria Costa, *O Perigo* (cit.), p. 620 e s. e ainda, do mesmo Autor, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 171 e s.

⁶⁹⁸ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal...” (cit.), p. 176.

⁶⁹⁹ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal...” (cit.), p. 177 e s.

⁷⁰⁰ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal...” (cit.), p. 179 e s.

⁷⁰¹ Abolida na Reforma Penal de 1867, salvo para crimes militares.

vida humana. Daí que se possa continuar a afirmar que faz todo o sentido manter a protecção da vida através de um crime de resultado de realização livre⁷⁰².

Concluindo-se, deste jeito, que o caminho passará por crimes de resultado de dano-violação, cumpre, agora, indagar sobre a instantaneidade do resultado. Com efeito, a evolução das possibilidades de manutenção e de sustentação da vida levam a que se deva perguntar “até quando é razoável — cientificamente razoável, depois de ter havido intervenção médica que prolonga artificialmente a vida — afirmar-se que *aquela morte* foi causada por *aquela tiro*?⁷⁰³” Especialmente quando o resultado morte pode demorar meses, senão anos, a verificar-se. E, entre acção e resultado existe todo um espaço de tempo dominado pela actuação (médica) de terceiros que, além de arrastar consigo uma componente de aleatoriedade, pode ter como efeito a própria suspensão do processo causal originário⁷⁰⁴. Além de que, mesmo comprovando-se a existência do nexo de causalidade entre o tiro e a morte, não pode a intervenção do direito penal “suspender-se” até que a morte ocorra. Neste sentido, novas realidades exigem novas categorias de pensamento que daquelas estejam conscientes⁷⁰⁵. Esta suspensão — e os motivos que a ditam — levam a que se possa afirmar estarmos “perante uma nova realidade”⁷⁰⁶.

Desde sempre tem existido, no direito penal, uma bi-partição entre a vida e a integridade física como bens jurídicos autónomos, sendo que,

⁷⁰² José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal...” (cit.), p. 181.

⁷⁰³ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal...” (cit.), p. 182 (itálicos do Autor). Como é bom de ver, sempre se deverá dar a resposta: “até ao momento em que cientificamente se possa sustentar um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado”. Não obstante, a problemática aqui vai para lá da resposta dogmaticamente correcta, alargando-se ao campo da dúvida metódica, ainda que não se possa, verdadeiramente, afirmar uma pretensão de alcançar, nesta matéria, uma verdade absoluta.

⁷⁰⁴ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal...” (cit.), p. 182 e s.

⁷⁰⁵ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal...” (cit.), p. 183.

⁷⁰⁶ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal...” (cit.), p. 184.

enquanto que a lesão do primeiro não permite a sua ofensa gradativa, o segundo o permite, até ao limite máximo da violação da própria vida: “a máxima da violação da integridade física determina um alto qualitativo: é ofendida a vida”⁷⁰⁷. Todavia, e como já fizemos referência⁷⁰⁸, a evolução das ciências médicas tornou possíveis realidades que apenas há poucas décadas se apresentavam como impossíveis. Trouxe para a ordem jurídico-penal problemas que põem em causa, obrigam a questionar, o paradigma em que o direito penal assenta. E, em concreto, a ciência médica adquiriu um elevado controlo sobre a morte e sobre o seu momento. Consequentemente, causas de morte insofismáveis há algumas décadas tornam-se, hoje, diagnósticos de medidas de prolongamento e sustentação da vida. Alguns com bons prognósticos de tratamento e recuperação, outros nem por isso, assim levando a que surjam situações de coma ou mesmo de Estado Vegetativo Persistente (EVP)⁷⁰⁹ que, em outro tempo, teriam sido morte certa, ou seja, em que o resultado teria sido (quase) imediato à acção. O que, inescapavelmente, nos leva a questionar se uma violação que tenha como resultado uma destas situações não reflecte “a violação de uma realidade social, ética e juridicamente diferente já diferente da violação da mera integridade física mas que ainda não atingiu o degrau da violação da própria vida humana”⁷¹⁰.

O mais basilar sentido de solidariedade e de justiça da comunidade comporta-se ou reage de modo diferente quando deparado com uma violação à integridade física de que resulte na amputação de uma perna ou de um braço ou, diferentemente, com uma violação que resulte em a vítima da mesma ficar em EVP. O EVP, podemos afirmá-lo, vai para além da mera saúde

⁷⁰⁷ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal...” (cit.), p. 185.

⁷⁰⁸ Cfr. Capítulo I.1 *supra*.

⁷⁰⁹ A designação EPV foi pela primeira vez utilizada em 1972. Este quadro clínico resulta de lesões directa ou indirectamente infligidas ao Sistema Nervoso Central.

⁷¹⁰ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal” (cit.), p. 186.

psicossomática. Castra qualquer possibilidade de relação, hipoteca o conceito de pessoa.

Os problemas suscitados por este quadro clínico colocam-se em diversos patamares e, por ora, para a sua abordagem fora do contexto jurídico-penal, iremos socorrer-nos de um Parecer e de um Relatório do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida⁷¹¹.

De acordo com a *Multi-Society Taskforce on the Persistent Vegetative State*, o EPV é “uma situação clínica de completa ausência de consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral”. Considera-se que o Estado Vegetativo se torna persistente “quando as alterações neurológicas persistem por mais de três meses após a anóxia cerebral e doze meses na sequência de traumatismo craniano”. Não deve, por isso, confundir-se com a morte cerebral, apesar de apresentar uma probabilidade mínima de recuperação⁷¹². Todavia, um dos aspectos prende-se com a terapêutica ou cuidados básicos necessários à manutenção da vida do doente, de entre eles a alimentação e hidratação assistidas⁷¹³.

De acordo com o mencionado Relatório, “no caso dos doentes em EVP, o único benefício potencial em serem mantidos em vida com cuidados

⁷¹¹ Respectivamente, Parecer 45/CNECV/05 de Fevereiro de 2005 e Relatório sobre o Estado Vegetativo Persistente, de Fevereiro de 2005.

⁷¹² Veja-se ainda Loane Skene/Dominic Wilkinson/Guy Kahane/Julian Savulescu, “Neuroimaging and the withdrawal of life-sustaining treatment from patients in vegetative state”, *Medical Law Review*, 17 (2009), p. 245 e s., p. 247; Andrew Grubb/Pat Walsh/Neil Lambe, “Reporting on the Persistent Vegetative State in Europe”, *Medical Law Review*, 6 (1998), p. 161 e s.

⁷¹³ Relembrem-se os conhecidos casos de Eluana Englaro e de Terri Schiavo. Cfr., em particular sobre estes casos, Rebecca Dresser, “*Schiavo* and contemporary Myths about dying”, *University of Miami Law Review*, Vol. 61 (2007), p. 821 e s.; Jeffrey P. Bishop, “Biopolitics, Terry Schiavo, and the Sovereign Subject of Death”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 33 (2009), p. 338 e s.; Mário Ferreira Monte, “Da relevância penal de aspectos onto-axiológico-normativos na eutanásia — análise problemática”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2011, p. 305 e s.

extraordinários é a hipótese remota de uma recuperação tardia, que é sempre acompanhada por deficiência profunda (...). No caso de um doente em EVP, o prolongar a vida não traz quaisquer benefícios, quer directos quer indirectos”⁷¹⁴. Vemos, portanto, que neste “processo de morte” deverá distinguir-se entre cuidados extraordinários — considerados desproporcionados — e cuidados básicos. O facto é que, no caso particular do EVP, os cuidados básicos, aqui, a alimentação e a hidratação — tal como a ventilação ou a diálise — substituem uma função vital e poderão, assim, ser entendidos como tratamento ou mesmo medida paliativa.

Em suma, em caso de doentes em EVP estamos perante vida humana funcionalmente dependente de cuidados de terceiros para a manutenção de funções vitais, sem que o próprio doente disso — ou mesmo de si — tenha consciência. Não deixa, contudo, de se tratar de vida vivente, vida humana no sentido biológico-fisiológico, dado que ainda não ocorreu o acontecimento morte. Mas poderemos, então, entender, em termos jurídico-penais, que a esta vida humana não lhe foi roubado um “pedaço” de algo mais que a mera integridade física?

Pergunta-se: tomando como exemplo de fronteira dos desenvolvimentos médico-científicos o que a manutenção do EVP demonstra, deverá o direito penal manter-se alheio a uma diferenciação?

Efectivamente, tanto o processo de início da vida, como o estado vivente ou ainda o processo de morte fazem parte da realidade jurídico-penal de pessoa, pelo que “as exigências da realidade que os novos meios médicos suscitaram, parecem obrigar-nos, a partir de agora, a pôr, ao menos como hipótese, a existência de um novo bem jurídico-penal”⁷¹⁵. É esta a hipótese para a qual pretendemos chamar a atenção.

⁷¹⁴ Relatório sobre o Estado Vegetativo Persistente, de Fevereiro de 2005, p. 13.

⁷¹⁵ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal” (cit.), p. 191.

De uma óptica jurídico-penal, é-se pessoa até ao acontecimento morte⁷¹⁶. Ora, se assim é, também se poderá considerar que quando a pessoa seja mais afectada — seja “desintegrado” um pedaço do seu ser — estará em causa a violação de uma realidade diversa, a qual é necessário compreender, conferindo-lhe eventual autonomização enquanto integridade pessoal⁷¹⁷. Pois que, atendendo ao próprio art. 25º, nº 1 da Lei Fundamental, “a autonomização de um bem jurídico-penal, consubstanciado na integridade pessoal — enquanto realidade onto-antropológica que se encontra em região diferente daquela em que se encontra a integridade física —, pode, eventualmente, ser criticável de muitos lados mas não o pode ser por não ter qualquer respaldo constitucional a ancorá-la”⁷¹⁸.

Tal autonomização não reflecte senão, por um lado, as exigências colocadas pelos novos meios médicos, como, por outro lado, a resposta à necessidade de encontrar a solução justa para as agressões que resultam na afectação desse “pedaço”. E, de entre estas agressões encontram-se também aquelas resultantes da tortura, pois que também às vítimas de tortura é “desintegrado” um pedaço do seu ser⁷¹⁹.

Em jeito conclusivo, julgamos que a proposta de FARIA COSTA de autonomização de um novo bem jurídico — a integridade pessoal — visa colmatar — apoiando-se em uma leitura consequente da própria Lei Fundamental⁷²⁰ — a actual lacuna de uma solução justa para os casos em que algo mais do que a integridade física da vítima — algo em que assenta a sua essencialidade enquanto pessoa — é violado. Neste sentido, torna-se em uma apologia consequente de um direito penal de cariz liberal e compreendido à

⁷¹⁶ Como refere Jorge de Figueiredo Dias, “a qualidade de pessoa para efeito do tipo de ilícito objectivo do homicídio termina com a morte: o cadáver não é mais *pessoa* para este efeito”, Anotação ao art. 131º (cit.), § 14, p. 9.

⁷¹⁷ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal” (cit.), p. 188 e s.

⁷¹⁸ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal” (cit.), p. 191.

⁷¹⁹ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal” (cit.), p. 192.

⁷²⁰ José de Faria Costa, “Vida e morte em direito penal” (cit.), p. 193.

luz dos problemas da contemporaneidade. Aceitando-se este novo bem jurídico-penal, dever-se-á afirmar que o mesmo delimita, negativamente, o âmbito de aplicação do homicídio a pedido da vítima, procedendo-se à subsequente autonomização das condutas ofensivas, desde logo, pois a conduta ofensiva da integridade pessoal, contrariamente ao que sucede no homicídio a pedido da vítima — ou mesmo eutanásia — não representa uma manifestação da autodeterminação da vítima. Problemas podem colocar-se, no patamar da eutanásia, quando o bem jurídico integridade pessoal seja ofendido na sequência de um pedido eutanásico da vítima. Ou seja: quando seja cumprido o pedido da vítima e o mesmo não tenha o resultado esperado — a morte — mas antes uma incapacitação permanente, como o EVP. Teríamos aqui — de acordo com uma conjugação entre o quadro legal existente e esta proposta de autonomização de um novo bem jurídico — então, um caso de uma tentativa de homicídio a pedido da vítima, ou seja, punido com uma pena de prisão até três anos especialmente atenuada, nos termos conjugados dos arts. 134º, n.º 2 e 23º, n.º 2 do Código Penal. Não sendo considerada esta autonomização, este comportamento cairia, porventura também, no âmbito do art. 144º do Código Penal conjugado com o art. 149º do mesmo Código. O que poderia conduzir a um resultado bastante diverso, especialmente se se considerasse que a ofensa era contrária aos bons costumes, dado que a moldura penal se situa entre os dois e os dez anos de prisão. O quadro descrito reflecte, assim, as dificuldades com se deparam os casos de fronteira no âmbito da eutanásia. Temos para nós que — sublinhando o valor da autodeterminação — apenas a primeira solução poderá fazer sentido, desde logo, face à valoração axiológica do comportamento representada pelo privilegiamento ínsito na moldura penal do art. 134º do Código Penal. O que significa que, a autonomização deste novo bem jurídico terá sempre, na sua consagração legal, de levar o sistema axiológico presente no Código Penal em conta, desde logo prevenindo a

existência de contradições que levem a que a violação deste bem como consequência de um pedido eutanásico da vítima não represente uma agravação da moldura penal da tentativa de homicídio a pedido da vítima.

III.5. Os problemas de comparticipação

A comparticipação em direito penal obedece ao princípio da acessoriedade limitada⁷²¹. Este princípio — referimo-nos, ainda de forma restrita, apenas à acessoriedade — não traduz senão a dependência da participação de um facto principal, ou, de outro modo, a referência necessária a um “objecto” a que o participante instiga ou auxilia⁷²². Com efeito, apenas se pode participar em algo; a participação determina, assim, a preclusão da execução da acção principal. A limitação da acessoriedade — ou da dependência — verifica-se na independência da culpa. Como expressa o art. 29º do Código Penal, *cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes*⁷²³.

Os problemas de comparticipação no âmbito da lesão do bem jurídico-penal vida humana que aqui pretendemos tratar prendem-se, por sobretudo, com as questões suscitadas pela delimitação, fulcral para para a correcta análise da problemática de fundo do presente trabalho, da ajuda ou incitamento ao suicídio face ao homicídio a pedido da vítima. Quanto aos problemas suscitados pela própria estrutura do crime de homicídio a pedido da vítima, serão abordados em lugar posterior, aquando do tratamento específico deste tipo de crime.

⁷²¹ Com interesse, sobre a evolução das formas de participação na Alemanha e a formação do princípio da acessoriedade a partir da escola de Hegel, veja-se Manfred Maiwald, “Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe — Zur Entstehung der Teilnahmeformen in Deutschland”, in: Andreas Hoyer, *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 283 e s. Ainda recentemente, entre nós, Maria Margarida Silva Pereira, “A comparticipação depois do Código Penal de 1982: um regime intocado pelas revisões legislativas. Ensaio de crítica”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 793 e s.

⁷²² Assim, NK-StGB/Schild, Vor §§ 26, 27, n.º m. 10.

⁷²³ Para mais aprofundamentos sobre os princípios e regras gerais da participação, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 757 e s.

O homicídio “exemplo de escola” é sempre referido como *A mata B*, em que existe apenas um autor. Não obstante, a realidade vai muito para além deste exemplo, sendo que “particulares dificuldades suscita todavia a questão de saber se, relativamente a um mesmo crime de homicídio, pode um participante ser punido por homicídio simples e outro por homicídio qualificado ou privilegiado. De extrema complexidade se revela por vezes, por outro lado, o problema de determinar se se está perante uma participação no crime de homicídio ou antes perante uma autoria do (ou participação no) crime de incitamento ou ajuda ao suicídio”⁷²⁴.

Iniciemos, assim, o nosso percurso pelo problema suscitado no final, relativo ao crime de incitamento ou ajuda ao suicídio.

Este tipo-de-ilícito é, em si mesmo, um tipo de participação. Expliquemos um pouco melhor as nossas palavras. Como se sabe, o suicídio não é considerado um acto típico, não sendo punível em nenhum ordenamento jurídico-penal de países desenvolvidos. Pelo que, pro do princípio da acessoriedade limitada, qualquer forma de participação neste acto — autoria, cumplicidade ou instigação — quedaria sem fundamento de punição. Na verdade, “o que está em causa na incriminação do incitamento ou ajuda ao suicídio é ainda o propósito de densificar e reforçar o halo de tabu com que a ordem jurídica quer rodear a vida humana (de outra pessoa), protegendo-a contra (quase) todas as formas de desrespeito”⁷²⁵. Neste sentido, os países que adoptam uma decisão político-criminal no sentido de punir ao auxílio ao suicídio, tomam também a decisão de elevar a participação a autoria⁷²⁶. Contudo, por forma a não contender com a conceptualização

⁷²⁴ Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), § 43, p. 21. Como sublinha Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 600, — com razão acrescida no âmbito do ordenamento jurídico-penal alemão — a diferenciação entre participação no suicídio e autoria do homicídio é fulcral nesta matéria.

⁷²⁵ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 135º (cit.), § 9, p. 79.

⁷²⁶ Ainda que, mesmo nos países em que a mesma não é punida em virtude do princípio da acessoriedade, surjam vozes —paradigmaticamente, Eberhard Schmidhäuser, “Selbstmord und

jurídico-criminal relativa à comparticipação, o legislador português, *in casu*, tipificou a ajuda (e não o auxílio, cfr. art. 27º do Código Penal) e o incitamento (em vez da instigação). Daí que este seja um tipo em que questões como a omissão, a negligência ou o erro se tornem tão complexas⁷²⁷.

Deste modo, um dos pontos que se torna fulcral quanto a este tipo-de-ílicito é a delimitação do início da autoria. Por outras palavras: onde termina o acto suicida e partir de onde deve já considerar-se autoria de um crime de incitamento ou ajuda ou suicídio. De acordo com o art. 26º do Código Penal, *é punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução*. Quer isto significar que o autor do crime de incitamento ou ajuda ao suicídio tem de executar o facto “incitamento” ou “ajuda”. E qual é o limite dessa autoria? Digamo-lo de modo apodíctico: o acto suicida⁷²⁸. Cumpre, deste modo, averiguar o elemento “suicídio”. Em jeito de aproximação, socorremo-nos das palavras de COSTA ANDRADE: “há suicídio quando uma pessoa, com **domínio do facto**, causa «dolosamente» a sua própria morte. Só há suicídio quando uma pessoa, cansada de viver, *quer morrer* e é ela a decidir do *se* da própria morte”⁷²⁹. Sinteticamente: quando se

Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht”, in: Günther Stratenwerth (Hrg.), *Festschrift für Hans Welzel am 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1974, p. 801 e s. — que procuram ultrapassar a falta do tipo, defendendo que o suicida preenche o tipo de homicídio, sendo desculpado, e quem o ajuda está, no fundo, a participar em um homicídio. Como é bom de ver, tal argumentação não poderia colher, na justa medida em que o bem jurídico protegido em causa é a vida humana de outra pessoa. Assim também Dieter Dölling, “Zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid”, in: René Bloy *et al.*, *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Mainwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p.119 e s., p. 119.

⁷²⁷ No mesmo sentido, Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 135º (cit.), § 5, p. 77.

⁷²⁸ Ou, por outras palavras, quando o suicida possa determinar a interrupção do acto de execução. Neste sentido, Rainer Zaczky, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, p. 38.

⁷²⁹ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 135º (cit.), § 13, p. 80 (negrito e itálicos do Autor).

verifiquem o domínio do facto (fronteira externa) e o domínio da vontade (fronteira interna⁷³⁰). O que, por seu turno, vem a causar especiais cuidados quanto ao incitamento⁷³¹.

Outro problema, ainda neste contexto, prende-se com a delimitação entre suicídio e homicídio, justamente porque, como já fizemos referência, aqui se podem colocar delicados problemas de comparticipação quando deparados com uma possível prática de homicídio praticado em autoria mediata.

Verificamos, então, que o primeiro passo conduzirá, também, ao esclarecimento do segundo.

A maioria da doutrina tem feito assentar o critério de diferenciação justamente no domínio do suicida. Tanto no domínio do facto, como no domínio da vontade.

No âmbito do domínio do facto, tem sido entendido que o mesmo existe — quanto ao suicídio — quando é o suicida que executa o último acto irreversível⁷³². No entanto, quando o suicida leve a cabo este último acto como “instrumento” estaremos perante um homicídio em autoria mediata, uma vez que não existe, aqui, domínio da vontade. Ainda antes de aprofundarmos estas considerações, verificamos, de imediato, que o âmbito de aplicação do art. 135º do Código Penal apenas começa onde termina a constelação de homicídio praticado em autoria mediata.

⁷³⁰ Designações de Claus Roxin, “Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie”, in: Jürgen Wolter (Hrg.), *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günther Potz*, Heidelberg: Decker's Verlag, 1993, p. 177 e s., adoptadas por Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 135º, *Comentário Conimbricense*, I, § 16, p. 81.

⁷³¹ Veja-se *infra* Capítulo IV.2.

⁷³² Mais recentemente, Dieter Dölling, “Zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid” (cit.), p. 120.

Retornando ao domínio do facto: Esta ideia de domínio do facto – trabalhada por ROXIN e acolhida na doutrina dominante portuguesa⁷³³ – é a que constituirá o mote para as considerações a propósito da autoria mediata.

Assim, e em traços muito breves, a doutrina do domínio do facto apresenta-se como aquela que distingue, no patamar objectivo e subjectivo, a autoria e a participação (conceito restritivo de autor), em contraposição às doutrinas objectivas, que vêem na contribuição causal do agente para a execução do facto típico o factor determinante da sua consideração como autor (conceito extensivo de autor)⁷³⁴ e, também, às doutrinas subjectivas, que apontam como sendo o factor de distinção a vontade do agente⁷³⁵. Ora, isto necessariamente significa que no caso particular da autoria mediata, tem o domínio do facto o agente que tenha o domínio da vontade do executante. Esta visa, assim, ser uma solução para o problema da fundamentação da consideração como autor daquele que não executou o facto. Mais. Este domínio da vontade, segundo ROXIN, pode dever-se a três motivos distintos:

⁷³³ Como também o sublinha Susana Aires de Sousa, “A autoria nos crimes específicos. Algumas considerações sobre o artigo 28º do Código Penal”, *RPCC* 15 (2005), p. 343 e s., p. 345.

⁷³⁴ Seguindo uma teoria tendencialmente mais unitária de autoria na esteira de Eduardo Correia e, aproximando-se, assim, ao conceito extensivo de autor, José Faria Costa, “Formas do Crime”, in: CEJ, *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa, 1983, p. 152 e s., *maxime*, p. 169, particularmente quando afirma que “é autor quem executa o facto. Isto é, aquele que dá «causa» ao facto”. Veja-se ainda Eduardo Correia, *Direito Criminal*, II (cit.), p. 249 e o recente Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de Outubro de 2006, disponível em www.dgsi.pt. Mais aprofundadamente sobre este assunto, S/S/Cramer/Heine, *Vorbem* §§ 25 ff., n.º m. 53 e s. e, entre nós, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 764.

⁷³⁵ Dito de outro modo: o autor quereria o facto como seu (vontade de autor ou *animus auctoris*) e o participante quereria o facto como alheio (vontade de partícipe ou *animus socii*). Esta doutrina compreende-se como consequência da doutrina da *conditio sine qua non* ou equivalência de condições, ou seja, quando todas as contribuições causais para um resultado são valoradas objectivamente, então a diferenciação entre autoria e participação apenas poderá ser encontrada no âmbito subjectivo. Além de outras críticas que lhe foram apontadas, de salientar o facto de esta doutrina falhar em todos aqueles casos em que a actuação de terceiro é punida, como, desde logo, o próprio homicídio a pedido da vítima (mas também o furto ou o roubo ou mesmo a burla: a conduta pode ser realizada para si ou para terceiro). Assim, Urs Kindhäuser, *Strafrecht. AT* (cit.), p. 326. Cfr. também Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 764.

coacção, erro ou em virtude de um aparelho organizado de poder⁷³⁶. Na primeira hipótese, o executante actuará em uma situação de legítima defesa ou em direito de necessidade, logo, licitamente, o que justifica que se considere o “homem-de-trás” como autor mediato. Procurando um exemplo: *A* sequestra *B*, filho de *C* e, telefonando a *C*, ordena-lhe que mate *D* se quiser voltar a ver o seu filho com vida. Esta ilustração demonstra como a actuação – e a vontade – de *C* é dominada por *A*. Ou seja: se não fora a ordem de *A*, bem como o seu enquadramento, *C* não teria nem querido matar nem morto *D*. De modo apodíctico: *A* domina a vontade de *C*⁷³⁷.

Mas este exemplo pode ainda servir-nos, com ligeira adaptação, para a segunda hipótese enunciada: o domínio da vontade em virtude de erro. *A* sabe que *B* desapareceu há dias e faz o mesmo telefonema. Aqui, *C* encontra-se na suposição (errónea) de poder estar a actuar ao abrigo de uma causa de justificação. Ou ainda mais simples: *A* pede a *B* que telefone a *C*, não sabendo *B* que o telefone de *C* estava armadilhado para explodir. Neste caso existe um claro erro sobre a factualidade típica por parte de *B*⁷³⁸.

Regressando ao concreto tipo que ora nos ocupa — o art. 135º do Código Penal —, além dos vícios da vontade (coacção e erro), esta formulação foi ajustada à realidade em causa. Ou seja, quando o suicida se encontre em situação de inimizabilidade ou em estado de necessidade desculpante — o que corresponderá à doutrina ou solução da culpa⁷³⁹

⁷³⁶ Hipótese que não abordaremos, sequer, neste contexto, por a mesma se situar fora do âmbito problemático relevante.

⁷³⁷ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (trad. J. Cuello Contreras/J.L. González de Murillo), 7ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 167 e s.

⁷³⁸ Outros exemplos podem ser encontrados em Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (cit.), p. 195 e, entre nós, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 779 e s. Veja-se ainda o nosso “*Casting* em Direito Penal (ou um percurso pela autoria)”, *Politeia*, Ano VI-VII (2009-2010), p. 57 e s.

⁷³⁹ Como refere Manuel da Costa Andrade, a solução da culpa “recorre à aplicação analógica das regras ou princípios de exclusão da culpa, nomeadamente a inimizabilidade e o estado de necessidade desculpante”, in: Anotação ao Art. 135º (cit.), § 18, p. 82.

(*Exculpationslösung*) quanto à diferenciação entre suicídio e homicídio por autoria mediata⁷⁴⁰ — ou seja, se negue a responsabilidade do suicida, estaremos, por consequência, face a um caso de homicídio em autoria mediata. Contudo — e tendo presente que esta é uma doutrina desenvolvida no seio do ordenamento jurídico-penal alemão, portanto, onde não existe um tipo paralelo ao art. 135º do Código Penal — esta solução da culpa é expressamente afastada pelo legislador português. E bem, a nosso ver, considerando — o que não é forçosamente o nosso caso — uma necessidade de manutenção de tal tipo no nosso ordenamento jurídico.

Efectivamente, o art. 135º do CP, ao prever como possível a existência de um suicídio de um menor de 16 anos, prescreve a inimputabilidade como causa de exclusão da culpa, ou seja, nega explicitamente um dos pilares em que a solução da culpa assenta. Deste modo, “à luz do direito português vigente o que é decisivo é a capacidade para representar o carácter autodestrutivo da sua conduta e a liberdade para se decidir naquele sentido. [Todavia,] Tal capacidade será seguramente de denegar-se a um menor de 14 anos⁷⁴¹. É certo que também a inimputabilidade por anomalia psíquica há-de valer, em geral, como um sintoma daquela incapacidade. Só que aqui tudo dependerá, em definitivo, das circunstâncias pessoais do agente, em concreto”⁷⁴².

⁷⁴⁰ Veja-se Claus Roxin, “Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme...”(cit.), p. 178 e s. e ainda *BGHSt* 32, p. 38 e s. (BGH 1 StR 168/83, 05.07.1983), que a segue. A esta solução contrapõe-se aquela do consentimento (*Einwilligungslösung*), que apela para as regras do consentimento interpretado como “qualificado” (ou seja, aquele ínsito no art. 134º — o “pedido”). Uma vez que, como teremos oportunidade de adensar mais à frente, no Capítulo VI, entendemos que o pedido do art. 134º do Código Penal e o consentimento se tratam de duas realidades diferentes, optamos aqui por pôr entre parenteses a designação de qualificado. De qualquer modo, sobre esta solução, cfr. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 135º (cit.), § 19 e ss, p. 83 e s. e ainda o texto de Claus Roxin citado *supra* nesta nota, p. 179.

⁷⁴¹ A capacidade para compreender o alcance da decisão de autodestruição leva a que se tenda a negar a a liberdade de de decisão a crianças e jovens. Cfr. também S/S/Eser, Vorbem. §§ 211 ff., n.º m. 36.

⁷⁴² Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 135º (cit.), § 25, p. 85.

O limite situar-se-á, afinal, na ultrapassagem de uma morte própria para causação de uma morte alheia⁷⁴³, razão pela qual o domínio da vontade se apresenta aqui como determinante para a distinção entre suicídio e homicídio por autoria mediata.

Mas aqui tratamos a delimitação entre duas realidades cuja distinção reside, precisamente, na existência de uma vontade livre e concordante, por um lado, e de uma vontade viciada, por outro. Diversa se apresenta a constelação de problemas no caso do suicídio e do homicídio a pedido da vítima⁷⁴⁴. Com efeito, neste último caso não pode falar-se em uma vontade viciada — pelo contrário, o próprio pedido é frequentemente designado de “consentimento qualificado” — da vítima: tanto no suicídio como no homicídio a pedido da vítima esta quer lesar a sua vida, quer a morte. O que imediatamente significa que, na delimitação destas duas realidades não nos podemos socorrer de critérios subjectivos⁷⁴⁵, sob pena de ser gerada considerável insegurança no julgamento de casos concretos⁷⁴⁶.

Neste sentido, a doutrina dominante tem apontado o critério de distinção no domínio sobre o facto irreversivelmente conducente à morte⁷⁴⁷

⁷⁴³ S/S/Eser, Vorbem. §§ 211 ff., n.º m. 36.

⁷⁴⁴ A propósito da delimitação destas duas figuras — que, como se sabe, representam também a diferença entre a punibilidade e a não punibilidade de uma determinada conduta — veja-se *BGHSt* 2, p. 150 e s. (BGH 1 StR 59/50, 12.02.1952).

⁷⁴⁵ Esta diferenciação tem feito correr rios de tinta por causa de uma célebre decisão do BGH (*BGHSt* 19, p. 135 e s. [BGH 2 StR 181/63, 14.08.1963]). Tratou-se de um jovem casal que — tendo visto negadas as possibilidades de continuação da sua relação por imposição dos pais — decidiu levar a cabo um duplo suicídio através de asfixia por dióxido de carbono no interior de um veículo automóvel. Na manhã seguinte, foram encontrados ambos inconscientes, apenas tendo sido possível salvar o jovem suicida. Este veio a ser condenado por homicídio a pedido da vítima (§ 216 StGB) por ter tido o domínio do facto irreversível. Veja-se, tão só, Claus Roxin, “Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme...”(cit.), p. 178 e s., NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 47, Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, *Strafrecht. BT* (cit.), p. 22.

⁷⁴⁶ Assim também NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 55.

⁷⁴⁷ Na expressão original, “Herrschaft über den unmittelbar lebensbeendenden Akt”, cfr. Lackner/Kühl, § 216, n.º m. 3. Assim também Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete*

ou, nas palavras de MERKEL, do domínio sobre o “point of no return”⁷⁴⁸. Sendo dominante, não é, todavia, unânime. Com efeito, este critério pode levar a resultados dúbios em casos de simultaneidade no domínio de tal facto⁷⁴⁹ ou, ainda, em casos de domínio de medidas de salvamento por parte da vítima. Podemos, assim, diferenciar entre cinco núdulos problemáticos: (i) os casos de simetria de domínio sobre o último acto; (ii) os casos de domínio sobre contra-medidas de salvamento; (iii) os casos de duplo suicídio; (iv) os casos de co-causação negligente de um suicídio; (v) os casos de suicídio alargado⁷⁵⁰. Vejamos, então, cada um destes núdulos separadamente.

O primeiro grupo de casos refere-se àquelas situações em que existe um domínio equivalente entre do “último acto”. Nestas situações, também em virtude do princípio da auto-responsabilidade⁷⁵¹, não poderão ser aplicadas as regras da co-autoria, desde logo, pois o próprio art. 26º do Código — de forma semelhante ao que sucede no § 25, 2 do StGB — pressupõe que se trate de um facto típico e ilícito, realidade essa que não se compagina com o suicídio. Daqui resulta que, de acordo com a configuração típica do art. 135º do Código Penal — que incrimina “condutas de sentido e compreensão

(cit.), p. 230 e s.; Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 39 e 272 e s.; Claus Roxin, “Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme...”(cit.), p. 177 e s.

⁷⁴⁸ Reinhard Merkel, *Früh euthanasie* (cit.), p. 78 e s. Na formulação de Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 24, “geht es um die subjective Vollzugsreife des Selbsttötungswillens, so liegt immer dann eine eigenhändige Selbsttötung vor, wenn der Lebensmüde die letzte Entscheidung darüber trifft, ob die Tat stattfinden soll; denn dann ist ausgeschlossen, dass er die Verwaltung seines Lebens an andere delegiert”.

⁷⁴⁹ Pense-se, por exemplo, no caso do duplo suicídio acima referido. Cfr. NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 49.

⁷⁵⁰ Entendendo-se suicídio alargado quando uma pessoa decidida a tirar a sua própria vida convence uma ou mais pessoas no acto mortal, sem ou contra o acordo das mesmas. Definição de perspectiva médico-legal, é avançada por Pollak, “Rechtsmedizinische Aspekte des Suizids”, *Rechtsmedizin* 15, p. 235 e s. Sobre este conceito, sua evolução histórica e desenvolvimento, cfr. Klaus Foerster, “Der sog. «erweiterte Suizid» — ein problematischer Begriff?”, in: Regina Michalke *et al.*, *Festschrift für Reiner Hamm am 65. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 2008, p. 83 e s.

⁷⁵¹ Mais aprofundadamente sobre este princípio, Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 170 e s.

idênticas às da instigação e cumplicidade”⁷⁵² — se pode gerar aqui uma alteração de punibilidade. Na verdade, havendo igual domínio funcional do “facto” (suicídio) resta saber se não estará antes em causa uma punibilidade do terceiro por homicídio (eventualmente privilegiado, nos termos do art. 133º do Código Penal)⁷⁵³.

Avançando para o segundo nóculo problemático, estão em causa os casos em que o suicida mantém, desde o acto mortal até ao último momento, a possibilidade de tomar contra-medidas que anulem o acto irreversível. Exemplificando: o suicida pede que lhe seja dada uma injeção e colocado ao lado do antibiótico, sendo que enquanto a injeção não produz totalmente o seu efeito, o suicida tem a possibilidade de tomar o antibiótico que lhe anulará o efeito. A questão que se coloca, então, é a de saber se está em causa o domínio do último acto potencialmente irreversível ou o domínio das possibilidades de salvação⁷⁵⁴. Neste caso, ROXIN argumenta que ainda se tratará de um suicídio, dado que o suicida tem na mão — mesmo depois da injeção — a decisão entre a vida e a morte⁷⁵⁵. Como é evidente, em Portugal o problema não se coloca no sentido de uma alternativa entre punibilidade e não punibilidade do comportamento do terceiro⁷⁵⁶, mas antes no sentido de saber qual o tipo em causa.

⁷⁵² Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 135º (cit.), § 26, p. 85 e s.

⁷⁵³ Solução diferente é aquela adoptada na Alemanha. Devido à inexistência de um preceito idêntico ao art. 135º do Código Penal, considera-se que o terceiro apenas deve ser punido no caso de este ter tido um domínio do facto (ligeiramente) superior àquele do suicida. Veja-se NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 51 e ainda Claus Roxin, “Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme...”(cit.), p. 185. Criticamente, cfr. Urs Kindhäuser, “Acerca de la demarcación del suicidio y el homicidio”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 25 e s., *maxime*, p. 30 e s.

⁷⁵⁴ NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 54.

⁷⁵⁵ Claus Roxin, “Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme...”(cit.), p. 185.

⁷⁵⁶ Razão que leva a que esta posição de Roxin seja vista por alguns autores como alargando demasiado o âmbito da participação em um suicídio, alargando, desse modo, as margens de impunibilidade. Veja-se Rolf Herzberg, “Vorsätzliche und fahrlässige Tötung bei ernstlichem

Em terceiro lugar encontram-se os casos em que estamos perante um duplo suicídio em que existiu uma clara divisão de tarefas e um sobrevivente. Na jurisprudência alemã foi considerado que o sobrevivente deveria ser punido por homicídio a pedido da vítima⁷⁵⁷. Contudo, esta decisão tem sido amplamente criticada, desde logo, porque a vítima mortal deteve a todo o tempo a decisão de se suicidar, ou seja, no caso concreto, de respirar os gases e de não sair do carro⁷⁵⁸. Neste sentido, não deverá o sobrevivente ser responsabilizado — no caso do ordenamento jurídico-penal alemão, *in toto* — por homicídio a pedido da vítima, uma vez que se tratou, isso sim, de uma ajuda a um suicídio⁷⁵⁹.

Ainda de referir são as situações de co-causação (participação) negligente de (em) um suicídio. Estas situações apresentam-se mais problemáticas face ao ordenamento jurídico-penal português. Se é certo que as mesmas são consideradas como não puníveis, de acordo com a maioria da doutrina alemã⁷⁶⁰, o facto é que, atendendo à redacção do art. 135º do Código Penal, também não o poderão ser, uma vez que não é expressamente prevista

Sterbebegehren des Opfers”, *NStZ* 2004, p. 1 e s., p. 7. e também NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 54.

⁷⁵⁷ *BGHSt* 19, p. 135 e s. (BGH 2 StR 181/63, 14.08.1963).

⁷⁵⁸ Este caso — conhecido como o caso “Gisella” — tem sido móbil para muita controvérsia doutrinária. Sumariamente, este é um dos casos em que quase pode dizer-se existir maioria doutrinária contra a decisão do BGH.

⁷⁵⁹ Assim, Claus Roxin, “Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme...”(cit.), p. 178, Kristian Kühl, “Beteiligung an Selbsttötung und verlangte Fremdtötung”, *JURA* 2010, p. 81 e s., p. 83; Friedrich-Christian Schroeder, “Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen”, *ZStW* 106 (1994), p. 565 e s., p. 579. NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 56. Entre nós releva, nesta matéria, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de Agosto de 1992, que, face a um “pacto de suicídio” entre dois jovens amantes, entendeu que apenas poderia estar em causa a aplicação do art. 131º ou do art. 134º do CP e nunca do art. 135º do mesmo Código. Isto também porque, no caso concreto, o jovem apunhalou várias vezes a sua namorada, provocando-lhe a morte, após o que se apunhalou a ele próprio, tendo, todavia, sobrevivido aos ferimentos. Cfr. Acórdão do STJ, de 1 de Agosto de 1992, *BMJ* n.º 413, p. 161 e s.

⁷⁶⁰ Como refere NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 57, esta posição merece o acordo geral, “weil das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit die Strafbarkeit auch wegen fahrlässiger Mitwirkung an einer eigenverantwortlichen Selbstverletzung oder –gefährdung ausschliesst, sofern der andere das Geschehen nicht in höherem Masse beherrscht als das Opfer”.

a punição por negligência (cfr. também art. 13º do Código Penal). Na verdade, “a tese da não punibilidade do auxílio negligente ao suicídio tem como corolário a não punibilidade a participação na auto-colocação em risco”⁷⁶¹.

Finalmente, ainda um breve apontamento quanto às situações de suicídio alargado. Aqui existe nada mais do que um suicídio e um homicídio (tentado). Dito por outras palavras: a vítima que o suicida pretende envolver no acto mortal não toma a decisão livre de tirar a sua própria vida, pelo que nem sequer poderá aqui falar-se de um homicídio a pedido.

⁷⁶¹ Cfr. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 135º (cit.), § 52, p. 96.

Síntese

A sistematização dos crimes contra a vida permite-nos observar que, ainda que a lesão deste bem jurídico não possa ser feita de forma gradativa, o desvalor da lesão apresenta diversos patamares.

Por outro lado, um dos aspectos fundamentais no âmbito da lesão do bem jurídico vida em contexto médico é o dever objectivo de cuidado — que deve estar, sem resto, subjacente à actividade médica — e que, em concreto, se apresenta fulcral quanto à problemática da causalidade.

Procurando analisar as formas de lesão do bem jurídico-penal vida humana, assim como as zonas de fronteira dessa mesma lesão, pudemos observar que, no âmbito da protecção penal da vida existem ainda respostas que não se apresentam de recorte linear.

Desde logo, na questão das formas de lesão, designadamente a lesão por acção e a lesão por omissão, a descontinuidade entre autolesão e heterolesão torna-se apanágio da complexa delimitação entre os artigos 134º e 135º do Código Penal, em particular, no contexto da relação médico-doente.

Por outro lado, orientando a nossa atenção para os limites da lesão, verificamos que as novas realidades permitidas pelos avanços das ciências médicas — de que as realidades do embrião, do Estado Vegetativo Persistente e da morte dissociativa são apanágio — nem sempre recebem da banda do direito penal resposta satisfatória, levando, inclusivamente, levando à necessidade da indagação por um novo bem jurídico corporizado pela ideia de integridade pessoal, por forma a colmatar o que se poderá designar de “lacuna de grau” — ou seja, entre a integridade física e a própria vida —, mas sempre de modo consequente e coerente com o sistema axiológico do Código Penal ínsito no princípio da perequação das molduras penais.

Finalmente, no que toca aos problemas de comparticipação, vimos que os mesmos assumem significado nuclear na análise das fronteiras entre o suicídio e o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio ou o homicídio em autoria mediata, em particular, a partir do referente da doutrina do domínio do facto, bem como as limitações desta doutrina — na vertente de domínio da vontade — na distinção entre suicídio e homicídio a pedido da vítima.

SEGUNDA PARTE

EUTANÁSIA E HOMICÍDIO A PEDIDO
DA VÍTIMA EM CONTEXTO MÉDICO

SEGUNDA PARTE

Eutanásia e homicídio a pedido da vítima em contexto médico

Capítulo IV

Delimitação conceitual

A análise das relações entre a autodeterminação e o auxílio à morte no âmbito do homicídio a pedido da vítima implica um percurso prévio por três problemas autónomos. Por um lado, é necessário o domínio das realidades sobre as quais se discute. Deste modo, não obstante a terminologia aqui utilizada não apresentar correspondência directa com termos jurídico-penais¹, a verdade é que a punibilidade de determinados comportamentos se encontra associada, na doutrina penal, com determinados conceitos². Assim, enquanto que, por um lado, o legislador penal se expressa com termos como “homicídio” e “homicídio a pedido da vítima”, no patamar do auxílio à morte utilizam-se os termos eutanásia passiva, eutanásia activa, eutanásia directa e indirecta [ortotanásia]³ e é em relação a estes termos que se refere a

¹ NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 93.

² Ou seja, podemos encontrar uma opinião maioritária a favor da não punibilidade da eutanásia passiva ou indirecta, apesar de, de facto, a solução da permissibilidade destas realidades ou comportamentos resultar não da sua definição mas antes da sua valoração normativa. Neste sentido, Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie*, Frankfurt: Peter Lang, 2001, [nota 1], p. 19 e Albin Eser, “Erscheinungsformen von Suizid und Euthanasie. Ein Typisierungsversuch”, in: *idem* (Hrg.), *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart: Enke, 1976, p. 4 e s.

³ Interessantes as palavras de Dieter Birnbacher: “die Debatte um die Sterbehilfe verfängt sich immer wieder einem Schwarz-Weiss Denken, das der Vielschichtigkeit der Sache nicht gerecht wird”, in: “Sterbehilfe – eine philosophische Sicht”, Felix Thiele (Hrsg.), *Aktive und Passive*

punibilidade dos comportamentos⁴. Por este motivo a terminologia tem sempre de constituir pano de fundo da problemática ora analisada.

Quando se fala em “eutanásia” são, desde logo, indiciados diversos grupos de casos. Enquanto conceito tem o seu sentido decorrente do seu significado etimológico proveniente do grego — *eu* (bem) + *thanatos* (morte) —, sendo associado com uma morte boa⁵. Nas palavras de ROXIN, “sob eutanásia entende-se uma ajuda, que é prestada a uma pessoa gravemente doente a seu desejo ou, pelo menos, com vista à sua vontade presumível, por forma a possibilitar-lhe uma morte digna de acordo com as suas projecções”⁶. Mas já neste início de esclarecimento surgem diversas ideias: *i*) tem de se tratar

Sterbehilfe. Medizinische, rechtswissenschaftliche und philosophische Aspekte, München: Fink, 2005, p. 31 e s., p. 34.

⁴ O que, em virtude das incertezas remanescentes, também traz consigo insegurança. Daí que Torsten Verrel faça uma apologia por uma nova terminologia: “als Konsequenz aus der festgestellten Verunsicherung über den Umfang erlaubter Sterbehilfe müssen die weiteren Überlegungen zu ihrer gesetzlichen Absicherung auf ein neues begriffliches Fundament gestellt werden. (...) Eine präzisere und trennschärfere Bezeichnung dient nicht nur der Rechtssicherheit, sondern trägt auch zur Versachlichung der Diskussion bei, indem sie deutlicher als bisher macht, worin der Gehalt des in § 216 StGB ausgesprochenen Verbots der Tötung auf Verlangen besteht”, in: *Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag*, München: C.H. Beck, 2006, C 60.

⁵ Esta matéria da significação tem ocupado grandes pensadores. Imprescindível, por exemplo, a leitura d’*A República* de Platão e também o trabalho de Sir Francis Bacon, *Historia Vitae et Mortis* (History of Life and Death), 1623, disponível em <http://www.sirbacon.org/historylifedeath.htm>. De uma óptica etimológica, veja-se ainda o trabalho de Miguel Ángel Núñez Paz, *Homicidio Consentido, Eutanasia y Derecho a Morir con Dignidad*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 31 e s. e, entre nós, António José dos Santos Lopes de Brito/José Manuel Subtil Lopes Rijo, *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal. Direito sobre a Vida ou Direito de Viver?*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 25 e s. e também João Loureiro, “Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida”, *BFD*, Vol. LXXX (2004), p. 137 e s., p. 160 e s.

⁶ Claus Roxin, “Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe”, in: Claus Roxin/Ulrich Schroth (Hrg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl., Stuttgart: Boorberg Verlag, 2010, p. 75 e s., p. 83. Sufragando esta ideia — inclusiva da autonomia — afastamo-nos, assim, da definição de eutanásia proposta por João Loureiro, “Os rostos de Job...” (cit.), p. 165, segundo a qual eutanásia é “o conjunto de acções (eutanásia activa) ou omissões (eutanásia passiva), praticadas por outrem que não o afectado, em regra por profissional(is) de saúde (*maxime*, médicos), visando provocar a morte, a seu pedido ou não, senta esta conduta determinada pelo simples respeito da autonomia ou por, no caso, se verificarem determinadas indicações, tradicionalmente a dor ou o sofrimento, de moribundo ou doente incurável”.

de uma pessoa gravemente doente; *ii*) a pessoa tem de o querer (presumivelmente); *iii*) é uma questão de possibilitar uma “morte digna”⁷. Deste modo, torna-se claro que nem toda a ajuda relativa a um processo de morte deverá corresponder a eutanásia. Por exemplo, como refere ROXIN, uma pessoa que padeça de uma doença mortal há pouco tempo (por exemplo, SIDA, que normalmente permite ainda, no seu estágio inicial, uma vida “saudável” — apesar de (ainda) significar uma doença mortal) não pode “querer” uma “morte digna” através de “ajuda”, dado que ainda não é uma pessoa “gravemente doente”. Neste sentido, e de acordo com ROXIN, o conceito de eutanásia já constitui, em si mesmo, uma delimitação dos casos que podem ser incluídos no seu âmbito de aplicação em termos jurídico-penais⁸.

Deste modo, iremos buscar o sentido dos termos através do seu confronto com realidades que se inscrevem em contexto similar.

IV.1. Aborto e eutanásia precoce

Em um primeiro passo aproximativo podemos compreender o aborto como a “interrupção do processo fisiológico de gestação, mediante a morte ou destruição do feto”⁹. Como já tivemos oportunidade de referir¹⁰, só se considera existir protecção penal da vida humana a partir da nidação. Na verdade, “cientificamente, justifica-se a coincidência da incriminação do

⁷ Mais aprofundadamente sobre os pressupostos da eutanásia, NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m 86 s.

⁸ Apesar de, como Neumann sublinha, o conceito “eutanásia” não ser um conceito jurídico, a verdade é que “aus dessen Anwendbarkeit unmittelbar Konsequenzen hinsichtlich der Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit des fraglichen Verhaltens abgeleitet werden können”, in: NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 93.

⁹ Teresa Quintela de Brito, “O Crime de Aborto”, in: Teresa Quintela de Brito/Paulo Saragoça da Mata/João Curado Neves/Helena Morão, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 423 e s., p. 424.

¹⁰ Cfr. *supra*, Cap. II.2.2.

aborto com o fenómeno da nidação, porque cerca de 50% dos óvulos fecundados não chegam a implantar-se no útero. Portanto, antes desse momento, há uma grande incerteza quanto à progressão normal da gravidez”¹¹. Pelo que, apenas após a implantação do óvulo fecundado no útero materno e a compleição do fenómeno da nidação poderemos falar tanto de vida intra-uterina como de aborto. Da perspectiva dos seus limites máximos, quer isto significar que enquanto não existir uma vida humana autónoma — ou seja, em termos jurídico-penais, o momento do início dos trabalhos de parto¹² — e antes estiver em causa vida intra-uterina nos encontramos, ainda, no patamar do aborto.

Entre nós, a protecção penal da vida intra-uterina encontra-se espelhada nos artigos 140º a 142º do Código Penal, constituindo o art. 140º o tipo base de aborto, o qual pode ter lugar com ou sem o consentimento da mulher grávida, sendo o consentimento elemento negativo do tipo, nos termos do n.º 1 deste artigo. Ainda de referir que o objecto da conduta, para efeitos do crime de aborto é, assim, o feto *i)* vivo; *ii)* implantado no útero materno e *iii)* viável¹³. Temos para nós que a viabilidade se refere à capacidade do feto de nascer vivo (viabilidade intra-uterina), desde logo, pois, a partir do início do acto de nascimento, a viabilidade de se manter vivo fora do útero da

¹¹ Teresa Quintela de Brito, “O crime de aborto” (cit.), p. 426.

¹² Como resulta do art. 136º do Código Penal.

¹³ A questão da viabilidade é controversa, dado que se coloca a questão da exigência da viabilidade intra-uterina (nascer vivo) ou extra-uterina (sobreviver fora do corpo da mãe). A verdade é que a posição aqui seguida acarreta diferentes consequências no patamar da punibilidade. Pois enquanto que “quem sustente que a inviabilidade intra-uterina do feto obsta à existência do objecto da conduta do crime de aborto, só responsabilizará o agente que desconheça tal facto e que aja com dolo de destruição do feto. Imputar-lhe-á uma tentativa impossível de aborto. Já a pessoa conhecedora da inviabilidade intra-uterina do feto que destrói não cometerá, sequer, um facto típico de aborto, de acordo com este sector da doutrina. Pelo contrário, quem entenda que existe o objecto da conduta do crime de aborto, logo que há um feto vivo e implantado no útero materno, atribuirá ao autor um crime de aborto consumado — eventualmente justificado —, mesmo que o feto seja intra-uterinamente inviável”. Cfr. Teresa Quintela de Brito, “O crime de aborto” (cit.), p. 427 e s.

mãe deverá relevar antes para efeitos do crime de homicídio¹⁴. Todavia, deve articular-se a afirmação precedente com o disposto no art. 142º, n.º 1, al. c), do Código Penal, segundo o qual a interrupção da gravidez (efectuada por médico) não é punível quando *houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo*¹⁵. Esta viabilidade refere-se, sobretudo, à inviabilidade extra-uterina, de que constitui exemplo paradigmático o feto anencéfalo¹⁶. Quer isto significar que esta inviabilidade extra-uterina determina que se possa actuar, justificadamente, ainda sobre o feto, ainda sobre a vida intra-uterina.

Ora, se a inviabilidade extra-uterina pode justificar uma intervenção sobre a vida intra-uterina, *quid iuris* quando se verifique aquela inviabilidade durante ou logo após o parto? É aqui que entramos no âmbito da eutanásia precoce, nunca esquecendo, que, de uma óptica jurídico-penal, já nos encontramos no patamar do homicídio¹⁷. Nas palavras de HELENA MONIZ, “o

¹⁴ Como refere Jorge de Figueiredo Dias, “a capacidade de vida autónoma do feto não é pressuposto da qualidade de pessoa para efeito de integração do tipo objectivo de ilícito. Suficiente é que a criança, no referido momento inicial do nascimento, esteja viva”, in: Anotação ao Art. 131º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, § 11, p. 7 e s.

¹⁵ A versão anterior desta mesma alínea, dada pela Lei n.º 90/97, de 30 de Junho, não diverge substancialmente da actual para o que releva para a questão ora sob escrutínio analítico, como se verificará pela transcrição seguinte da referida alínea: *Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de doença grave ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as leges artis, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo.*

¹⁶ O qual, mesmo não tendo encéfalo, tem capacidade fisiológica para nascer vivo.

¹⁷ Efectivamente, ao tratar da eutanásia precoce, não se deve perder o horizonte de pensar que nos encontramos perante uma realidade axiológica diametralmente oposta ou diversa daquela consubstanciada pela eutanásia em adultos. Se assim fosse, entraríamos em uma diferenciação valorativa entre vidas mais e menos dignas, que, como se sabe, é incompatível tanto com o ordenamento constitucional, como com o ordenamento jurídico-penal. A diferenciação que aqui tem lugar é apenas no que respeita à capacidade de autodeterminação do recém-nascido,

problema da eutanásia precoce é o problema da decisão de não prestação de cuidados de saúde em recém-nascidos com graves e incuráveis doenças ou malformações”¹⁸. Aqui trata-se manifestamente de uma decisão *contra vita*, que decorre de uma ponderação entre o interesse de sobrevivência e o interesse de morrer do recém-nascido¹⁹.

Existem dois tipos de malformações graves que colocam a questão do recurso à eutanásia precoce, designadamente, os danos pré-natais graves ou aqueles danos graves ocorridos durante o nascimento e, ainda, os bebés nascidos extremamente prematuros²⁰ ou seja, o campo, por excelência, da neonatologia, onde a fronteira entre a capacidade de viver do recém-nascido e os limites da actuação médica está sempre presente.

Verdadeiramente, o problema da eutanásia precoce apenas se coloca quando as malformações ou danos não sejam detectados a tempo de realizar

ou seja, a sua subjectividade, que é suprida pelos progenitores. Mesmo em relação à actuação do médico, colocam-se questões semelhantes àquelas colocadas pelas outras formas de eutanásia, em termos da sua legitimidade e pressupostos de encurtamento de uma vida humana. A este propósito, Arthur Kaufmann, “Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie”, *JZ* 1982, p. 481 e s., *maxime*, p. 482 e ainda Birgit Schröder, *Das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben. Überlegungen zu Voraussetzungen und Grenzen der Sterbehilfe*, Berlin: Logos, 2003, p. 121 e s.

¹⁸ Helena Moniz, “Eutanásia precoce: dúvidas e interrogações”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma perspectiva integrada*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 343 e s., p. 343. Sobre uma fenomenologia das doenças e malformações possíveis veja-se o trabalho de Reinhard Merkel, *Früheuthanasie. Rechtliche und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin*, Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 20 e s. e, mais recentemente, sintetizando as mesmas em cinco grupos, Michael Benedikt Nagel, *Die ärztliche Behandlung Neugeborener — Früheuthanasie*, Frankfurt: Peter Lang, 2006, p. 92. Com uma definição mais detalhada, cfr. Carmen Requejo Conde, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, Granada: Colmares, 2008, p. 138, para quem “la eutanásia precoz o neonatal es la acción positiva dirigida a producir la muerte del neonato gravemente malformado para eliminar su sufrimiento (*eutanasia precoz activa*), la aplicación de medidas paliativas del dolor pero que como efecto accesorio acortan también su vida o aceleran su muerte (*eutanasia precoz indirecta*), o la renuncia al inicio o a la continuación de un tratamiento que conserva o prolonga su vida o a una operación que necesita para vivir o para seguir viviendo (*eutanasia precoz pasiva*)”.

¹⁹ Cfr., sobre a problemática que daí deriva, Reinhard Merkel, *Früheuthanasie* (cit.), p. 523 e s.

²⁰ Veja-se Carmen Requejo Conde, *Protección penal de la vida humana* (cit.), p. 110.

uma interrupção da gravidez não punível, ou, ainda, quando ocorram durante ou por causa do nascimento (premature). As questões que surgem prendem-se com a justificação da actuação do médico e com a legitimidade decisória dos progenitores²¹, socorrendo-se a maioria da doutrina do estado de necessidade, fazendo-se, assim, uma ponderação de interesses.

Contudo, esta ponderação — diferentemente do que acontece na eutanásia de adultos — não se baseia na vontade do sujeito (recém-nascido) mas antes naquela dos progenitores e/ou do médico assistente²². E, neste ponto, é particularmente importante estar consciente de que os seus interesses podem não coincidir com aqueles do recém-nascido²³. Daí que se torne fulcral a exigência de critérios objectivos que permitam tomar uma decisão verdadeiramente a favor dos interesses do recém-nascido.

Actualmente, os critérios usados para fundamentar o recurso à justificação por estado de necessidade na eutanásia precoce são a impossibilidade, a irrazoabilidade, a inumanidade e a desproporcionalidade²⁴. Se observarmos o que a este propósito se dispõe nas *Alternativ-Entwürfe*²⁵ como proposta de solução, verificamos que tanto uma como outra encaram este problema de forma lateral, estabelecendo apenas que a omissão ou interrupção de medidas de sustentação da vida não é ilícita quando seja

²¹ Para um percurso comparativo entre vários ordenamentos jurídicos, veja-se Carmen Requejo Conde, *Protección penal de la vida humana* (cit.), p. 73 e s., acompanhada também por Helena Moniz, “Eutanásia precoce...” (cit.), p. 349 e s.

²² Sendo que normalmente os trabalhos que se debruçam sobre este tema o fazem mais a partir da perspectiva do médico. Cfr. Michael Benedikt Nagel, *Die ärztliche Behandlung Neugeborener* (cit.), p. 20 e s.

²³ Pode, por exemplo, não integrar o plano de vida dos progenitores ter de cuidar de uma criança com uma malformação, ainda que possam ter capacidade financeira para tanto ou até mesmo a situação inversa. Estes aspectos deverão ser tidos em conta.

²⁴ Assim, Carmen Requejo Conde, *Protección penal de la vida humana* (cit.), p. 115.

²⁵ Jürgen Baumann *et al.*, *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, Stuttgart: Georg Thieme, 1986 (AE-StH) e Heinz Schöch/ Torsten Verrel, “Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB)”, *GA* 2005, p. 553 e s.

tomada por deliberação médica, mantendo-se, desta forma, independente da decisão dos progenitores²⁶.

Temos algumas dúvidas em aplicar analogicamente à eutanásia precoce os critérios para a interrupção da gravidez não punível²⁷, desde logo, pois isso poderia significar uma diminuição das margens de protecção da vida humana (de pessoa nascida), transformando-se, assim, em uma analogia *in malam partem*²⁸. Com efeito, o pano de fundo para a determinação de uma eventual justificação da eutanásia precoce tem sempre de ser o art. 24º da Lei Fundamental e os artigos 131º e seguintes do Código Penal, especialmente pois, como já sublinhámos, não existe aqui uma vontade expressa ou presumida do recém-nascido, pelo que o princípio terá sempre de ser *in dubio pro vita*. De facto, a ausência desta vontade determina que a regra será sempre a do dever de assistência, sendo que apenas em casos muito excepcionais se poderá admitir a respectiva omissão ou interrupção²⁹.

É na aplicação dos critérios acima indicados que poderemos encontrar os fundamentos de tal excepção. Desde logo, quando exista uma impossibilidade fáctica de prolongamento da vida, ou a intervenção médica se torne sem sentido (fútil), ou ainda quando o prolongamento da vida se torne

²⁶ Dispõe o § 214, 1, 2, 2ª parte, da AE-StH, *wer lebenserhaltende Massnahmen abbricht oder unterlässt, handelt nicht rechtswidrig, wenn im Falle eines schwerstgeschädigten Neugeborenen [das Bewusstsein] niemals Erlangen wird*. Ainda que se reconheça que, mesmo no deixar morrer de recém-nascidos gravemente malformados, tanto o médico como o pessoal de saúde ficam “obrigados” a manter os cuidados básicos. Cfr. Baumann *et. al.*, AE-StH (cit.), p. 20. Note-se, ainda, que na AE-StB, o caso da eutanásia precoce nem sequer é abordado.

²⁷ Como parece ser a solução para que se inclina Helena Moniz, “Eutanásia precoce...” (cit.), p. 355 e s.

²⁸ Na verdade, a partir do momento em que se trata de pessoa nascida, beneficia da mesma protecção que qualquer outra vida. A justificação de certos comportamentos decorrente do art. 142º do Código Penal prende-se com outro bem jurídico (vida intra-uterina, onde, como é sabido, também concorrem os interesses da mãe). A protecção penal da vida de um recém-nascido, tal como a de um moribundo, é plena.

²⁹ No mesmo sentido, Birgit Schröder, *Das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben* (cit.), p. 127 e s. e Arthur Kaufmann, “Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie” (cit.), p. 483 e s.

inumano ou atente contra a própria dignidade humana (p. ex., tenha fins experimentais). De outro modo: os critérios encontrados para a justificação da eutanásia deverão, também aqui, considerar-se procedentes, ainda que com uma tónica distintiva — que é a que acaba por tornar específica a problemática da eutanásia precoce —: não pode considerar-se a autodeterminação do “doente”, devendo a análise da situação concreta basear-se em critérios estritamente objectivos³⁰.

Daqui resulta, pois, que sufragamos a posição daqueles que não incluem a vontade dos progenitores como factor decisivo para a conduta a adoptar face a determinado recém-nascido³¹. Ainda que, como é bom de ver, os progenitores não possam ser excluídos da decisão da conduta a adoptar, até porque, se assim fosse, estar-se-ia a conferir ao médico o papel de Deus, ao poder decidir isoladamente sobre a vida ou a morte do recém-nascido³². Não é isso que se pretende. O que queremos significar ao não conferir prevalência decisória à vontade dos progenitores é, justamente, garantir que a ponderação de interesses é feita por ambas as partes³³ e assenta, tanto quanto possível, em critérios objectivos que tenham acima de tudo em conta os interesses do

³⁰ Reinhard Merkel, *Früh euthanasie* (cit.), p. 296 e s., por exemplo, procura elencar algumas medidas terapêuticas desrazoáveis ou sem sentido.

³¹ Com posição diametralmente inversa, defendendo que aos pais caberia decidir sobre a manutenção da vida da criança e, em último caso, se os interesses destes conflituarem com os da criança, deveria ser o próprio Estado a decidir, assumindo a responsabilidade dessa mesma criança, veja-se o polémico trabalho de Helga Kuhse/Peter Singer, *Muss dieses Kind am Leben bleiben? Das Problem schwerstgeschädigter Neugeborener*, Erlangen: Harald, 1993, p. 243 e s., onde se chega mesmo a afirmar, *op. cit.*, p. 25 e s., que em determinadas circunstâncias pode ser eticamente fundado terminar a vida de alguns recém-nascidos com graves malformações (aliás, a frase na versão inglesa torna-se — retirada do contexto — ainda mais chocante: “We think that some infants with severe disabilities should be killed”).

³² O que entraria, desde logo, em absoluto conflito com o princípio do acto médico consentido e violaria a própria *ratio* do art. 156º do Código Penal.

³³ Veja-se Michael Benedikt Nagel, *Die ärztliche Behandlung Neugeborener* (cit.), p. 88 e s., e, em especial, sobre os limites concretos do poder decisório dos progenitores, p. 120 e s.

recém-nascido³⁴. Tal apenas poderá acontecer através de um esclarecimento cabal aos progenitores sobre a indicação de todas e quaisquer medidas por parte do médico.

Ao que acresce que, tendo em conta a inexistência de autodeterminação da vítima, consideramos que a eutanásia precoce directa activa — no sentido de uma acção positiva dirigida à produção da morte do recém-nascido — deverá, como princípio geral, considerar-se punível como crime de homicídio, ainda que possa sê-lo nos termos do art. 133º do Código Penal³⁵, enquanto homicídio privilegiado. Passível de justificação será, apenas, em nosso entender, a eutanásia precoce passiva, quando se verificarem os critérios acima mencionados. E, ainda assim, atenta a multiplicidade de malformações e danos possíveis, cada solução terá, necessariamente, de ser encontrada de forma casuística — por forma a evitar, tanto quanto possível, uma permissão de decisão sobre a vida de um terceiro —, não se podendo pretender — como acontece na eutanásia de adultos³⁶ — encontrar uma solução geral para o problema.

³⁴ Imaginemos que em um determinado caso o prolongamento da vida do recém-nascido se torna inumano, sendo que os progenitores pretendem — sem qualquer fundamento objectivo ou racional, mas estritamente emocional — a continuação de todas as medidas possíveis e imaginárias destinadas a tal prolongamento. Como resulta deste exemplo — de todo em todo possível — não se pode deixar que a (compreensível) emoção dos progenitores prejudique uma tomada de decisão racional que privilegie o bem-estar do recém-nascido.

³⁵ Aqui concordamos apenas parcialmente com Arthur Kaufmann, “Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie” (cit.), p. 483 e com Birgit Schröder, *Das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben* (cit.), p. 130, para quem as motivações do médico seriam sempre irrelevantes.

³⁶ Cfr. Birgit Schröder, *Das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben* (cit.), p. 134 e s.

IV.2. Ajuda ao suicídio e eutanásia passiva

Para podermos delimitar o que seja a ajuda ao suicídio, torna-se necessário, em passo prévio, definir o que deva ser entendido por suicídio.

Difícilmente se poderá encontrar comportamento humano que tenha suscitado tanto debate ideológico como o suicídio. Com efeito, a história da sua compreensão e valoração é longa e controversa³⁷. Em termos jurídico-penais, e fruto desta mesma história, o suicídio foi considerado como crime, ainda que sob a forma de violação de especiais deveres para com a comunidade ou, mais tarde, sob a influência do Cristianismo, como violação do mandamento “não matarás”³⁸. Actualmente, e como já mencionámos em momento anterior, o suicídio não é considerado como facto típico³⁹.

³⁷ Gerhard Simson/Friedrich Geerds, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, München: C.H. Beck, 1969, p. 63 e s. e ainda, de uma perspectiva da ética filosófica, Dieter Birnbacher, “Selbstmord und Selbstmordvorsorge aus ethischer Sicht”, in: Anton Leist, *Um Leben und Tod*, Frankfurt: Suhrkamp, 1990, p. 395 e s. Na verdade, como sublinha este último Autor, a resposta à moralidade do suicídio encontra-se inextricavelmente ligada à visão do Homem no mundo, à existência de Deus e à vinculação que lhe é devida. Questões que, como imediatamente se percebe, foram, são e permanecerão controversas. Contudo, justamente por aqui em causa estar uma análise secular e laica, este debate não será aprofundado. Queremos, neste aspecto, apenas referir que há uma forte influência da religião — sobretudo católica — na regulamentação normativa destes problemas. E um dos pontos onde tal influência mais transparece é na indisponibilidade sobre a própria vida preconizada por esta mesma religião, onde o suicídio — não obstante algumas raras excepções espelhadas na Bíblia, em que existe alguma heroização (Velho Testamento, especialmente [Saúl, Sansão]; e não esqueçamos que, no Novo Testamento, o suicídio de Judas é tido como uma expiação do pecado cometida contra Jesus)— é encarado como um pecado. Mesmo em termos filosóficos, podemos encontrar em Kant ou mesmo em Hegel — enfim, no Idealismo alemão — a concepção do suicídio como uma ofensa às obrigações morais do Homem.

³⁸ Por exemplo, em Roma, apenas era punível quando levada a cabo por soldados. Também sobre a influência do Cristianismo, cfr. Reinhard Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 10. Aufl., Heidelberg: CF Müller, 2009, p. 20 e s. e ainda Gerhard Simson/Friedrich Geerds, *Straftaten* (cit.), p. 64 e s.

³⁹ Todavia, ainda que não seja um acto ilícito, o suicídio também não é um acto lícito, em especial, não existindo um qualquer direito ao suicídio. Razão pela qual, aliás, não pode falar-se em um direito de defesa do suicida em relação a tentativas de impedimento do seu suicídio por parte de terceiros. Neste sentido também Maria Manuela Valadão Silveira, *Sobre o Crime de*

Enquanto indução de uma morte não natural através de uma intervenção consciente do suicida na sua vida⁴⁰ — concepção que permite, desde logo, excluir deste conceito aquelas causas de morte que, não sendo naturais, são, contudo, acidentais⁴¹ —, de uma óptica jurídico-penal, o suicídio implica o domínio do facto do suicida.

Quer isto significar que a “ajuda” ao suicida apenas pode existir quando seja o próprio suicida a decidir do “se”, do “quando” e do “como”. Aquele que ajuda apenas participa da decisão no sentido restrito de possibilitar a execução da mesma nos termos decididos pelo suicida. Dito de outro modo: se *A* decide suicidar-se em casa, com sobredosagem de comprimidos, a ajuda de *B* não poderá ultrapassar esta decisão, ou seja, *B* não deverá intervir no sentido de *A* se suicidar em outro local ou com outro meio e, muito menos, apoiar-se na decisão de *A* para lhe dar um tiro (uma vez que *A* já tinha tomado a decisão firme de morrer). A ajuda ao suicídio é, assim, uma colocação de meios à disposição do suicida para que ele possa levar a cabo o acto final. A ajuda apenas pode existir a um acto completamente livre⁴². Daí que a impunibilidade de uma participação em um suicídio levante, desde logo, dois principais nódulos problemáticos no ordenamento jurídico-penal alemão

Incitamento ou Ajuda ao Suicídio, 2ª ed., Lisboa: AAFDL, 1997, p. 66 e s. e Maria Fernanda Palma, *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 1990, p. 557 e s. É certo que os restantes direitos do suicida se mantêm intactos, pelo que, se o terceiro utilizar expedientes que ofendam outros bens de forma não adequada, terá de aceitar a legítima defesa do suicida quanto a estes mesmos bens (p. ex., a integridade física ou a liberdade). Como salienta Fernanda Palma, *op. cit.*, p. 558, o suicida apenas se poderá defender “se, naturalmente, a intervenção do agente ultrapassar os limites precedentemente mencionados, isto é, se a tentativa de evitar o suicídio (...) igualar ou superar, na sua eficácia, a intensidade de uma ofensa corporal perigosa ou com dolo de perigo”.

⁴⁰ Veja-se ainda a circunstâncias que têm de ser atendidas quando se fala em suicídio face ao art. 135º do Código Penal em Maria Manuela Valadão Silveira, *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio* (cit.), p. 21 e s.

⁴¹ Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 20.

⁴² Mesmo no caso do direito alemão, a não punibilidade do comportamento do ajudante é excluída quando já não se possa falar de uma *Freitod*. Assim, Reinhard Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, *Strafrecht. BT* (cit.), p. 21

— que, como vimos em momento anterior, não pune a ajuda ao suicídio pro do princípio da acessoriedade — intensamente debatidos, ou seja: *i*) quais os pressupostos de um suicídio livre e *ii*) quais os fundamentos da distinção entre a participação em um suicídio e o homicídio a pedido da vítima⁴³.

Entre nós, e face à existência do crime previsto no art. 135º do Código Penal⁴⁴, em termos típicos, a conduta pode realizar-se também sob a forma de incitamento (*quem incitar outra pessoa a suicidar-se*). Todavia, temos as maiores dificuldades em conseguir integrar este modelo de conduta para a realização do facto. Com efeito, como referido no Capítulo anterior, a punição da ajuda ao suicídio não significa senão a elevação da participação a autoria. De modo muito sucinto, a ajuda e o incitamento correspondem, para efeitos da participação, respectivamente ao auxílio e à instigação. Todavia, a instigação significa, por definição, uma influência na vontade do agente, *in casu*, do suicida. Ora, se um suicídio, para que seja livre, implica tanto o domínio do facto como o domínio da vontade⁴⁵, vemos com muita apreensão que o incitamento (na formulação do tipo português) possa, ainda, configurar uma “ajuda”. É certo que para a doutrina que entende — como, entre nós, VALADÃO E SILVEIRA — que o requisito da “livre responsabilidade” não é elemento essencial do conceito de suicídio⁴⁶, não se pode, conseqüentemente, falar em um verdadeiro domínio da vontade, pelo que a admissão da “instigação e o estímulo” como formas de incitamento não levanta particulares problemas⁴⁷. Não obstante, temos para nós que a questão tem de ser interpretada com alguma precaução.

⁴³ Cfr. NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 47 s.; Claus Roxin, “Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe” (cit.), p. 104 e s.

⁴⁴ Sobre os antecedentes e a evolução do art. 135º do Código Penal veja-se Maria Manuela Valadão Silveira, *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio* (cit.), p. 85 e s.

⁴⁵ Pensamos ser aqui que reside o *punctum crucis* para a baixa moldura penal do tipo.

⁴⁶ Maria Manuela Valadão Silveira, *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio* (cit.), p. 21.

⁴⁷ Maria Manuela Valadão Silveira, *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio* (cit.), p. 90 e s.

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 26º do Código Penal, é punido como autor *quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto*. Para FIGUEIREDO DIAS, instigador, no sentido do referido art. 26º é “unicamente quem produz ou cria de forma cabal (...) no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito-típico; se necessário inculcando-lhe a ideia, revelando-lhe a sua possibilidade, as suas vantagens ou o seu interesse, ou aproveitando a sua plena disponibilidade e acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de decisão definitiva pelo executor”⁴⁸. Desta realidade deve ainda distinguir-se aquela em que alguém — ao incentivar, aconselhar, sugerir, reforçar o propósito — influencia a motivação daquele que actua, sem, contudo, verdadeiramente o determinar⁴⁹. Serão estes últimos comportamentos que se situam no plano da cumplicidade, nos termos do art. 27º, n.º 1, do Código Penal e já não no plano da autoria⁵⁰. A instigação, para efeito de autoria, implica, assim, o domínio da decisão⁵¹. Ora, mesmo quando não exista este domínio da decisão — e, portanto, nos situarmos no patamar da cumplicidade — será que se poderá falar ainda de uma decisão perfeitamente livre por parte do suicida⁵²? Haverá, aqui, ainda um verdadeiro domínio da vontade por parte do suicida de modo a que possa existir uma *Freitod*? Como é bom de ver, todos os casos em que a instigação configure uma situação de autoria, já não

⁴⁸ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 799.

⁴⁹ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 800.

⁵⁰ Jorge de Figueiredo Dias sugere, para a distinção entre ambas as formas, a utilização dos termos “instigação” e “indução”, este último, quando estejamos perante uma situação de cumplicidade. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 801.

⁵¹ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 800.

⁵² Repare-se que não estamos aqui a referir-nos a situações de autoria mediata, em que, seguindo-se o princípio da auto-responsabilidade, o agente (instrumento) não executa o facto a título de dolo. Nos casos em apreço, o agente, quando executa o facto — *in casu*, seria o suicídio — com dolo e não enquanto mero instrumento de um “homem-de-trás”. Sobre este princípio veja-se Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (trad. J. Cuello Contreras/J.L. González de Murillo), 7ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 269 e s.

estaremos face a um suicídio, mas antes perante um caso de homicídio. Pois, desde logo, se exclui o domínio da vontade do suicida em virtude de tal instigação configurar — através do próprio do domínio da decisão⁵³ — a inexistência de uma vontade livre do suicida⁵⁴. Agora, nas situações em que a instigação seja uma indução — consequentemente, cumplicidade e não autoria — a realidade é que pode, de facto, existir uma vontade livre previamente formada do suicida. Vontade essa que apenas é “suportada” pelo indutor. Não obstante, se a indução é influência, ainda que sem determinação, teremos de ser cautelosos na imediata ordenação de toda e qualquer situação de indução como incitamento ao suicídio. E cautelosos, dado que apenas uma análise da situação concreta poderá permitir aferir da existência ou não de uma influência superior àquela que ainda permite falar de uma decisão livre. Basta imaginarmos que o suicida se pode encontrar com vontade de levar a cabo tal acto e — por se encontrar em situação porventura psicologicamente vulnerável — o reforço do seu propósito ou o incentivo por parte do indutor serem fundamentais para que o suicida tome a decisão em pleno. Repetimos a pergunta: haverá aqui uma decisão livre? Julgamos que, na constelação típica do incitamento ao suicídio, se deverá ter uma interpretação restritiva da mesmo. Quer isto dizer que, nesta linha de compreensão, o incitamento — enquanto indução — apenas pode ser visto enquanto “apoio moral” e não enquanto qualquer espécie de influência — mesmo que não seja a influência que determine em absoluto a vontade do suicida — na decisão do suicida. Este modo de compreender as coisas não implica qualquer

⁵³ Daí termos algumas dificuldades em aceitar a posição de Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 56 e s., § 27, p. 86, quando afirma que o incitamento “significa *determinar outrem à prática do suicídio*. A conduta do agente tem de desencadear um processo *causal*, sob a forma de *influência psíquica* sobre a vítima, despertando nela a decisão de pôr termo à vida” (itálicos do Autor), dado que a decisão já tem de existir na vítima: se assim não é, as fronteiras de delimitação com o homicídio em autoria mediata esbatem-se, ainda que possa existir o domínio do facto que determina a ofensa ao bem jurídico (a morte).

⁵⁴ Podendo mesmo configurar-se um homicídio em autoria mediata.

paternalismo. Implica apenas que o valor da autodeterminação deve ser salvaguardado e garantido pelo direito penal. A vontade do suicida tem, conseqüentemente, de ser também expressão dessa autodeterminação, traduzindo-se em uma decisão livre de pôr fim à própria vida.

Feita a fronteira positiva das realidades que se enquadram sob o conceito de ajuda ao suicídio, é agora tempo de nos determos, mais prolongadamente, sobre as situações que devem ser integradas no conceito de eutanásia passiva.

O conceito “eutanásia passiva” deverá significar, em termos sintéticos, a renúncia a medidas de prolongamento da vida⁵⁵. E dizemos deverá, dado que ao mesmo acrescem pressupostos e afeições. Por um lado, para alguns autores, ao adjectivo “passiva” deveria sempre corresponder a uma omissão⁵⁶. Ou seja, quando o garante não continue com as medidas de prolongamento da vida ou as interrompa (p. ex., interrompa a ventilação artificial), já não se poderia falar em eutanásia passiva⁵⁷. Daí poder aqui falar-

⁵⁵ Ou, em formulação mais tradicional, aqui, de Helena Morão, a “omissão médica de meios idóneos para manter ou alongar a vida de um paciente, cujo fim está a chegar, daí resultando a sua morte antecipada”, in: “Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. Resposta jurídico-penal a uma colisão de valores constitucionais”, *RPCC*, Ano 16 (2006), p. 35 e s., p. 36. Entende João Loureiro que a classificação de eutanásia passiva para estes casos é “desadequada”, dado que esta renúncia “corresponde a um legítimo exercício de direitos fundamentais” e que, verdadeiramente, eutanásia “passiva” será o caso de omissão de cuidados devidos sem que o paciente a eles renuncie, in: “Os rostos de Job...”, p. 162 e s. Não obstante, precisamente porque — como o próprio Autor reconhece, à medicalização da eutanásia acresce o ênfase na autonomia do paciente (p. 160 e s.) — o pedido, ou melhor, a renúncia é a manifestação de autodeterminação do doente e esta autonomia é integrante do conceito de eutanásia aqui por nós sufragado. Sem que, com isso, se tenha de cair em uma radicalização do autonomismo (p. 168). Cfr. também Luísa Neto, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 781.

⁵⁶ Elena Fischer, *Recht auf Sterben?! Ein Beitrag zur Reformdiskussion der Sterbehilfe in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach der Übertragbarkeit des Holländischen Modells der Sterbehilfe in das deutsche Recht*, Frankfurt: Peter Lang, 2004, p. 10.

⁵⁷ Entendimento este que veio recentemente a ser posto de parte por uma decisão tornada célebre do BGH (Caso Fulda) de 2010. Prescindindo da distinção entre omissão e acção nestes casos, a decisão refere-se, fundamentalmente, à interrupção de um tratamento justificado

se de uma zona “cinzenta”⁵⁸. Razão, aliás, pela qual este conceito é por vezes designado “dúbio”⁵⁹, existindo, ademais, propostas no sentido da sua substituição⁶⁰. Para além disso, uma vez que actuar é comumente associado com punibilidade⁶¹, derivam daqui, por parte dos médicos, abstenções

(*gerechtfertigten Behandlungsabbruch*) — pela vontade do doente — como nova figura jurídica. Cfr. *NStZ* 2010 (BGH 2 StR 454/09, 25.06.2010), p. 630 e s. Entendimento este que veio a ser seguido em decisão posterior (BGH 2 StR 320/10, 10.11.2010), acentuando o ponto de referência da vontade do doente. Sobre a primeira decisão, Torsten Verrel, “Ein Grundsatzurteil? — Jedenfalls bitter nötig! Besprechung der Sterbehilfeentscheidung des BGH vom 25.6.2010 — 2 StR 454/09 (Fall Fulda)”, *NStZ* 2010, p. 671 e s.; Henning Rosenau, “Die Neuausrichtung der passiven Sterbehilfe. Der Fall *Putz* im Urteil des BGH vom 25.6.2010 — 2 StR 454/09”, in: Klaus Bernsmann/Thomas Fischer (Hrg.), *Festschrift für Ruth Kissling-van-Saan zum 65. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 2011, p. 547 e s. e, quanto à segunda, do primeiro Autor, “Sterbehilfe bei Patientenverfügung”, *NStZ* 2011, p. 274 e s.

⁵⁸ Elena Fischer, *Recht auf Sterben?!* (cit.), p. 81. A Autora refere ainda, *op. cit.*, p. 86, que “die unterschiedliche Bewertung von aktiver und passiver Sterbehilfe an der Abgrenzung der strafrechtlichen Kategorien von Tun und Unterlassen orientiert”.

⁵⁹ NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 100. O próprio refere “dúbio” porque também não se trata de uma ajuda para morrer.

⁶⁰ P. ex., Ulfrid Neumann (NK-StGB, Vor §211, n.º m. 100) propõe simplesmente “Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen”, enquanto que Heinz Schöch/Torsten Verrel o fazem através de “Abbruch oder Unterlassung lebenserhaltender Maßnahmen”, *AE-StB* (cit.), p. 560. Com a formulação do BGH no caso Fulda, seria antes um “gerechtfertigten Behandlungsabbruch”, prescindindo-se assim de qualquer referência a “activo” ou “passivo”, desde logo, evitando-se confusões desnecessárias no patamar da acção/omissão e abdicando-se, consequentemente, de figuras como a acção através de omissão. Cfr. Henning Rosenau, “Die Neuausrichtung der passiven Sterbehilfe” (cit.), p. 562.

⁶¹ O que também esclarece o significado filosófico da eutanásia passiva enquanto “deixar morrer”. Cfr. Gunnar Duttge, “Der Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB) 2005. Ziel erreicht oder blosse Etappe auf dem langen Weg zu einer Gesamtregelung?”, *GA* 2006, p. 573 e s., p. 575. Não obstante, pode discutir-se se tanto a eutanásia passiva como a eutanásia activa não são condição de morte do paciente. Assim, Dieter Birnbacher, “Ist die Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe ethisch bedeutsam?”, in: Hans Henning Atrott/Hermann Pohlmeier (Hrsg.), *Sterbehilfe in der gegenwart*, Regensburg: Roderer Verlag, 1990, p. 25 e s., p. 29 e s. Ou mesmo da existência de diferenciação ético-moral — senão mesmo uma maior reprovabilidade de eutanásia passiva — entre as realidades de eutanásia activa e passiva em determinados casos, como salienta James Rachels, “Aktive und passive Sterbehilfe”, in: Hans-Martin Sass (Hrg.), *Medizin und Ethik*, Ed. Rev., Stuttgart: Reclam, 1999, p. 254 e s., *maxime*, p. 259 e s. Divergente quanto à consequentialidade, Tom L. Beauchamp, “Antwort auf Rachels zum Thema Euthanasie”, in: Hans-Martin Sass (Hrg.), *Medizin und Ethik*, Ed. Rev., Stuttgart: Reclam, 1999, p. 265 e s.

desnecessárias⁶². No entanto, acompanhando CONCEIÇÃO CUNHA, “se compararmos o acto de desligar a máquina com o de injectar uma substância letal no doente, inclinar-nos-emos para considerar aquele comportamento como omissivo — não continuação de um tratamento, deixando que o doente morra (*morte natural*), ao invés de dar início a um novo processo causal (indução de substância letal) (...). No mesmo sentido se diria que a actividade fenotípica (acto de desligar) seria considerada social e normativamente uma omissão, podendo ainda invocar-se a necessidade de *consentimento (ao menos presumido) do doente*, quer para iniciar, quer para continuar um tratamento deste tipo”⁶³.

Por outro lado, existe ainda a questão de saber se esta não tomada ou interrupção de medidas de prolongamento ou de sustentação da vida carecem do consentimento do doente. HARRO OTTO escreve, neste contexto, que a problemática da eutanásia passiva coloca duas questões: o reconhecimento do direito de autodeterminação do paciente e a fronteira das intervenções médico-cirúrgicas⁶⁴. Dito de outro modo, podemos-nos perguntar se o deixar morrer se encontra presente sempre que exista uma renúncia a medidas de prolongamento da vida, independentemente de ter existido o acordo do paciente. GIESEN indicia que, face aos limitados recursos do sistema de saúde,

⁶² Schöch/Verrel, *GA* 2005, p. 560. Que, com a recente decisão no caso Fulda, se espera que não continuem a subsistir de forma tão manifesta. Assim também Henning Rosenau, “Die Neuausrichtung der passiven Sterbehilfe” (cit.), p. 562.

⁶³ Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Vida contra Vida. Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 746 e s. e também Helena Morão, “Eutanásia passiva...” (cit.), p. 38, aliás, na esteira de Roxin. Jorge de Figueiredo Dias, por seu turno, entende que, no âmbito da eutanásia passiva, não existe “razão bastante para distinguir entre o não início da intervenção (que seria em princípio lícito) e a sua interrupção (que seria em princípio punível), relativamente a uma e a outra situação devendo atribuir-se o mesmo valor à vontade real ou presumida do paciente”, in: “A «ajuda à morte»: uma consideração jurídico-penal”, *RLJ*, Ano 137, n.º 3949 (2008), p. 202 e s., p. 207. Aliás, no sentido do que é defendido no recente Caso Fulda, *supra* citado.

⁶⁴ Harro Otto, *Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung. Gutachten D zum 56. Deutschen Juristentag*, München: C.H.Beck, 1986, D30.

o médico deveria renunciar a estas medidas quando a terapia já não tenha qualquer sentido médico, mesmo com oposição do paciente⁶⁵. Enquanto que SALIGER, crítico relativamente ao conceito “eutanásia passiva”, refere que o mesmo sempre significaria a não tomada ou a interrupção de medidas de prolongamento da vida, e não a aplicação desumana de qualquer tratamento⁶⁶. Assim, em síntese, quase pareceria que a eutanásia passiva não exigiria o consentimento do doente. Contudo, no caso da manifestação da vontade contrária por parte do paciente em relação a uma destas medidas, o médico actuará ilicitamente se levar a cabo estas medidas⁶⁷, uma vez que o consentimento do paciente — *rectius*, a autodeterminação do doente — é parte integrante do próprio conceito de eutanásia, logo, também do conceito de eutanásia passiva. Em termos sintéticos dir-se-á que importa distinguir entre obstinação ou futilidade terapêutica⁶⁸ e eutanásia passiva⁶⁹. Esta prende-se sempre com a autodeterminação do paciente e correlativa manifestação de vontade quanto a medidas de prolongamento ou sustentação da vida.

⁶⁵ Dieter Giesen, “Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens”, *JZ* 1990, p. 929 e s., s. 941.

⁶⁶ Frank Saliger, “Sterbehilfe mit staatlicher Genehmigung – OLG Frankfurt am Main, NJW 1998, 2747”, *JuS* 1999, p. 16 e s., p. 16.

⁶⁷ Coincidente, NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 100.

⁶⁸ Sobre estes conceitos, entre nós, Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), p. 13 e s.; *idem*, “O problema da ortotanásia: Introdução à sua consideração jurídica”, in: M. Silva Araújo *et. al.*, *As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de morte; Aspectos médicos, teleológico-morais e jurídicos*, Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1973, p. 28 e s., p. 30 e s. e João Loureiro, “Os rostos de Job...” (cit.), p. 159. Também Lopes de Brito/Lopes Rijo fazem referência à futilidade terapêutica, ainda que defendam que as acções que visem o cuidado do paciente nunca são fúteis. Cabe perguntar se uma acção que tenha poucas probabilidades de qualquer benefício terapêutico e que possa prolongar o sofrimento do doente — em seu benefício — não será fútil. Cfr. Lopes de Brito/Lopes Rijo, *Estudo Jurídico da Eutanásia* (cit.), p. 33 e s. Cfr. ainda Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Vida contra Vida* (cit.), [nota 657], p. 261 e [nota 2074], p. 954.

⁶⁹ Daí que, nos casos em que não existam hipóteses de sobrevivência para o doente se possa presumir uma vontade do doente de rejeição de ligação a uma máquina. Cfr. Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Vida contra Vida* (cit.), [nota 658], p. 262.

Por último, discute-se ainda em que medida a proximidade da morte deve ser compreendida como pressuposto da eutanásia passiva. Este problema é particularmente importante para a diferenciação entre eutanásia passiva e ajuda ao suicídio. Como esclarecem SCHÖCH/VERREL, após a jurisprudência penal ter limitado a admissibilidade da eutanásia passiva apenas ao estágio final de uma doença irreversivelmente mortal, o BGH, no caso Kempten, considerou, excepcionalmente, possível uma (presumivelmente) desejada interrupção de tratamento de um paciente incurável ainda antes do início do processo de morte⁷⁰. Entendimento este que veio a reiterar no recente caso Fulda, ou seja, não exigir que as situações de interrupção de medidas de sustentação da vida se refiram a doenças irreversivelmente mortais ou mesmo que se tenha já iniciado o processo de morte⁷¹. E aqui pode residir o *punctum crucis* para a escolha entre medidas de prolongamento da vida ou medidas de sustentação da vida na descrição do conceito da eutanásia passiva. Em ambas as *Alternativ-Entwürfe*⁷² a eutanásia passiva é substituída por medidas de sustentação da vida, apesar de NEUMANN propor a substituição por “renúncia a medidas de prolongamento da vida”. Do ponto de vista da vontade do doente, fará mais sentido não restringir a eutanásia passiva ao início do processo de morte. A razão para tanto reside no reconhecimento do direito de autodeterminação do doente. Por outras palavras: na maioria dos casos do estágio final de uma doença mortal, entramos já no âmbito do dever de curar do médico: quando já estiver em causa uma medida sem indicação terapêutica (invasiva, desumana, desproporcional). Deste modo, para que a eutanásia passiva não se limite apenas a uma questão de indicação terapêutica, deverá a mesma significar a renúncia a medidas de sustentação da vida ou a

⁷⁰ Schöch/Verrel, *GA* 2005, p. 562 und *BGHSt* 40, p. 257 e s. (BGH 1 StR 357/94, 13.09.1994).

⁷¹ Cfr. Torsten Verrel, “Ein Grundsatzurteil? — Jedenfalls bitter nötig!” (cit.), p. 673.

⁷² Baumann *et. al.*, *AE-StH* (cit.), p. 11 e Heinz Schöch/Torsten Verrel, *AE-StB* (cit.), p. 584.

interrupção do respectivo tratamento⁷³. Sabemos que de acordo com a maioria da dogmática jurídico-penal portuguesa o conceito de eutanásia passiva usa ter um significado mais restrito, ou seja, é tida como a renúncia a medidas de sustentação da vida ou de prolongamento da vida de moribundos⁷⁴, incluindo, assim, na sua definição a entrada do processo de morte ou, de outro modo, a proximidade do momento da morte. Todavia, pelas razões acima apontadas, julgamos que o mesmo não deverá incluir a limitação da entrada do processo de morte, por a mesma vir, afinal, a significar um encurtamento do direito de autodeterminação do doente.

De qualquer modo, a questão que se coloca é a da exclusão da eutanásia passiva do âmbito de aplicação do art. 135º do Código Penal⁷⁵. Aliás, como refere CONCEIÇÃO CUNHA, “a não ligação à máquina de reanimação, assim como a não concessão (ministração) de outro tipo de tratamentos, constituirá (em princípio) uma *omissão médica*. cremos porém que, sendo essa a vontade do doente (expressa ou presumida), o médico não deverá mesmo intervir, sob pena de preenchimento do tipo de ilícito de «tratamentos médicos arbitrários»”⁷⁶. Por outras palavras, pressupondo-se, na conceitualização aqui proposta, a vontade do paciente nos casos de eutanásia,

⁷³ Horst Dreier, “Grenzen des Tötungsverbotes – Teil 1”, *JZ* 2007, p. 261 e s., p. 321.

⁷⁴ Teresa Quintela de Brito, “Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?”, in: *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Casos, Estudos* (cit.), p. 53; Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), § 23, p. 13, ainda que, em trabalho mais recente, este mesmo Autor não o afirme de forma expressa, apenas o exigindo para os casos em que o doente não se encontra em condições de manifestar a sua vontade, in: “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 207 e s., *maxime*, p. 209.

⁷⁵ Como refere Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe”, in: Wilfried Küper, *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p. 597 e s., p. 619, a propósito de uma futura criminalização da ajuda ao suicídio no ordenamento jurídico-penal alemão, “[b]ei einer künftigen teilweisen Pönalisierung der Teilnahme am Selbstmord wäre dann gesetzgeberisch Vorsorge zu treffen, dass Fälle, in denen es um Sterbehilfe geht, nicht in die Erweiterung der Strafbarkeit einbezogen werden”.

⁷⁶ Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Vida contra Vida* (cit.), [nota 658], p. 262 (itálicos da Autora).

estes casos de omissão — e mesmo os de interrupção⁷⁷ — seriam sempre afastados do âmbito de aplicação do art. 135º do Código Penal.

No que tange a ligação entre a eutanásia passiva e o art. 134º do CP, tratar-se-ia de colocar a questão de saber se o homicídio a pedido da vítima poderia ser cometido por omissão. A resposta aqui passará por saber se, face à oposição ou à recusa do doente — *rectius*, a manifestação da sua vontade —, cessa ou não o dever de garante do médico. Entre nós, a doutrina maioritária responde afirmativamente⁷⁸, na linha, aliás, da doutrina maioritária germânica, que entende existir uma prevalência da vontade do doente como consequência do princípio de autonomia⁷⁹. Mais: entre nós, o médico que prosseguir com tais medidas de prolongamento ou sustentação da vida contra a vontade do paciente preencherá o tipo de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, nos termos do art. 156º do CP⁸⁰. Pelo que não deve incluir-se a eutanásia passiva no núcleo problemático próprio do art. 134º do CP, rejeitando-se aqui, em consonância com a doutrina maioritária, um homicídio a pedido da vítima por omissão.

Isto porque, para mais, na conceitualização por nós adoptada, a expressão eutanásia passiva encerra em si o consentimento, não se colocando a questão de existência ou não deste. Em suma, esta forma de eutanásia, sendo atípica, é lícita e, portanto, admissível no ordenamento jurídico-penal português.

⁷⁷ Cfr. também Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), § 23, p. 13.

⁷⁸ Jorge de Figueiredo Dias, “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 207 e s.; Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), §§ 30 e 31, p. 68 e também em *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 440 e s.; contra, Helena Morão, “Eutanásia passiva...” (cit.), p. 54 e s., ainda que reconheça a prevalência da autonomia do paciente; Teresa Quintela de Brito, “Crimes contra a vida...” (cit.), p. 62.

⁷⁹ Por todos NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 103 e s.; S/S/Eser, Vorbem §§ 21 ff., n.º m. 27 e s. e, por último Hans-Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe...” (cit.), p. 600 e s.

⁸⁰ Assim também, Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), § 24, p. 13; Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 156º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal* (cit.), § 22 e s., p. 385 e s.

IV.3. Homicídio a pedido da vítima e eutanásia activa

Diferentemente da eutanásia passiva, a eutanásia activa pressupõe uma influência no processo da doença⁸¹. Por outras palavras, a eutanásia activa abarca o encurtamento da vida desvanescente através de uma influência — para lá da eutanásia passiva — no processo de doença⁸². No âmbito da eutanásia activa pode distinguir-se entre eutanásia directa e indirecta. A eutanásia activa — mais do que a passiva — coloca a difícil questão da fronteira entre o homicídio e o auxílio a morrer. A pergunta que fica em aberto é a de saber se, sendo a eutanásia indirecta — de um ponto de vista jurídico-penal — considerada pelo menos como não punível, poderemos distinguir, tomando como referência o princípio da autodeterminação, entre eutanásia directa e indirecta.

a. Eutanásia activa directa

De acordo com a doutrina maioritária, a eutanásia activa directa — ou, em uma outra expressão, eutanásia em sentido estrito⁸³ — é sempre punível. Fundamentalmente, a eutanásia activa directa corresponde ao homicídio a pedido da vítima no sentido do art. 134º do Código Penal⁸⁴. Neste caso, o resultado morte é sempre intencionado, independentemente de se encontrar em uma relação com a terapia para as dores ou não. Decisivo aqui é a intenção de provocação da morte⁸⁵. Existem autores que apresentam como uma possibilidade de eutanásia activa directa um caso em que o doente não

⁸¹ Elena Fischer, *Recht auf Sterben?!* (cit.), p. 6.

⁸² Harro Otto, *Gutachten D* (cit.), D 30.

⁸³ Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 609.

⁸⁴ Ainda que o homicídio a pedido da vítima contemple outras situações para lá da eutanásia activa directa, em particular, casos situados fora da relação médico-paciente. Ou seja, ainda que se possa considerar existir uma correspondência, não há uma identificação plena.

⁸⁵ Dieter Giesen, “Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens” (cit.), p. 933.

tenha dado o seu consentimento na provocação da morte⁸⁶, porque não quer (eutanásia directa involuntária) ou porque não compreende o alcance da conduta (eutanásia activa não voluntária)⁸⁷. Qualquer uma destas condutas seriam puníveis nos termos dos artigos 131º, 132º ou 133º do Código Penal⁸⁸. Além de que, se olharmos mais de perto os requisitos da eutanásia, verificamos que existe aqui uma contradição, uma vez que a eutanásia pressupõe e exige sempre o consentimento do paciente⁸⁹. Pelo que, qualquer medida no âmbito da eutanásia terá de corresponder à vontade expressa, ou, no caso de pessoas incapazes de a expressar — para aqueles que admitam a eutanásia activa directa quanto a incapazes, linha que não sufragamos —, à vontade presumida do doente⁹⁰. Para além disso, este requisito tem a relevância central de dar corpo ao direito à autodeterminação do paciente quanto à decisão sobre a vida e a morte⁹¹. Por estes motivos, entendemos que qualquer um destes casos não deve ser incluído sob o conceito de eutanásia activa.

⁸⁶ Cfr. Elena Fischer, *Recht auf Sterben?! (cit.)*, p. 8 e Dieter Giesen, “Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens” (cit.), p. 933.

⁸⁷ Dieter Giesen, “Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens” (cit.), p. 933. João Loureiro classifica de modo ligeiramente diferente: para este Autor, deve distinguir-se entre eutanásia avoluntária para os casos em que “não há sequer o substrato de vontade capaz de escolher entre a vida e a morte, e eutanásia involuntária *stricto sensu* em relação à qual não há pedido”, in: “Os rostos de Job...” (cit.), p. 161.

⁸⁸ A este propósito, João Loureiro pendente para uma punição nos termos do art. 133º do CP. Cfr. João Loureiro, “Os rostos de Job...” (cit.), p. 181. Veja-se ainda Elena Fischer, *Recht auf Sterben?! (cit.)*, p. 8 s.

⁸⁹ Ainda que admitindo como “muito raros”, Peter Singer salienta a estranheza desta constelação. Nas palavras do próprio, “[k]illing someone who has not consented to being killed can properly be regarded as euthanasia only when the motive for killing is the desire to prevent unbearable suffering on the part of the person killed. It is, of course, odd that anyone acting from this motive should disregard the wishes of the person for whose sake the action is done. Genuine cases of involuntary euthanasia appear to be very rare”, in: *Practical Ethics*, 3rd. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 158.

⁹⁰ NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 87.

⁹¹ NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 87.

Nestes termos, a eutanásia activa directa significa o acto de provocar a morte a alguém gravemente doente que para tanto deu o seu consentimento (presumido), por forma a evitar mais dores e sofrimento⁹². Formulado de outro modo, é o encurtamento da vida de um doente que tal consentiu e pediu, através de uma conduta activa⁹³.

b. Eutanásia activa indirecta

A diferença entre eutanásia activa directa e eutanásia activa indirecta^{94 95} reside na intenção de encurtamento da vida⁹⁶. Trata-se de uma “intervenção activa no decurso da doença”⁹⁷, com a particularidade de haver intenção de dar ao paciente a medicação contra as dores solicitada, mesmo que esta possa

⁹² Axel Thias, *Möglichkeiten und Grenzen eines Selbstbestimmten Sterbens durch Einschränkung und Abbruch medizinischer Behandlung*, Frankfurt: Peter Lang, 2004, p. 46; Dieter Giesen, “Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens” (cit.), p. 933.

⁹³ Cfr. José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal”, in: *idem, Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 133; Teresa Quintela de Brito, “Eutanásia activa directa...” (cit.), p. 69.

⁹⁴ Comumente designada também de ortotanásia. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, “Ortotanásia...” (cit.), p. ...; *idem*, Anotação ao Art. 131º (cit.), § 26, p. 14; Teresa Quintela de Brito, “Crimes contra a vida...” (cit.), p. 49.

⁹⁵ Sendo que, por vezes, esta última é tratada não como variante da eutanásia activa, mas quase como um *tercium genus*, em virtude de usualmente ser associada, em termos éticos, uma maior reprovabilidade ao comportamento activo. Assim também Dieter Birnbacher, “Ist die Unterscheidung...” (cit.), p. 26.

⁹⁶ Afastamo-nos neste ponto de Lopes de Brito/Lopes Rijo, que não consideram eutanásia activa indirecta como verdadeira eutanásia, in: *Estudo Jurídico da Eutanásia* (cit.), p. 28. Também João Loureiro entende que aqui não se trata de eutanásia activa, mas antes de um domínio explicável pelo princípio do duplo efeito, acompanhando Kurt Schmoller, para quem a distinção deve assentar na natureza do efeito do tratamento em questão, in: “Os rostos de Job...” (cit.), p. 161 e s., *maxime*, p. 162. Por seu turno, Luísa Neto, *O Direito Fundamental à Disposição* (cit.), p. 782, entende que a distinção entre eutanásia directa e indirecta não faz sentido, mas julgamos que o fundamento da distinção se encontra, precisamente, no sentido das condutas.

⁹⁷ Elena Fischer, *Recht auf Sterben?!* (cit.), p. 7.

ter um risco de poder originar um encurtamento da vida⁹⁸. Na decisão do BGH conhecida como Dolantin, de 1996, este tribunal considerou tal conduta admissível, quando correspondesse à vontade do paciente⁹⁹. Assim, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “ela [a eutanásia activa indirecta] é tida generalizadamente, nos círculos jurídicos e médicos, como *não constituindo nem homicídio, nem homicídio a pedido, desde que corresponda à vontade, real ou presumida, do paciente*”¹⁰⁰.

Problemática é a questão de o paciente não morrer (indirectamente) da remoção das dores (que, por sua vez, é provocado por um medicamento), mas do medicamento¹⁰¹. Por outras palavras, coloca-se a questão de saber se sequer existe eutanásia activa indirecta¹⁰². O que ainda se torna mais complexo, na justa medida em que a eutanásia activa indirecta deverá servir para a delimitação da proibição da eutanásia activa directa¹⁰³. O que significa que se, segundo MERKEL, não existe eutanásia activa indirecta, então a eutanásia activa será sempre proibida ou por vezes — dependendo do caso concreto — será por vezes permitida. Na verdade, o problema é que — como

⁹⁸ Axel Thias, *Möglichkeiten und Grenzen eines selbstbestimmten Sterbens* (cit.), p. 48. Formulado de outra forma, “versteht man den Einsatz leidvermindernder Mittel bei Sterbenden oder Todkranken mit dem Risiko, den Todeseintritt zu beschleunigen”. Cfr. Ralph Ingelfinger, “Tötungsverbot und Sterbehilfe”, *ZfL* 2 (2005), p. 38 e s., p. 39.

⁹⁹ *BGHSt* 42, p. 301 s. (BGH 3 StR 79/96, 15.11.1996). Correspondentemente, “eine ärztlich gebotene schmerzlindernde Medikation entsprechend dem erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillen wird bei einem Sterbenden nicht dadurch unzulässig, dass sie als unbeabsichtigte, aber in Kauf genommene unvermeidbare Nebenfolge den Todeseintritt beschleunigen kann”.

¹⁰⁰ Cfr. “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 211 (itálicos do Autor). Mais defendendo, *op. cit.*, p. 212, que esta forma de eutanásia não se deve restringir a moribundos. Veja-se ainda José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 132.

¹⁰¹ Reinhard Merkel, *Frühethanasie* (cit.), p. 174 s. Concordante, Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete des Tötungsverbots*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004, p. 270.

¹⁰² No mesmo sentido, também escreve Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 246: “das Argument, daß zwischen absichtlichen Handlungen und bloß «vorhersehbaren» aber nicht direkt «beabsichtigten» Folgen streng unterschieden werden muß, wirkt nicht besonderes überzeugend”.

¹⁰³ Ulrich Schroth, “Sterbehilfe als strafrechtliches Problem. Selbstbestimmung und Schutzwürdigkeit des tödlich Kranken”, *GA* 2006, p. 549 e s., p. 565.

já vimos — a diferença entre eutanásia activa directa e eutanásia activa indirecta é muito ténue¹⁰⁴.

Em particular, no caso da eutanásia activa indirecta, discute-se se a admissibilidade da mesma se fundamenta com base na atipicidade ou na justificação da conduta¹⁰⁵.

A atipicidade fundamenta-se, por um lado, em uma ideia de risco permitido¹⁰⁶. Ou seja, e através das palavras de COSTA ANDRADE, “o necessário recurso a doses cada vez maiores de analgésicos pode redundar num encurtamento da fase terminal da vida do paciente”¹⁰⁷. Querirá isto significar, então, que o risco criado — ainda que possa ser juridicamente relevante — não será jurídico-penalmente relevante por decorrer do conteúdo da normal prática médica.

Como afirma FIGUEIREDO DIAS, “toda a actividade médica dirigida ao controlo da dor e do sofrimento coberta pelas *leges artis* (sobremodo se documentada em protocolo ou, de todo o modo, corresponde àquelas que sejam consensualmente consideradas, pelo círculos médicos, as *good practices*)

¹⁰⁴ Reinhard Merkel “Aktive Sterbehilfe. Anmerkungen zum Stand der Diskussion und zum Gesetzgebungsvorschlag des «Alternativ-Entwurfs Sterbebegleitung»”, in: Andreas Hoyer (Hrg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 297 e s., p. 298, refere, a este propósito, uma “desconcertante” consistência das soluções para a eutanásia indirecta permitida e a eutanásia directa proibida.

¹⁰⁵ Jorge de Figueiredo Dias, “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 212.

¹⁰⁶ Mais aprofundadamente, sobre risco permitido, entre nós, José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 236 e s.; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 333 e s.; Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal*, 2º Vol., Reimp., Lisboa: AAFDL, 1997, p. 138 e s.; na doutrina germânica, exemplarmente, Günther Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1993, (7/35 e s.), p. 200 e s.; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 401 e s. e ainda Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3 Aufl., München: Beck, 1997, (§ 11/59 e s.; § 24/5 e s.), p. 319 e s. e p. 921.

¹⁰⁷ Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 411, sendo que, neste particular, deixaremos de fora considerações ulteriores relacionadas com a vontade do paciente e o dever de esclarecimento médico.

contém-se por definição no âmbito do risco permitido”¹⁰⁸. A questão é que o argumento do risco permitido pressupõe uma certa consensualidade social, realidade esta que não pode ser afirmada quanto à eutanásia activa indirecta¹⁰⁹, pelo que o argumento do risco permitido, como fundamentação para a atipicidade da conduta será de rejeitar.

Ainda no patamar da atipicidade, pode a mesma ser fundamentada com base no fim e âmbito de protecção da norma e no sentido social da conduta, linha seguida, entre nós, por FIGUEIREDO DIAS e também por FARIA COSTA. Como salienta FIGUEIREDO DIAS, “[e]xacto me parece ser que, considere-se ou não a actuação atenuante da dor e do sofrimento coberta pelas *leges artis*, a finalidade que preside à actuação faz com que a conduta em causa não caiba *no fim e no âmbito de protecção* dos tipos incriminadores dos homicídios (...). Perante uma consideração global da situação, dos fins que presidem à actuação, da forma e do cuidado com que é levado a cabo, dos juízos comunitários que sobre ela recaem, devem afirmar-se que ainda nestes casos de ajuda à morte activa indirecta, de acordo com a vontade real ou presumida do paciente (...), o *sentido social* da conduta conduz a que ela deva ser tida como atípica”¹¹⁰.

Do outro lado da discussão jurídico-penal em torno da admissibilidade da eutanásia activa indirecta, a mesma — ainda que podendo preencher o tipo penal de homicídio — é justificada por uma corrente maioritária da doutrina

¹⁰⁸ Jorge de Figueiredo Dias, “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 213.

¹⁰⁹ Assim também Teresa Quintela de Brito, “Crimes contra a vida...” (cit.), p. 46 e o próprio Jorge de Figueiredo Dias, “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 213, que refere, inclusivamente, incorrer-se aqui no perigo da argumentação circular.

¹¹⁰ Jorge de Figueiredo Dias, “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 213, ainda que na Anotação do Art. 131º, § 26, p. 14 parecesse pender antes para a solução do risco permitido, conjugado com a vontade do paciente. Também no sentido de Figueiredo Dias, ainda que com um caminho não totalmente coincidente, Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 271 e s.

alemã com recurso ao direito de necessidade (§ 34 StGB) conjugado com o consentimento¹¹¹.

Procuramos, assim, em primeiro lugar, analisar mais detalhadamente a solução de justificação através da combinação entre direito de necessidade e consentimento. Aqui trata-se de uma ponderação entre “o dever de manutenção da vida” e o “dever de diminuição da dor”¹¹², consentida pelo paciente¹¹³. É esta a fundamentação¹¹⁴ que permite compreender a eutanásia indirecta¹¹⁵ como não punível.

Neste sentido a justificação da eutanásia indirecta é baseada no § 34 StGB¹¹⁶. Acompanhando a doutrina consensual alemã, o direito de

¹¹¹ Cfr. Reinhard Merkel “Aktive Sterbehilfe” (cit.), p. 297 e s.; Ulfrid Neumann, “Sterbehilfe im rechtfertigenden Notstand (§34 StGB)”, in: Holm Putzke *et al.*, *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 575 e s.; Claus Roxin, “Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe” (cit.), p. 87 e s.

¹¹² Claus Roxin, “Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe” (cit.), p. 87.

¹¹³ Reinhard Merkel “Aktive Sterbehilfe” (cit.), p. 306 e s., entende esta ponderação como “den wirklichen Sachgrund der Zulässigkeit” da eutanásia indirecta.

¹¹⁴ As soluções de justificação — e esta em especial — são mais justas, na medida em que se baseiam nos critérios do interesse/vontade do visado. Assim, NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 99.

¹¹⁵ Apesar de, como se refere *infra*, também a eutanásia activa possa ter esta causa de justificação.

¹¹⁶ Dispõe o § 34 StGB que: “Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden”. Importante de salientar, neste contexto, que os bens jurídicos exemplificativos se referem a bens jurídicos individuais. Assim, LK-StGB/Zieschang, § 34, n.º m. 22. Por outro lado, estabelece o art. 34º do CP que “Não é lícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado”. De sublinhar que, contrariamente ao que se verifica no direito alemão, o direito de necessidade entre nós não recorre à enumeração de bens jurídicos

necessidade tem cinco requisitos: (i) o estado de necessidade (ou perigo actual); (ii) uma actuação; (iii) necessidade da actuação; (iv) ponderação de interesses e (v) proporcionalidade do facto¹¹⁷.

No caso da eutanásia indirecta e “sob o ponto de vista da estrutura normativa o § 34 StGB surge como instrumento para a resolução do problema dado que nos casos de eutanásia o interesse subjectivo do paciente no fim do seu sofrimento colide claramente com um interesse contrário”¹¹⁸. Este torna-se, então, o direito de necessidade e os respectivos interesses subjectivos corporizam a ponderação de interesses¹¹⁹. Deste modo, verificam-se já dois dos cinco requisitos do estado de necessidade justificante. Não obstante, é imperioso que se verifiquem os cinco, em busca dos quais prosseguiremos a nossa análise.

A actuação em direito de necessidade tem de ser uma conduta destinada à remoção do perigo que impende sobre o paciente¹²⁰. Uma vez que o perigo iminente é constituído por dores e sofrimento, esta actuação deverá corresponder a uma medida de diminuição da dor.

“exemplificativos”. Entre nós, tal apenas acontece apenas no âmbito do art. 35º do CP, ou seja, no patamar do estado de necessidade desculpante.

¹¹⁷ LK-StGB/Zieschang, § 34, n.º m. 21.

¹¹⁸ Ulfrid Neumann, “Sterbehilfe im rechtfertigenden Notstand” (cit.), p. 580. Com efeito, na ponderação de interesses segundo o § 34 não se trata, no caso da eutanásia, de um juízo sobre os bens jurídicos quanto à sua ordenação axiológica abstracta. Assim, Christian Schneider, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltenden medizinischer Behandlung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 249.

¹¹⁹ Em relação à ponderação de interesses, escreve LK-StGB/Zieschang, § 32, n.º m. 75 que: “Hier ist das Interesse des damit einverständenen Sterbenden an der Linderung seiner unerträglichen Qualen als vorrangig anzusehen gegenüber dem Interesse an der Vermeidung der eventuellen Nebenwirkung einer Beschleunigung des nahen Todesintritts”. Cfr. também NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 99. Contudo, veja-se ainda LPK-StGB/Kindhäuser, § 34, n.º m. 39, para quem o § 34 se refere à colisão de bens jurídicos diferentes. Por este motivo se compreendem as palavras de Merkel “methodisch legt es eine Analogie nahe”, cfr. Reinhard Merkel “Aktive Sterbehilfe” (cit.), p. 310.

¹²⁰ Mais aprofundadamente sobre a actuação em direito de necessidade, LK-StGB/Zieschang, § 34, n.º m. 41 e s.

Por outro lado, a actuação tem de ser necessária, ou seja, “o perigo não poderá ser removido de outra forma que não a conduta levada a cabo”¹²¹. Aqui é importante sublinhar, no que respeita à eutanásia activa indirecta, que nos referimos ao contexto da relação médico-doente. O que, por seu turno, significa que a diminuição da dor deve ser realizada segundo as *leges artis*.

Por último, o requisito que ainda falta ter em consideração é a proporcionalidade do facto ou, expressando-nos melhor, que a remoção do perigo através da actuação em direito de necessidade é proporcional¹²². Quanto a este requisito torna-se necessário um critério médico¹²³. Terá de verificar-se se a medida de diminuição da dor ultrapassa ou não a “dose correcta” para esta diminuição¹²⁴.

A solução do direito de necessidade, na constelação da eutanásia, implica ainda um requisito suplementar. Referimo-nos, como é bom de ver, ao consentimento do doente, o qual, isolado, não produz quaisquer efeitos no patamar do § 216 StGB (art. 134º CP), mas, em esta solução, se afirma como condição *sine qua non* da sua operatividade¹²⁵.

Entre nós, TERESA QUINTELA DE BRITO entende ser de rejeitar a solução do estado de necessidade justificante (direito de necessidade) em virtude de “ser impossível sustentar a sensível superioridade da supressão ou da diminuição do sofrimento relativamente à vida do paciente”¹²⁶, pugnando,

¹²¹ Cfr. LK-StGB/Zieschang, § 34, n.º m. 50.

¹²² Assim, LK-StGB/Zieschang, § 34, n.º m. 78.

¹²³ Veja-se Reinhard Merkel “Aktive Sterbehilfe” (cit.), p. 315 e s.

¹²⁴ Ainda que com risco de um encurtamento da vida.

¹²⁵ NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 99. Como o próprio afirma: “Voraussetzung für eine Rechtfertigung ist aber auch bei einem Rückgriff auf § 34, dass die lebensverkürzende Schmerzmedikamentierung dem (mutmaßlichen) Willen des Patienten entspricht (...). § 34 hat hier lediglich die Funktion, die (nach § 216 allein nicht maßgebenden) subjektive Präferenzen des Betroffenen objektiv zu beglaubigen und damit die in § 216 hinsichtlich der (bloßen) Einwilligung statuierte Rechtfertigungssperre zu überwinden”.

¹²⁶ Teresa Quintela de Brito, “Crimes contra a vida...” (cit.), p. 45. Em particular, sobre a questão da “sensível” superioridade do interesse a salvaguardar, veja-se Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Vida contra Vida* (cit.), p. 450 e s.

antes, pela aplicação do conflito de deveres, nos termos do art. 36º do Código Penal¹²⁷. Diversamente do que sucede no ordenamento jurídico-penal alemão, em que o conflito de deveres não merece regulamentação autónoma¹²⁸, entre nós, o art. 36º do CP representa a consciência das especificidades de solução do conflito que a colisão de deveres reclama¹²⁹ em virtude de nesta não se exigir a sensível superioridade do bem ou interesse a salvaguardar¹³⁰. Assim, enquanto que na colisão de interesses — ou estado de necessidade — é suspensa uma proibição e, deste modo, alargada a margem de acção juridicamente conforme, no conflito de deveres trata-se de conferir ao visado a possibilidade de sequer conseguir ter um comportamento conforme ao direito¹³¹.

Ao que acresce a circunstância de, no conflito de deveres, o agente não ser livre de se imiscuir no conflito: ele terá sempre de cumprir um destes deveres¹³². Premissas que vêm, afinal, a justificar a preferência de TERESA QUINTELA DE BRITO por esta figura, tendo como pano de fundo o facto de o agente em causa ser um médico.

Nesta sequência, tratar-se-ia, então, da colisão entre o dever de agir para minorar o sofrimento e o dever de omitir a aceleração da morte, em relação aos quais o médico, assumindo a posição de garante, tanto da vida como do

¹²⁷ Teresa Quintela de Brito, “Crimes contra a vida...” (cit.), p. 49 e s. e ainda “Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores”, in: *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos* (cit.), p. 541 e s., p. 605 e s.

¹²⁸ Na literatura alemã, exemplificativamente, Ulfrid Neumann, “Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen — Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden «Pflichtenkollision»”, in Schünemann *et al.*, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p. 421 e s.; NK-StGB/Paeffgen, Vor §§ 32 ff, n.º m. 170 e s.

¹²⁹ Assim também, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 466.

¹³⁰ Como sintetiza Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, 4ª. Ed, Reimp., Coimbra: Almedina, 2010, p. 246 e s.: “[o] sacrifício de um dos interesses alheios em conflito é consequência da impossibilidade de cumprimento tempestivo ou simultâneo dos deveres colidentes”.

¹³¹ Neste sentido também, Ulfrid Neumann, “Der Rechtfertigungsgrund...” (cit.), p. 424.

¹³² Por todos, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 467 e s.

bem-estar do paciente, terá, necessariamente, de se imiscuir, em especial, respeitando a autodeterminação do doente¹³³.

Com efeito, no âmbito de uma solução pela via da justificação, julgamos que esta é aquela que melhor se adequa ao ordenamento jurídico-penal português. Desde logo, por proceder a uma interpretação conjugada dos arts. 34º, al. *b*); 36º e 157º do Código Penal.

Não obstante, temos dúvidas se, do que se trata no caso da eutanásia activa indirecta, é de uma justificação da conduta do médico.

A doutrina dominante alemã vê a fronteira entre eutanásia indirecta e eutanásia directa, na relação médico-doente, na intenção do médico¹³⁴. Contudo, esta doutrina maioritária encontra forte crítica¹³⁵. O problema principal aqui é que a fronteira é colocada em um critério dificilmente objectivável. E isto com importantes consequências penais. Socorramo-nos de um exemplo: o médico X dá ao paciente Y o medicamento Z na dose “certa” para a diminuição da dor (com risco de morte). No caso 1, X “quer matar” Y e no caso 2 não quer. Deverá precisamente a mesma actuação (precisamente com a mesma dose) ser objecto de diferentes valorações penais? Ou ainda: X dá a Y a dose Z+1 sem intenção de matar, sendo que a dose Z teria sido suficiente. Como deverá ser valorada esta situação?

Nas constelações de casos da eutanásia, a certeza jurídica é fundamental e, através da formulação — por melhores “intenções” que lhe possam estar subjacentes — da “falta de intenção” não é lograda a garantia desta mesma certeza. Aqui deve antes ser encontrado um critério objectivo.

O problema de uma aceitação de uma eutanásia activa directa levada a cabo por um médico reside fundamentalmente na negação de uma

¹³³ Cfr. Teresa Quintela de Brito, “Crimes contra a vida...” (cit.), p. 50 e s. e *idem*, “Responsabilidade penal dos médicos...” (cit.), p. 605 e s.

¹³⁴ Cfr. Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C 102, mas também *AE-StB* (§ 214a).

¹³⁵ Reinhard Merkel “Aktive Sterbehilfe” (cit.), p. 314 e s. e ainda Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 269 e s., que sublinha, p. 269, que se a motivação do médico fosse a delimitação decisiva entre estas duas realidades, tal levaria a uma punição de meras intenções.

“provocação activa da morte como acto médico”¹³⁶. Esta aceitação significa, para além disso, que ao absoluto da vida se contraporía o absoluto do eu¹³⁷. Mas, ainda assim, existe um entendimento segundo o qual, em precisas e excepcionais situações — quando já não esteja em causa a diminuição da dor mas a libertação da mesma — poderá ser aplicável uma justificação nos termos do § 34 StGB¹³⁸.

Na verdade, seria provavelmente mais exacto falar, no âmbito da relação médico-doente, não tanto de eutanásia directa ou indirecta, mas antes apenas de diminuição da dor¹³⁹. E aqui, nesta formulação, o consentimento do doente seria já razão decisiva para a justificação da conduta do médico.

Em relação a estas questões podem ser aduzidos alguns argumentos de sentido contrário. Por um lado, a intenção do agente — em geral na dogmática penal — também tem relevância decisiva¹⁴⁰ na imputação de responsabilidade penal (tipo objectivo e subjectivo)¹⁴¹. Se assim não fora, a própria diferença entre os diversos crimes contra a vida, por exemplo o homicídio qualificado e o homicídio também perderia o seu sentido. Por outro lado, a culpa também significa uma censura ética que é feita à conduta

¹³⁶ Reinhard Merkel “Aktive Sterbehilfe” (cit.), p. 314.

¹³⁷ Assim, José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 133.

¹³⁸ Cfr. Harro Otto, *Gutachten D* (cit.), D 58 e s. e D 92; *idem*, “Die strafrechtliche Problematik der Sterbehilfe”, *JURA* 1999, p. 434 e s., p. 441; Reinhard Merkel, *Früh euthanasie* (cit.), p. 408 e s., *idem*, “Aktive Sterbehilfe” (cit.), p. 318 e s.; Ulfrid Neumann, “Sterbehilfe im rechtfertigenden Notstand” (cit.), p. 589 e s. Trata-se de casos “in denen die Möglichkeit der Schmerztherapie und der ärztlichen Kunst nicht hinreichen, einen etwüdigenden Todeskampf zu verhindern”. Neste sentido, Detlev Sternberg-Lieben, “Begrenzung lebensverlängernder Maßnahmen aus strafrechtlicher Sicht — juristischer statt ärztlicher Paternalismus?”, in: Jörg Arnold *et al.*, *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 2005, p. 1185 e s., [nota 15c], p. 1188.

¹³⁹ Como também na terminologia da AE-StB, apesar de aqui talvez com âmbito mais alargado. Cfr. também Jorge de Figueiredo Dias, “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 212.

¹⁴⁰ Como indicam Heinz Schöch/Torsten Verrel, *AE-StB* (cit.), p. 576, “entscheidend ist vielmehr das Motiv des Handelns; der Tod des Schmerzpatienten darf nicht beabsichtigt sein”.

¹⁴¹ Sobre o dolo como elemento subjectivo do tipo veja-se, na doutrina germânica, Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 123 e s.

do agente. E para esta censura ética não é o mesmo que uma medida seja tomada para diminuição da dor ou como provocação da morte. Ainda que, de facto, o paciente possa vir a morrer do mesmo meio médico — o medicamento ou terapia — utilizado.

O que nos remete, de novo, para a questão da atipicidade¹⁴² e, conseqüentemente, para o próprio sentido social da conduta do médico¹⁴³.

O cerne da problemática reside, para nós, na interpretação do conflito gerado de modo objectivo. O paciente que sofra de dores insuportáveis em razão de uma doença (incurável) encontra-se em quadro clínico em relação ao qual — mediante consentimento, reitere-se — é indicado aliviar a dor. Mediante as circunstâncias concretas, este alívio ou diminuição da dor devem ser feitos com o medicamento X, na dose Y, da forma Z. Como qualquer intervenção ou tratamento médicos, podem existir efeitos secundários.

Até mesmo um paciente que tenha dado o consentimento para ser operado (de rotina), ao ser anestesiado, pode desenvolver uma reacção que possa inclusivamente, conduzir à morte¹⁴⁴. Em suma, qualquer acto médico pode comportar efeitos indesejados, por uma multiplicidade de razões. No caso de diminuição das dores, tal como nos outros apontados, havendo vontade concordante do paciente e sendo levada a cabo de acordo com as *leges artis*, trata-se, afinal, de um acto médico¹⁴⁵. É esse o seu sentido social. Não se

¹⁴² Ou, se quisermos, em uma outra formulação, “irrelevância jurídico-penal da conduta”. Cfr. Américo Taipa de Carvalho, *A Legítima Defesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 182.

¹⁴³ Partindo-se, aqui, da ideia de que a “valoração jurídica da ilicitude assenta por regra, de maneira mais ou menos próxima, em uma certa ordem de valores, por isso se impondo à consciência do agente não tanto pela «obrigatoriedade externa» dos respectivos comandos quanto pela validade da intenção normativa que dirige a uma concreta situação de conflito”. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 5ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 350.

¹⁴⁴ Dado que as análises feitas antes da operação podem não evidenciar quaisquer sinais de reacção, ou até mesmo em virtude e uma alergia rara. Ainda que, regra geral, o procedimento anestésico seja um procedimento seguro e fortemente monitorizado.

¹⁴⁵ Sendo certo que aqui não estamos a cuidar dos casos em que existe uma certeza de ocorrência de morte através do uso dos fármacos (*Hilfe zum Sterben*), o que já se traduzirá em

trata de uma escolha entre vida e morte, nem de uma violação das *leges artis* que crie perigo para a vida, nem mesmo de um conflito de deveres.

Nem mesmo, se quisermos ir um pouco mais longe, de um conflito entre a vida e o bem-estar do paciente. Pois que, embora em termos abstractos de bem jurídico o Código Penal diferencie entre ambos, a verdade é que, no contexto eutanásico, pode deixar de fazer sentido separar os dois¹⁴⁶.

Sinteticamente, o que está em causa na eutanásia activa indirecta é a realização de um acto médico condicionado pela autodeterminação do paciente¹⁴⁷. O que não traduz, *in toto*, nem o fim nem o âmbito de protecção dos tipos de homicídio¹⁴⁸, até porque o resultado da conduta não é “a morte”, mas antes a “diminuição da dor”. Ou seja, resultado este não contido na proibição visada pela norma¹⁴⁹.

Em qualquer caso, apesar da unanimidade sobre a permissibilidade da eutanásia activa indirecta¹⁵⁰, permanece a falta de clareza dos seus pressupostos e limites¹⁵¹. Assim, no que toca à eutanásia activa indirecta, torna-se pelo menos mais claro designá-la de “medidas de diminuição da

uma forma de eutanásia activa directa. Entre nós, Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), [nota 133], p. 411; Teresa Quintela de Brito, “Responsabilidade penal dos médicos...” (cit.), p. 604; na doutrina germânica, por todos, Arthur Kaufmann, „Euthanasie — Selbsttötung — Tötung auf Verlangen”, in: *idem*, *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, Köln: Carl Heymanns, 1983, p. 137 e s., p. 138 e s., afirmando este último Autor, p. 138, aliás, que, mesmo sendo problemática, a diminuição da dor com risco de encurtamento da vida (*Hilfe beim Sterben*) é admitida na ciência moral e na teologia.

¹⁴⁶ Segundo Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 272: “Leben und körperliches Wohl können dort, wo die subjektive Qual alles Erleben bestimmt, als Rechtsgüter nicht mehr sinnvoll voneinander getrennt werden”.

¹⁴⁷ Ou, em uma outra formulação, “a ministração de um qualquer fármaco analgésico (...)”, aqui, de José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 132.

¹⁴⁸ Concordamos, aqui, com Jorge de Figueiredo Dias, “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 213.

¹⁴⁹ Cfr. José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 238.

¹⁵⁰ Contudo, refere Christian Tenthoff, *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008, p. 224, “in praktischer Hinsicht mag sich anführen lassen, dass die Möglichkeit der potenten Schmerzmedikation aus humanitären Gründen erhalten bleiben sollte. In rechtlicher Hinsicht ist diese Lösung jedoch schwerlich mit der Wertung des § 216 StGB ein Einklang zu bringen”.

¹⁵¹ Heinz Schöch/Torsten Verrel, *AE-StB* (cit.), p. 574.

dor”¹⁵², sendo que deverão sempre existir o consentimento do paciente e (apenas) o risco de encurtamento da vida^{153 154}.

¹⁵² Sobre esta terminologia existiu consenso em ambas as *Alternativ-Entwürfe* (AE-StH, 1986 e AE-StB, 2005) do § 214a StGB.

¹⁵³ A este propósito escreve Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 50: “Von der gezielten Lebensverkürzung ist der Fall zu unterscheiden, dass einem Patienten zum Zwecke einer medizinisch indizierten Schmerzlinderung ein Medikament verabreicht wird, dessen Einnahme mit der Gefahr einer Lebensverkürzung verbunden ist. Eine solche Therapie ist zulässig, sofern sie vom Patienten unter verständiger Würdigung seiner Lage gebilligt wird”.

¹⁵⁴ Veja-se Teresa Quintela de Brito, “Crimes contra a vida...” (cit.), p. 43 e também Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), § 26, p. 14.

IV.4. O “deixar de viver” e outras propostas conceituais

Partindo da consideração de que a eutanásia activa, sustentada em pedido sério, instante e expresso, apenas pode ser levada a cabo por médico, FARIA COSTA propõe a “ajuda ao «deixar de viver»” como um conceito que parte do sujeito, relevando, assim, o horizonte de autonomia enquanto nuclear para as questões do “ser”¹⁵⁵.

Com efeito, para FARIA COSTA, “quando a esperança de vida é nula, segundo os dados da ciência, a qualidade de vida atinge níveis de humilhação, o sofrimento é para lá do razoável, então o «deixar de viver» não é indigno de ser visto como uma alternativa, uma saída”, pelo que “o conteúdo e o sentido ético-jurídico daquele que reivindica para si o poder «deixar de viver» é um valor (...) a que a ordem jurídica não pode ficar indiferente”¹⁵⁶.

Deste jeito, a “ajuda a «deixar de viver»”, na percepção de acto médico de FARIA COSTA já enunciada, seria, ela também, um acto médico — de curar para além da cura¹⁵⁷ — que representaria, afinal, o termo aqui designado por eutanásia activa directa.

Ora, ainda que concordando com o fundamento que subjaz a este conceito, o qual tutela, sem resto, a conjugação da autodeterminação do doente com a conduta do médico, somos, todavia, levados a afastá-lo. O que fazemos por duas ordens de razões. Por um lado, dado que a inclusão da palavra “ajuda” traz consigo o chamamento do art. 135º do Código Penal, o que pode vir a significar menor precisão delimitadora na discussão do problema. Por outro lado ainda, por isolar, em termos conceituais, uma das formas de eutanásia em detrimento das restantes. Por exemplo, caberá perguntar, se a renúncia a medidas de prolongamento ou sustentação da vida

¹⁵⁵ José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 142 e s. e p. 146 e s.

¹⁵⁶ José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 147.

¹⁵⁷ José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 155 e s.

— *rectius*, eutanásia passiva — também não será uma decisão de “deixar de viver”. Daí que, em nosso entender, uma alteração conceitual deva possuir um étimo comum às diferentes realidades que integram o problema da eutanásia.

Também recentemente, em um artigo publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, veio FIGUEIREDO DIAS defender, no âmbito da problemática que ora nos ocupa, um conceito de “ajuda à morte”¹⁵⁸.

De acordo com o Autor, por “ajuda à morte no conspecto jurídico-penal deve entender-se, exactamente e só, *o auxílio prestado, de acordo com a sua vontade, real ou presumida, a uma pessoa severa e irrecuperavelmente enferma, frequentemente em insuportável sofrimento, no sentido de lhe tornar possível uma morte em condições que o enfermo reputa, ou há razões para presumir que repute, humanamente digna*”¹⁵⁹. A razão da adopção deste conceito — preferencialmente àquele de eutanásia — reside no facto de o mesmo, ao imputar à actuação do agente a finalidade de contribuir para a morte de um enfermo segundo a sua vontade real ou presumida, se torna mais exacto. Por outro lado ainda, impede que a realidade em causa seja associada a experiências históricas “horrorosas”, isentando-a de um debate apaixonado e demagógico. Em último lugar, “porque importa pôr um travão às tentativas frequentes de distinguir, dentro das mais diversas hipóteses cabidas na «eutanásia», aquelas que ética, deontológica, jurídica e jurídico-penalmente se reputam proibidas e as que se consideram permitidas, para depois só as primeiras se considerarem «eutanásia», enquanto as segundas não são consideradas «eutanásia»”¹⁶⁰. Tudo argumentos, afinal, que pretendem clarificar daquilo que está em causa.

Como aliás, se verifica do “obscurecimento” da tentativa de utilizar outras expressões, eventualmente menos pesadas e mais inócuas, tais como

¹⁵⁸ Jorge de Figueiredo Dias, “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 202 e s. Note-se que, neste ponto, apenas os limitaremos à questão terminológica ou conceitual. Outros aspectos dogmáticos aqui contidos serão tratados em local próprio.

¹⁵⁹ Jorge de Figueiredo Dias, “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 203 (itálico do Autor).

¹⁶⁰ Jorge de Figueiredo Dias, “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 204.

“acompanhamento da morte”, “assistência à morte” ou ainda “morte assistida”.

Debrucemo-nos, assim, sobre as razões e argumentos aduzidos sobre as vantagens e fundamento de um tal conceito, sem, para tanto, necessariamente seguirmos a ordem de exposição dos mesmos.

Uma nota prévia que queremos deixar aqui. O conceito “ajuda à morte” não significa senão uma tradução do conceito usado na doutrina alemã (*Sterbehilfe*), uso esse tornado — verdadeiramente — necessário face à recente história de certas práticas nazis levadas a cabo sob a designação de eutanásia¹⁶¹. Dito por outras palavras, onde existe uma razão histórica nacional e interna que levou a que, para que, sequer, se pudesse escrever sobre esse assunto — mesmo que de uma perspectiva jurídico-penal — se tivesse de “separar as águas”.

Feita esta nota prévia, logo se compreenderá que não podemos acompanhar FIGUEIREDO DIAS quanto ao argumento histórico aduzido, dado que o mesmo apenas se encontra coberto de sentido quanto à Alemanha. Em Portugal, não foram levadas a cabo tais experiências sob essa designação. Entre nós não foi necessário encontrar um conceito diverso para se poder discutir essa realidade, sob pena de sempre se poder confundir o que se discutia com um processo de eugeniação. Como, aliás, sucede em outros países — Espanha ou Itália — onde também existiram regimes ditatoriais, mas em que se discute o problema sob a designação de eutanásia¹⁶², precisamente por não existir aquela associação histórica concreta¹⁶³.

¹⁶¹ Sobre a evolução e história do conceito tomando como referência a Alemanha, Annetkatrin Habicht, *Sterbehilfe — Wandel in der Terminologie. Eine integrative Betrachtung aus der Sicht von Medizin, Ethik und Recht*, Frankfurt: Peter Lang, 2009, p. 55 e s., *maxime*, p. 93 e s. Veja-se ainda Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 597 e s.

¹⁶² Veja-se, em Espanha, apenas os trabalhos de Carmen Requejo Conde, *Protección penal de la vida humana* (cit.), p. 65 e s., Miguel Ángel Núñez Paz, *Homicidio Consentido, Eutanasia y Derecho a Morir con Dignidad*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 39 e s. e, em Itália, Giusto Giusti, *L'Eutanasia. Diritto di Vivere — Diritto di Morire*, Padova: Cedam, 1982, p. 13 e s. e, mais recentemente,

No que toca ao argumento do risco de uma discussão mais apaixonada ou demagógica, julgamos que o mesmo também não colhe. E não colhe, pois tal tipo de discussão sempre existirá quando em causa estejam temas que contendam com os valores mais profundos de uma comunidade de homens e mulheres, *in casu*, não podemos esquecer que se discute a vida e a morte. Não se pode pretender, neste tipo de matérias, isentar a discussão pública ou mesmo política de qualquer emoção. O que não deve, *rectius*, não pode acontecer é trazer-se essa emoção para a discussão científica. Essa, sim, terá de ser serena e dogmaticamente sustentada e consequente¹⁶⁴. O mesmo raciocínio se aplicará quando se discuta, por exemplo, o aborto.

Outro argumento trazido por FIGUEIREDO DIAS é o facto de o conceito “ajuda à morte” ser mais exacto, na medida em que imputa uma finalidade precisa — de contribuir para a morte de um enfermo segundo a sua vontade — à actuação do agente. Em um primeiro relance, até poderíamos sentirmo-nos inclinados a concordar, mas tal inclinação altera-se quando nos deparamos com a existência do art. 135º do Código Penal (Ajuda ao suicídio). Ou seja, o facto de imputar uma finalidade precisa à actuação do agente pode apenas servir para aproximar tal conceito da mesma finalidade precisa que tem a actuação do agente que ajuda outrem a suicidar-se (que, naturalmente, no caso da ajuda ao suicídio, não pressupõe a pré-existência de uma doença). Por outras palavras ainda: no patamar jurídico-penal, a utilização da designação “ajuda a” permite uma aproximação ao contexto do tipo contido no art. 135º do Código Penal, criando-se, assim, segundo julgamos, confusões desnecessárias.

Chiara Tripodina, *Il Diritto nell'Età della Tecnica. Il Caso dell'Eutanasia*, Napoli: Jovene, 2004, p. 17 e s.

¹⁶³ Contundente, Annekatrin Habicht, *Sterbehilfe* (cit.), p. 166 e s.

¹⁶⁴ Repita-se: motivo pelo qual se encontrou uma nova terminologia na Alemanha, ou seja, para sustentar tal debate isento, uma vez que o mesmo já tinha sido “corrompido” através de uma errónea utilização do termo “eutanásia”.

A tradução directa do termo utilizado na doutrina germânica para o ordenamento jurídico-penal português não traz consigo, em nosso modo de ver, quaisquer vantagens. Até porque a eutanásia tem um significado próprio — como também as suas formas (passiva, activa, directa e indirecta)¹⁶⁵ — que permite distingui-la do homicídio *qua tale* e não a confundir com a ajuda ao suicídio. Sendo que apenas algumas formas de eutanásia preenchem os elementos do(s) tipo(s) de homicídio, também, por essa razão, apenas algumas delas são puníveis. Mas todas sendo formas de eutanásia.

¹⁶⁵ Que o Autor também usa, mas, evidentemente, enquanto “ajuda à morte” activa directa e indirecta e passiva, com o mesmo significado que os seus correspondentes na eutanásia. Assim, segundo Jorge de Figueiredo Dias, “a *ajuda à morte activa directa*, compreendendo aqueles casos em que, por meio de um comportamento activo (...), se produz a morte ou se apressa, em maior ou menor medida, a ocorrência da morte; (...) a *ajuda à morte activa indirecta*, abrangendo os casos em que não é de excluir, ou é mesmo razoavelmente seguro, que a medicação atenuante das dores ou indutora do estado de inconsciência (...) possa ter como consequência não intencionada ou mesmo indesejada o apressar do momento da ocorrência da morte; (...) e a chamada *ajuda à morte passiva*, compreendendo os casos em que uma omissão ou uma interrupção do tratamento determina um encurtamento do tempo de vida por forma tal que este deve considerar-se objectivamente imputável àquela (...)”, in: “A «ajuda à morte»...” (cit.), p. 205 (itálicos do Autor).

IV.5. O suicídio assistido e a construção de Jakobs

Em Portugal, em virtude do art. 135º do Código Penal, o auxílio ao suicídio é punível, apesar de existirem propostas no sentido da permissibilidade de um auxílio médico ao suicídio a pacientes em contexto eutanásico¹⁶⁶. Neste sentido, podemos tentar traçar uma distinção entre a ajuda ao suicídio — que corresponde ao comportamento de qualquer agente no sentido de prestar auxílio ao suicida — e o suicídio assistido que, com significado mais restrito, incluirá apenas aqueles comportamentos e aqueles agentes da relação suicida-ajudante que se situem em contexto médico (portanto, já na relação médico-doente)¹⁶⁷. E referimo-nos a “suicídio assistido” para nos distanciarmos — dolosamente — dos termos auxílio (que convoca uma forma de participação) e ajuda (que convoca o tipo do art. 135º do Código Penal).

Este suicídio assistido terá, assim, dois pressupostos: *i)* situar-se no âmbito médico, e *ii)* o suicida encontrar-se em contexto eutanásico. Todavia, importa ainda aprofundar um pouco mais o que seja este contexto. Com efeito, tratando-se de um suicídio, cumpre verificar qual a medida da assistência, assim como a razão da sua necessidade. Como precisa CARMEN LANUZA, “normalmente es en los contextos eutanásicos donde el sujeto se encontrará en un estado de postración o aislamiento (por ejemplo, confinado em una cama hospitalaria) que le impide procurarse por sí mismo medios para suicidarse de forma humana; en cambio, en el caso del que no se halle en tales

¹⁶⁶ Sobre este ponto Teresa Quintela de Brito, “Eutanásia activa directa...” (cit.), p. 105 e s.

¹⁶⁷ Afastamo-nos aqui da definição de suicídio assistido, de Lopes de Brito/Lopes Rijo, *Estudo Jurídico da Eutanásia* (cit.), p. 39, segundo a qual este “ocorre quando uma pessoa que não consegue concretizar a sua intenção de morrer sozinha, solicita o auxílio de outro”, dado que a mesma é muito mais ampla do que a aqui defendida e, ademais, não faz releva qualquer diferença entre o suicídio assistido e o auxílio ao suicídio do art. 135º do Código Penal.

circunstancias, nada le impide, si realmente desea morir, procurarse por sí mismo medios indolores”¹⁶⁸. Quer isto significar que o “contexto eutanásico” corresponde a uma impossibilidade de obtenção de uma forma humana de suicídio, baseada na situação médica em que o suicida se encontra. E, neste caso, continuar a pugnar por uma punibilidade de tal assistência seria ou “uma imposição de autêntico dever de viver, a quem deseja seriamente e com boas razões «deixar de viver» e se encontra em condições de executar por si a própria morte — se bem que, sozinho, de forma inumana” ou, então “uma gravíssima e eticamente injustificável intromissão — agora do ordenamento jurídico-penal — na concretização da decisão de «deixar de viver». Com efeito, a ameaça de punição do auxílio activo ao suicídio condiciona o processo de formação de vontade do paciente quanto à materialização da decisão «deixar de viver», empurrando-o para um modo indigno, inumano, violento e doloroso de eliminação da própria vida”¹⁶⁹. De outro modo, o suicídio assistido configura um comportamento penalmente justificado através dos próprios limites da autonomia pessoal¹⁷⁰, conquanto sejam cumpridos os seus apertados pressupostos.

Esta realidade não se identifica com aquela resultante da construção de JAKOBS. Para JAKOBS, o homicídio a pedido da vítima — enquanto tipo penal — é um crime de perigo abstracto que visa garantir que a vontade suicida daquele cansado de viver apenas é concretizada quando seja plenamente firme e autónoma (pedido objectivamente racional)¹⁷¹. Neste sentido, quando esteja

¹⁶⁸ Carmen Tomás-Valiente Lanuza, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Madrid: BOE, 1999, p. 123.

¹⁶⁹ Teresa Quintela de Brito, “Eutanásia activa directa...” (cit.), p. 107.

¹⁷⁰ Teresa Quintela de Brito, “Eutanásia activa directa...” (cit.), p. 109 e s.

¹⁷¹ Nas palavras do próprio, in: *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1998, p. 23: “Die Tötung auf Verlangen ist, strafrechtstechnisch gesprochen, ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Sie garantiert, dass — bei grundsätzlicher Straffreiheit der Selbsttötung — der Selbsttötungswille des Lebensmüden nur dann verwirklicht wird, wenn er subjektiv vollzugsreif, das heisst, vollständig an seiner

em causa um suicídio decidido de forma objectivamente racional e organizado através de divisão do trabalho não estaremos, já, no âmbito do crime de homicídio a pedido da vítima, mas antes perante uma conduta permitida¹⁷². Por outras palavras, o suicídio organizado com recurso a divisão do trabalho é permitido, apenas se diferenciando da realidade típica “homicídio a pedido da vítima” pela racionalidade do pedido. Assim, o que objectivamente são realidades idênticas, tornam-se distintas em termos subjectivos.

No caminho para esta construção JAKOBS parte da ideia de que as pessoas conformam o mundo, não podendo, nesse processo, ofender os outros, do mesmo modo que cada um pode pretender não ser ofendido. Esta seria, assim, a relação maioritariamente negativa que constitui a Pessoa no direito abstracto. Por outro lado, as pessoas também vivem em um mundo social concretamente conformado através de Instituições e devem desempenhar os papéis sem os quais a subsistência destas imprescindíveis Instituições seria colocado em perigo¹⁷³. Deste modo, o injusto do homicídio deixa-se determinar ou enquanto pretensão organizatória (*Organisationsanmaßung*)¹⁷⁴ ou enquanto uma ofensa de deveres institucionalmente fundamentados de viver¹⁷⁵. Sendo que o Estado moderno não administra o geral, mas antes o comum como base para o privado, e ao privado pode também pertencer o geral, mas como privado, não como público, ao Estado apenas compete providenciar pelas condições para uma colectividade confortável (harmoniosa). Neste sentido, o Estado já não dispõe da base

Zwecksetzung des Lebensmüden begründet ist, die keiner Überprüfung durch andere mehr bedarf¹⁷².

¹⁷² Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 33.

¹⁷³ Günther Jakobs, “Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen. Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit”, in: Fritjof Haft *et al.*, *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, p. 459 e s., p. 462.

¹⁷⁴ Que aqui deve ser interpretada como uma pretensão infundada ou mesmo injusta.

¹⁷⁵ Günther Jakobs, “Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen...” (cit.), p. 462 e s.

material — a moral — que permite julgar um suicídio¹⁷⁶. Considerando, em termos organizacionais, a ajuda ao suicídio e o homicídio a pedido da vítima, verifica-se que ambos respeitam a pessoa, na medida em que ambos constituem organizações conjuntas. Importa, então, aferir qual o critério diferenciador entre estas duas realidades, dado que — segundo JAKOBS — nenhuma das duas se afirma como crime contra a pessoa. Em particular, dado que no caso do homicídio a pedido da vítima, a vítima, além de permitir a sua morte, organiza, através do seu pedido, um facto que serve fins próprios, ou seja, prescinde tão pouco da sua decisão própria como o agente de um suicídio¹⁷⁷. Nesta sequência, a única legitimação para o § 216 StGB será considerá-lo um crime de perigo abstracto nos termos *supra* expostos.

Não obstante, temos para nós que esta construção do homicídio a pedido da vítima enquanto um suicídio por terceira mão apresenta, no contexto de ordenamentos jurídico-penais onde é punida a ajuda ao suicídio, algumas dificuldades, justamente por fazer assentar o ponto de partida para a fundamentação da argumentação na inexistência de tal tipo-de-ilícito no ordenamento jurídico-penal alemão.

Ainda assim, julgamos que há, aqui, um importante ponto a reter, ou seja, a afirmação de que o que pede a morte — a “vítima” do homicídio a pedido — não prescindir de uma decisão própria — daí a ideia de um suicídio por terceira mão — tratando-se, afinal — até mesmo na fundamentação paternalista que JAKOBS confere ao § 216 StGB — de uma inequívoca manifestação de autodeterminação.

¹⁷⁶ Günther Jakobs, “Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen...” (cit.), p. 464 e s.

¹⁷⁷ Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 15. Em sentido idêntico, Bernd Müssig, *Mord und Totschlag*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 355 e s.

IV.6. A assistência na morte (*Sterbebegleitung*)

A assistência na morte não é mais do que eutanásia em sentido estrito¹⁷⁸ ou eutanásia “pura”¹⁷⁹. Por outras palavras, a assistência na morte corresponde à “ajuda a morrer”¹⁸⁰, sendo que não produz um encurtamento da vida¹⁸¹. Ou seja, significa que o processo de morte já teve o seu início.

Na assistência na morte — ou eutanásia “pura” — podem distinguir-se três constelações de casos: *i*) diminuição da dor sem encurtamento de vida; *ii*) diminuição da dor contra a vontade do paciente; e *iii*) omissão de diminuição da dor em oposição à vontade do paciente¹⁸². Quando observamos estas três constelações de casos mais de perto, verificamos que apesar de a assistência na morte pressupor o início do processo de morte, não implica, todavia, a vontade do paciente enquanto premissa.

Em síntese, poderíamos definir a assistência na morte como diminuição da dor sem encurtamento de vida de um paciente irreversivelmente doente.

¹⁷⁸ O que quer significar que se pode distinguir entre eutanásia em sentido restrito e em sentido amplo, sendo que o critério diferenciador se encontra na verificação do início do processo de morte. Sobre este assunto, Claus Roxin, “Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe” (cit.), p. 83.

¹⁷⁹ De acordo com Claus Roxin, “Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe” (cit.), p. 85, “[a]ls «reine Sterbehilfe» kann man den Fall bezeichnen, dass einem Sterbenden schmerzlindernde Mittel ohne lebensverkürzende Wirkung verabreicht werden”.

¹⁸⁰ O que significa que “es sollte sowohl eine medizinische wie juristische Selbstverständlichkeit sein, dass Hilfe *zum* Sterben (durch Sterbenlassen oder gar aktives Beschleunigen des Todeseintritts) überhaupt erst dann in Betracht kommen kann, wenn alle Möglichkeiten der Hilfe *im* Sterben (durch schmerzlindernde Erleichterung des Todeskampfes) erschöpft sind”. Cfr. Albin Eser, “Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch in rechtlicher Sicht”, in: Alfons Auer (Hrg.), *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe: zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht*, Köln: Carl Heymann, 1977, p. 75 e s., p. 84.

¹⁸¹ Assim também, Miguel Ángel Núñez Paz, *Homicidio Consentido* (cit.), p. 59.

¹⁸² Mais aprofundadamente Claus Roxin, “Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe” (cit.), p. 85 e s. De notar que, exceptuando o primeiro caso, os outros dois são — por motivos diferentes — puníveis. À assistência na morte sem encurtamento da vida também ainda pertencem o tratamento e os cuidados básicos. Cfr. Detlev Sternberg-Lieben, “Begrenzung lebensverlängernder Maßnahmen aus strafrechtlicher Sicht” (cit.), [nota 15a], p. 1188.

Aqui assumem especial relevância os cuidados paliativos¹⁸³. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, podem definir-se cuidados paliativos como “an approach that improves the quality of life of patients and their families facing the problem associated with life-threatening illness, through the prevention and relief of suffering by means of early identification and impeccable assessment and treatment of pain and other problems, physical, psychosocial and spiritual”¹⁸⁴. Entre nós, foi já proposta uma definição normativa diversa daquela constante do art. 3º, al. b), da Lei n.º 101/2006, de 6 de Junho (Cria a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados), nos termos da qual se entende por cuidados paliativos “os cuidados activos, globais, prestados aos pacientes com doença grave e/ou crónica incurável em fase avançada e evolutiva, que visam o controlo da doença e de outros sintomas e que oferecem apoio para os problemas psicológicos, sociais e espirituais”¹⁸⁵, por aquela definição legal não abranger os cuidados prestados a doentes com doença crónica incurável. De notar que não deve aqui confundir-se cuidados paliativos com acção paliativa. Esta última refere-se a qualquer medida terapêutica que não tenha intuito curativo, mas cujo sentido

¹⁸³ Ou seja, a medicina paliativa é parte da eutanásia e não o seu contrário. Assim, Dieter Birnbacher “Sterbehilfe - eine philosophische Sicht”, in: Felix Thiele (Hrsg.): *Aktive und passive Sterbehilfe. Medizinische, rechtswissenschaftliche und philosophische Aspekte*. München: Fink, 2005, p. 31 e s., p. 34. Ainda sobre cuidados paliativos veja-se José António Ferraz Gonçalves, “Cuidados Paliativos”, in: José Henrique Silveira de Brito (Coord.), *O Fim de Vida*, Braga: Publicações da Faculdade de Filosofia (UCP), 2007, p. 97 e s., *maxime*, p. 101 e s.

¹⁸⁴ Cfr. <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>. Sobre o conceito mais compreensivo de *quality end of life care*, abrangendo o controlo da dor e de outros sintomas, as decisões sobre o uso de tratamento de sustentação da vida e apoio de doentes moribundos e suas famílias, Peter Singer/Neil MacDonald/James A. Tulsky, “Quality end of life care”, in: Peter Singer/A.M. Viens (Eds.), *The Cambridge Textbook of Bioethics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 53 e s.

¹⁸⁵ Proposta de Helena Pereira de Melo e de Teresa Pizarro Beleza, “Uma vida digna até à morte: cuidados paliativos no direito português”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 665 e s., p. 672.

seja diminuir as repercussões negativas da doença sobre o bem-estar do doente¹⁸⁶.

Todavia, apesar de a assistência na morte se incluir sob a designação ampla de eutanásia, foge ao escopo da problemática levantada pelo homicídio a pedido da vítima, distanciando-se ainda das restantes formas da eutanásia, na medida em que não tem qualquer influência sobre o resultado morte¹⁸⁷. Neste sentido — não obstante a necessária clarificação conceitual — não se torna objecto central da discussão jurídico-penal feita em torno da eutanásia¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Não nos pretendendo alongar sobre este tema, podemos, todavia, salientar que este é, cada vez mais, um tipo de necessidade com mais procura do que oferta. A título de exemplo, estimou-se que em 2007 existiam cerca de 62000 doentes com necessidade deste tipo de cuidados. Cfr. Manuel Luís Vila Capelas, “Cuidados Paliativos: Uma Proposta para Portugal”, *Cadernos de Saúde*, Vol. 2, n.º 1 (2009), p. 51 e s., *maxime*, p. 56 e ainda António Lourenço Marques *et al.*, “O desenvolvimento dos cuidados paliativos em Portugal”, *Patient Care* (ed. Portuguesa), Vol. 14, n.º 152 (2009), p. 32 e s.

¹⁸⁷ Mesmo com respeito à punibilidade das duas últimas constelações de casos *supra* apontadas, esta situa-se no patamar do art. 156º do Código Penal ou do art. 150º, n.º 2 do citado Código, diferentemente do que sucede no ordenamento jurídico-penal alemão, em que estas constelações serão punidas como ofensas à integridade física. Cfr. Claus Roxin, “Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe” (cit.), p. 85 e s.

¹⁸⁸ Ainda que Helena Pereira de Melo e Teresa Pizarro Beleza nela incluam o direito de recusar tratamento, assim como o direito a formular directivas antecipadas de vontade, in: “Uma vida digna até à morte” (cit.), p. 677 e s.

Síntese

Chegados ao fim deste percurso sobre a terminologia e delimitação conceitual das realidades em causa, é tempo de fazermos um breve balanço.

Efectivamente, verificamos que existe alguma estabilização no sentido de utilização do conceito eutanásia e suas respectivas formas no âmbito da discussão sobre a morte e, acrescentaríamos, em contexto médico. E, ainda que possam existir propostas no sentido da substituição deste conceito-base por outro — *maxime*, a “ajuda à morte” — que não se baseie nas especificidades do contexto médico, julgamos que, *de lege lata*, as mesmas são carentes de fundamento.

O que, todavia, não invalida que, *de lege ferenda*, e especificamente no contexto médico — que é disso que se trata¹⁸⁹ — não seja adoptada uma nova terminologia, podendo-se, inclusivamente, tomar como ponto de partida — não vinculativo — a terminologia proposta nas *Alternativ-Entwürfe*. Pois que, na verdade, apenas podem ser esclarecidas muitas das dúvidas levantadas pela actual constelação legal se o ordenamento jurídico-penal usar uma linguagem que seja perceptível, tanto para o médico, como para o doente¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Mantendo-se, então, o art. 134º do Código Penal enquanto norma vigente.

¹⁹⁰ Neste sentido também, Annekatrin Habicht, *Sterbehilfe* (cit.), p. 173.

Capítulo V

A eutanásia nos ordenamentos jurídicos estrangeiros

Após a delimitação da terminologia aplicável, é agora o momento de percorrermos alguns ordenamentos jurídico-penais estrangeiros, por forma a podermos observar como estas matérias se encontram disciplinadas nos mesmos e quais as soluções seguidas¹⁹¹. Estas soluções — tanto pela via da legalização, como pela via da restrição — poderão, assim, integrar propostas de caminhos para o caso português. Optou-se, assim, neste Capítulo, por não proceder à problematização das soluções propostas, sendo a mesma feita nos lugares onde os problemas em causa são discutidos.

As soluções legais dos diferentes países encontram-se agrupadas por sistemas de direito, sendo que no âmbito da família continental — a que pertence, também, Portugal — optou-se por tratar os países mais liberais e os países mais conservadores em grupos distintos, a fim de permitir uma mais fácil comparação das diferentes soluções.

De notar, ainda, que procurámos sistematizar as matérias, separando-se, pois, nos casos em que tal se justifique — por haver regulamentação específica sobre o assunto —, as questões da eutanásia e do suicídio assistido da matéria do testamento biológico¹⁹².

Julgamos ainda pertinente a inclusão de uma referência a instrumentos europeus que se relacionem mais proximamente com estas matérias. Pois que, apesar de se tratarem de matérias pertencentes à esfera de intervenção

¹⁹¹ Sempre em termos legislativos. Neste Capítulo não pretendemos apresentar o debate doutrinal feito a propósito dos vários regimes ou normas ou mesmo as posições jurisprudenciais, salvo, no caso das últimas, se tal se justificar face ao sistema do ordenamento em causa.

¹⁹² Esta figura será também apresentada de acordo com a sua terminologia no respectivo país de origem, apesar de, como julgamos ter ficado expresso no ponto II.1.3.2. do presente trabalho, a terminologia que nos parece mais adequada é aquela de testamento biológico.

estadual, a verdade é que existem disposições supra-estaduais que condicionam a regulamentação que se pretenda fazer sobre as mesmas.

Ainda um apontamento relativo à consideração da República Federal da Alemanha neste Capítulo. Como se tem podido verificar ao longo deste trabalho, tanto a doutrina como o ordenamento jurídico-penal alemães têm servido como um dos principais pontos de referência das considerações expostas. Não obstante, entendemos que o tratamento sumário — que é o que se fará aqui em relação aos restantes ordenamentos jurídicos estrangeiros — da disciplina vigente nesta matéria poderá, no confronto com os restantes ordenamentos, trazer uma mais-valia em termos comparatísticos¹⁹³. Fica, deste modo, esclarecido o nosso propósito.

¹⁹³ Para uma visão com pendor preponderante dos países da América Latina veja-se AA.VV., “Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia”, *Revista Penal*, n.º 16 (2005), p. 171 e s.

V.1. Sistemas de direito continental

V.1.1. Liberais

V.1.1.1. Holanda

a. Eutanásia e suicídio assistido

O início dos acontecimentos conducentes à aprovação da Lei que veio a legalizar a eutanásia em contexto médico na Holanda pode situar-se no início da década de 80 do século passado.

Com efeito, a pedido do Parlamento, em 1982 foi constituída a Comissão Nacional sobre Eutanásia, com vista a aconselhar o Governo sobre se seria desejável alterar a lei nesta matéria. Foi já depois do caso *Schoonheim*¹⁹⁴, que, em 1985, esta Comissão emitiu o seu relatório, ali se assumindo uma tendência favorável à legalização da eutanásia, conquanto levada a cabo mediante certas condições.

Todavia, o início do processo legislativo apenas teve lugar após as eleições de 1998, tendo a Lei sido discutida no Parlamento holandês entre Fevereiro de 2000 e Abril de 2001¹⁹⁵.

Em 2001 foi aprovada na Holanda a Lei de Terminação da Vida a Pedido e Suicídio Assistido, a qual entrou em vigor a 1 de Abril de 2002¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Em que um médico (Schoonheim) deu uma injeção letal a uma doente de 95 anos, que se encontrava acamada devido a uma anca fracturada (tendo recusado operação) e, face à sua deterioração, encontrava o seu estado humilhante, pelo que havia, insistentemente, pedido ao médico que pusesse fim à sua vida. A 16 de Julho de 1982, Schoonheim, na presença dos dois filhos da doente e do seu assistente, confirmou o desejo dela e, tendo sido o mesmo reiterado, procedeu à injeção letal. Este caso chegou ao Supremo Tribunal holandês, que veio a absolver o médico.

¹⁹⁵ John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford: Hart, 2008, p. 29 e s.

Esta alteração do quadro legal holandês veio a servir de apanágio para legislações futuras, adoptadas em outros países. Ainda de referir que a Holanda foi pioneira na Europa nesta matéria, tendo sido o primeiro Estado europeu a permitir a eutanásia activa directa (realizada por médico)¹⁹⁷.

No preâmbulo da Lei são enfatizados os seus principais objectivos, designadamente a transparência da prática de eutanásia e a certeza jurídica. Em termos concretos, a Lei procede a duas importantes alterações ao Código Penal holandês — designadamente, os seus artigos 293 e 294, relativos, respectivamente, ao homicídio a pedido da vítima e à ajuda ou incitamento ao suicídio — e estabelece critérios de cuidado devido que devem ser cumpridos com vista à justificação da conduta do médico¹⁹⁸.

Assim, nos termos do n.º 1 do art. 293 do Código Penal holandês (Homicídio a pedido da vítima), quem matar outrem a pedido expresso e sério da vítima é punido com pena de prisão até 12 anos ou com pena de multa. Contudo, nos termos do n.º 2, a conduta descrita no n.º 1 não é punível se tiver sido praticada por médico que tenha cumprido os critérios de cuidado devido referidos no art. 2 da Lei e que informe o médico-legal municipal do facto nos termos do art. 7, n.º 2 da Lei de Enterros e Cremações¹⁹⁹.

No que à matéria do suicídio diz respeito, estabelece o n.º 1 do art. 294 do Código Penal holandês que quem intencionalmente incitar outrem a cometer suicídio será punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. Acrescenta o n.º 2 deste artigo que quem intencionalmente assistir ao

¹⁹⁶ Marc Groenhuijsen/Floris van Laanen, “Euthanasia in the broader Framework of Dutch penal policies”, in: Marc Groenhuijsen/Floris van Laanen (Eds.), *Euthanasia in International and Comparative Perspective*, Nijmegen: Wolf, 2006, p. 195 e s., p. 208. e John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 82.

¹⁹⁷ Veja-se Nuno Ferreira, “A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública”, *Lex Medicinæ* 3 (2006), p. 137 e s., p. 144 e s.

¹⁹⁸ Assim também Marc Groenhuijsen/Floris van Laanen, “Euthanasia in the broader Framework of Dutch penal policies” (cit.), p. 208.

¹⁹⁹ Este último inciso sendo ainda uma reminiscência do regime anterior a 2002. Criticamente, John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 83.

suicídio de outrem ou lhe prestar auxílio material para esse fim é punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa se o suicídio se consumar, sendo analogicamente aplicável o disposto no n.º 2 do art. 293. Ou seja, sendo praticado por médico e cumprindo-se os requisitos do art. 2 da Lei, a conduta não é punível.

Os requisitos de cuidado devido para que a conduta seja justificada encontram-se, como já mencionamos, no art. 2 da Lei, e tais requisitos — espelhados no n.º 1 — são seis, significando que o médico tem de: *(i)* estar convicto de que o pedido feito pelo doente foi voluntário e bem reflectido; *(ii)* estar convicto de que o sofrimento do doente é duradouro e insuportável; *(iii)* informar o doente sobre a sua situação e sobre as suas perspectivas (prognóstico); *(iv)* juntamente com o doente, estar convicto de que não existe outra solução razoável para a situação em que o paciente se encontra; *(v)* conferenciar com, pelo menos, um outro médico independente que veja o doente e dê a sua opinião por escrito sobre os quatro requisitos anteriores; e *(vi)* terminar a vida ou assistir o suicídio com o devido cuidado.

No caso de o doente ser maior de 16 anos e já não ser capaz de expressar a sua vontade, mas anteriormente a esta condição ser considerado ter um discernimento razoável dos seus interesses e tiver feito uma declaração por escrito formulando um pedido de terminação da vida ou de suicídio assistido, o médico poderá executar o seu pedido, sendo os requisitos de cuidado devido previstos no n.º 1 aplicáveis analogicamente (n.º 2 do art. 2 da Lei).

Se o paciente menor, com uma idade entre os 16 e os 18 anos, for considerado possuir discernimento razoável em relação aos seus interesses, o médico poderá executar o pedido do paciente de terminação de vida ou de suicídio assistido, após os seus pais e/ou o seu tutor terem sido envolvidos no processo decisório (n.º 3 do art. 2º da Lei). Se o paciente menor tiver uma idade compreendida entre os 12 anos e os 16 anos e for considerado ter um

discernimento razoável no respeitante aos seus interesses, o médico poderá levar a cabo o pedido do paciente, conquanto os pais e/ou o tutor concordem com a terminação da vida ou com o suicídio assistido, aplicando-se analogicamente o disposto no n.º 2 (n.º 4 da Lei)²⁰⁰.

b. Testamento biológico (directivas de paciente)

Na Holanda — excepto o disposto no art. 2, n.º 2 da Lei acima referido — não pode considerar-se existir uma verdadeira regulamentação das directivas do paciente; antes há normas que lhe fazem referência, dando, desta forma, a indicação de as mesmas serem reconhecidas e vinculativas no respectivo ordenamento jurídico. Não obstante, não podemos observar nenhuma lei específica que estabeleça, de forma expressa, os requisitos e pressupostos de uma directiva de paciente.

Nesta sequência e atento o disposto no art. 2º, n.º 2 da Lei, podemos, por um lado, afirmar que o autor da declaração tem de ser maior de 16 anos e capaz. Por outro lado, a declaração tem de ser feita por escrito.

Não existe, neste artigo, qualquer referência à validade (temporal) da declaração, nem quanto a outras exigências de forma (como, por exemplo, testemunhas).

Outro artigo a considerar, que alude às directivas do paciente é o art. 450, n.º 3 da Lei dos Contratos de Tratamento Médico, de 1994, nos termos do qual se um paciente for maior de 16 anos e não for considerado capaz de determinar os seus interesses quanto a cuidados de saúde, o prestador de cuidados (médico) deverá cumprir com a vontade presumida — tendencialmente relacionada com uma recusa de consentimento²⁰¹ — do

²⁰⁰ Cfr. ainda John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 82 e s.

²⁰¹ Pois como refere no n.º 1 deste artigo, qualquer procedimento com o propósito de implementação de um tratamento médico requer o consentimento do paciente.

paciente, expressada por escrito enquanto este ainda era capaz, podendo, todavia, não cumprir tal vontade se considerar existirem razões para tanto.

Ou seja, se podemos observar existir o reconhecimento legal da figura, a mesma não tem os seus contornos claramente definidos.

V.1.1.2. Bélgica

a. Eutanásia e suicídio assistido

Desde 28 de Maio de 2002 que a Bélgica tem uma lei da eutanásia²⁰², tornando-a permitida²⁰³ mediante determinados pressupostos²⁰⁴. Considera-se nesta Lei, nos termos do seu art. 2º, que a eutanásia é *l'acte, pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne à la demande de celle-ci*²⁰⁵, sendo que a mesma não constitui facto punível conquanto sejam cumpridas as condições e o procedimento estabelecidos no art. 3º da referida Lei. Todavia, o percurso até à promulgação desta lei pode indicar-se como tendo tido o seu começo no início da década de 80 do séc. XX²⁰⁶, na medida em que é a partir

²⁰² A qual foi aprovada na sessão plenária da Câmara dos Representantes em 16 de Maio de 2002 e entrou em vigor a 23 de Setembro de 2002. Cfr. Walter de Bondt/Thierry Vansweevel, “Euthanasia in Belgium”, in: Marc Groenhuijsen/Floris van Laanen (Eds.), *Euthanasia in International and Comparative Perspective*, Nijmegen: Wolf, 2006, p. 27 e s., p. 27 e ainda Chiara Tripodina, *Il Diritto nell'Età della Técnica* (cit.), p. 265.

²⁰³ Antes da aprovação da lei, a eutanásia era proibida, sendo punível como homicídio (art. 393º do Código Penal belga) ou como assassinato (art. 394º do Código Penal belga).

²⁰⁴ Razão pela qual não trataremos em particular dos crimes de homicídio ou assassinato.

²⁰⁵ Esta definição constava já da recomendação da Comissão Consultiva de Bioética de 12 de Maio de 1997, cujo teor pode ser consultado em <http://www.health.belgium.be/portal/Healthcare/Consultativebodies/Committees/Bioethics/Opinions/index.htm>. Veja-se ainda, sobre a origem da definição, Maurice Adams/Herman Nys, “Comparative Reflections on the Belgian Euthanasia Act 2002”, *Medical Law Review* 11, 2003, p. 353 e s., p. 355 e s.

²⁰⁶ Assim, John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 276 e s. Contudo, situando o momento de viragem em 1996, Yvon Englert, “Belgium —

daqui que, tendo já tido início o debate social, se inicia o debate político através da apresentação das primeiras propostas de lei no Parlamento, ainda que destinadas a serem chumbadas, em virtude da existência de um governo formado por democratas-cristãos. Um dos eventos mais significativos no caminho da aprovação da lei de 2002 foi uma Recomendação da Comissão Consultiva de Bioética, em 12 de Maio de 1997. Esta Comissão, composta por 35 membros representativos de diversas áreas científicas e sensibilidades políticas e religiosas²⁰⁷, continha quatro propostas relativas à legislação sobre eutanásia, correspondentes às visões dos quatro grupos de opinião que se formaram no âmbito da mesma. Interessante notar que as propostas iam desde a legalização da eutanásia até à manutenção da situação legal vigente²⁰⁸. A esta recomendação seguiu-se uma outra, relativa ao fim da vida de pacientes incapazes, em 22 de Fevereiro de 1999, a qual acentuou as divergências já manifestadas aquando da primeira Recomendação. Contudo, foi aquando da mudança acentuada de cor política no Governo belga²⁰⁹ que teve início a fase que culminou com a aprovação da Lei de 2002. A partir daqui, com base no ponto 11 do acordo de coligação²¹⁰, começou um processo legislativo com um

Evolution of the debate”, in: *Ethical Eye — Euthanasia. Vol. II — National and European Perspectives*, Council of Europe Publishing, 2004, p. 13 e s., p. 13.

²⁰⁷ Maurice Adams/Herman Nys, “Comparative Reflections on the Belgian Euthanasia Act 2002” (cit.), p. 355.

²⁰⁸ John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 280 e ainda Yvon Englert, “Belgium — Evolution of the debate” (cit.), p. 14 e s.

²⁰⁹ Ou seja, nas eleições de 1999, em que foi possível formar um governo sem a presença dos democratas-cristãos, contando apenas com liberais, socialistas e verdes.

²¹⁰ Segundo o qual “In recent years biological and bio-medical science has made significant advances. Fundamental interference has become possible in human life. However, our country has not yet succeeded in working out a legislative Framework appropriate to this development and suitable for a modern and democratic society. Parliament must be enabled to fulfil its responsibility on such matters, including euthanasia, and must do this on the basis of each individual’s convictions”. Cfr. John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 283.

denominador comum — exceptuando os democratas-cristãos —: a ideia de autodeterminação deveria ser central²¹¹.

Feito este breve percurso introdutório, cumpre analisar as condições e pressupostos estabelecidos na Lei da Eutanásia belga.

A primeira condição estabelecida na Lei é que aquele que leve a cabo a eutanásia (activa directa e voluntária) seja um médico, que se deve assegurar de que: (i) o paciente é maior ou menor emancipado, capaz e consciente no momento do seu pedido; (ii) o pedido é formulado de forma voluntária, reflectida e reiterada e que não resulta de uma pressão externa; (iii) o paciente sofre de doença grave e incurável que lhe provoca um sofrimento físico ou psíquico constante e insuportável que não possa ser atenuado e (iv) o médico respeite as condições e procedimentos prescritos na lei (art. 3º, § 1 da Lei).

Por seu turno, o médico deverá respeitar os seguintes procedimentos: (i) informar o paciente sobre o seu estado de saúde e a sua esperança de vida, concertar-se com o paciente sobre o seu pedido de eutanásia e discutir com ele as possibilidades terapêuticas ainda existentes, assim como as possibilidades que oferecem os cuidados paliativos e suas consequências. Deve chegar à conclusão de que o pedido do paciente é inteiramente voluntário e razoável face à sua situação; (ii) assegurar-se da persistência do sofrimento físico ou psíquico do paciente e da sua vontade reiterada. Para tal fim, deverá ter vários encontros com o paciente, em um espaço de tempo razoável em relação à evolução do seu estado; (iii) consultar um outro médico quanto ao carácter grave e incurável da doença, precisando as razões da consulta. O médico consultado toma conhecimento do dossier clínico, examina o paciente e assegura-se do carácter constante, insuportável e irremediável do sofrimento físico ou psíquico, redigindo um relatório com as suas conclusões. O médico consultado deve ser independente, tanto em relação ao paciente como ao seu médico assistente e ser especialista na

²¹¹ John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 284.

patologia em causa. O médico assistente informará o paciente sobre os resultados da consulta; (iv) se existir uma equipa assistente, deve discutir o pedido com a equipa ou com alguns dos seus membros; (v) se tal for a vontade do paciente, discutir o pedido com os seus familiares próximos ou com quem aquele indicar; (vi) assegurar-se que o paciente teve oportunidade de discutir o pedido com as pessoas que lhe são próximas (art. 3º, § 2, da Lei)²¹².

No caso da doença em causa, não obstante grave e incurável, não ser mortal, pode ainda haver lugar a eutanásia, conquanto o médico assistente, nesse caso, consulte um outro médico, psiquiatra ou especializado na patologia em causa, nos termos da consulta exigida em (iii) *supra* e, ademais, deixe transcorrer pelo menos um mês entre o pedido do paciente e a eutanásia (art. 3º, § 3, da Lei). Todavia, é permitido ao médico recusar a prática de eutanásia, caso em que deverá o mesmo informar, em tempo útil, o paciente, explicitando as suas razões (art. 14º da Lei).

Finalmente, o pedido do doente deve ser feito por escrito (redigido, datado e assinado pelo próprio, excepto quando o mesmo não o consiga, situação em que deverá ser uma terceira pessoa, maior — sem qualquer interesse material na morte do doente —, da sua escolha, a fazê-lo na presença do médico), podendo ser revogado a qualquer momento pelo mesmo (art. 3º, § 4, da Lei). Todos os documentos e relatórios acima referidos deverão constar do dossier clínico do paciente (art. 3º, § 5, da Lei).

Para acompanhamento e controlo da avaliação da aplicação da Lei da Eutanásia, estabelece-se, no Capítulo V da Lei (arts. 6º a 13º), uma Comissão Federal, composta por 16 membros, que deve, ademais, estabelecer um documento de registo — que deve ser preenchido pelo médico de cada vez

²¹² Veja-se ainda Chiara Tripodina, *Il Diritto nell'Età della Técnica* (cit.), p. 266 e John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 306 e s.

que pratique eutanásia — de modo a verificar que a eutanásia foi feita sob os termos e condições estabelecidos na lei (art. 7º e 8º da Lei).

Em termos mais amplos, e como consideração final, de sublinhar que a Lei da Eutanásia não se aplica ao suicídio assistido, sendo uma das justificações apontadas o facto de o Código Penal belga não conter incriminação nem relativa ao suicídio nem relativa à ajuda ao suicídio²¹³, ainda que tal fundamentação não seja isenta de dúvidas²¹⁴.

b. Testamento biológico (ou declaração antecipada)

A Lei da Eutanásia estabelece, no seu Capítulo III, as disposições relativas à declaração antecipada. De acordo com o art. 4º, § 1, da Lei, todo aquele que seja maior ou menor emancipado capaz pode, para o caso em que não possa já manifestar a sua vontade, consignar por escrito, em uma declaração, a sua vontade de que um médico pratique eutanásia no caso de constatar que ele sofre de uma doença acidental ou patológica grave e incurável, que ele está inconsciente e que a sua situação é irreversível segundo o actual estado da arte.

Ainda segundo o mesmo artigo, a declaração poderá designar uma ou mais pessoas de confiança, maiores, indicadas por ordem de preferência, que deverão pôr o médico assistente ao corrente da vontade do paciente. Esta declaração poderá ser feita a todo o tempo, devendo ser redigida por escrito perante duas testemunhas maiores — em que pelo menos uma delas não tenha qualquer interesse material na morte do paciente —, data e assinada pelo declarante, pelas testemunhas e pelo representante do paciente, no caso de o mesmo existir. A declaração apenas será considerada válida se tiver sido

²¹³ Cfr. Thela Wernstedt, *Sterbehilfe in Europa*, Frankfurt: Peter Lang, 2004, p. 40.

²¹⁴ Maurice Adams/Herman Nys, “Comparative Reflections on the Belgian Euthanasia Act 2002” (cit.), p. 356.

redigida ou confirmada menos de cinco anos antes do início da impossibilidade de manifestação da vontade, podendo a mesma declaração ser retirada ou adaptada a todo o tempo²¹⁵.

A questão da formulação da validade da declaração no texto da lei tem sido criticada por alguns autores, dado que apresenta o prazo de cinco anos não a contar desde o momento da execução da declaração, mas antes a partir do momento da impossibilidade de manifestação da vontade, o que pode levar a algumas inseguranças. Todavia, ainda que atempadamente chamada a atenção para este aspecto, os custos em termos de tempo de alterar novamente o texto da lei prevaleceram sobre a vantagem da sua correcção²¹⁶.

O Decreto Real de 2 de Abril de 2003 contém um modelo de declaração antecipada de eutanásia, apesar de não existir obrigatoriedade de utilização desse modelo. Todavia, a Lei da Eutanásia, nos termos do seu art. 4º, § 1 delega ao Rei — ou seja, aos Ministros da Saúde e da Justiça, respectivamente — o poder de regular a forma como as declarações antecipadas são registadas e tornadas disponíveis para os médicos em causa. Esta regulamentação ocorreu através do Decreto Real de 27 de Abril de 2007. O que, afinal, vem a significar que apenas as declarações antecipadas feitas de acordo com o modelo podem ser registadas e transmitidas para a base de dados criada para o efeito, a qual, aliás, é onde o médico se deverá dirigir no caso de assistir um paciente que já não possa expressar a sua vontade²¹⁷.

²¹⁵ Cfr. Chiara Tripodina, *Il Diritto nell'Età della Tecnica* (cit.), p. 268 e s.; John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 319 e s.; Walter de Bondt/Thierry Vansweveld, “Euthanasia in Belgium”(cit.), p. 48 e s. e Maurice Adams/Herman Nys, “Comparative Reflections on the Belgian Euthanasia Act 2002” (cit.), p. 363 e s.

²¹⁶ Maurice Adams/Herman Nys, “Comparative Reflections on the Belgian Euthanasia Act 2002” (cit.), p. 364 e s.

²¹⁷ John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 320.

V.1.1.3. Luxemburgo

a. Eutanásia e suicídio assistido

O Luxemburgo faz, desde 2009 (Lei de 16 de Março de 2009, sobre a Eutanásia e a Assistência ao Suicídio), parte dos países que contêm legislação específica sobre eutanásia, muito na linha da legislação belga de 2002²¹⁸. O debate público sobre as questões relacionadas com os cuidados paliativos, testamento biológico e eutanásia no Luxemburgo começou, fundamentalmente, em 1996, na Câmara dos Deputados. Após o que, logo em 1999, existiu um relatório extraordinário sobre cuidados paliativos e eutanásia da parte da Comissão de Ética parlamentar.

De acordo com o artigo 1º, para os efeitos da Lei, entende-se como eutanásia o acto praticado por um médico, que põe intencionalmente fim à vida de uma pessoa a pedido expresso e voluntário desta. E por assistência ao suicídio entende-se o facto de um médico ajudar intencionalmente outra pessoa a suicidar-se ou obter junto de outrem os meios para tal efeito, a pedido expresso e voluntário daquela.

O art. 2º, n.º 1 da Lei estabelece as condições em que a prática de eutanásia ou suicídio assistido não é punível, designadamente: (i) o paciente ser maior, capaz e estar consciente no momento do pedido²¹⁹; (ii) o pedido ser formulado de forma voluntária, reflectida e repetida, não resultando de qualquer pressão exterior; (iii) o paciente encontrar-se em uma situação médica incurável, da qual resulte sofrimento físico ou psíquico constante e

²¹⁸ Ainda que, como se verá de imediato, a lei luxemburguesa preveja expressamente — ao contrário da lei belga, que o exclui — o suicídio assistido. Ainda de notar que esta Lei foi aprovada juntamente com a Lei de 16 de Março de 2009 relativa aos cuidados paliativos, à directiva antecipada e ao acompanhamento em fim de vida.

²¹⁹ Não podemos aqui deixar de sublinhar que a lei luxemburguesa exclui do universo de destinatários os menores emancipados, diversamente do que sucede na lei belga.

insuportável sem perspectivas de melhora, em resultado de uma doença accidental ou patológica; *(iv)* o pedido de eutanásia ou suicídio assistido do paciente ser formulado por escrito.

As condições formais e procedimentos a seguir pelo médico assistente encontram-se dispostos no art. 2º, n.º 2, sendo, na sua maioria, idênticos àqueles exigidos pela lei belga. As diferenças podem ser sintetizadas da seguinte forma: *(i)* o pedido do doente pode ser respeitante a eutanásia ou a suicídio assistido; *(ii)* o médico assistente apenas poderá conferenciar com a equipa de apoio no caso de não existir oposição do doente; *(iii)* o médico assistente apenas poderá discutir com a pessoa de confiança indicada pelo doente se não existir oposição deste último; *(iv)* o médico assistente deverá informar-se junto da Comissão Nacional de Controlo e Avaliação se as disposições de fim de vida em nome do doente se encontram registadas.

Tal como na lei belga, o documento deve ser redigido, datado e assinado pelo próprio doente, apenas podendo ser redigido por um terceiro maior da sua escolha²²⁰ em caso de impossibilidade do próprio, sendo que o pedido pode ser revogado a todo o momento, caso em que o documento é retirado do dossier clínico, sendo restituído ao doente (art. 2º, parte final, da Lei).

Outro aspecto que diverge da lei belga é o facto de o médico assistente poder, se considerar existir tal necessidade, fazer-se acompanhar de aconselhamento por um perito da sua escolha e incluir a opinião ou atestado de intervenção deste último no dossier clínico do paciente (art. 3º da Lei).

Também na lei luxemburguesa se prevê a existência de uma Comissão Nacional de Controlo e de Avaliação da própria Lei (arts. 6º e s. da Lei), a qual

²²⁰ Em relação ao qual não se exige que não tenha qualquer interesse monetário na morte do doente; fundamental é que tenha sido o paciente a escolher tal pessoa. Escolha legislativa que — pensamos — deriva, por um lado, do facto de a declaração ter sempre de ser redigida na presença do médico assistente (cujo nome deverá também ser, neste caso, indicado no documento) e, por outro lado, por um motivo de valorização da autodeterminação do próprio doente, no sentido de a sua escolha não se encontrar limitada por quaisquer motivos.

é composta por nove membros (art. 6º, n.º 2, da Lei) e, para além das funções de acompanhamento, deve ainda estabelecer um documento de declaração oficial que deve ser preenchido pelo médico e remetido à Comissão de cada vez que ele pratica eutanásia (art. 7º da Lei).

O médico assistente pode recusar-se a praticar eutanásia ou suicídio assistido²²¹, devendo, nesse caso, informar, no prazo de 24 horas, as razões da sua recusa ao paciente e/ou a pessoa de confiança e, mediante solicitação do paciente e/ou da pessoa de confiança, remeter ao médico indicado por aquele(s) o seu dossier clínico (art. 15º da Lei).

De notar, ainda, que a Lei adita ao Código Penal, na secção dos crimes de homicídio, um artigo 397-1, nos termos do qual *ne tombe pas sous le champ d'application de la présente section le fait par un médecin de répondre à une demande d'euthanasie ou d'assistance au suicide dans le respect des conditions de fond visées à la loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide.*

b. Testamento biológico (Disposições de fim de vida e directivas antecipadas)

No Luxemburgo temos de diferenciar entre duas realidades, como sejam, as disposições de fim de vida — reguladas pela Lei de 16 de Março de 2009 sobre a Eutanásia e a Assistência ao Suicídio — e as directivas antecipadas, previstas na Lei de 16 de Março de 2009 relativa aos Cuidados Paliativos, à Directiva Antecipada e ao Acompanhamento em Fim de Vida. Iremos tratar, separadamente, de cada uma destas realidades.

No que toca às disposições de fim de vida, as mesmas referem-se especificamente àquelas disposições respeitantes a um pedido de eutanásia para o caso de o paciente se encontrar impossibilitado de manifestar a sua

²²¹ Sendo que mais nenhuma pessoa, a não ser um médico, poderá participar em uma eutanásia ou em um suicídio assistido.

vontade²²². Nos termos do art. 4º, n.º 1 da Lei de 16 de Março de 2009 sobre a Eutanásia e a Assistência ao Suicídio, toda a pessoa maior e capaz pode consignar por escrito as circunstâncias e as condições nas quais deseja ser sujeita a uma eutanásia se o médico constatar que é vítima de uma doença accidental ou patológica grave e incurável, que está inconsciente e que tal situação é irreversível segundo o actual estado da arte. Estas disposições podem ainda incluir um apartado específico onde o declarante fixe as medidas a tomar quanto ao modo de sepultura — enterro ou cremação — e à cerimónia fúnebre. Nas disposições de fim de vida o declarante pode também indicar uma pessoa maior da sua confiança que deverá pôr o médico assistente ao corrente da vontade do declarante segundo as suas últimas declarações a esse propósito.

As disposições de fim de vida deverão ser registadas no quadro de um sistema oficial de registo sistemático das mesmas, gerido pela Comissão Nacional de Controlo e Avaliação (art. 4º, n.º 2 da Lei de 16 de Março de 2009 sobre a Eutanásia e a Assistência ao Suicídio).

Quanto à validade destas disposições, estabelece o referido preceito legal que *les dispositions de fin de vie peuvent être réitérées, retirées ou adaptées à tout moment. La Commission Nationale de Contrôle et d'Evaluation est tenue de demander une fois tous les cinq ans, à partir de la demande d'enregistrement, la confirmation de la volonté du déclarant. Tous les changements doivent être enregistrés auprès de la Commission Nationale de Contrôle et d'Evaluation. Toutefois, aucune euthanasie ne peut être pratiquée si, à la suite des démarches qu'il est amené à faire en vertu du paragraphe 3 qui suit, le médecin obtient connaissance d'une manifestation de volonté du patient postérieure aux dispositions de fin de vie dûment enregistrées, au moyen de laquelle il retire son souhait de subir une euthanasie.*

²²² Como é evidente, no caso das disposições de fim de vida apenas pode estar em causa um pedido de eutanásia, pois se o doente se encontra impossibilitado de manifestar a sua vontade é porque se encontra inconsciente, pelo que, consequentemente, incapaz de se suicidar.

Por seu turno, as directivas antecipadas, previstas na Lei de 16 de Março de 2009 relativa aos Cuidados Paliativos, à Directiva Antecipada e ao Acompanhamento em Fim de Vida dizem respeito à limitação e interrupção de tratamento, incluindo as medidas de diminuição da dor²²³.

De acordo com o art. 5º, n.º 1, desta Lei, qualquer pessoa pode exprimir a sua vontade relativa ao fim de vida em um documento designado de “directiva antecipada”, em que, além da sua vontade relativa ao tratamento e diminuição de dor em fim de vida, pode ainda incluir disposições referentes ao acompanhamento psicológico e espiritual, para o caso de se encontrar em uma fase avançada ou terminal de uma doença grave e incurável e não estar já em condições de exprimir a sua vontade. Também a directiva antecipada pode incluir a indicação de uma pessoa de confiança, que deverá ser ouvida pelo médico no caso de o paciente não estar em condições de o fazer (art. 5º, n.º 3 da Lei de 16 de Março de 2009 relativa aos Cuidados Paliativos, à Directiva Antecipada e ao Acompanhamento em Fim de Vida). Em termos formais, a directiva antecipada — assim como quaisquer aditamentos ou alterações que lhe sejam feitos — deverá ser feita por escrito, datada e assinada pelo autor, podendo ser alterada ou anulada a todo o tempo (art. 5º, n.º 4 da Lei de 16 de Março de 2009 relativa aos Cuidados Paliativos, à Directiva Antecipada e ao Acompanhamento em Fim de Vida).

No que toca aos efeitos da directiva antecipada, (i) a mesma deve ser tida em conta pelo médico assistente, (ii) no caso de a pessoa se encontrar em

²²³ De notar que a Lei de 16 de Março de 2009 relativa aos Cuidados Paliativos, à Directiva Antecipada e ao Acompanhamento em Fim de Vida estabelece, no seu artigo 2º que *N'est pas sanctionné pénalement et ne peut donner lieu à une action civile en dommages-intérêts le fait par un médecin de refuser ou de s'abstenir de mettre en oeuvre, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, des examens ou traitements inappropriés par rapport à l'état de la personne en fin de vie et qui, selon les connaissances médicales du moment, n'apporteront à la personne en fin de vie ni soulagement ni amélioration de son état ni espoir de guérison. La disposition qui précède s'entend sans préjudice de l'obligation pour le médecin soit de prodiguer lui-même à la personne en fin de vie les soins palliatifs définis à l'article que précède soit de les initier.* Ou seja, as normas relativas à directiva antecipada deverão ser lidas com este enquadramento.

fase avançada ou terminal de uma doença grave e incurável e já não possa expressar a sua vontade, o médico deverá inquirir a pessoa de confiança indicada — no caso de haver uma designada — ou quem possa ter de tanto conhecimento sobre a existência de uma directiva antecipada, que possa ainda não figurar no dossier clínico do paciente, (iii) o médico deverá avaliar se as previsões da directiva correspondem à situação visada pela pessoa em fim de vida e ter em conta a evolução dos conhecimentos médicos depois da sua redacção, (iv) se o médico se afastar do conteúdo da directiva antecipada, deverá indicar as razões para tanto no dossier clínico da pessoa em fim de vida e informar a pessoa de confiança ou, na falta desta, a família e, por último, (v) se a directiva antecipada for contrária às convicções do médico assistente, este último, em conjugação com a pessoa de confiança ou com a família, deve, no prazo de 24 horas, transferir a pessoa em fim de vida para um colega disposto a respeitá-la (art. 6º da Lei de 16 de Março de 2009 relativa aos Cuidados Paliativos, à Directiva Antecipada e ao Acompanhamento em Fim de Vida).

Finalmente, no respeito ao acesso à directiva, o mesmo é livre a pedido de todo o médico que acompanhe uma pessoa em fase avançada ou terminal de uma doença grave e incurável, independentemente dos motivos. Ademais, o autor da directiva antecipada pode, ele próprio, remetê-la ao pessoal médico por ocasião de uma hospitalização, ou ao seu médico assistente. Se a directiva antecipada tiver sido remetida a um outro depositário pela pessoa em fim de vida e aquele tome conhecimento do estado avançado ou terminal de um doença grave e incurável — independentemente da causa — do seu autor, tal depositário deverá remetê-la ao pessoal médico encarregado da pessoa em fim de vida. Em qualquer caso, a directiva antecipada deverá ser junta ao dossier clínico do seu autor (art. 7º da Lei de 16 de Março de 2009 relativa aos Cuidados Paliativos, à Directiva Antecipada e ao Acompanhamento em Fim de Vida).

V.1.1.4. Suíça

a. Eutanásia e suicídio assistido

Na Confederação Suíça não existe uma lei específica sobre a questão da eutanásia ou do suicídio assistido, regendo, aqui, o disposto no respectivo Código Penal.

No ordenamento jurídico-penal suíço são duas as normas do Código Penal que devem ser tidas em consideração no que respeita à eutanásia e ao suicídio assistido, designadamente os artigos 114 e 115 do Código Penal suíço. O primeiro respeita ao homicídio a pedido da vítima e o segundo ao incitamento ou ajuda ao suicídio.

Nos termos do art. 114, quem matar outrem por motivos piedosos a pedido sério e instante da vítima será punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. De notar que nesta norma o privilegiamento exige uma determinação específica por parte do agente.

Por seu turno, dispõe o art. 115 que quem, por motivos egoístas, incitar outrem ao suicídio ou para esse fim lhe prestar auxílio é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa se o suicídio for tentado ou vier a consumar-se²²⁴. Dito de outra forma: a ajuda ao suicídio apenas é punível se baseada em motivos egoístas²²⁵, o que significará — seguindo-se a terminologia aqui adoptada — que o suicídio assistido não é punível²²⁶.

²²⁴ Mais aprofundadamente, Martin Schubarth, “Assistierter Suizid und Tötung auf Verlangen”, *ZStrR (Revue Pénale Suisse)*, 127 (2009), p. 3 e s.

²²⁵ É a partir desta premissa — a criminalização do comportamento apenas quando em causa estejam motivos egoístas — que se deu a afirmação da prática do suicídio assistido na Confederação Suíça, através de organizações como a EXIT ou a Dignitas, sendo que esta prática se encontra já em fase consensual, e é actualmente encarada como uma questão de direitos humanos, tendo inclusivamente já sido reconhecida pelo Parlamento suíço em 2001. Cfr. Georg Bosshard, “Switzerland”, in: John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams,

Verifica-se assim que a Suíça, não obstante ser conhecida enquanto país liberal, apontado como lugar onde a prática do suicídio assistido é largamente difundida e mesmo lícita, se apresenta, em termos normativos, de modo diferente. Desde logo, por conter uma incriminação relativa à ajuda e ao incitamento ao suicídio²²⁷. Na verdade, a Suíça, verdadeiramente, não dispõe de regulamentação específica nestas matérias, como acontece em outros países europeus, paradigmaticamente, os países da Benelux.

b. Testamento biológico (directivas antecipadas)

No Projecto de Revisão do Código Civil suíço²²⁸ prevê-se, no patamar federal, uma uniformização das disposições normativas existentes ao nível cantonal em matéria de directivas antecipadas.

Assim, de acordo com o futuro art. 370 do Código Civil suíço, toda a pessoa capaz de discernir pode determinar, em directivas antecipadas, os tratamentos médicos em relação aos quais consente ou não, para o caso de se tornar incapaz de discernir (n.º 1). Além disso, pode ainda designar uma pessoa física que o representará nas conversas com o médico sobre os cuidados de saúde que lhe serão administrados e que decidirá em seu nome no caso de se tornar incapaz de discernir, podendo também subordinar a decisão ao respeito de instruções suas (n.º 2). Por último, pode prever soluções de

Euthanasia and Law in Europe (cit.), p. 468. Em meados de Maio de 2011, na sequência de um referendo no Cantão de Zurique, voltou a poder verificar-se tal consenso em torno destas práticas. Com efeito, uma das propostas que visava a criminalização do suicídio assistido *tout court* foi respondida com uma percentagem negativa de 86%.

²²⁶ Pois que, por definição, o mesmo não é baseado em motivos egoístas.

²²⁷ E que se poderá afirmar ter servido de inspiração ao Projecto de Eduardo Correia, que também continha a exigência dos motivos egoístas. Cfr. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 135º (cit.), § 6, p. 78.

²²⁸ Aprovado em Dezembro de 2008 e que entrará em vigor dia 1 de Janeiro de 2013.

substituição para o caso de a pessoa designada não aceitar o mandato, não ser capaz de o cumprir ou o revogar (n.º 3).

Nos termos do futuro art. 371 do Código Civil suíço, as directivas antecipadas deverão ter a forma escrita e ser datadas e assinadas pelo seu autor (n.º 1). O autor das directivas poderá fazer inscrever a constituição e o local de depósito das mesmas no seu cartão de saúde. O Conselho Federal deverá regulamentar a matéria do acesso às directivas (n.º 2). A norma relativa à revogação do mandato devido a ineptidão aplica-se analogicamente às directivas antecipadas (n.º 3).

Sempre que um médico assista um paciente incapaz de discernir e ignore se este redigiu directivas antecipadas, deverá informar-se sobre a sua existência, consultando o cartão de saúde do paciente, salvo tratar-se de um caso urgente, conforme estabelece o futuro art. 372, n.º 1 do Código Civil suíço. O médico deverá ainda respeitar as directivas antecipadas do paciente, excepto se as mesmas violarem normas legais ou se existir séria dúvida que elas sejam expressão da vontade livre do paciente ou que correspondam à vontade presumida face à situação concreta (n.º 2 do citado artigo). Ao que acresce que o médico deverá fazer constar do dossier clínico os motivos pelos quais não respeitou as directivas antecipadas (n.º 3 do futuro art. 372 do Código Civil).

Finalmente, e nos termos do futuro art. 373 do Código Civil suíço, qualquer pessoa próxima do paciente pode recorrer, por escrito, à autoridade de protecção de adultos invocando o facto de (i) que as directivas antecipadas do paciente não são respeitadas; (ii) que os interesses do paciente estão comprometidos ou se arriscam a sê-lo; (iii) que as directivas antecipadas não são expressão da livre vontade do paciente (n.º 1). A este procedimento são aplicadas analogicamente as regras de intervenção da autoridade de protecção de adultos no quadro do mandato por ineptidão.

V.1.1.5. Alemanha

a. Eutanásia e suicídio assistido

Na Alemanha, no que à eutanásia e ao suicídio assistido diz respeito importa, por sobretudo, ter em atenção o Código Penal (StGB), uma vez que este país não dispõe de legislação específica sobre esta matéria.

O StGB, como aliás, acontece na maioria dos países ocidentais, não contempla nenhuma incriminação do suicídio. E, em virtude do princípio da acessoriedade, não contempla, de igual modo, uma incriminação de participação no suicídio²²⁹.

No patamar da eutanásia deve ter-se em conta o § 216 do StGB, relativo ao homicídio a pedido da vítima (*Tötung auf Verlangen*). Nos termos deste artigo — que constitui um privilegiamento do homicídio (§ 212 StGB [*Totschlag*]) —, quem matar outrem determinado pelo seu pedido expreso e sério, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, sendo a tentativa punível.

Contudo, face às incertezas geradas por este quadro legal, têm existido propostas de reforma no sentido de alterar o Código Penal. A primeira surgiu em 1986, pretendendo uma clarificação dos comportamentos puníveis (*Alternativentwurf Sterbehilfe* [AE-StH])²³⁰. Mais recentemente, em 2005, foi apresentada uma segunda proposta, a qual, baseando-se na de 1986, visou precisar alguns aspectos da primeira (*Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung* [AE-StB])²³¹. Iremos deter-nos um pouco sobre estas propostas.

²²⁹ Sinteticamente, sobre os limites da não punibilidade, S/S/Eser, Vorbem §§ 211 ff, n.º m. 35 e s.

²³⁰ Esta proposta foi apresentada por um grupo de Professores de Direito e de Medicina. Cfr. Jürgen Baumann *et al.*, *AE-StH* (cit.).

²³¹ Heinz Schöch/Torsten Verrel, *AE-StB* (cit.).

A AE-StH apresenta três novos parágrafos, assim como uma alteração do § 216 StGB, conseqüentemente, consistindo a sua proposta nos §§ 214 a 216 do StGB. O § 214 desta proposta refere-se à interrupção ou omissão de medidas de sustentação da vida. De acordo com o disposto no n.º 1 desta norma, a interrupção ou omissão de medidas de sustentação da vida não é ilícita quando o visado o tenha pedido de forma expressa e séria (al. 1), quando o visado tenha, segundo o conhecimento médico, perdido irrecuperavelmente a consciência ou, no caso de um recém-nascido com grave malformação, nunca venha a ter consciência (al. 2), quando o visado não esteja em condições de prestar o seu consentimento relativo ao início ou continuação da medida e seja de presumir com base em sérios indícios que, face à duração ou decurso do seu estado de sofrimento, em especial, no caso de morte próxima, o visado rejeitaria tal medida (al. 3) ou ainda quando, a morte estando próxima, e tendo em vista o estado de sofrimento do visado e a falta de expectativas de um tratamento, o início ou a continuação de medidas de sustentação da vida já não sejam indicados de acordo com o conhecimento médico. Acrescenta ainda o n.º 2 deste § 214 que o n.º 1 também é aplicável no caso de a situação do visado se referir a uma tentativa de suicídio.

O § 214a da AE-StH refere-se às medidas de diminuição da dor. Estabelece-se aqui que quem actue como médico ou sob ordens médicas sobre um doente terminal e que, face ao seu consentimento expresso ou presumido, tome medidas de diminuição da dor para aliviar o seu estado de sofrimento que possam ter como consequência não evitável a aceleração da morte, não actua de forma ilícita.

Relativamente ao § 215 desta proposta, o mesmo versa sobre a não evitação de um suicídio. De acordo com o n.º 1, quem omitir evitar o suicídio de outrem não actua ilicitamente quando o suicídio resultar de uma decisão reconhecidamente livre, responsável, expressa e esclarecida ou séria. O n.º 2 exclui a possibilidade de tal decisão quando o suicida ainda não tiver 18 anos

ou quando a determinação da sua vontade estiver afectada nos termos dos §§ 20 e 21 do StGB²³².

Por último, propõe-se na AE-StH uma alteração ao § 216, aditando-se-lhe um n.º 2 e passando o actual n.º 2 — respeitante à punibilidade da tentativa — a constituir o n.º 3. Assim, mantendo o sentido geral do n.º 1, acrescenta o n.º 2 que o tribunal pode, respeitando os requisitos expressos no n.º 1, dispensar de pena quando o homicídio visar pôr fim a um grave estado de sofrimento, já não mais suportável, do visado, que não pudesse ser resolvido ou diminuído de outra forma.

A AE-StB parte desta proposta, mas apresenta algumas alterações, especialmente pretendendo integrar a ideia de testamento biológico na legislação penal. Assim, a AE-StB, mantendo o § 216 completamente inalterado, apresenta quatro novos Parágrafos.

O § 214 da AE-StB refere-se à terminação, limitação ou omissão de medidas de sustentação da vida. Mantendo uma estrutura igual à da AE-StH, dela apenas se distingue na epígrafe e na alínea 2 do n.º 1²³³, segundo a qual a terminação, limitação ou omissão de medidas de sustentação da vida não é ilícita quando o visado o tenha validamente declarado por escrito em um testamento biológico para o caso de se encontrar impossibilitado de manifestar a sua vontade.

No § 214a apresentado nesta proposta, relativo às medidas de diminuição da dor, pode verificar-se alguma alteração de redacção. Estabelece-se aqui que quem actue como médico ou sob ordens médicas junto de um doente terminal com o seu consentimento expresso, ou em virtude de um testamento biológico escrito válido ou de acordo com o consentimento

²³² Relativos, respectivamente, à inimputabilidade em razão de anomalia psíquica e correlativa atenuação da pena.

²³³ Havendo umas alterações de pormenor, como, por exemplo, o acréscimo do tipo de doença na segunda parte da alínea 3 do n.º 1, quando na AE-StH apenas se referia a duração e a decurso da doença.

presumido, e segundo as *leges artis*, aplique medidas para diminuição de sofrimento grave que não possa ser combatido de outra forma, não actua ilicitamente quando através de tais medidas possa ocorrer como consequência secundária e não previsível a aceleração da morte.

No que toca ao § 215 da AE-StB, mantendo-se idêntico ao § 215 da AE-StH, adita-lhe apenas um n.º 3, nos termos do qual, na medida em que as causas de exclusão do n.º 2 — inimputabilidade — não se verificarem, não será de excluir um suicídio livre em relação aos doentes terminais.

Verdadeiramente diferente da AE-StH é o § 215 proposto na AE-StB, referente à ajuda ao suicídio determinado por ganância, ou seja: quem ajudar ao suicídio de outrem determinado por ganância será punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa²³⁴.

b. Testamento biológico (disposição do paciente)

O testamento biológico ou disposição do paciente (*Patientenverfügung*) encontra regulamentação específica na Alemanha desde 2009²³⁵, no Código Civil alemão (BGB).

Nos termos do § 1901a, se um maior capaz tiver disposto por escrito para o caso da sua incapacidade de consentir, quanto ao facto de consentir ou não sobre determinadas intervenções ou tratamentos médicos, o representante deverá verificar se tais disposições se adequam às actuais condições médicas e de vida. Se assim for, o representante deverá fazer valer a vontade do representado. A disposição do paciente poderá ser revogada a todo o tempo e por qualquer forma (n.º 1). No caso de não existir uma disposição do paciente

²³⁴ Para uma sinopse comparativa entre ambas as AE, cfr. S/S/Eser, Vorbem §§ 211 ff., n.º m. 32b e ainda Ulrich Schroth, “Sterbehilfe als strafrechtliches Problem. Selbstbestimmung und Schutzwürdigkeit des tödlich Kranken”, *GA* 2006, p. 549 e s.

²³⁵ Lei de 29 de Julho de 2009, que entrou em vigor a 1 de Setembro de 2009, também designada por *Patientenverfügungsgesetz*, que alterou o Código Civil, designadamente os §§ 1901a, 1901b e 1904.

ou de as disposições do mesmo não se adequarem à actual situação médica e de vida, o representante deverá determinar os desejos de tratamento ou a vontade presumida do representado e, desta forma, decidir se ele consentiria ou não na intervenção médica. A vontade presumida deve ser obtida através de indícios concretos. São de observar, em especial, anteriores manifestações orais ou escritas, convicções éticas ou religiosas e outras crenças pessoais do representado (n.º 2). Tal é aplicável independentemente do tipo e estágio da doença do representado (n.º 3). Ademais, ninguém pode ser obrigado à elaboração de uma disposição do paciente, sendo que a mesma também não pode ser condição de celebração de qualquer tipo de contrato (n.º 4).

Para comprovar a vontade do paciente, de acordo com o § 1901b do BGB, o médico assistente deverá verificar qual a intervenção médica indicada face ao estado geral e ao prognóstico do paciente. Médico e representante discutem esta medida observando a vontade do paciente como fundamento para a decisão a tomar nos termos do § 1901a (n.º 1). Na constatação da vontade do paciente nos termos do n.º 2 do § 1901a deverão ser ouvidos os familiares próximos e outras pessoas de confiança, na medida em que tal seja possível sem grandes dilatações de tempo (n.º 2).

Ainda relevantes para a matéria das disposições do paciente é o § 1904 do BGB, relativo à autorização judicial de intervenções médicas. Com efeito, o consentimento do representado em uma investigação do estado de saúde, um tratamento ou uma intervenção médicos carece de autorização judicial quando existir fundado perigo que o representado possa vir a falecer ou a sofrer sério agravamento duradouro do estado de saúde por causa de tal medida. A referida medida apenas pode ser realizada sem autorização judicial quando ao seu adiamento estiver associado um risco para o representado (n.º 1). O mesmo se aplica no caso da falta ou da revogação do consentimento por parte do representante.

Contudo, tal autorização judicial não é necessária quando exista entendimento entre o representante e o médico assistente no sentido de que o consentimento ou a sua falta ou revogação correspondem à vontade do representado obtida nos termos do § 1901a (n.º 4).

V.1.2. Conservadores

V.1.2.1. Itália

No ordenamento jurídico italiano tanto a eutanásia como o suicídio assistido se regulam pelo disposto no *Codice Penale*, mais concretamente, nos seus artigos 579 (Homicídio com consentimento, ou, em formulação mais próxima da nossa, com o consentimento da vítima) e 580 (Instigação ou ajuda ao suicídio).

O art. 579 do Código pune com pena de prisão de seis a quinze anos quem causar a morte de outrem com o seu consentimento. Todavia, se o facto for cometido contra menor de 18 anos, contra pessoa doente psicologicamente ou psiquicamente debilitada em razão de doença ou de abuso de substâncias alcoólicas ou psicotrópicas (estupefacientes) ou contra pessoa cujo consentimento haja sido obtido com violência, ameaça, sugestão ou engano, tal facto será punido como homicídio, nos termos dos arts. 575 a 577 do Código²³⁶. De notar que se exige que o consentimento seja sério, explícito e não equívoco e actual²³⁷.

²³⁶ Sendo o art. 575 o tipo base e os art. 576 e 577 tipos agravados. De entre as circunstâncias agravantes que podem assumir relevo para a eutanásia, somos a referir o uso de substâncias venenosas (art. 577, n.º 3) do Código ou a premeditação (art. 577, n.º 4, do Código).

²³⁷ Luigi Alibrandi, *Codice Penale. Commentato con la Giurisprudenza*, 29ª ed., Piacenza: La Tribuna, 2011, p. 1548 e Eugénio Galli, Art. 579, n.º m. 5, in: Emílio Dolcini/Giorgio Marinucci, *Codice Penale Commentato*, Vol. 2, IPSOA, 2007, p. 3827 e s.

Em relação à instigação ou ajuda ao suicídio, estabelece o art. 580, primeiro parágrafo, que quem determinar outrem ao suicídio ou lhe reforçar esse propósito, ou facilitar de qualquer modo a sua comissão é punido com pena de prisão de cinco a doze anos, no caso de o suicídio se consumir e, caso o suicídio não se consume, é punido com pena de prisão de um a cinco anos, sempre que da tentativa de suicídio resulte uma ofensa à integridade física grave ou muito grave²³⁸. Nos termos do segundo parágrafo deste artigo, as penas são agravadas se a vítima se encontrar em alguma das situações acima referidas²³⁹, sendo que, se a vítima for menor de 14 anos ou estiver privada da capacidade de entender e de querer — em suma, se for inimputável —, aplicar-se-ão as disposições relativas ao homicídio²⁴⁰. De modo sintético pode afirmar-se que todas as formas de eutanásia²⁴¹ se encontram, assim, proibidas no ordenamento jurídico-penal italiano²⁴².

No que se refere ao testamento biológico, não existe qualquer legislação específica sobre esta matéria.

Recentemente, foi aprovada a *Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, que introduziu no ordenamento jurídico italiano a figura do *amministratore di sostegno*, que visa tutelar a pessoa cuja capacidade se encontra limitada ou comprometida. Como se estabelece no art. 1º da Lei, *la presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia*

²³⁸ As ofensas à integridade físicas graves e muito graves encontram-se previstas no art. 583 do Código.

²³⁹ Ser menor de 18 anos ou em situação de incapacidade ou capacidade diminuída, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 579 do Código.

²⁴⁰ Mais concretamente, os arts. 572 (Maus tratos na família, com resultado morte); 575 e s. (Crimes contra a vida); 586 (Morte como consequência de outro delito) e 589 (Homicídio negligente).

²⁴¹ Em termos de eutanásia passiva, basta pensar no caso de *Eluana Englaro* para logo vermos que a mesma é fortemente rejeitada.

²⁴² Mais aprofundadamente, Ferrando Mantovani, “Aspetti giuridici della eutanasia”, *RIDPP* (1988), p. 448 e s.; Sergio Seminara, “Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia”, *RIDPP* (1995), p. 670 e s.; Luca Monticelli, “Eutanasia, diritto penale e principio de legalità”, *L'Indice Penale* (1998), p. 463 e s.

nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente. Esta Lei efectua alterações²⁴³ ao Código Civil italiano — onde se vem a tutelar esta figura —, designadamente nos seus arts. 404 a 413. São, principalmente, de referir os arts. 404 e 405, nos termos dos quais este administrador — que assiste o beneficiário no caso de este se encontrar impossibilitado de prover pelos seus interesses — é nomeado pelo juiz da comarca de residência (art. 404), devendo o despacho de nomeação conter indicações precisas quanto ao beneficiários, ao administrador, à duração da nomeação ao modo de prestação de contas ao juiz por parte do administrador (art. 405). Ainda de notar que se dispõe expressamente que *nello svolgimento dei suoi compiti l'amministratore di sostegno deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario* (art. 410).

V.1.2.2. França

a. Eutanásia e suicídio assistido

Em França não existe regulamentação específica relativa à eutanásia activa directa e ao suicídio assistido²⁴⁴. Estas condutas são valoradas à luz do

²⁴³ Alterando ainda outras normas do Código Civil italiano, relativas à interdição e inabilitação, as quais não serão aqui objecto de referência.

²⁴⁴ Devendo, não obstante, salientar-se ter existido um parecer da *Comité Consultatif National d'Éthique* (CCNE) de 2000 (Avis n.º 63) — em que se dá uma acentuada mudança de opinião face a um parecer de 1991 (Avis n.º 26) — que propõe que, em certos casos muito excepcionais, a eutanásia (activa directa) deveria ser permitida, designadamente os casos em que tanto os cuidados paliativos como a rejeição de encarniçamento terapêutico fossem insuficientes para proporcionar um fim de vida tolerável. Em tais casos recomendava aquela Comissão que a solidariedade e compaixão humanas permitissem uma abordagem excepcional baseada em uma posição de compromisso solidário (ponto 4. do Avis n.º 63). Defendendo a manutenção da lei penal em vigor, neste parecer apela-se a uma solução processual: *L'acte d'euthanasie devrait continuer à être soumis à l'autorité judiciaire. Mais un examen particulier devrait lui être réservé s'il était présenté comme tel par son auteur. Une sorte d'exception d'euthanasie, qui pourrait être prévue*

disposto nos artigos 222-1 e 223-13 do *Code pénal* referentes, respectivamente, ao homicídio²⁴⁵ e à provocação do suicídio.

Nos termos do artigo 222-1, *le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre*, sendo punível com 30 anos de pena de reclusão criminal²⁴⁶. Para efeitos deste crime, os motivos não têm qualquer relevância, nem mesmo o consentimento da vítima²⁴⁷. Por seu turno, o artigo 223-13 estabelece que o facto de provocar o suicídio de outrem é punido com três anos de prisão e 45.000 Euros de multa, conquanto a provocação tenha sido seguida do suicídio ou de uma tentativa de suicídio. Não obstante, a provocação tem de ser efectiva, ou seja, não basta, por exemplo, a colocação de uma arma à disposição de alguém com propósitos suicidas para que se considere estarem verificados os elementos do tipo²⁴⁸. Poderá, então, afirmar-se que nem toda a

par la loi, permettrait d'apprécier tant les circonstances exceptionnelles pouvant conduire à des arrêts de vie que les conditions de leur réalisation. Elle devrait faire l'objet d'un examen en début d'instruction ou de débats par une commission interdisciplinaire chargée d'apprécier le bien fondé des prétentions des intéressés au regard non pas de la culpabilité en fait et en droit, mais des mobiles qui les ont animés: souci d'abréger des souffrances, respect d'une demande formulée par le patient, compassion face à l'inéluctable. Le juge resterait bien entendu maître de la décision. Sobre este assunto veja-se ainda Penney Lewis, "Assisted Dying in France. The Evolution of Assisted Dying in France: a Third Way?", *Medical Law Review*, 14 (2006), p. 44 e s., p. 66 e s.; John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 377 e s.

²⁴⁵ Sendo que o homicídio (*meurtre*) cometido com premeditação constitui um assassinato, nos termos do art. 221-3 do *Code pénal*, sendo punido com pena perpétua. Ora, em termos estritamente objectivos, a eutanásia activa directa é feita com premeditação, podendo, deste modo, também ser qualificada como assassinato. Existe ainda o caso do homicídio agravado em função da qualidade da vítima. Com efeito, o art. 221-4, 3, do *Code pénal* estabelece que o homicídio cometido sobre uma pessoa particularmente vulnerável devido a (entre outros) doença aparente e conhecida do autor é punido com pena perpétua. Em termos teóricos, a eutanásia activa directa também poderia ser subsumida a este artigo. Veja-se Nicholas Aumonier *et al.*, *L'Euthanasie*, Paris: PUF, 2001, p. 90 e s. Todavia, os médicos, mesmo por vezes recorrendo a esta prática, não são sujeitos à justiça criminal, apenas respondendo por ofensas disciplinares. Cfr. John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 387 e s. e Penney Lewis, "Assisted Dying in France..." (cit.), p. 46.

²⁴⁶ A pena de reclusão criminal corresponde à pena de direito criminal comum, podendo ser limitada no tempo ou perpétua. Inclui a pena de prisão, podendo ser acompanhada de um período de segurança.

²⁴⁷ Cfr. Hervé Pelletier/Jean Perfetti, *Code pénal*, 22^a ed., Paris: Lexis Nexis, 2010, p. 142

²⁴⁸ Assim, Hervé Pelletier/Jean Perfetti, *Code pénal* (cit.), p. 218.

ajuda ao suicídio é punível no ordenamento jurídico-penal francês²⁴⁹. Para que tal aconteça, é necessário que a provocação seja uma conduta para lá da mera indução.

Incontornável nesta matéria é ainda a *Loi n° 2005-370 du 22 Avril 2005*, relativa aos direitos dos doentes e ao fim de vida²⁵⁰, que altera e adita vários artigos ao *Code de la santé publique*. Iniciamos o nosso percurso no artigo L 1110-5 deste Código, última alínea, alterado pelo art. 2 da Lei, de acordo com a qual *les professionnels de santé mettent en oeuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort. Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrèger sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2 [relativo aos direitos de informação dos pacientes], la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical*. Ou seja, trata-se, aqui, da eutanásia activa indirecta, a qual é, assim, nos termos desta norma, expressamente permitida.

Outro artigo que assume particular interesse é o L 1111-10 do Código, aditado pelo art. 6 da Lei, segundo o qual quando uma pessoa, em fase avançada ou terminal de uma doença grave e incurável, qualquer que seja a causa, decidir limitar ou interromper o tratamento, o médico deve respeitar a sua vontade após a ter informado das consequências da sua escolha, devendo a decisão do paciente ser inscrita no respectivo dossier clínico. Por outras

²⁴⁹ Sendo, aliás, este artigo fortemente criticado por não incluir uma proibição específica de ajuda ao suicídio. Cfr. Penney Lewis, “Assisted Dying in France...” (cit.), p. 51.

²⁵⁰ Que sucedeu a uma lei análoga de 2002, a qual, todavia, foi objecto de interpretação restritiva em relação à autonomia do doente por parte dos tribunais. Além disso, costuma ainda apontar-se uma ligação entre esta Lei de 2005 e o caso *Humbert* (em que, em finais de 2003, a sua mãe e o seu médico lhe injectaram sódio pentobarbital). Mais aprofundadamente, John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 374 e s. e 380 e s.

palavras, esta norma regula a eutanásia passiva, também no sentido da sua permissividade.

Por fim, de salientar que tanto os artigos L-1110-5 e L 1111-13 do Código, alterado e aditado, respectivamente, pelos artigos 1 e 9 da Lei, rejeitam quaisquer medidas ou tratamentos inúteis ou desproporcionados que não tenham outro fim que não a mera prolongação artificial da vida, limitando, deste modo, quaisquer práticas de obstinação terapêutica²⁵¹.

b. Testamento biológico (directivas antecipadas)

O *Code de la santé publique* prevê duas formas de manifestação de vontade em caso de impossibilidade do próprio, ou seja, o procurador de saúde e as directivas antecipadas.

No que toca ao procurador de saúde, o mesmo encontra-se estabelecido no artigo L 1111-6 do Código. Assim, nos termos da primeira alínea deste artigo, toda a pessoa maior pode designar uma pessoa de confiança, a qual poderá ser um parente, alguém próximo ou o médico assistente, a qual será consultada no caso de a pessoa não ser capaz de exprimir a sua vontade e de receber a informação necessária para este fim, devendo esta designação ser feita por escrito e sendo revogável a todo o tempo. Se o paciente assim o desejar, a pessoa de confiança poderá

²⁵¹ Ainda que devendo sempre salvaguardar a dignidade e qualidade de vida do doente, através da prestação de cuidados paliativos (L 1110-5 e L 1110-10 do Código) e respeitando o procedimento de consulta colegial definido pelo Código de Deontologia Médica e consultando a pessoa de confiança, família, próximos ou, no caso de existir, a directiva antecipada da pessoa visada (L 1111-13). Criticamente, sobre a solução do L 1111-13, John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe* (cit.), p. 384, no sentido de que aqui não é referida a vontade de ninguém —até porque, pela redacção do texto, se percebe que o doente deverá estar inconsciente— mas apenas um procedimento consultivo por parte do médico. De qualquer modo, julgamos que aqui estão em causa aquelas situações em que é o médico que tem conhecimento para poder aferir da desproporcionalidade ou futilidade terapêutica. Os casos de renúncia a determinadas medidas terapêuticas são reguladas, como visto já, em sede de autonomia do doente.

acompanhá-lo nas diligências e consultas médicas a fim de o ajudar a tomar as suas decisões. Estabelece ainda a segunda alínea deste artigo que aquando de cada hospitalização em estabelecimento de saúde, será proposto ao paciente designar uma pessoa de confiança, de acordo com o disposto na primeira alínea, sendo esta designação válida pelo período de hospitalização, salvo disposição em contrário pelo paciente²⁵².

Foi também a *Loi n° 2005-370 du 22 Avril 2005* que alterou o *Code de la santé publique* no sentido de consagrar as directivas antecipadas. Estas, previstas no artigo L 1111-11 do Código — aditado pelo art. 7 da Lei —, são regulamentadas pelos artigos R 1111-17 a R 1111-20 e R 1112-2 do mesmo Código²⁵³. Com efeito, toda a pessoa maior pode redigir directivas antecipadas para o caso de se vir a encontrar impossibilitada de exprimir a sua vontade. Estas directivas antecipadas indicam as instruções da pessoa relativas ao fim de vida, respeitantes às condições de limitação ou interrupção de tratamento, sendo revogáveis a todo o tempo. Sob condição de as mesmas terem sido estabelecidas menos de três anos antes do estado de inconsciência da pessoa, o médico deverá tê-las em conta para todas as decisões de investigação, de intervenção ou de tratamento respectivas (artigo L 1111-11 do Código)²⁵⁴.

Quanto a requisitos de forma, as directivas antecipadas devem constar de documento escrito, datado e assinado pelo seu autor, devidamente identificado através da indicação do nome, apelido, data e local de nascimento. No caso de o autor, estando capaz de manifestar a sua vontade, ser incapaz de escrever e assinar ele próprio o documento, poderá solicitar a duas testemunhas para atestar que tal documento é expressão da sua vontade

²⁵² Ainda que o estabelecido nestas alíneas não se aplique se for ordenada uma medida de tutela (ou curatela), nos termos da terceira alínea deste artigo.

²⁵³ Aditados pelo *Décret n.° 2006-119 du 6 février 2006*.

²⁵⁴ Ou seja, nos termos dos artigos L 1111-4, L 1111-11, L 1111-13 e R 1111-20 do Código, as directivas antecipadas, devendo necessariamente ser tidas em conta conquanto cumpram os requisitos legais, não são, todavia, vinculativas para a decisão médica, tendo, não obstante, precedência sobre todas as opiniões não médicas.

livre e esclarecida. Estas testemunhas deverão indicar o seu nome e a qualidade, sendo o seu atestado anexo às directivas. O médico poderá, a pedido do paciente, fazer constar em anexo às directivas no momento da sua inserção no dossier clínico deste último, um atestado em como o paciente está em condições de exprimir livremente a sua vontade e o médico lhe forneceu todas as informações apropriadas (artigo R 1111-17 do Código). As directivas antecipadas podem ser modificadas, totalmente ou parcialmente, a todo o tempo, conquanto que cumpridos os requisitos do artigo R 1111-17, sendo, contudo, a sua revogação isenta de formalidades. A duração da sua validade é de 3 anos, renovável por simples decisão de confirmação assinada pelo autor do documento, ou, em caso de impossibilidade do mesmo, nos termos do artigo R 1111-17. Toda a modificação implica o início da contagem de novo período de 3 anos. Deste modo, desde que as directivas tenham menos de 3 anos no momento do estado de inconsciência do declarante, as mesmas mantêm-se válidas durante este estado, independentemente do momento em que tenham de ser tomadas em conta (artigo R 1111-18).

As directivas antecipadas devem ser conservadas de forma a se encontrarem facilmente acessíveis para o médico chamado a tomar uma decisão de limitação ou interrupção de tratamento. Para tal fim, serão conservadas na ficha médica da pessoa existente nos serviços de saúde ou, em caso de hospitalização, no dossier clínico. Em todo o caso, as directivas podem ficar na posse do seu autor ou por ele confiadas ao procurador de saúde (pessoa de confiança) ou, na falta deste, a um familiar ou alguém próximo. Neste caso, a sua existência, assim como a indicação da sua localização, deverão ser mencionadas na ficha médica ou no dossier clínico. Ainda de notar que qualquer pessoa admitida num estabelecimento de saúde ou médico-social pode assinalar a existência de directivas antecipadas (artigo R 1111-19).

V.1.2.3. Espanha

a. Eutanásia e suicídio assistido

Em Espanha não existe regulamentação específica em matéria de eutanásia e de suicídio assistido, regendo, aqui, o disposto no art. 143 do Código penal. A redacção actual deste artigo resultou da promulgação do Código Penal espanhol de 1995, tendo vindo a substituir o anterior art. 409 do Código Penal de 1973, sendo que o mais inovador dos seus números é o n.º 4²⁵⁵.

Este artigo penaliza as condutas relativas à ajuda ou ao incitamento ao suicídio (n.ºs 1 e 2) e ao homicídio a pedido da vítima (n.º 4). Iremos deter-nos sobre cada um destes números separadamente.

Refere o n.º 1 do art. 143º que *el que induzca al suicidio de otro sera castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años*. Aqui trata-se de um incitamento que, mais do que indução — como vimos no Capítulo anterior — representa uma determinação causal de outrem à prática de suicídio²⁵⁶, pelo que, não se tratando de um caso específico de eutanásia ou suicídio assistido, não o aprofundaremos aqui.

²⁵⁵ Sobre este assunto, Carmen Tomás-Valiente Lanuza, *La Cooperación al Suicidio y la Eutanasia en el Nuevo C.P. (Art. 143)*, Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 15 e s.; Miguel Ángel Núñez Paz, *Homicidio Consentido, Eutanasia y Derecho a Morir con Dignidad*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 341 e s., *maxime*, p. 376 e s.; Nuria Pastor Muñoz, “Euthanasia in the Spanish legal system”, in: Marc Groenhuisen/Floris van Laanen (Eds.), *Euthanasia in International and Comparative Perspective*, Nijmegen: Wolf, 2006, p. 237 e s.; José Manuel Valle Muñiz, Artículo 143, in: Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 5ª ed., Tomo II-Parte Especial, Navarra: Thomson/Aranzadi, 2008, p. 68 e s.

²⁵⁶ Assim, como refere Miguel Ángel Núñez Paz, Art. 143, in: Arroyo Zapatero *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Iustel, 2007, p. 361: “Es necesario que el sujeto pasivo no hubiese decidido ya por sí mismo llevar a cabo la conducta, es decir, la inducción ha de ser *causalmente* eficaz para la producción del suicidio (la decisión de quitarse la vida ha de ser válida y capaz, o estaremos ante una autoría mediata de homicidio).

Por seu turno, o n.º 2 estabelece que *se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona*. Estamos perante a ajuda ao suicídio, norma esta de sentido análogo àquela do Código Penal português, ainda que com algumas especificidades. Com efeito, este n.º 2 apenas pune a cooperação necessária, ou seja, nos termos da alínea *b)* do art. 28 do Código Penal espanhol, aquela cooperação sem a qual o acto não se haveria verificado. Esta cooperação necessária é considerada como autoria, o que, portanto, significa que a mera cumplicidade — que, nos termos do art. 29 do mesmo Código, inclui aqueles que apenas cooperem, sem que de forma necessária, na execução do facto — não é punível no ordenamento jurídico-penal espanhol²⁵⁷.

O n.º 4 do art. 143²⁵⁸ refere-se ao homicídio a pedido da vítima ou, de outra forma, à eutanásia activa directa (ainda que possa nenhuma de tais expressões se encontrar estabelecida de forma explícita). Observemos, então, esta norma um pouco mais de perto. Nos termos do disposto neste n.º 4 *el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de este, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo*.

²⁵⁷ Considerando-se que tal exclusão da cumplicidade das margens de punibilidade do tipo significou um passo, ainda que tímido, no sentido do maior respeito pela disponibilidade do próprio sobre a sua vida. Cfr. ainda José Manuel Vale Muñiz, Art. 143 (cit.), p. 78.

²⁵⁸ Não referimos, de forma intencional, o n.º 3 do art. 143, por o mesmo configurar uma forma *sui generis* de previsão do que, afinal, é verdadeiramente um homicídio. Na verdade, este número prevê uma agravação da pena, no caso de a cooperação chegar ao ponto de execução da morte. A doutrina defende que está aqui previsto um homicídio com o consentimento — e não um verdadeiro “pedido” — da vítima, ou homicídio consentido. Veja-se Miguel Ángel Núñez Paz, Art. 143 (cit.), p. 362 e s. Temos muitas dúvidas em concordar aqui com José Manuel Vale Muñiz, Art. 143 (cit.), p. 79, que faz assentar a medida da pena na circunstância de a cooperação necessária ser não executiva — que corresponderia ao n.º 2 — ou executiva — correspondendo, assim, esta última ao n.º 3 —, dado que a cooperação necessária executiva não é senão a autoria de um homicídio (matar outra pessoa).

O primeiro aspecto a referir prende-se com o pedido. Efectivamente, este tem de ser expresso, sério e inequívoco, não se exigindo que o mesmo seja instante ou reiterado. Além disso, em termos típicos, o pedido apenas pode vir de alguém que seja vítima de doença grave, ainda que não necessariamente terminal. Quanto ao âmbito do tipo, e como se retira do “texto-norma”, encontram-se apenas incluídas as condutas directas e activas, ou seja, o tipo exige que os actos visem especificamente a morte de outro²⁵⁹. Daqui se retira, necessariamente, que se encontram excluídas do tipo incriminador as condutas respeitantes tanto à eutanásia passiva como à eutanásia activa indirecta²⁶⁰.

Ainda nesta matéria, importa referir a Lei 2/2010, e 8 de Abril, da Comunidade Autónoma da Andaluzia²⁶¹, de Direitos e Garantias da Dignidade da Pessoa em Processo de Morte²⁶². Iremos apenas salientar alguns aspectos desta lei, que assumem particular relevância nesta matéria. Considerando que *el rechazo de tratamiento, la limitación de medidas de soporte vital y*

²⁵⁹ Sendo aqui o pedido, acrescido do estado de saúde de quem o formula, a razão do privilegiamento. Ora, este n.º 4 — diferentemente do que acontece no ordenamento jurídico-penal português — inclui já na descrição típica os elementos específicos daquele que formula o pedido, deste modo aproximando-o mais do contexto em que a problemática usa ser discutida.

²⁶⁰ Cfr. apenas Miguel Ángel Núñez Paz, Art. 143 (cit.), p. 364 e s.; José Manuel Vale Muñiz, Art. 143 (cit.), p. 80 e Cármen Tomás-Valiente Lanuza, *La Cooperación al Suicidio y la Eutanasia en el Nuevo C.P.* (cit.), p. 107 e s.

²⁶¹ Onde também foi aprovada a Lei 5/2003, de 9 de Outubro, relativa à Declaração antecipada de vontade vital.

²⁶² A qual, não obstante ser uma lei de uma comunidade autónoma, serve de base para uma lei nacional. Com efeito, em 13 de Maio de 2011, o Conselho de Ministros espanhol aprovou o anteprojecto da Lei de Cuidados Paliativos e Morte Digna, um instrumento legislativo que pretende esclarecer os direitos dos pacientes em situação terminal, assim como as obrigações do pessoal sanitário assistente. Este anteprojecto — mesmo não despenalizando a eutanásia activa directa e o suicídio assistido — consagra o direito do doente a renunciar a um tratamento médico e o uso de sedativos terminais, mesmo com o risco de encurtamento da vida. Por outras palavras, versa, também, sobre a eutanásia activa indirecta, no sentido da sua permissão.

*la sedación paliativa no deben ser calificadas como acciones de eutanasia*²⁶³, esta lei estabelece vários princípios, direitos (do doente) e deveres (do médico). Desde logo, e como princípio básico, estabelece a garantia de que a recusa ou a interrupção de um tratamento a pedido do doente não supõe o menosprezo de uma atenção médica integral e do direito à plena dignidade da pessoa em processo de morte, assim como a garantia do direito a todas as pessoas a receber cuidados paliativos integrais e um adequado tratamento da dor em processo de morte (art. 4º, als. *c*) e *d*) da Lei). Por outro lado, no que respeita aos direitos das pessoas perante o processo de morte, dispõe o art. 8º da Lei que qualquer pessoa tem o direito a recusar — mediante um processo prévio de informação e de decisão — a intervenção proposta pelos profissionais de saúde, devendo tal recusa ser feita por escrito (n.º 1), e, igualmente, de revogar um consentimento informado prévio, mesmo que tal implique a interrupção de medidas que possa pôr em risco a sua vida (n.º 2). Ademais, nos termos do art. 13º da referida Lei, os doentes têm direito a receber atenção idónea que previna e alivie a dor, incluindo a sedação, se a dor for refractária ao tratamento específico. Ainda no patamar dos direitos, estabelece o art. 14º da Lei que os doentes em situação terminal ou de agonia têm direito a receber sedação paliativa²⁶⁴, quando de tal precisem.

²⁶³ Ponto II do Preâmbulo da Lei. De notar que na mesma se defende um conceito restrito de eutanásia —aquelas actuações que, não procurando deliberadamente a morte, visam apenas aliviar o sofrimento, respeitar a autonomia do doente e humanizar o processo de morte — segundo o qual apenas actuações que causem de forma directa e intencional a morte dos pacientes, mediante pedido expresso, voluntário e reiterado dos mesmos, no contexto de uma doença incurável e realizadas por profissionais de saúde que os conhecem e com quem têm uma relação de confiança devem ser qualificadas de eutanásia. Todavia, e seguindo a terminologia adoptada no presente trabalho, a Lei ora analisada contempla tanto a hipótese da eutanásia passiva, como eventuais situações de eutanásia activa indirecta. Ademais, julgamos que a renúncia à utilização da terminologia corrente nesta matéria se deverá, também, a motivos de teor político.

²⁶⁴ Deverá entender-se como sedação paliativa a administração de fármacos, nas doses e combinações requeridas, para reduzir a consciência de um paciente em situação terminal, tanto quanto seja preciso para aliviar adequadamente um ou mais sintomas refractários, com o seu consentimento — ou, em caso de impossibilidade de obtenção do mesmo, com aquele da

No que toca aos deveres do médico assistente, o mesmo, no exercício das boas práticas, deverá limitar o esforço terapêutico quando a situação clínica o aconselhe, evitando a obstinação terapêutica, devendo a justificação da limitação constar do dossier clínico do doente (art. 21º, n.º 1, da Lei), ouvido, para o efeito, o enfermeiro responsável e havendo opinião coincidente de outro médico que participe na assistência ao doente (art. 21º, n.º 2, da Lei).

b. Testamento biológico (instruções prévias)

Em Espanha — e na sequência da ratificação da Convenção de Oviedo — foi aprovada, em 2002, uma lei geral visando regular a autonomia do doente e os direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica, ou seja, a Lei 41/2002, de 14 de Novembro.

Para a problemática que ora nos ocupa, o principal artigo a ter em conta é o artigo 11 desta Lei, referente às *instrucciones previas*.

De acordo com o n.º 1 deste artigo, através deste documento (de instruções prévias) uma pessoa maior de idade, capaz e livre, manifesta antecipadamente a sua vontade, com a finalidade de que esta seja cumprida no momento em que já não seja capaz de expressá-la pessoalmente, sobre os cuidados e o tratamento da sua saúde ou, chegado o falecimento, sobre o destino do seu corpo e dos seus órgãos. Além disso, o outorgante do documento pode designar um representante para que, dando-se o caso, sirva como seu interlocutor com o médico e respectiva equipa assistente, por forma a que sejam cumpridas as instruções prévias.

Cada serviço de saúde deverá regular o procedimento adequado para que se garanta o cumprimento das instruções prévias de cada pessoa, as quais

família ou do seu representante. Trata-se de uma sedação primária que pode ser contínua ou intermitente, superficial ou profunda.

deverão sempre ser feitas por escrito (n.º 2 do art. 11º da Lei), podendo as mesmas ser livremente revogadas a todo o tempo por forma idêntica (n.º 4 do art. 11º da Lei).

Contudo, tanto as instruções prévias contrárias ao ordenamento jurídico ou às *leges artis* não serão aplicadas, como também não serão aplicadas aquelas instruções prévias que não correspondam à situação de facto que o declarante previu no momento da sua manifestação, devendo todas as questões daqui decorrentes ser anotadas no dossier clínico do doente (art. 11º, n.º 3, da Lei).

Por último, para efeitos de assegurar a eficácia, em todo o território espanhol, das instruções prévias manifestadas pelos doentes, estabelece-se a criação de um Registo Nacional de Instruções Prévias, o qual será objecto de regulamentação específica²⁶⁵ (n.º 5 do art. 11º da Lei).

²⁶⁵ Mais concretamente o Real Decreto 124/2007, de 2 de Fevereiro, que regula o *Registro nacional de instrucciones previas* e o correspondente ficheiro automatizado de dados de carácter pessoal. Em Agosto de 2009, cerca de 56.000 pessoas já haviam registado a sua instrução prévia.

V.2. Sistemas de direito anglo-saxónico

V.2.1. Austrália

A Austrália merece menção no âmbito deste percurso apenas por razões históricas. Na verdade, este foi o primeiro país do mundo a ter legislação que especificamente legalizasse a eutanásia activa directa e suicídio assistido, tornando-se, assim, pioneira nesta matéria. Referimo-nos, bom é de ver, ao *Rights of the Terminally Ill Act* de 1995. Aprovado pela Assembleia Legislativa do *Northern Territory of Australia* este *Act* foi revogado, passados meros 9 meses após a sua entrada em vigor, em Julho de 1996, pelo Parlamento australiano.

O art. 4 deste *Act* estabelecia que o paciente que sofresse de uma doença terminal com dor, sofrimento ou angústia para ele inaceitáveis poderia pedir ao próprio médico assistente que o auxiliasse a pôr fim à própria vida. De acordo o art. 3, este auxílio poderia traduzir-se na prescrição de medicação para auto-administração ou a própria administração directa de uma substância letal ao paciente²⁶⁶.

O primeiro doente no mundo a morrer através de suicídio assistido (legal) foi Bob Dent — que sofria há 5 anos de um cancro da próstata —, de 66 anos, assistido por Philip Nitschke, no dia 22 de Setembro de 1996.

Actualmente, tanto a eutanásia activa directa como o suicídio assistido são ilícitos em toda a Austrália, tendo a *Euthanasia Laws Bill* procurado garantir, logo em 1997 quando, ao ser aprovada, “derrubou” o *Act* de 1995,

²⁶⁶ Veja-se, aqui, Chiara Tripodina, *Il Diritto nell'Età della Técnica* (cit.), p. 258 e s., onde nos baseamos para a sumária alusão às normas deste *Act*, por não nos ter sido possível encontrar o texto do mesmo disponível para consulta directa.

que as Assembleias Legislativas²⁶⁷ não tivessem poderes para legislar em matéria de eutanásia.

Em termos de autonomia do paciente, ainda de mencionar, em jeito telegráfico, que na Austrália existe legislação respeitante a directivas médicas antecipadas.

V.2.2. Estados Unidos da América

a. Eutanásia e suicídio assistido

Como regra geral, nos Estados Unidos da América (EUA) qualquer decisão de terminar uma vida humana, com ou sem o consentimento do visado, é vista como profundamente anti-social²⁶⁸. Se, a partir de 1994²⁶⁹, o Estado de Oregon se tornou uma destacada excepção, aprovando legislação específica relativa ao suicídio assistido²⁷⁰, a verdade é que a partir de 2008 tal destaque esvaneceu, na medida em que o Estado de Washington também aprovou legislação em sentido muito semelhante.

De acordo com o § 2.01 do *Oregon Death With Dignity Act*, um adulto que seja capaz e seja residente no Estado do Oregon, a quem tenha sido informado por parte do médico assistente e do médico consultante estar a sofrer de uma doença terminal, e que tenha expressado o seu desejo de

²⁶⁷ Dos *Northern Territory*, *Australian Capital Territory* e *Norfolk Island*.

²⁶⁸ Richard S. Kay, “Causing Death for Compassionate Reasons in American Law”, in: Marc Groenhuijsen/Floris van Laanen (Eds.), *Euthanasia in International and Comparative Perspective*, Nijmegen: Wolf, 2006, p. 257 e s., p. 260 e s.

²⁶⁹ Ainda que com um percurso posterior muito conturbado.

²⁷⁰ Para uma panorâmica da evolução desta questão, mais a partir da perspectiva jurisprudencial, com tónica sobre a jurisprudência constitucional, veja-se Cármen Tomás-Valiente Lanuza, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal* (cit.), p. 157 e s. Criticamente, sobre este *Act*, entre nós, Daniel Serrão, “Suicídio assistido”, in: Luís Archer *et al.*, *Novos Desafios à Bioética*, Porto: Porto Editora, 2001, p. 255 e s., p. 256.

morrer, pode fazer um pedido por escrito para obter medicação com a finalidade de pôr fim à sua vida de forma humana e digna.

A forma do pedido é a escrita, devendo este ser assinado e datado pelo paciente e testemunhado por pelo menos duas pessoas que, na presença do paciente, atestem que tanto quanto seja do seu conhecimento, o paciente é capaz, actua de forma voluntária e não foi coagido quanto ao seu pedido (§ 2.02, 1). Uma das testemunhas não pode ter ligações familiares — de sangue, casamento ou adopção — com o paciente nem qualquer interesse material no seu óbito, nem mesmo ligação com a instituição de cuidados de saúde onde o paciente é seguido (§ 2.02, 2). Também o médico assistente do paciente no momento do pedido não poderá ser testemunha (§ 2.02, 3).

O médico assistente encontra-se sujeito a diversas responsabilidades (§ 3.01), desde logo: *(i)* fazer a verificação inicial de que o paciente sofre de uma doença terminal, é capaz e fez o pedido de forma voluntária; *(ii)* requerer que o paciente faça prova de residir em Oregon; *(iii)* assegurar-se de que o paciente está a tomar uma decisão informada, para o que deverá informar o paciente do seu diagnóstico médico, do seu prognóstico, dos riscos potenciais associados à toma da medicação prescrita e das alternativas exequíveis, como, por exemplo, controlo de dor ou cuidados paliativos; *(iv)* indicar o paciente a um médico consultante para confirmação do diagnóstico e de que o paciente é capaz e actua de forma voluntária; *(v)* indicar o paciente para aconselhamento, se tal for indicado; *(vi)* informar o paciente de que pode revogar o pedido a qualquer tempo e por qualquer forma e oferecer ao paciente a possibilidade de revogação do pedido no prazo de 15 dias após a formulação do mesmo; *(vii)* verificar, imediatamente antes de prescrever a receita para a medicação, que o paciente está a tomar uma decisão informada; *(viii)* preencher os requerimentos relativos à documentação médica; *(ix)* assegurar-se, antes da prescrição da receita, de que todas as medidas foram tomadas nos termos da lei; *(ix)* dispensar os medicamentos de forma directa ao paciente ou, caso o paciente

assim o consinta, contactar o farmacêutico, dando-lhe indicação da receita e entregar a receita pessoalmente ou por correio ao farmacêutico, o qual aviará a receita médica directamente ao paciente, ao médico assistente ou a um representante (procurador) do paciente expressamente identificado para o efeito. De notar, por último, que o médico assistente poderá assinar a certidão de óbito do paciente²⁷¹.

O *Washington Death With Dignity Act* de 2009²⁷² é, em tudo, idêntico ao do Estado do Oregon²⁷³, apenas especificando, na sua Sec. 2 — relativo ao âmbito subjectivo de aplicação — que a medicação deverá ser administrada pelo próprio paciente²⁷⁴.

b. Testamento biológico (directivas antecipadas)

Nos EUA e em termos de autonomia do doente, foram as palavras de CARDOZO que serviram de *Leitmotiv* para o desenvolvimento de regulamentação sobre a matéria. Como afirmou este — então — juiz do Supremo Tribunal de Justiça americano²⁷⁵, “Every human being of adult years

²⁷¹ Os § 3.02 a 3.10 do *Oregon Death With Dignity Act* especificam os requisitos *supra* indicados. Ainda sobre este *Act*, cfr. Chiara Tripodina, *Il Diritto nell'Età della Tecnica* (cit.), p. 330 e s.

²⁷² Que entrou em vigor em 2009.

²⁷³ Exceptuadas, naturalmente, as particularidades relativas à residência.

²⁷⁴ Para serem nítidas, tanto as semelhanças, como a diferença, passamos a transcrever os respectivos preceitos. Assim, para o *Oregon Death With Dignity Act*, *An adult who is capable, is a resident of Oregon, and has been determined by the attending physician and consulting physician to be suffering from a terminal disease, and who has voluntarily expressed his or her wish to die, may make a written request for medication for the purpose of ending his or her life in a humane and dignified manner* (§ 2.01, 1), enquanto que para o *Washington Death With Dignity Act*, *An adult who is competent, is a resident of Washington state, and has been determined by the attending physician and consulting physician to be suffering from a terminal disease, and who has voluntarily expressed his or her wish to die, may make a written request for medication that the patient may self-administer to end his or her life in a humane and dignified manner* (Sec. 2, 1).

²⁷⁵ Tribunal esse que já em diversas decisões se pronunciou sobre a distinção entre a recusa de tratamento (baseada na autonomia do doente) e o suicídio assistido. Cfr. *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 1990; *Vacco v. Quill*, 1997 e *Washington v. Glucksberg*, 1997. Cfr. Lois Snyder, “United States — Euthanasia, assisted suicide and de «right to die»”, in: *Ethical Eye* —

and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his consent, commits an assault, for which he is liable in damages, except in cases of emergency where the patient is unconscious, and where it is necessary to operate before consent can be obtained”²⁷⁶.

O primeiro *Natural Death Act* foi aprovado no Estado da Califórnia em 1976. O propósito do mesmo era permitir aos pacientes uma morte “natural”, ou, por outras palavras, a recusa de tratamento médico (medidas de prolongamento ou sustentação da vida)²⁷⁷. Entre finais da década de 70 e a década de 80 do séc. XX, outros Estados foram aprovando *Acts* semelhantes, podendo actualmente afirmar-se que a esmagadora maioria dos Estados têm semelhante regulamentação. Em 1994 foi aprovado o *Uniform Health-Care Decisions Act*²⁷⁸. Será este *Uniform Act* que servirá de base à nossa análise, por, além de significar uma visão mais geral do panorama norte-americano, traduzir ainda uma leitura do esforço de harmonização entre as diversas regulamentações federais.

Quanto às designadas directivas antecipadas de cuidados de saúde, estabelece a al. a) da Secção 2 do *Uniform Health-Case Decision* que qualquer adulto ou menor emancipado poderá emitir uma instrução individual, oralmente ou por escrito²⁷⁹, podendo a mesma ser limitada a surtir efeito apenas mediante a verificação de uma determinada condição. A alínea b) prevê

Euthanasia. Vol. II — National and European Perspectives, Council of Europe Publishing, 2004, p. 105 e s., p. 110, e ainda Chiara Tripodina, *Il Diritto nell’Età della Tecnica* (cit.), p. 333 e s.

²⁷⁶ *Schloendorff v. Society of the New York Hospital*, 1914. Veja-se ainda Richard S. Kay, “Causing Death for Compassionate Reasons in American Law” (cit.), p. 262.

²⁷⁷ Cfr. Chiara Tripodina, *Il Diritto nell’Età della Tecnica* (cit.), p. 324 e s.

²⁷⁸ Redigido pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, a qual, tendo em vista a harmonização de termos e legislações entre Estados, aprova “leis-modelo”. Anteriormente a este *Act* de 1994 já tinham sido aprovados o *Model Health-Care Consent Act* (1982), o *Uniform Rights of the Terminally Ill Act* (1985) e o *Uniform Rights of the Terminally Ill Act* (1989), os quais foram “revogados” por este.

²⁷⁹ Sendo que apenas as directivas antecipadas feitas por escrito poderão incluir a nomeação individual de um curador para o próprio, nos termos da alínea g) da Secção 2.

a possibilidade de outorga de uma procuração para cuidados de saúde, a qual poderá autorizar o procurador a tomar qualquer decisão relativa a cuidados de saúde que o mandante pudesse ter tomado enquanto era capaz. Não obstante, esta procuração já terá de ser feita por escrito e assinada pelo mandante. Esta procuração manter-se-á válida mesmo após a perda subsequente de capacidade do mandante, podendo incluir instruções específicas. A limitação na escolha do procurador prende-se com a sua ligação à unidade de prestação de cuidados de saúde onde o mandante se encontra internado, excepto se entre procurador e mandante existirem laços de sangue, casamento ou adopção. Esta procuração apenas se torna efectiva com a verificação de que o mandante perdeu a sua capacidade, perdendo, novamente, a sua validade no caso de se vir a constatar que o mandante recuperou a sua capacidade (alínea *c*) da citada Secção)²⁸⁰. O procurador deverá tomar as decisões de acordo com as instruções individuais do mandante ou desejos que daquele sejam conhecidos. De qualquer modo, as decisões do procurador deverão sempre ser tomadas tendo em vista os interesses do mandante, os quais deverão ser determinados em harmonia com os valores pessoais deste conhecidos do procurador (alínea *e*) da Secção 2). De notar ainda que as decisões do procurador são eficazes sem necessidade de confirmação judicial (alínea *f*) da Secção 2).

Por outro lado, a revogação da procuração apenas pode ser feita por escrito ou através de informação pessoal ao prestador de cuidados de saúde responsável²⁸¹, de acordo com a alínea *a*) da Secção 3. Inversamente, a revogação da directiva antecipada pode ser feita a qualquer tempo e de

²⁸⁰ A determinação da capacidade, para efeitos da directiva antecipada, é feita pelo médico principal, excepto se especificamente disposto em sentido contrário, por escrito, na directiva (alínea *d*) da Secção 2).

²⁸¹ *Supervising health-care provider* que corresponderá, regra geral, ao médico assistente. Pode ler-se no n.º 16 da Secção 1, relativa às definições que “*Supervising health-care provider*” means the primary physician or, if there is no primary physician or the primary physician is not reasonably available, the health-care provider who has undertaken primary responsibility for an individual’s health care.

qualquer modo que transmita a intenção de revogação (alínea *b*) da Secção 3). O prestador de cuidados de saúde, procurador, curador ou mandatário que seja informado da revogação deverá prontamente comunicar o facto ao prestador de cuidados de saúde responsável e a qualquer instituição de cuidados de saúde onde o paciente esteja a ser assistido (alínea *c*) da Secção 3). Para além disso, o divórcio, a anulação ou a separação legal revoga a designação do cônjuge como procurador, excepto se existir indicação expressa em contrário na procuração (alínea *d*) da Secção 3). No que se refere a eventuais conflitos entre directivas, estabelece-se que, em caso de conflito, a directiva mais recente revogará a directiva mais antiga, na parte referente ao conflito.

Finalmente²⁸², no que respeita à actuação e às obrigações do prestador de cuidados de saúde em caso de existência de uma directiva antecipada ou de uma procuração para cuidados de saúde, as mesmas encontram-se reguladas na Secção 7 do *Uniform Health-Care Decisions Act*. Assim, um prestador de cuidados de saúde responsável que saiba da existência de uma directiva antecipada ou de uma procuração ou da sua revogação deverá registar tal facto no dossier clínico do paciente e, caso a mesma exista por escrito, deverá solicitar uma cópia a fim de a incluir no referido dossier (alínea *b*) da Secção 7). Por seu turno, o médico principal que determine ou seja informado da falta ou recuperação de capacidade ou de outra condição que possa afectar uma instrução individual ou a autoridade de um procurador, curador ou representante, deverá prontamente registar tal facto no dossier clínico do paciente e comunicá-lo ao paciente, se possível, e a qualquer pessoa então autorizada a tomar decisões sobre cuidados de saúde em seu nome (alínea *c*) da Secção 7). O prestador de cuidados de saúde ou a instituição prestadora de

²⁸² O *Uniform Health-Care Decisions Act* contém ainda, nas Secções 5 e 6, disposições relativas às decisões de representantes ou de curadores, respectivamente. Contudo, dado que as mesmas se referem aos casos em que não existe directiva ou procuração, não as iremos abordar aqui, em virtude de ultrapassarem os propósitos deste Capítulo.

cuidados de saúde deverão cumprir as instruções individuais do paciente e a interpretação razoável das mesmas feita pela pessoa então autorizada a tomar decisões relativas a cuidados de saúde em seu nome. Deverão ainda cumprir a decisão sobre cuidados de saúde respeitante ao paciente tomada pela pessoa então autorizada a tomar decisões em seu nome da mesma forma como se a decisão tivesse sido tomada pelo paciente ainda capaz (alínea *d*) da Secção 7).

Todavia, existem excepções a este dever de cumprimento. Com efeito, o prestador de cuidados de saúde poderá recusar cumprir uma instrução ou decisão, por motivos de objecção de consciência. Também a instituição de cuidados de saúde se poderá recusar a cumprir tal instrução ou decisão se as mesmas forem contrárias à política da instituição e esta política tiver sido atempadamente comunicada ao paciente ou à pessoa por si autorizada a tomar decisões em seu nome (alínea *e*) da Secção 7). Além disso, tanto o prestador, como a instituição de cuidados de saúde podem recusar cumprir uma instrução ou decisão que requeiram cuidados médicos ineficazes ou contrários às boas práticas (alínea *f*) da Secção 7).

No caso de recusa, ou o prestador ou a instituição de cuidados de saúde — consoante a origem da recusa — deverá, se possível, informar o paciente e qualquer pessoa autorizada a tomar decisões em seu nome, continuando sempre a providenciar os cuidados necessários até que se possa verificar uma transferência. E, a não ser que o paciente ou a pessoa então autorizada a tomar decisões em seu nome recuse assistência, imediatamente envidarem todos os esforços razoáveis para assistir na transferência do paciente para outro prestador ou instituição de cuidados de saúde que estejam dispostos a cumprir a instrução ou decisão (alínea *g*) da Secção 7). De qualquer modo e, em termos gerais, nenhum prestador ou nenhuma instituição de cuidados de saúde pode requerer ou proibir a execução ou revogação de uma directiva antecipada como condição para prestar cuidados de saúde (alínea *h*) da Secção 7).

V.2.3. Reino Unido

a. Eutanásia e suicídio assistido

No Reino Unido, logo em 1873 surgiu um artigo de L. A. TOLLEMACHE²⁸³ fazendo um apelo à legalização da eutanásia voluntária. Logo foi apontado à argumentação expendida neste artigo que a mesma permitia esta prática em casos em que não poderia existir qualquer possibilidade de obtenção de consentimento, o que logo levou à retractação da força inicial do apelo feito por TOLLEMACHE²⁸⁴.

Mas o verdadeiro ano do nascimento do movimento da eutanásia no Reino Unido foi em 1931, através de KILLICK MILLARD — na altura, *Medical Officer for Health* em Leicester —, que apresentou uma proposta de lei intitulada “The Voluntary Euthanasia (Legalisation) Bill” (o discurso que apresentou a 16 de Outubro foi posteriormente publicado na *Public Health*, em Novembro de 1931).

O apoio por parte de numerosos membros da sociedade à ideia de MILLARD levou à fundação (pelo próprio) da *Euthanasia Society* em Dezembro de 1935. Com base no exemplo britânico, vem também a ser fundada, em 1938, a *Euthanasia Society of America*.

Contudo, este movimento, primeiramente com as derrotas da proposta de lei no Parlamento e, em segundo lugar, com os rumores da prática eutanásica na Alemanha nazi, veio a perder muito da sua força até aos anos cinquenta do século XX. Nesta altura, pela voz de um reputado Professor de Direito — GLANVILLE WILLIAMS, Professor na Universidade de Cambridge

²⁸³ “The New Cure of Incurables”, *Fortnightly Review* 19 (1873), p. 218.

²⁸⁴ Jonathan Gould/Marshall Craigmyle, *Your Death Warrant?: The implications of euthanasia; a medical, legal and ethical study*, London: G. Chapman, 1971, p. 23.

— foi um discurso de 1955 que fez perante a *Euthanasia Society* que se iniciou uma nova fase no Reino Unido²⁸⁵, a qual, inclusivamente, levou à apresentação de uma nova proposta de lei em 1969, perante a Câmara dos Lordes, ainda que também esta proposta não tenha sido aprovada.

O último impulso legislativo específico nesta matéria foi a *Assisted Dying for the Terminally Ill Bill*, já em 2005. Objecto de um extenso relatório²⁸⁶, não veio a ser objecto de recomendação para aprovação nesse mesmo relatório.

Deste modo, o actual quadro legislativo a ter em conta no Reino Unido é composto por seis diplomas: 1) *Offences Against the Persons Act* 1861; 2) *Homicide Act* 1957; 3) *Suicide Act* 1961; 4) *Criminal Law Act* 1967; 5) *Criminal Law Act* 1977 e, finalmente, 6) *Coroners and Justice Act* 2009. Nesta matéria, ainda que não de forma directa, deverá também ter-se em conta o *Human Rights Act* 1998.

O ano de 2010 foi fundamental na questão da eutanásia e matérias conexas. Logo em Fevereiro de 2010 foram emitidas pelo *Director of Public Prosecutions* umas directivas relativas aos factores de política pública a serem tidos em conta na determinação da prossecução de um agente pela assistência ao suicídio (*Policy for Prosecutors in Respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide*). Ainda neste mês deu-se a alteração do *Suicide Act* 1961 pelo *Coroners and Justice Act* 2009, que veio a reformular os crimes relativos ao auxílio e incitamento ao suicídio. Foi também em 2010 que o *General Medical Council*

²⁸⁵ Jonathan Gould/Marshall Craigmyle, *Your Death Warrant?* (cit.), p. 27. Sendo que, já em inícios da década de 70 do século passado, sublinhavam os Autores, p. 79 e s., que “[w]e must emphasise again: to abstain from keeping people artificially alive by such means is not euthanasia in the sense of the Bill. The indefinite prolongation of life when the patient has no prospect of ever again being able to maintain his own life, or no prospect of leading a life rewarding to himself even with artificial aid, is in fact a travesti of sound medicine: it makes a mockery both of life and of the process of dying”.

²⁸⁶ Disponível em <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-archive/lords-assisted/>.

(GMC) emitiu novas directivas sobre a actuação médica no final de vida, as quais vêm a traduzir um maior relevo dado à autonomia do doente²⁸⁷.

É interessante notar que as directivas do *Director of Public Prosecutions* (DPP) contêm 16 factores a favor de procedimento criminal e apenas 6 contra. De salientar, quanto aos factores a favor de procedimento criminal, o facto de o agente ser profissional de saúde, não ter sido totalmente motivado por compaixão ou a vítima ser fisicamente capaz de executar o acto por ela própria. Do lado dos factores contra encontram-se a decisão livre e esclarecida da vítima, a circunstância de as acções do agente serem apenas de menor relevo ou, ainda, o agente ter informado o suicídio da vítima e ter colaborado plenamente com as autoridades²⁸⁸. Todavia, não deverá considerar-se a emissão destas directivas como uma “causa de justificação encapotada” do crime de incitamento ou ajuda ao suicídio previsto no *Suicide Act* 1961: é o próprio DPP que o afirma expressamente na *Policy for Prosecutors in Respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide*.

Podemos sinteticamente caracterizar o actual quadro legislativo britânico do seguinte modo: tanto o suicídio assistido como o homicídio a pedido da vítima são punidos²⁸⁹. Enquanto que o primeiro — sob designação de incitamento ou ajuda (auxílio) ao suicídio — é punido com pena de prisão até 14 anos, o segundo enquadra-se nas previsões gerais de “murder” e

²⁸⁷ Hazel Biggs/Suzanne Ost, “As it is at the end so it is at the beginning: legal challenges and new horizons for medicalised death and dying”, *Medical Law Review*, Winter 2010, p. 437 e s.

²⁸⁸ Para uma indicação mais exaustiva dos factores veja-se, além do documento original, Alexandra Mullock, “Overlooking the criminally compassionate: what are the implications of prosecutorial policy on encouraging or assisting suicide?”, *Medical Law Review*, Winter 2010, p. 444 e s.

²⁸⁹ Note-se que não são tidas em conta algumas especificidades referentes à Irlanda do Norte e à Escócia.

“*manslaughter*”, podendo mesmo estar em causa a punição com prisão perpétua²⁹⁰.

Contudo, através das directivas, tanto do DPP como do GMC, é possível verificar — usando-se aqui a terminologia adoptada no Capítulo IV — que as situações de eutanásia passiva e mesmo as situações de eutanásia activa indirecta se vêem como que excepcionadas da discursividade penal, salvo se existir interesse público em contrário. Por seu turno, o auxílio ao suicídio também encontra um sistema complexo de punibilidade resultante da conjugação da lei com as directivas e correlativas ponderações de interesse público (ou oportunidade).

Com efeito, em uma percentagem dos casos de “*mercy killing*” (13%) e de “*assisted suicide*” (15%), há lugar a arquivamento do processo ou, segundo indicação do DPP, o procedimento criminal nem sequer tem início²⁹¹. Será, assim, oportuno perguntar qual é, então, o propósito de uma lei que tecnicamente criminaliza um comportamento que, na prática, ignora ou perdoa²⁹²?

O *Human Rights Act* 1998 é a ratificação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e sua adaptação ao ordenamento jurídico britânico.

²⁹⁰ Uma nota de tom mais específico para dar conta de que a *End of Life Assistance (Scotland) Bill* foi introduzida no Parlamento escocês em 20 de Janeiro de 2010, mas, após discussão em 1 de Dezembro do mesmo ano, não foi aprovada.

²⁹¹ Sheila A. M. McLean, *Assisted Dying: Reflections on the Need for Law Reform*, Oxford: Routledge, 2007, p. 141.

²⁹² Como sublinha Sheila A. M. McLean, *Assisted Dying* (cit.), tomando por base ainda outros exemplos, p. 143 e s., “these cases show that — whether or not the law claims to treat all killing in the same way — when the killing involved is a ‘mercy killing’, the prosecution services, courts and juries seem inclined to distinguish them from other examples of killing in terms of both prosecution and sentencing policy. So, not only is it unlikely that a genuine ‘mercy killing’ will be prosecuted, but it also appears that even where a conviction is secured the apparent benign intention of the actor will most likely result in a lenient sentence”.

Considerado uma inovação constitucional significativa, chegou mesmo a ser visto como a domesticação da liberdade por Lord Levine²⁹³.

O *Coroners and Justice Act* 2009 prevê na sua segunda parte os ilícitos. No Capítulo I — relevante nesta sede — encontram-se os tipos relativos ao homicídio (capacidade diminuída e perda de controlo como “tipos privilegiados” ou “causas de justificação”), ao infanticídio e ao suicídio, *maxime*, o incitamento ou ajuda ao suicídio. A alteração levada a cabo visa, primordialmente, esclarecer que a conduta (análoga a participação) é elevada a facto principal, não existindo aqui qualquer tipo de responsabilidade derivativa (ou, em termos continentais, não se colocando a questão da violação do princípio da acessoriedade)²⁹⁴.

No ordenamento jurídico ora analisado têm existido diversos casos que têm levado a acentuada discussão política e jurídica (político-criminal)²⁹⁵. Um deles foi, justamente, o caso *Pretty*, chegando mesmo ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²⁹⁶. Este caso foi o húmus para as directivas do DPP²⁹⁷. Tratou-se de uma mulher de 43 anos, Diane Pretty, que sofria de uma doença irreversível (*motor neurone disease*), a qual a impossibilitava de cometer suicídio sem assistência. Face à evolução da doença, Diane Pretty pretendia, então, cometer suicídio com a ajuda do seu marido, tendo solicitado ao DPP, por

²⁹³ Cfr. Peter Duffy et al., Anotação ao Human Rights Act, in: *Current Law Statutes Annotated* 1998, Vol. III, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1999, c. 42/2.

²⁹⁴ A este propósito veja-se Rudi Fortson/Alex Keene, Anotação ao Coroners and Justice Act 2009, in: *Current Law Statutes Annotated* 2009, Vol. II, London: Sweet & Maxwell, Ltd., 2010, c. 25/59.

²⁹⁵ Como se disse na nota 191 *supra*, no início do presente Capítulo, a referência a casos jurisprudenciais seria diminuta. Contudo, face à importância dos mesmos no caso do ordenamento — e sistema — ora em causa, constituiria, em nosso modo de ver, uma falha omitir qualquer referência a estes dois casos tão marcantes das soluções seguidas no Reino Unido.

²⁹⁶ Sobre este caso, Dave Powell, “Assisted Suicide and the Discretion to Prosecute Revisited”, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 73, n.º 6 (Dez. 2009), p. 475 e s.

²⁹⁷ As quais por vezes sofrem críticas por serem demasiado gerais ou, inversamente, por serem demasiado específicas. Cfr. Dave Powell, “Assisted Suicide...” (cit.), p. 479.

carta datada de 27 de Julho de 2001, que não perseguisse criminalmente o seu marido²⁹⁸. No âmbito do TEDH, este caso — alicerçado por Pretty na violação dos artigos 2º, 3º, 8º, 9º e 14º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem — veio a ser decidido em oposição às pretensões de Pretty²⁹⁹. Além do caso Pretty, existe um outro caso paradigmático no Reino Unido, mas este último de sentido inverso. Leslie Burke, 45 anos, antigo carteiro, sofria de uma doença degenerativa (*spino-cerebella-ataxia*) que iria acabar por paralisar todo o seu corpo — deixando intacto o seu intelecto — tornando-o cem por cento dependente de hidratação e de nutrição artificiais³⁰⁰. A sua petição contra o GMC visou garantir que recebia tais hidratação e nutrição até que morresse de causas naturais, pretendendo assegurar que os seus médicos não interrompiam tal tratamento, face às Directivas do GMC de 2002 relativas a esta matéria³⁰¹. Logo na primeira instância, estas Directivas foram consideradas ilegais e considerou-se que a interrupção da hidratação e nutrição artificiais em doentes que expressamente tenham pedido a sua continuação como uma violação dos arts. 3º e 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O GMC recorreu e, em segunda instância, as directivas foram consideradas legais. De notar que a revogação da sentença de 1ª instância se deveu, *prima facie*, ao excessivo alargamento do objecto do pedido feito por Burke por parte do (juiz) Munby J. De qualquer modo, acrescentou-se que o pedido de Burke assentava numa leitura errónea das Directivas do GMC, uma vez que, de acordo com a lei em vigor, qualquer profissional de saúde que

²⁹⁸ Veja-se a decisão do TEDH, *Case of Pretty v. The United Kingdom*, n.º 2346/02, de 29 de Abril.

²⁹⁹ Desenvolvidamente, entre nós, António Henriques Gaspar, “Eutanásia. Não obrigado? (*Caso Pretty v. Reino Unido*), *Sub judice* n.ºs 22/23 (2001), p. 171 e s.

³⁰⁰ Cfr. Peter de Cruz, “The Burke Case: The Terminally Ill Patient and the Right to Life”, *Modern Law Review*, Vol. 70 (2007), p. 306 e s.

³⁰¹ Peter de Cruz, “The Burke Case...” (cit.), p. 307 e s.

interrompesse a alimentação e a hidratação artificiais contra a vontade do paciente enfrentava uma acusação de homicídio qualificado (*murder*)³⁰².

b. Testamento biológico (decisões antecipadas)

O *Mental Capacity Act* de 2005 aprova, nos artigos 24º a 26º, a vinculatividade das *Advance Decisions*³⁰³. De notar que uma *Advance Decision*, de acordo com a sua própria definição legal, apenas inclui a decisão de recusar tratamento, não se prevendo que tal instrumento possa ser usado para exigir um tratamento³⁰⁴.

Assim, nos termos do art. 24º, uma decisão antecipada é uma decisão tomada por uma pessoa maior de 18 anos e capaz, no sentido de um determinado tratamento — proposto para ser iniciado ou continuado em um momento em que a pessoa não tem capacidade de consentir — ser recusado ou impedida a sua continuação. Esta decisão pode ser revogada ou alterada, mesmo parcialmente, a qualquer tempo, mesmo sem ser por escrito. Não obstante, de acordo com o art. 25 (6), a decisão apenas será válida se for feita por escrito e se for assinada pela pessoa em causa ou por outra pessoa, a seu pedido e na sua presença. Esta assinatura tem ainda de ser feita na presença de uma testemunha, que também deverá assinar. Uma decisão antecipada não é

³⁰² Peter de Cruz, “The Burke Case...” (cit.), p. 310. Todavia, afirma Peter de Cruz, *op. cit.*, p. 317, que “[d]espite its assurances, this judgement [2ª instância] represents a conservative and pro-doctor stance which does not offer an ironclad assurance of a right to life to patients with Burke’s illness who do not or are unable to request continued ANH (artificial nutrition and hydration) when their condition has deteriorated very badly. While Munby J’s judgement [1ª instância] appeared to go too far, the Appeal Court’s decision perhaps does not go far enough in endorsing patient autonomy and ensuring that both competent and incompetent patients are given adequate judicial protection from medical paternalism”.

³⁰³ Sobre a origem e enquadramento deste diploma e requisitos de validade das directivas antecipadas, veja-se Richard Jones, Anotação ao *Mental Capacity Act 2005*, in: *Current Law Statutes Annotated 2005*, Vol. I, London: Thomson/Sweet & Maxwell, 2006, c. 9/24 e 9/25.

³⁰⁴ Problema, aliás, também discutido no âmbito do caso Burke. Cfr. Peter de Cruz. “The Burke Case...” (cit.), p. 313.

aplicável se: *(i)* a pessoa tiver capacidade de prestar o seu consentimento no momento da questão sobre o tratamento (art. 25 (3)); *(ii)* o tratamento não for o tratamento especificado na decisão antecipada (art. 25 (4)(a)); *(iii)* estiverem ausentes determinadas circunstâncias específicas na decisão antecipada (art. 25 (4)(b)) ou se *(iv)* existirem fundamentos para crer que existem circunstâncias não antecipadas pela pessoa que tomou a decisão que tivessem afectado a mesma no caso daquelas serem do seu conhecimento (art. 25 (4)(c)). Em particular, nos termos do art. 25 (5), uma decisão antecipada não é aplicável a medidas de sustentação da vida excepto se a decisão for confirmada por declaração da pessoa no sentido de a mesma ser de executar ainda que com risco de vida e a decisão e a declaração cumprirem os requisitos de forma do art. 25 (6).

Quanto aos efeitos de uma decisão antecipada, a mesma salvaguarda a incursão em responsabilidade daquele que a execute (art. 26 (3)), sendo que aquele que não a respeite, sabendo da sua existência e correlativa validade, poderá incorrer em responsabilidade (art. 26 (2)). De salientar que, se estiver em curso procedimento judicial quanto à existência, validade ou aplicabilidade de uma determinada decisão antecipada devem ser praticados os actos necessários à prevenção de uma deterioração do estado de saúde daquele que tomou a decisão, assim como devem ser providenciadas as medidas de sustentação da vida, em harmonia com o disposto no art. 26 (5).

V.3. Instrumentos europeus

Nesta — já longa — viagem por diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, não poderíamos deixar de fazer uma referência a dois instrumentos europeus, fundamentais no âmbito das questões aqui analisadas. Referimo-nos, por um lado, à Recomendação 1418 (1999) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa e, por outro lado, à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Iremos tratar cada um destes instrumentos separadamente.

a. Recomendação 1418 (1999) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa

A Recomendação 1418 (1999), adoptada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa em 25 de Junho de 1999, veio, na sequência da Recomendação 779 (1976)³⁰⁵ e face à ameaça de direitos fundamentais dos doentes terminais e moribundos consubstanciadas pelos avanços das ciências médicas, apelar aos Estados-membros que estabelecessem disposições nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais que visassem proteger tais doentes, em especial, contra uma morte exposta a sintomas insuportáveis, o prolongamento do processo de morte contra a sua vontade, uma morte solitária e negligenciada, uma morte sob o medo de ser um fardo social, a limitação de medidas de sustentação de vida por razões económicas e uma provisão insuficiente de fundos e recursos para o cuidado adequado destes doentes (ponto 8 da Recomendação).

Neste sentido, recomenda-se aos Estados-membros (ponto 9 da Recomendação) o reconhecimento do direito a cuidados paliativos; a

³⁰⁵ Que, *in fine*, recomendou que o prolongamento da vida não deve, em si mesmo, constituir um objectivo da prática médica, a qual deve igualmente preocupar-se com o alívio do sofrimento.

promoção do acompanhamento familiar; a garantia de que, excepto escolha em contrário do doente, este receberá cuidados paliativos e alívio da dor adequados, ainda que este tratamento possa ter como efeito secundário contribuir para o encurtamento da vida da pessoa; a criação de uma rede de cuidados paliativos e a formação dos profissionais de saúde em cuidados paliativos.

No que toca à protecção da autodeterminação dos doentes terminais e moribundos, recomenda-se que sejam tomadas as medidas necessárias, como seja: *(i)* através do direito a serem informados de forma verdadeira e compreensiva, assim como o direito a recusarem informação; *(ii)* permitindo a consulta de outros médicos que não o médico assistente; *(iii)* garantindo que o doente não é tratado contra a sua vontade e que a mesma não é nem influenciada nem pressionada por terceiros, e que a vontade não seja formada sob pressão financeira; *(iv)* garantindo que a directiva antecipada de um doente que fique entretanto incapaz é respeitada e, bem assim, que são definidos os critérios da sua validade e da nomeação de procuradores ou representantes e respectiva competência; *(v)* assegurando que a vontade do doente relativamente a particulares formas de tratamento é tida em consideração, conquanto que a mesma não viole a dignidade humana; *(vi)* providenciando para que, mesmo no caso de não existir uma directiva antecipada, não seja violado o direito à vida do doente.

Finalmente, recomenda-se que seja garantido o direito à vida destes doentes, de acordo com o art. 2º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, reconhecendo que a vontade de morrer destes pacientes não constitui direito a ser morto pela mão de terceiros e que, esta mesma vontade não pode constituir justificação legal para levar a cabo acções com intenção de provocar a morte.

b. Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convenção de Oviedo)

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Conselho da Europa) de 1997 — conhecida como Convenção de Oviedo, cidade onde foi adoptada e aberta à assinatura — entrou em vigor na ordem internacional a 1 de Dezembro de 1999, tendo sido já ratificada por Portugal³⁰⁶, onde entrou em vigor a 1 de Dezembro de 2001.

Esta Convenção tem como objectivo e finalidade proteger o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantir a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina (art. 1º). Nos termos do art. 2º da Convenção *o interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência.*

Neste âmbito e com este enquadramento, a Convenção estabelece, quanto à questão da autodeterminação do doente, que qualquer intervenção no domínio da saúde apenas poderá ser efectuada no caso de a pessoa em causa previamente ter prestado o seu consentimento livre e esclarecido (art. 5º), sendo que — em particular remetendo para a matéria das disposições de paciente ou testamento biológico — *a vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta* (art. 9º da Convenção). Todavia, além desta norma não se estabelece qualquer disposição referente à forma que tal vontade previamente manifestada deve revestir.

Ainda uma nota final para referir que outros instrumentos europeus, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou mesmo a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, não obstante conterem

³⁰⁶ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 20 de Fevereiro.

disposições basilares, não se pronunciam directamente sobre a questão da eutanásia^{307 308}.

³⁰⁷ Como, aliás, faz sentido, dado existirem diferentes perspectivas de interesse público por parte dos Estados nesta matéria. Concordando com a margem de apreciação que tem sido dada aos Estados quanto a estas questões com relação a estes instrumentos, Benedita Mac Crorie, “A Eutanásia e o Auxílio ao Suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, *Scientia Iuridica*, Tomo LII, n.º 297 (2003), p. 447 e s., em especial, p. 471 e s.

³⁰⁸ Em particular, no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) relevam, fundamentalmente, os artigos 2º, 3º e 8º da Convenção. Com efeito, é possível associar estas disposições à matéria da eutanásia, desde logo, ao seguir a jurisprudência do TEDH que, em especial quanto ao art. 2º (direito à vida), afirma peremptoriamente que daqui não pode decorrer o seu direito diametralmente oposto, ou seja, o direito a morrer. Particularmente clara neste aspecto, a decisão do TEDH, *Case of Pretty v. The United Kingdom*, n.º 2346/02, de 29 de Abril. Note-se, ademais, que esta jurisprudência significa ainda que as soluções legislativas de sentido liberal devem respeitar esta orientação, não podendo, deste modo, consagrar um “direito à eutanásia”, como se torna claro no caso *Brongersma*, na Holanda (Decisão do *Hoge Raad* [Supremo Tribunal holandês], n.º 00797/02, de 24 de Dezembro de 2002), onde resulta claro a existência de um limite definido à eutanásia lícita.

Síntese

A diversidade de soluções legais mostra que, em matéria de eutanásia, as diferenças são muitas e algumas, até, porventura irreconciliáveis³⁰⁹.

Mas este percurso — ainda que muito sintético — por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros permite-nos observar que a permissibilidade do suicídio assistido ou mesmo da eutanásia activa directa não teve como consequência — nos ordenamentos onde existe — a colocação em causa do dogma da intangibilidade da vida humana, nem originou situações de “rebentamento do dique”. Mais. O facto de as situações de permissibilidade serem reguladas sob apertados pressupostos — ainda que de formas nem sempre coincidentes — confere às condutas em causa uma maior certeza e segurança jurídicas no âmbito da relação médico-doente do que aquela que se verifica em ordenamentos onde tais condutas — e referimo-nos sempre ao contexto médico — não se encontram reguladas.

Ainda de salientar que as soluções liberais encontradas se orientam no sentido de garantir — mesmo com graves consequências (morte) — a autodeterminação dos doentes.

É este dado que, na óptica da problemática em causa no presente trabalho, devemos realçar: tanto na eutanásia activa directa como no suicídio assistido não se trata de uma qualquer apologia da morte, mas antes da afirmação da autodeterminação dos doentes em causa, ao permitir proporcionar-lhes a melhor assistência possível de acordo com a sua vontade.

³⁰⁹ Coincidente, Nuno Ferreira, “A eutanásia...” (cit.), p. 148.

Capítulo VI

O homicídio a pedido da vítima e a eutanásia

VI.1. O fundamento da incriminação do art. 134º do CP

De modo a melhor podermos compreender o fundamento da incriminação do artigo 134º do Código Penal, importa que nos detenhamos, ainda que de forma breve, sobre a evolução desta norma legal no ordenamento jurídico-penal português³¹⁰.

Tanto no Código Penal de 1882 como no Código Penal de 1886 o tipo *homicídio a pedido da vítima* não encontrava consagração expressa. Com efeito, o artigo 354º, § único destes Códigos penais previa, sob um mesmo artigo, as condutas hodiernamente tipificadas como *homicídio a pedido da vítima e incitamento ou ajuda ao suicídio*. Assim, estabelecia este artigo que *será punido com a pena de prisão correccional aquele que prestar ajuda a alguma pessoa para se suicidar*. E, no seu § único dispunha que *se com o fim de prestar ajuda chegar êle mesmo a executar a morte será punido com a pena de prisão maior celular por quatro anos, seguida de degrêdo por oito, ou, em alternativa, com a pena fixa de degrêdo por quinze anos*. Ou seja, ainda que o homicídio a pedido da vítima não encontre referência expressa³¹¹, os casos do § único, em que é o agente que executa por si mesmo a acção desejada pelo suicida, parecem conter a situação “fáctica” do homicídio a

³¹⁰ Para uma perspectiva histórica de direito comparado — ainda que abarcando a evolução apenas até finais da década de 60 do século passado — sobre o próprio tipo, Gerhard Simson/Friedrich Geerds, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte* (cit.), p. 42 e s.; para uma visão histórica integrada com referência também ao suicídio no âmbito do ordenamento jurídico-penal alemão, cfr. Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 5 e s. e ainda Eva Schumann, *Dignitas — Voluntas — Vita. Überlegungen zur Sterbehilfe aus rechtshistorischer, interdisziplinärer und rechtsvergleichender Sicht*, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2006, p. 9 e s.

³¹¹ Assim também Maria Paula Gouveia Andrade, *Algumas Considerações sobre o Regime Jurídico do Art. 134º do Código Penal*, Lisboa: Usus Editora, 1993, p. 9.

pedido³¹², ainda que nem explicitando o pedido da vítima, nem mesmo a determinação do agente pelo pedido³¹³.

Foi o art. 142º do Projecto da Parte Especial do Código Penal que veio a dar origem — ainda que com algumas alterações³¹⁴ — à redacção do art. 134º do Código Penal de 1982³¹⁵. Na sua versão originária, dispunha o art. 134º, já sob a epígrafe “Homicídio a pedido da vítima”, que *quem matar outra pessoa imputável e maior determinado pelo pedido instante, consciente, livre e expresso que ela lhe fez será punido com pena de prisão de 6 meses a 3 anos*. Todavia, esta redacção vigorou pouco mais de uma década³¹⁶, sendo alterada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que aprovou o Código Penal de 1995³¹⁷. Alteração que, desde então, se mantém inalterada. Hoje, então, estabelece-se no art. 134º do Código Penal — ainda sob a mesma epígrafe — que:

1 — *Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até três anos.*

³¹² Neste sentido, Luís Osório, *Notas ao Código Penal Português*, vol. 3, 2ª ed., Coimbra, 1924, p. 80.

³¹³ Cfr. ainda Helena Morão, “Determinação pelo pedido e culpa: notas para a construção de um tipo misto”, in: Teresa Quintela de Brito/Paulo Saragoça da Mata/João Curado Neves/Helena Morão, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 351 e s., p. 352.

³¹⁴ Em particular quanto aos requisitos do pedido: aditou-se que o pedido deveria ser livre e consciente e omitiu-se que tal pedido deveria ser sério, como constava inicialmente no projecto.

³¹⁵ Apontando-se ainda o art. 579 do Código Penal italiano como fonte. Cfr. BMJ 286, Maio de 1979, p. 32. e BMJ 157, ainda que a redacção do actual art. 134º se aproxime bastante mais daquela do § 216 StGB, até mesmo no que respeita ao pedido.

³¹⁶ Até porque os requisitos do pedido tornavam a sua estrutura típica deveras complexa, “introduzindo novos problemas de integração do conteúdo do tipo”, como refere Maria Paula Gouveia Andrade, *Algumas Considerações sobre o Regime Jurídico do Art. 134º do Código Penal* (cit.), p. 10.

³¹⁷ Como refere Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), §6, p. 58, “com a versão aprovada, a lei penal portuguesa aproximou-se significativamente do dispositivo homólogo da lei alemã: se as exigências *sério* e *expresso* são comuns às duas leis, cabe à exigência complementar *instante* colmatar a assimetria que de outra forma subsistiria entre o mero «pedido» da lei portuguesa e a expressão mais densificada do direito alemão «*Verlangem*»”. Sobre as alterações em concreto, cfr. *op. cit.*, § 7, p. 58, e ainda *Actas* 1993, p. 198 e s.

2 — *A tentativa é punível.*

Verificamos que, na actual redacção, os requisitos do pedido foram simplificados, sendo a consciência e a liberdade do pedido substituídos pela sua seriedade³¹⁸. Ademais, já não se encontra especificado na norma que a vítima tem de ser imputável e maior³¹⁹.

É, então, sobre a actual redacção do art. 134º do Código Penal que irá recair a nossa análise, não obstante a sua evolução histórica desempenhar, naturalmente, um papel nessa análise.

Ordenado sistematicamente no Capítulo I do Título I do Livro II do Código Penal, ou, por outras palavras, no Capítulo dos crimes contra a vida, seria redutor — como já afloramos³²⁰ — defender, sem mais, que o fundamento deste ilícito-típico reside na inviolabilidade da vida humana.

Na verdade, se quiséssemos encontrar a legitimação do homicídio a pedido da vítima na intocabilidade ou inviolabilidade da vida de outra pessoa, por um lado, não poderiam existir causas de justificação em relação a qualquer homicídio (mesmo em legítima defesa). Pois que todas as causas de justificação — ao “permitirem” uma morte de outra pessoa — significariam, assim, um apoucamento desta mesma inviolabilidade. Por outro lado, em todos os ordenamentos jurídicos onde o homicídio a pedido da vítima se encontra previsto, teria também de se encontrar sempre tipificado o auxílio ao suicídio³²¹, dado que o mesmo também colide com esta inviolabilidade, facto

³¹⁸ Aliás, em harmonia com o Projecto de Eduardo Correia, que veio a ser alterado no CP de 1982.

³¹⁹ Questão que não determina *per se* que a vítima possa ser menor (de 16 anos) ou mesmo inimputável, como veremos adiante, no ponto 3 deste Capítulo.

³²⁰ Capítulo III.1 *supra*.

³²¹ Arthur Kaufmann, “Euthanasie — Selbsttötung — Tötung auf Verlangen“ (cit.), p. 145. Também no sentido de um paralelismo entre o auxílio ao suicídio e o homicídio a pedido, Franz von Liszt, “Verbrechen und Vergehen wider das Leben”, in: Karl Birkmeyer *et. al.*, *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Besonderer Teil*, V. Bd., Berlin: Otto Liebmann, 1905, p. 1 e s., p. 137 e 138.

que, manifestamente, não acontece³²². De um outra perspectiva, cumpre ainda perguntar o motivo da revogação do princípio *volenti non fit injuria* no caso deste ilícito-típico ou, dito de outra forma, a justificação para a incriminação de uma heterolesão consentida³²³. Razão que nos impele a procurar, com forte determinação, o fundamento da proibição do homicídio a pedido da vítima³²⁴.

Podemos ordenar em três grupos³²⁵ os fundamentos apontados para esta incriminação³²⁶. O primeiro grupo representa as posições segundo as quais o fundamento da incriminação deverá ser encontrado na protecção do bem jurídico vida humana. Em segundo lugar, podemos encontrar a corrente doutrinal que associa à protecção do bem jurídico vida humana a protecção de um outro interesse, designadamente um interesse público ou da colectividade (sociedade). Finalmente, em um terceiro grupo, que não fundamenta a legitimação do homicídio a pedido da vida especificamente através do objecto da sua protecção, mas antes derivado a argumentos como as dificuldades de prova, os perigos de “utilização indevida” ou ainda o argumento do *slipery slope*. Naturalmente que este último grupo terá de ser compreendido como marginal, uma vez que argumentos desta índole não servem para uma fundamentação da legitimidade de uma incriminação penal. Neste sentido, e

³²² Basta pensar no ordenamento jurídico-penal alemão.

³²³ Entre nós, sobre autolesão e heterolesão consentida, veja-se Manuel da Costa Andrade, *O Consentimento em Direito Penal* (cit.), p. 205 e s. e 635 e s.

³²⁴ A expressão que aqui usamos como “fundamento” (da proibição) é colocada por Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 58 como “pertinência da incriminação”. Todavia, somos de opinião que “fundamento”, enquanto motivo ou alicerce — não se confundindo aqui com o fundamento da punição — corresponde melhor ao sentido da questão colocada pelos Autores que a discutem (*Grundlagen*).

³²⁵ Seguimos aqui a ordenação de Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 169 e s.

³²⁶ Pois que, como sublinha Sternberg-Lieben, em um Estado de Direito secular, tais fundamentos apenas poderão ser encontrados deontologicamente e não em meros argumentos morais ou religiosos. Cfr. Detlev Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 104 e s.

feita a devida ressalva, de modo a melhor espelhar os problemas subjacentes a cada grupo, iremos tratar cada um deles separadamente.

a. O bem jurídico vida humana como fundamento do art. 134º do CP

Existem duas grandes linhas de argumentação no âmbito deste primeiro grupo. A primeira pode ser identificada como aquela orientação nos termos da qual se pretende fundamentar o ilícito do art. 134º do CP — *rectius*, do tipo de homicídio a pedido da vítima — a partir da inalienabilidade (ou intransmissibilidade) do bem jurídico vida humana.

Nesta linha de argumentação, o pedido não retiraria o ilícito ao homicídio dado que o bem jurídico vida humana seria intransmissível³²⁷. Ou seja, face às particulares características deste bem jurídico, o consentimento não teria, aqui, qualquer efeito justificador. Herdeira da filosofia de vezes como, por exemplo Jean Jacques Rousseau, o facto de se abdicar da vida significaria, afinal, abdicar da própria qualidade de pessoa³²⁸.

Mais recentemente, veio manifestar-se a favor deste fundamento SCHROEDER³²⁹. SCHROEDER começa por esclarecer que o argumento da protecção absoluta da vida não é adequado a fundamentar o § 216 StGB, dado não conseguir justificar a diferença entre homicídio a pedido e ajuda ao suicídio³³⁰. Na verdade, ainda que o ordenamento jurídico-penal português contenha a incriminação da ajuda ao suicídio e — em último caso — tal argumento pudesse ser usado com maior propriedade, o facto é que o

³²⁷ Cfr. Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 170.

³²⁸ De que Rosseau dá o exemplo paralelo de abdicar da liberdade para se tornar escravo. Veja-se *Do contrato social*, *passim*.

³²⁹ Friedrich-Christian Schroeder, “Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen”, *ZStW* 106 (1994), p. 565 e s.

³³⁰ Que, como se sabe, não sendo o auxílio ao suicídio punido na Alemanha, geram-se ainda maiores dificuldades de fundamentação do § 216 StGB. Cfr. ainda Friedrich-Christian Schroeder, “Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen” (cit.), p 567.

fundamento para a incriminação do homicídio a pedido da vítima não pode *in toto* passar apenas por esta ordem de considerações. Pois que se a protecção penal da vida é absoluta, tal quer dizer que nenhuma lesão do bem jurídico vida humana pode ser justificada, o que, manifestamente, não é o caso. Basta, tão somente, voltar a pensar na legítima defesa enquanto causa de justificação para logo o argumento da absolutidade voltar, de novo, a perder a sua validade também no ordenamento jurídico-penal português.

Outro ponto de vista trazido por SCHROEDER é aquele de a fundamentação da regulamentação do § 216 StGB ser apoiada na protecção da vida de outra pessoa — por outras palavras, a intangibilidade da vida humana, por vezes designada de “tabu”³³¹ — não ser suficiente para um direito penal racional e esclarecido, não constituindo nada mais senão uma mera emanção da prevenção geral³³². Assim, também aqueles que associavam ao “tabu” argumentos na linha do “rebetamento do dique” (*Dammbruch*) não

³³¹ Friedrich-Christian Schroeder, “Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 567. Partidária desta fundamentação é, aliás, uma boa parte da doutrina alemã. Cfr. Karl Engisch, “Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung”, in: Friedrich Geerds/Wolfgang Naucke, *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, p. 399 e s., que afirma (p. 415) que o princípio da dignidade penal do homicídio a pedido da vítima é tanto moral como jurídica, sendo que a tese da intangibilidade da vida humana alheia (o tabu) onde assenta apenas demonstra que nem todos os princípios jurídicos têm de ser moralmente neutrais (conquanto traduzam o património espiritual da respectiva comunidade onde se inserem). Também Hans Joachim Hirsch sublinha que “zwischen einen Recht, selbst Hand an sich zu legen, und einen Recht, Hand an das Leben eines, wenn auch damit einverstanden, anderen zu legen, besteht ein deutlicher sachlicher und rechtlicher Unterschied”, concluindo que “hinter dem Verbot der Fremdtötung steht nicht bloß der Gedanke des Respekts vor dem Leben, sondern genauer der der Wahrung des Respekts vor dem Leben der Mitmenschen”, ou, ainda mais forte: “wenn das Gesetz eine Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen vorsieht, ist daher dabei die ausschlaggebende Erwägung, daß im Interesse der Sicherung des Lebens der Mitmenschen eine Tabuisierung, eine prinzipielle Unantastbarkeit fremden Lebens notwendig ist”, in: “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 612.

³³² Friedrich-Christian Schroeder, “Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 567.

traziam à discussão nada mais senão questões de política criminal³³³. Na verdade, para este Autor bastará ler atentamente as razões da própria lei para daí poder, de imediato, aduzir o fundamento da incriminação³³⁴. Com efeito, ali se refere corresponder ao sentimento (sensibilidade) jurídico que o homicídio daquele que nisso consente não deve ser punido com a mesma pena do que o homicídio sem consentimento. Ademais, é incontestada lei de costumes (*Sittengesetz*) que a vida não é um bem alienável (*nicht veräußerlich*), pelo que não se permite a impunidade da sua lesão [por terceiros]³³⁵. Logo, na sua sintética formulação — e abstraindo da referência aos costumes (moral) — poderíamos, segundo SCHROEDER, encontrar aqui o fundamento da punibilidade do homicídio a pedido da vítima: o sentido do § 216 StGB reside em que o legislador encara a decisão sobre a própria vida como tão existencial, que não quer permitir uma passagem da execução para um terceiro³³⁶.

Não obstante, cremos que esta fundamentação — além de paternalista³³⁷ — carece de justificação, apresentando-se apenas como uma mera constatação que nada acrescenta à compreensão do fundamento legitimador — de outro modo, do ilícito — do crime de homicídio a pedido da vítima. Temos para nós que a circunstância de um direito ser inalienável ou intransmissível — facto que, quanto ao bem jurídico vida, não negamos, pelo

³³³ Friedrich-Christian Schroeder, “Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 568.

³³⁴ Friedrich-Christian Schroeder, “Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 573.

³³⁵ *Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 14.2.1870. Mit den Motiven* [Reimp.], Goldbach: Keip Verlag, 2000, p. 70.

³³⁶ Friedrich-Christian Schroeder, “Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 574. Ou, com uma outra formulação, o suicida manifesta no acto de execução a sua autonomia, contrariamente ao que sucede no caso de uma execução por terceiro. Cfr. Claus Roxin, “Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie”, in: Jürgen Wolter (Hrg.), *140 Jahre Goldtdammer’s Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günther Potz*, Heidelberg: Decker’s Verlag, 1993, p. 177 e s., p. 184. Veja-se ainda Detlev Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung* (cit.), p. 112.

³³⁷ Assim também Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 171.

contrário, aceitamos plenamente — em nada se relaciona com a eficácia do pedido na nadificação da própria vida. Não se trata, no homicídio a pedido da vítima, de transmitir o meu direito à vida ou o bem jurídico vida a um terceiro. Se assim fosse, e fazendo um paralelismo com a integridade física, as ofensas corporais consentidas teriam de assumir o mesmo significado, ou seja, a transmissão do bem jurídico integridade física a um terceiro³³⁸. Em termos apodícticos, a eficácia (ou não eficácia) do consentimento nada tem que ver com a transmissão de direitos ou bens jurídicos.

Por outro lado ainda, quando se fundamenta o homicídio a pedido da vítima nesta protecção da própria vida, cai-se em um paradoxo de ter de considerar que a “vítima” é quase sempre incapaz de consentir³³⁹ — dado que a manifestação de vontade corporizada pelo pedido não produz qualquer efeito justificante —, quando se exige, para que possa, sequer, haver privilegiamento, que o pedido seja sério. Dito de outro modo: pensar na incapacidade da “vítima” para consentir é levar, em última instância, à inaplicabilidade do tipo do homicídio a pedido da vítima³⁴⁰. Ora, como é bom de ver, do fundamento não pode derivar a erosão do tipo. Além de que esta consideração da “incapacidade” encerra em si mesma uma contradição sistemática, dado que, sendo o pedido — a manifestação de vontade — a razão que justifica o privilegiamento, tal significaria que o privilegiamento se

³³⁸ Como salienta Günter Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 15, a vida, a integridade física ou a liberdade — e aqui incluímos já a crítica à questão levantada por Rousseau a respeito da escravatura — são bens jurídicos altamente pessoais (ou pessoalíssimos), o que significa que o seu titular não os pode transmitir a terceiros, ou seja, um contrato tendo por objecto a compra da vida seria inexistente. Mas no homicídio a pedido da vítima, ainda que se possa talvez falar em uma permissão para matar, do que verdadeiramente se trata é de o titular do bem jurídico organizar um facto que serve os seus próprios fins, não prescindindo de qualquer decisão pessoal sobre o bem jurídico vida.

³³⁹ Dado que, em regra, se encontraria em um estado de depressão psíquica, como o entende Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 613.

³⁴⁰ Neste sentido, Rudolf Schmitt, “Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?”, in: Friedrich-Christian Schroeder/Heinz Zipf, *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe: C.F.Müller, 1972, p. 113 e s., p. 118.

baseava em uma vontade “viciada” (inválida)³⁴¹. O que nos leva a afirmar, sem resto, que o paternalismo associado à fundamentação deste crime vem, afinal, a determinar incongruências sistemáticas e dogmáticas. Motivo pelo qual não será nesta linha de argumentação que deverá residir o fundamento de protecção do art. 134º do CP.

Uma outra linha de argumentação, relacionada com aquela da inalienabilidade da vida humana, mas que desta se diferencia, é-nos trazida — com fortes raízes na filosofia kantiana — pelas vozes de MAATSCH e de WILMS/JÄGER.

Segundo WILMS/JÄGER³⁴², a fundamentação da incriminação do homicídio a pedido da vítima passa, em primeira linha, pela consideração do ordenamento jurídico-constitucional. Com efeito, a vida humana é a base vital da dignidade da pessoa humana e constitui pressuposto de todos os restantes direitos fundamentais. Neste sentido, exige-se um dever de protecção abrangente do Estado em relação à vida³⁴³. Daqui decorrerá que uma renúncia individual a um direito apenas poderá existir quando tal seja possível através do Estado, porque o exercício de direitos — como o próprio Direito — apenas existe no âmbito do Estado. Deste modo, estando retirada à disposição individual a renúncia a direitos fundamentais, encontra-se excluída, também, a renúncia ao direito à vida constitucionalmente protegido³⁴⁴. Não obstante, os direitos próprios não existem para limitar a liberdade individual. O que não invalida que o Estado estabeleça uma determinada proibição que sirva a protecção do próprio, ainda que restringindo, através da mesma, a sua liberdade de actuação.

³⁴¹ Cfr. Detlev Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung* (cit.), p. 111 e ainda Wilfried Bottke, “Das Recht auf Suizid und Suizidverhütung”, *GA* 1982, p. 346 e s., *maxime*, p. 351 e s.

³⁴² Heiner Wilms/York Jäger, “Menschenwürde und Tötung auf Verlangen”, *ZRP* 1988, p. 41 e s.

³⁴³ Heiner Wilms/York Jäger, “Menschenwürde und Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 42.

³⁴⁴ Heiner Wilms/York Jäger, “Menschenwürde und Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 42.

Todavia, a protecção das pessoas contra elas próprias não pode — isoladamente considerada — constituir legitimação suficiente para a limitação da liberdade³⁴⁵. Reconhecendo-se o direito da pessoa de morrer em dignidade³⁴⁶, a verdade é que — no patamar do direito constitucional — existe uma diferença substancial entre a morte por mão própria e a morte por mão alheia³⁴⁷. Convocando um paralelismo com a prostituição, WILMS/JÄGER afirmam que, através da referida actividade, é conferida a terceiros a posição de poderem dispor sobre aquele que a exerce. O visado torna-se em objecto do terceiro. Ou seja, o visado coloca-se em uma posição que não é compatível com a sua dignidade enquanto pessoa. Deste modo, não tem de ser protegido contra os outros, mas antes de si próprio.

No âmbito do homicídio a pedido da vítima, entendem WILMS/JÄGER que quem confere a outrem a possibilidade de o matar, torna-se, apenas através deste acto, objecto à disposição do outro, o que atenta contra a dignidade do próprio³⁴⁸. Simultaneamente, tal conduz a uma perda irreversível de um dos mais importantes — senão o mais importante — bem jurídico. Encontram-se, assim, verificados os pressupostos para um dever de intervenção do Estado³⁴⁹, no sentido de proibir o homicídio a pedido da vítima.

Como é bom de ver, esta posição bebe muito da filosofia de Kant, em especial da fórmula pessoa-objecto, ou seja, a pessoa ser sempre compreendida como fim e não como meio. Com efeito, pode ler-se na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* que “os seres racionais estão pois todos

³⁴⁵ Heiner Wilms/York Jäger, “Menschenwürde und Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 43.

³⁴⁶ Heiner Wilms/York Jäger, “Menschenwürde und Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 42.

³⁴⁷ Heiner Wilms/York Jäger, “Menschenwürde und Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 43.

³⁴⁸ Entre nós, seguindo também esta linha de argumentação, Pedro Vaz Patto, “A Eutanásia em face da Constituição Portuguesa”, in: *idem*, *No Cruzamento do Direito e da Ética*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 139 e s., p. 142 e s. Criticamente sobre esta formulação, Detlev Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung* (cit.), p. 110.

³⁴⁹ Heiner Wilms/York Jäger, “Menschenwürde und Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 44.

submetidos a esta *lei* que cada um deles *já* se trate a si mesmo ou aos outros *simplesmente como meios*, mas sempre *simultaneamente como fim em si*”³⁵⁰.

Para lá destes argumentos, WILMS/JÄGER defendem ainda que o homicídio a pedido da vítima iria em sentido oposto ao fim do Direito, ou seja, aquele de garantir a liberdade das pessoas, pelo que a liberdade à heterodeterminação seria uma contradição nos próprios termos³⁵¹.

Cumprido apontar que esta posição parte de um pressuposto que se vem a revelar pernicioso na construção da argumentação seguida, ou seja, que a decisão de morrer — mesmo por mão alheia — não é uma manifestação da própria autodeterminação. Contudo, a verdade é que também se pode considerar esta decisão como uma manifestação de liberdade³⁵² e, enquanto tal, contemplada pela dignidade da pessoa humana³⁵³. Consequentemente, aqui verificamos que também esta argumentação não pode colher.

Ainda na mesma linha encontra-se MAATSCH³⁵⁴, que fundamenta o injusto [ilícito] do homicídio a pedido da vítima na existência de um dever

³⁵⁰ Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (trad. Paulo Quintela), Lisboa: Edições 70, 2009, p. 80 (itálicos do Autor); veja-se, ainda, neste contexto, p. XV da introdução de Pedro Galvão e a p. 73.

³⁵¹ Heiner Wilms/York Jäger, “Menschenwürde und Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 46: “Tötung auf Verlangen ist strafwürdig, weil es der Freiheit des Individuums zuwider ist, da sie die Freiheit unmöglich macht”.

³⁵² Veja-se Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung* (cit.), p. 111. Até mesmo tendo em conta o princípio da auto-responsabilidade da vítima, o qual pode ser formulado nos seguintes termos: “Die eigenverantwortlich unternommene Selbstverletzung oder –gefährdung schliesst die Strafbarkeit eines anderen wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Mitwirkung aus, sofern nicht der andere das Geschehen in höherem Masse beherrscht als das Opfer”. Cfr. Ulfried Neumann, “Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des «Opfers», *JA* 1987, p. 244 e s., p. 256 e também *BGHSt* 32, p. 262 e s. (*BGH* 1 StR 808/83, 14.02.1984). Todavia este princípio apenas se refere à liberdade da vítima para tomar a decisão, pelo que o seu pedido (no âmbito do homicídio a pedido da vítima) não pode criar um dever de actuar de terceiro a quem o pedido é formulado. Não obstante, tal não invalida que a decisão em si mesma não seja normativamente valorada como manifestação de liberdade.

³⁵³ Em especial, no âmbito dos próprios arts. 1º e 26º da Lei Fundamental.

³⁵⁴ Asmus Maatsch, *Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtspflichtsverstoss. Zum Strafrecht einverständlicher Sterbehilfe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2001, *maxime*, p. 195 e s.

normativo intrapessoal de auto-manutenção (*Selbsterhaltung*). Aqui pretende-se interpretar o consentimento na própria morte como ilícito (*pflichtwidrig*) por contender com uma “imposição” jurídica³⁵⁵. Mais do que isso, MAATSCH sustenta que a conservação da própria vida é um dever jurídico (ainda que contra si mesmo)³⁵⁶. Também nesta construção a filosofia de KANT representa um pilar inarredável. Basta notar que para KANT “conservar cada qual a sua vida é um dever, e é além disso uma coisa para que toda a gente tem inclinação imediata”³⁵⁷. Não obstante, para MAATSCH, este “dever de viver” enquanto dever intrapessoal não pode ter exigibilidade externa, motivo pelo qual não pode ademais determinar a punibilidade no caso da ajuda ao suicídio³⁵⁸. O injusto [ilícito] do homicídio a pedido da vítima encontrar-se-ia, assim, no facto de aquele que mata a pedido lesar a humanidade “autofinalista” (*Selbstzweckhaft*)³⁵⁹.

Esta linha de argumentação arrasta consigo algumas perplexidades. Desde logo, no patamar da consequentialidade. Como sublinha INGELFINGER, é pouco consequente por, de uma banda, postular um dever jurídico à auto-manutenção e, por outro lado, negar a exigibilidade externa (*äussere Erzwingbarkeit*) deste dever, o que acaba, afinal, por levar à

³⁵⁵ Asmus Maatsch, *Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtsverstoss* (cit.), p. 197.

³⁵⁶ Asmus Maatsch, *Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtsverstoss* (cit.), p. 213 e s.

³⁵⁷ Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (cit.), p. 28. Todavia, como bem observa Pedro Galvão na Introdução desta obra, p. XXVIII, “Kant (...) condena o suicídio. Deste modo, entende que enquanto nos esforçamos por conservar a nossa própria vida estamos a agir em conformidade com o dever. Mas normalmente não é por razões morais que fazemos esse esforço — temos apenas um instinto muito forte para conservar a vida. Por isso, ao mantermo-nos vivos normalmente não estamos a fazer nada com valor moral”, ou seja, a este instinto têm de acrescer os motivos correctos para que possa ser reconhecido conteúdo moral à acção: “quando as contrariedades e o desgosto sem esperança roubaram totalmente o gosto de viver; quando o infeliz, com fortaleza de alma, mais enfadado do que desalentado ou abatido, deseja a morte, e conserva contudo a vida sem a amar, não por inclinação ou medo, mas por dever, então a sua máxima tem um conteúdo moral”, *op. cit.*, p. 28.

³⁵⁸ Asmus Maatsch, *Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtsverstoss* (cit.), p. 225.

³⁵⁹ Como sublinha o próprio Autor, p. 225, “verletzt derjenige, der auf Verlangen tötet die — selbstzweckhafte — Menschheit in einem anderen, die dieser ihn rechtens nichts zur Verfügung stellen kann, und verwircklicht damit unmittelbares Verletzungsunrecht”.

consideração do mesmo dever como um dever moral e não como um dever jurídico³⁶⁰. Ao que acresce a implausibilidade da argumentação aduzida no respeitante à ajuda ao suicídio. Na verdade, ainda que se pudesse considerar o suicídio em si mesmo como a violação de um dever intrapessoal, o certo é que na ajuda ao suicídio já nos encontramos perante um comportamento interpessoal. Pelo que não se compreende a sua exclusão da exigibilidade externa, podendo mesmo afirmar-se que esta configura a negação da juridicidade do dever de auto-manutenção.

Como referimos *supra*, podemos identificar duas grandes linhas de argumentação neste primeiro grupo. É agora o momento de nos debruçarmos sobre a segunda, em que se incluem as fundamentações geralmente designadas de paternalistas.

Em traços gerais, esta segunda linha de argumentação assenta, por sobretudo, em uma ideia de protecção da vítima (que pede o homicídio), o que veio, aliás, a determinar a designação por que é conhecida.

Um dos autores que pretende fundamentar o ilícito do homicídio a pedido da vítima nesta ideia de protecção da vítima é JAKOBS³⁶¹. Com efeito, entendendo que aqui a vítima não aliena ou transmite a sua vida, pelo contrário, que convoca — através do seu pedido — um terceiro para os seus próprios fins, abdica tão pouco dos mesmos como o suicida³⁶². Pelo que, consequentemente, o fundamento de protecção não poderá assentar na inalienabilidade da vida humana, dado que não existe, no homicídio a pedido da vítima, qualquer alienação da própria vida; quanto muito, uma autorização para matar por parte do titular do bem jurídico. Deste modo, o único aspecto que diferenciaria a ajuda ao suicídio do homicídio a pedido da vítima seria a

³⁶⁰ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 174.

³⁶¹ Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 14 e s.

³⁶² Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 15.

divisão do trabalho no homicídio a pedido da vítima³⁶³. Daqui resulta, segundo JAKOBS, que a norma contida no § 216 StGB terá de ter outro ilícito — que poderá resultar da violação de uma norma para protecção da vida — diferente do ilícito de homicídio, pois em causa não poderá estar a protecção da vida daquele que pede e para tanto organiza: a relação com a protecção da vida apresenta-se, antes, através da consideração do homicídio a pedido da vítima como um crime de perigo abstracto³⁶⁴. É um crime de perigo abstracto dado que visa primordialmente proteger a maturidade de execução da vítima. Ou seja, garante — perante a permissão do suicídio — que a vontade de suicídio da vítima apenas possa ser concretizada quando ela seja plenamente fundamentada nos fins da própria vítima (maturidade de execução) e não careça de ser comprovada por terceiros. Assim, através da limitação da não punibilidade à forma não organizada através de divisão do trabalho do suicídio excluem-se as dúvidas sobre a maturidade de execução da vítima³⁶⁵. Contudo, esta leitura da norma contida no § 216 StGB — correspondente ao nosso art. 134º do Código Penal — acaba por esquecer a “norma-texto”. Na verdade, tanto no preceito alemão como no português se exige que o pedido seja “sério” e “expresso”³⁶⁶, o que entra, desde logo, em contradição directa com as considerações de JAKOBS³⁶⁷. Ou seja, esta posição, ainda que em uma

³⁶³ Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 16. Aqui não nos podemos esquecer que a argumentação aduzida por Jakobs parte muito do facto de no ordenamento jurídico-penal alemão a ajuda ao suicídio não ser punível, o que determina a necessidade de justificar o ilícito do homicídio a pedido da vítima por contraposição à ausência de ilícito da ajuda ao suicídio. De qualquer modo, e por forma a nos mantermos o mais fiéis possível ao pensamento do Autor, incluímos também as passagens da sua argumentação que têm por base esta diferenciação, tendo sempre como pano de fundo que o que releva, neste ponto em particular, é descortinar o ilícito específico do homicídio a pedido da vítima.

³⁶⁴ Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 19.

³⁶⁵ Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 23.

³⁶⁶ Mais aprofundadamente sobre os requisitos do pedido, veja-se *infra* ponto VI.3.

³⁶⁷ Cfr. Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht”, *GA* 2010, p. 490 e s., p. 492, que acrescenta ainda que a própria inserção sistemática da norma torna claro que se trata de um tipo privilegiado do homicídio.

abordagem inicial pareça bastante liberal, com efeito, através de uma leitura mais atenta, verificamos que acaba por ser paternalista, no sentido em que vem, afinal, a proteger a vítima de si própria.

Partindo da leitura do “tabu dos mortos”³⁶⁸, HASSEMER considera que o mesmo tem correspondências na compreensão normativa da nossa sociedade³⁶⁹. Desde logo, por ser um fenómeno que desperta insegurança, tanto na sociedade como no direito³⁷⁰. Com efeito, “a postura da sociedade em relação à morte, na medida em que se reflecte na ordem jurídica, é ambivalente, a morte é-lhe um fenómeno opaco (*verbüllt*)”³⁷¹. É o fenómeno da opacidade da morte que explica a posição ambivalente da ordem jurídica em relação ao suicídio ou ao homicídio a pedido da vítima, pois sendo a vida um bem jurídico individual³⁷² e a pessoa vivente o seu titular, não pode este, contudo, dispor da mesma³⁷³. Dito de outro modo, sendo a morte um acontecimento cujo significado a sociedade não alcança compreender, cujos efeitos e consequências não são apreensíveis com o *instrumentarium*

³⁶⁸ Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgelehre*, Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1980, p. 175 e s.

³⁶⁹ Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (cit.), p. 177, dando aqui exemplos das manifestações normativas da vida para lá da morte, como, por exemplo, em termos penais, a profanação de cadáver e a protecção jurídico-penal do “sentimento de piedade”, ou mesmo da “honra da família”, assim como a própria interpretação dos mesmos enquanto bens jurídicos (p. 179 e s.).

³⁷⁰ Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (cit.), p. 186. Hassemer refere mesmo a expressão — usada primordialmente na teologia (citando aqui Karl Rahner, *Zur Theologie des Todes*, 1961, p. 43 e s.) — da “opacidade” (*Verbülltheit* — que, em sentido literal, quererá significar escondido ou oculto, mas que, pelo sentido se entende ser “opaco” a palavra que melhor expressa o que o Autor pretende traduzir) da morte. Também José de Faria Costa recorre a esta caracterização, referindo-se de igual modo à opacidade da morte. Cfr. José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 110 e s.

³⁷¹ Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (cit.), p. 186.

³⁷² Aqui optamos por usar a expressão do Autor (*Individualrechtsgut*) e não aquela porque manifestámos preferência em I.1.1 do presente trabalho, com vista a nos mantermos o mais fiel possível ao pensamento do Autor.

³⁷³ Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (cit.), p. 187.

funcional³⁷⁴, tal tem necessariamente de ter consequências para a compreensão da lesão da vida, do homicídio e, também, para o bem jurídico “vida”. Na verdade, o que significa a morte para o próprio não é explicável; o dano corporizado pela lesão de vida permanece obscuro, a pessoa morta é a estranheza absoluta³⁷⁵. Destas considerações retira HASSEMER a explicação do princípio da protecção absoluta da vida: a vida não é funcionalizada, não podendo ser trocada contra qualquer outro bem jurídico nem ponderada em relação a si mesma. O que significa que, neste caso especial, o direito penal prescinde de uma das suas tarefas, ou seja, a ponderação e diferenciação entre tipos de casos, bens jurídicos e graus de ilicitude³⁷⁶. Aproximando-nos gradativamente do tipo-de-ilícito em questão, HASSEMER conclui, então, que, mesmo sendo a vida um bem jurídico individual, a opacidade da morte sempre desempenhará um papel restritivo. Efectivamente, um consentimento eficaz (*wirksam*) pressupõe a capacidade de consentir, por outras palavras, aquele que consente tem de compreender plenamente o sentido, o significado e o alcance daquilo em que consente. Pelo que, um consentimento juridicamente eficaz na própria morte não seria aceitável na actual sociedade, dada a sua compreensão normativa acima exposta³⁷⁷. Pois que se a morte é — como referido — um fenómeno opaco, ninguém terá capacidade de compreender o significado e o alcance da sua própria morte. Assim, para HASSEMER, a ordem jurídica quer evitar aceitar uma decisão de renúncia (à própria vida) quando o bem ao qual se renuncia permanece inalcançável e

³⁷⁴ Como, entre nós, põe em evidência Anselmo Borges, “[n]inguém sabe o que é morrer. Ainda nenhum de nós, felizmente, morreu, e os mortos, esses, não falam. Não temos experiência do que é morrer nem do estar morto nem do além. (...) No confronto com a morte, é com a irrepresentabilidade total que nos deparamos”, in: “A morte humana na sociedade actual”, *Colóquio sobre Eutanásia*, Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa, 1993, p. 235 e s., p. 235.

³⁷⁵ Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (cit.), p. 187.

³⁷⁶ Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (cit.), p. 188.

³⁷⁷ Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (cit.), p. 188 e s.

incompreensível para o renunciante³⁷⁸. Todavia, temos para nós que o bem a que se renuncia é conhecido pelo renunciante: este conhece a sua vida. E, por muito que possa não se saber o que será a sua morte — quanto a isso, julgamos não poder gizar-se qualquer divergência quanto à opacidade do fenómeno morte — sabe-se qual a consequência da renúncia ao bem jurídico vida. Procurando encontrar um paralelo em um outro exemplo: se alguém consente em que alguém lhe faça uma tatuagem — caso paradigmático de consentimento em uma ofensa à integridade física aceite pelo ordenamento jurídico-penal — sabe que renuncia à sua integridade física e que a consequência dessa renúncia será, em primeira linha, o sofrimento de dor — para a execução da tatuagem — e, conseqüentemente, a existência de uma tatuagem no seu corpo. Mas a verdade é que — excepto se for uma segunda ou terceira vez que o faz — aquele que nisso consente não sabe prever a dor que irá sofrer até, perdoe-se-nos a expressão mais prosaica, o sofrer na pele. Ou seja, no sentido seguido por HASSEMER, também não sabe o verdadeiro alcance da sua renúncia ao consentir. Mas a verdade é que sabe que vai ter dor e, subsequentemente uma tatuagem. E aceita tal facto. Do mesmo modo, quem consente, não consente na sua morte: consente na lesão da sua vida e sabe que, subsequentemente, irá ter a morte. Mas o bem a que renuncia — a sua vida — conhece-o, bem como as consequências dessa renúncia (a morte). Não pretendemos, como é evidente, colocar no mesmo patamar a consequência “tatuagem” e a consequência “morte”. O que visamos tornar mais claro com este exemplo é que a realidade que aquele que consente tem de conhecer é o bem a que renuncia e a consequência da sua renúncia, ou, por outras palavras, ter *o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance* do consentimento. O significado da consequência não poderá ser exigível para a eficácia ou validade do consentimento, na justa medida em que tal pressuporia a experimentação pessoal prévia à realização de qualquer heterolesão

³⁷⁸ Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (cit.), p. 189.

consentida, nunca se podendo, então, prestar um consentimento — nestes casos — verdadeiramente eficaz, dado que, pressupondo o mesmo a experimentação pessoal prévia, esta não poderia existir sem o respectivo consentimento. Caía-se, assim, em um problema circular. Por outro lado, importa ter em atenção o que se dispõe no respectivo tipo. Com efeito, o tipo de homicídio a pedido da vítima paradigmático postula um pedido sério — cfr. art. 134º do Código Penal e § 216 do StGB — o que pressupõe a reflexão prévia de quem o formula e implica, por seu turno, uma contradição em termos textuais com as fundamentações paternalistas deste mesmo ilícito-típico.

Na linha “paternalista”, outra das justificações assenta na ideia de que o bem jurídico vida, enquanto base vital para o exercício dos restantes direitos, se encontraria retirado à livre disposição do seu titular³⁷⁹. Não obstante, se entendermos o bem jurídico vida como um bem pessoal — a que lhe está imanente uma componente relacional entre titular e objecto — dificilmente poderemos compreender tal retirada³⁸⁰. Para mais, ainda que seja inegável que a vida constitui a base vital para o exercício dos restantes direitos, tal não justifica que o que é consagrado como um direito — o direito à vida — seja transformado em dever (dever de viver). Na verdade, as fundamentações

³⁷⁹ Beneficiando, assim, de protecção independentemente do interesse ou vontade de viver do seu titular. Cfr. Reinhard Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, *Strafrecht. BT* (cit.), § 1, n.º m. 5, p. 14, relacionando esta protecção com a absolutidade da protecção da vida; todavia, o facto é que os direitos fundamentais representam para o seu titular um espaço de exercício de liberdade em relação ao respectivo bem jurídico, pelo que tal linha de argumentação falha logo no seu pressuposto, assim, Christian Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München: Verlag Franz Vahlen, 1992, p. 82 e s.; Detlev Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung* (cit.), p. 107 e s.; Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 133 e s.; NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 3.

³⁸⁰ Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*. *Prolegomena einer materialen Verbrechenstheorie*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1972, p. 64 e s., que refere, inclusivamente, que tal “retirada” resultaria ou de motivos religiosos, ou mesmo de motivos “fachistas”, no sentido de a vida não pertencer ao próprio, mas ao Estado (p. 65). Apesar de o § 216 StGB poder ter tido, na sua origem, motivos religiosos, tal não significa que os mesmos possam ser aceites em um Estado secular. Cfr. Detlev Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung* (cit.), p. 105.

paternalistas, assentando em uma ideia de protecção do próprio de si mesmo, acabam por conduzir a uma restrição da liberdade que carece de justificação³⁸¹. E esta justificação apenas se pode encontrar com fundamento nos termos do art. 18º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa³⁸², ou seja, *a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*. Com efeito, o paternalismo não oferece capacidade de fundamentar uma restrição de um direito fundamental, *in casu*, do direito à liberdade. Como acentua o *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGe), ao Estado não incumbe a tarefa de “melhorar” os seus cidadãos e, portanto, não lhe assiste o direito de lhes retirar liberdade com a finalidade de os “melhorar”³⁸³. A restrição de direitos fundamentais tem, muito mais, de obedecer a critérios justificativos coincidentes com a protecção de interesses da colectividade, com a manutenção do bem comum³⁸⁴. Daqui resulta que o próprio é autónomo, beneficiando a esfera privada de protecção absoluta, conquanto não afecte as

³⁸¹ Veja-se aqui Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 176. Como sublinha Christian Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst* (cit.), p. 116, “Schutz des Menschen vor sich selbst gegen seinen erklärten oder vermuteten, beachtlichen Willen bedeutet eine Freiheitseinschränkung und bedarf verfassungsrechtlicher Rechtfertigung”. Entre nós, João Loureiro, “Os rostos de Job...” (cit.), p. 181.

³⁸² Sobre a diferença entre restrição e limitação de direitos fundamentais veja-se, entre nós, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 328 e s. e José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 275 e s.

³⁸³ BVerfGe 22, 180, p. 219 e s. Em particular, refere, não obstante, o BVerfGe, p. 219, que “Die Freiheit der Person ist so ein hohes Rechtsgut, dass sie nur aus besonders gewichtigen Gründen eingeschränkt werden darf. Zu diesen gewichtigen Gründen gehören in erster Linie die des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrensrechts. Diese Eingriffe in die persönliche Freiheit des Einzelnen dienen dem *Schutz der Allgemeinheit*”. O que, por seu turno não implica que este “melhoramento” dos cidadãos possa ser — mesmo no âmbito do direito penal — fundamento suficiente para a restrição da liberdade; terá sempre de existir um outro fundamento.

³⁸⁴ Christian Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst* (cit.), p. 120, que chega mesmo a considerar inconstitucionais as leis restritivas de direitos fundamentais que se dirijam — objectivamente — a proteger o próprio de si mesmo.

posições jurídicas de terceiros. Consequentemente, a protecção do próprio de si mesmo enquanto razão única de uma restrição legislativa da liberdade não pode ser legitimada³⁸⁵. Aliás, o nosso legislador constitucional expressou-o claramente: as restrições têm de se limitar ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Além disso, para lá da restrição da liberdade, esta argumentação parece esquecer o princípio da auto-responsabilidade da vítima³⁸⁶. Assentando na ideia de autonomia — e correlativa liberdade, a que se liga umbilicalmente³⁸⁷ — este princípio tem um significado geral e positivo, que postula um relacionamento da pessoa (responsável) consigo mesma antes do seu relacionamento com a norma jurídica³⁸⁸. Como é bom de ver, este princípio decorre da máxima kantiana de que é através da autodeterminação que se

³⁸⁵ Christian Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst* (cit.), p. 120 e s.

³⁸⁶ Desenvolvido, fundamentalmente, pela jurisprudência alemã. Cfr. Rainer Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, p. 5 e s. e, em especial *BGHSt* 37, p. 179 e s. (BGH 4 StR 259/90, 25.09.1990). Trata-se de um caso em que devido ao fornecimento de heroína por um terceiro, um toxicodependente vem a falecer. Ancorando-se no princípio da auto-colocação em perigo consciente, refere-se aqui que “im Bereich der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte [darf] ein Verletzungserfolg, insbesondere auch der Tod eines Menschen, einem Dritten, der dafür mitursächlich gewesen ist, im Sinne aktiven Tuns dann nicht zugerechnet werden, wenn er die Folge einer bewussten, eigenverantwortlich gewollten und verwirklichten Selbstgefährdung ist und sich die Mitwirkung des Dritten in einer blossen Veranlassung, Ermöglichung oder Forderung des Selbstgefährdungsakts erschöpft hat”, para depois se concluir que o princípio da auto-responsabilidade limita o âmbito de protecção das normas penais relativas ao consumo de substância psicotrópicas. A este propósito veja-se ainda Ulfried Neumann, “Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung...” (cit.), p. 248, que sinteticamente formula este princípio do seguinte modo: “Die eigenverantwortliche Selbstverletzung oder –gefährdung schließt die Strafbarkeit eines anderen wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Mitwirkung aus, sofern nicht der andere das Geschehen in höherem Maße beherrscht als das Opfer”.

³⁸⁷ Ainda sobre a ligação entre responsabilidade e liberdade veja-se o que anteriormente escrevemos no nosso *A Responsabilidade Solidária das Pessoas Colectivas em Direito Penal Económico* (cit.), p. 15 e s. e bibliografia aí citada, e ainda, a propósito do conceito de responsabilidade em direito penal, o interessante estudo de Ernst-Joachim Lampe, “Verantwortung und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 14, (1989), p. 286 e s.

³⁸⁸ Rainer Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten* (cit.), p. 18.

experimenta a liberdade³⁸⁹. Tal torna-se particularmente claro nas palavras de ZACZYK: “Mit dem Begriff «Selbstverantwortung» ist das Vermögen des Menschen zu vernünftiger Selbstbestimmung bezeichnet und damit seine Freiheit”³⁹⁰. Cumpre, assim, na esteira de ZACZYK, indagar em que medida a auto-responsabilidade enquanto princípio jurídico se liga com o ilícito (injusto) penal. Com efeito, nos casos de autolesão, entende ZACZYK não existir ilícito em sentido estrito, na medida em que não é um acontecimento através do qual possa resultar uma imposição — sanção — jurídica para o próprio³⁹¹. Deste modo, o princípio da auto-responsabilidade só poderá ser convocado quando em causa estejam interacções interpessoais, como aliás, é o paradigma dos ilícitos-penais, que assentam, por excelência, em relações interpessoais³⁹². O que vem, afinal, a significar que a protecção do próprio de si mesmo como fundamento de um ilícito-típico entra em contradição com o

³⁸⁹ Immanuel Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes* (cit.), p. 62 (BA 52).

³⁹⁰ Rainer Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten* (cit.), p. 22. Ainda que o Autor, *op. cit. loc. cit.*, acrescente que a auto-responsabilidade em sentido jurídico é um segmento fundado na liberdade do amplo espaço da autodeterminação que, para além disso, se caracteriza — como esclarece o Autor, *op. cit.*, p. 23 — por abranger a autodeterminação do próprio na sua relação com os outros, aliás, na senda dos ensinamentos de Fichte de o direito ter na sua base relações interpessoais. Daí que, por outro lado, afirme o Autor, *op. cit.*, p. 32, que “Eine bewusste Selbstverletzung ist gegeben, wenn das Opfer mit Wissen um die Folgen eine Handlung vornimmt, die ein eigenes Rechtsgut beeinträchtigt, und dabei dessen Erfolg will”, pelo que “Wenn der Schluss zu ziehen ist, dass das «Opfer» hier auf sich selbst gestellt gehandelt hat, dann entzieht sich das Geschehen notwendig der strafrechtlichen Verantwortung eines anderen” (p. 33). Razão que determina que não possa considerar-se o suicídio como um ilícito penal — no caso de se verificar a liberdade e vontade (não viciada) de actuação do suicida —, contrariamente ao que afirma, quanto a nós, sem razão, Eberhard Schmidhäuser, “Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht” (cit.), p. 812 e s., que o suicídio — tal como o homicídio — representam a morte de uma pessoa, pelo que quanto ao tipo-de-ilícito, são idênticos.

³⁹¹ Rainer Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten* (cit.), p. 28. Ou, de outro modo, “as soluções jurídico-positivas vigentes obedecem, de forma mais ou menos consequente ao princípio da tolerância e impunidade das formas mais ou menos drásticas de autolesão”, in: Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 205.

³⁹² Ou, nas palavras de Faria Costa, em uma “relação comunicacional de raiz onto-antropológica”, ou seja, na “relação de cuidado-de-perigo”, do “eu-com-o-outro”. Cfr. José de Faria Costa, *O Perigo* (cit.), p. 423, 454 e 545 e ainda, do mesmo Autor, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 20.

próprio sistema jurídico, na justa medida em que, por um lado, configura uma restrição ilegítima de um direito fundamental e, por outro lado, ignora o princípio jurídico da auto-responsabilidade. O que nos remete, sem resto, para a procura de um outro fundamento para esta incriminação.

b. O interesse geral na protecção do bem jurídico vida humana como fundamento do art. 134º do CP

Neste segundo grupo podemos identificar três correntes principais³⁹³. Em primeiro lugar, aquela que defende que, associado à protecção da vida o fundamento do crime de homicídio a pedido da vítima se encontra na função pacificadora que o mesmo desempenha. Em segundo lugar, a corrente que entende que este fundamento se situa na garantia do princípio do valor positivo de cada vida humana. Finalmente, uma terceira corrente segundo a qual em causa está o interesse geral no padrão de comportamento generalizado da proibição do homicídio (manutenção do tabu). Vejamos, assim, cada uma destas correntes mais de perto.

Considerando o homicídio a pedido da vítima como perturbação da paz social³⁹⁴, alguns autores, como GÖBEL³⁹⁵, defendem que tal comportamento

³⁹³ Uma outra corrente, que não poderemos de apelidar como principal, é aquela, com raízes já antigas, que entendia existir um dever dos cidadãos em relação à comunidade no sentido de não porem nem deixarem pôr fim à sua vida, a fim de garantir a auto-subsistência dessa mesma comunidade. Paradigmaticamente, Eberhard Schmidhäuser, “Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht” (cit.), p. 817; cfr. ainda Thomas Weigend, “Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen”, *ZStW* 98 (1986), p. 44 e s., p. 62 e s. e p. 66. Com interesse a consulta de Feuerbach que, no seu manual afirma, conseqüentemente, ser o homicídio o crime privado mais grave de todos, uma vez que através da ofensa da vida ao Estado era retirado de forma permanente um membro da sua comunidade. Cfr. Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 6. Aufl., 1818, p. 185. A propósito desta corrente veja-se ainda Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 182 e s. e Detlev Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung* (cit.), p. 114 e s.

³⁹⁴ Daí que, muitas vezes, se refira o ordenamento jurídico-penal como um “ordenamento de paz”. Cfr. José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 21 e ainda Thomas

contende com as mais profundas raízes axiológicas da sociedade. Neste sentido, a criminalização do homicídio a pedido da vítima não representaria senão uma evitação de tal perturbação social e teria, deste modo, uma função de protecção da paz social³⁹⁶. Com efeito, o crime de homicídio a pedido da vítima, como, aliás, qualquer crime enquanto tal tipificado, representa uma perturbação social. Esta observação está, não obstante, longe de poder fundamentar a tipificação de um crime em concreto, em especial, o crime de homicídio a pedido da vítima. Como é bom de ver — e, aqui, acompanhamos INGELFINGER³⁹⁷ — a existência de um crime como este configura uma expansão de determinado sentir comunitário. Contudo, o mesmo pode ser afirmado em relação a outros crimes — maus tratos, actos homossexuais³⁹⁸ — sem que isso determine que aqui resida o fundamento — ou mesmo a legitimação — da sua incriminação. Como já afirmámos anteriormente, a função do direito penal não é garantir valores morais mas antes proteger bens jurídicos, pelo que se torna muito questionável alicerçar o fundamento de um crime — diríamos, de qualquer crime — em um sentir comunitário.

Würtenberger, “Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft”, in: Theo Vogler (Hrg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, I, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 37 e s.

³⁹⁵ Alfred A. Göbel, *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*, Frankfurt: Peter Lang, 1992, p. 39 e s., enfatizando que as normas não podem ser interpretadas desprendidas do seu contexto social e ainda que a pessoa não vive isolada, pelo que assumem importância as normas culturais fortemente enraizadas. Todavia, cumpre perguntar se o contexto sócio-axiológico é suficiente para justificar uma proibição penal, como questiona Stratenwerth.

³⁹⁶ Alfred A. Göbel, *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts* (cit.), p. 42 e s.

³⁹⁷ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 186. Não deixa de ser interessante a analogia que faz o Autor entre o crime de homicídio a pedido da vítima e o crime de maus tratos a animais a este propósito.

³⁹⁸ Sentir esse que se pode alterar, do que é representativo, neste patamar, o art. 175º do Código Penal, que, até à Revisão de 2007 tipificava os actos homossexuais com adolescentes, e hoje o lenocínio de menores. Quanto às razões da incriminação e seus antecedentes, Maria João Antunes, Anotação ao Art. 175º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 569 e s.

A segunda corrente tem como representante paradigmático INGELFINGER. Para este Autor, existe um princípio comum a todos os crimes contra a vida, o qual também se manifesta nos casos de fronteira desta protecção, como é o caso do homicídio a pedido da vítima. Este princípio é o do valor positivo de cada vida humana, segundo o qual a vida, independentemente do estado físico e psíquico do respectivo indivíduo é sempre — e sem excepções — um bem e como tal, sempre algo positivo³⁹⁹. Daqui decorre que a máxima de que uma vida humana nunca pode ser extinta por ser considerada algo negativo e logo não valer a pena ser continuada⁴⁰⁰. Trata-se de um fundamento que, apontando para a garantia da totalidade da vida humana, não apresenta, todavia, a fragilidade de fazer assentar o injusto do tipo em um interesse geral ou difuso que, por seu turno, tornaria o crime de homicídio a pedido da vítima em um crime de perigo abstracto, por não estar em causa a protecção de um interesse individual — a vida do próprio — mas antes um interesse da colectividade⁴⁰¹. A criminalização do homicídio a pedido da vítima representa, assim, que o ordenamento jurídico — apanágio da comunidade em que se insere — não prescinde do princípio de que uma vida humana não deve ser extinta por ser algo negativo, mesmo quando esta valoração provenha do próprio titular do bem jurídico⁴⁰².

Esta linha de argumentação faz realçar uma questão fundamental, ou seja, a de que a fundamentação do injusto do homicídio a pedido da vítima não pode prescindir de um injusto individual (ligado à própria vítima), sob

³⁹⁹ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 335. Dito de outra forma, ainda seguindo de perto este Autor, *op. cit. loc. cit.*, a proibição de matar serve o propósito de proteger as pessoas da perda do seu mais importante potencial.

⁴⁰⁰ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 335.

⁴⁰¹ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 195 e s. Até porque, como sublinha o próprio Autor, *op. cit.*, p. 335, o ordenamento jurídico continua a dar margem para que a pessoa tire a sua própria vida, ou seja, permite decisões existenciais sobre a vida e a morte resultantes da autodeterminação do próprio.

⁴⁰² Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 336.

pena de este crime se ver, afinal, transformado em um crime de perigo abstracto.

A terceira corrente que nos cumpre, aqui, analisar, defende que o fundamento do crime de homicídio a pedido da vítima se prende com o interesse geral no padrão de comportamento generalizado da proibição do homicídio (manutenção do tabu) ou, formulado de outra forma, com o interesse público de protecção da vida de todos os co-cidadãos (*Mitmenschen*)⁴⁰³. A questão do tabu⁴⁰⁴ sobre a vida humana alheia assenta primordialmente em uma ideia de inviolabilidade da vida humana⁴⁰⁵ e, no fundo, também na ideia de que as soluções para uma autolesão (suicídio) e para uma heterolesão (homicídio a pedido da vítima) não podem ser as mesmas⁴⁰⁶.

Na verdade, quando se assente a legitimidade das reacções penais na danosidade social⁴⁰⁷ dos respectivos comportamentos, cumpre perguntar,

⁴⁰³ Aqui não deixa de ser interessante notar um artigo que, já em 1861, questionava este interesse público a propósito do homicídio a pedido da vítima: “Der Grund, aus welchem die Tödtung eines Einwilligenden das Verbrechen der Tödtung begründet, liegt darin, daß das Verbrechen nicht als Verletzung des Rechts des Einzelnen bestraft, sondern wegen der darin liegenden Verletzung des öffentlichen Interesses mit Strafe bedroht wird, das den Schutz des Lebens der Bürger gegen Angriffe schützen muß...”. Cfr. Karl Mittelmaier, “Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tödtung eines Einwilligenden nach dem gegenwärtigen Standpunkte der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft geprüft”, *Archiv für Preussisches Strafrecht* [GA] 9 (1861), p. 433 e s., p. 439 e s.

⁴⁰⁴ Sobre o significado de “tabu” veja-se Winfried Hassemer, *Theorie des Verbrechens* (cit.), p. 160 e s.

⁴⁰⁵ Cfr. Karl Engisch, “Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung” (cit.), p. 412 e p. 415.

⁴⁰⁶ Até porque o seu significado é distinto. Veja-se, neste ponto, já Richard Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim: J. Bensheimer, 1919, p. 96. Entre nós, Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 204 e s.

⁴⁰⁷ Ainda que se possa considerar o conceito de danosidade social um conceito de difícil interpretação, justamente por poder incluir muitas realidades. Assim, veja-se, criticamente, Günther Jakobs, “Sozialschaden? — Bemerkungen zu einen strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem”, in: Martin Böse/Detlev Sternberg-Lieben, *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 37 e s.

tendo a vítima consentido na sua morte, se ainda permanece um interesse digno de protecção penal⁴⁰⁸. É a partir daqui que, relativamente ao homicídio a pedido da vítima, se encontra o interesse geral — da colectividade — na manutenção do tabu associado à ofensa a vida humana (de outra pessoa⁴⁰⁹)⁴¹⁰ ou, em uma formulação diversa, o interesse geral no padrão de comportamento generalizado da proibição do homicídio⁴¹¹. Assim, a vítima não pode dispor desta protecção de terceiros contra uma terminação não querida de vida⁴¹².

c. O “rebentamento do dique” (slipery slope), dificuldades de prova

Este terceiro grupo traz para a questão da fundamentação da legitimação da incriminação do homicídio a pedido da vítima argumentos que classificaríamos de complementares, mas que não poderão, em nosso modo de ver, constituir base única para lograr uma tentativa de fundamentação dogmaticamente consequente desta norma.

⁴⁰⁸ Cfr. Hans Joachim Hirsch, “Einwilligung und Selbstbestimmung”, in: Günther Stratenwerth *et. al*, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1974, p. 775 e s., p. 780 e s.

⁴⁰⁹ Ainda que, como vimos já, existam autores a sustentar que o próprio suicídio é ilícito, no fundo, porque também se trata de uma ofensa à vida humana. Posição esta que representa a minoria doutrinária.

⁴¹⁰ Como formula Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 612, “hinter dem Verbot der fremdtötung steht nicht bloß der Gedanke des Respekts vor dem Leben, sondern genauer der der Wahrung des respekts vor dem Leben der Mitmenschen. Dieser Gesichtspunkt aber ist unabhängig vom Verletzungseinverständnis des einzelnen Betroffenen. Man hat deshalb auch zum Erfordernis der Unantastbarkeit (dem Tabu) fremden Menschenlebens gesprochen”.

⁴¹¹ Fazemos aqui uma tradução livre da formulação de Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen...” (cit.), p. 504: “es [kann] vor allem im Bereich des Lebensschutzes im Allgemeininteresse liegen, das generalisierte Verhaltensmuster der tabuisierten Tötung durch fremde Hand uneingeschränkt für verbindlich zu erklären”.

⁴¹² Como esclarece Detlev Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung* (cit.), p. 120, “[d]ie Verfügungsschranke des Rechtsgutsinhabers über das Individualrechtsgut Leben ist nicht paternalistisch aus einem Schutze des Opfers vor eigener Unvernunft, sondern drittnützig (Sicherung des lebens aller Mitmenschen) zu legitimieren”.

O argumento também designado de *slipery slope* encontra-se umbilicalmente ligado ao tabu da proibição de matar⁴¹³. De forma sintética, a ideia que se encontra por detrás deste argumento é a de que a abertura de brechas na protecção penal da vida pode levar a que — tal como num dique — tais brechas levem à flexibilização desta mesma protecção⁴¹⁴. Exemplificando, se houver uma intervenção legislativa no sentido de eliminar (ou flexibilizar⁴¹⁵) o crime de homicídio a pedido da vítima correr-se-á o risco de que possam ser descriminalizadas outras formas de homicídio, sob a capota de eutanásia activa directa, mas em que não exista o consentimento da

⁴¹³ Veja-se Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 247; Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 613, que chega mesmo a referir o risco de a vontade do paciente vir a ser substituída pela vontade dos pais ou, até, de órgãos estaduais; Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 191 e s.

⁴¹⁴ Não havendo já como deter a evolução em um sentido não desejado inicialmente. Cfr. Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 191. De qualquer modo, podem-se identificar duas versões deste argumento: a lógica (ou conceptual) e a psicológica (ou empírica). Explicitando um pouco — e seguindo aqui de perto Ralph Ingelfinger, *op. cit.*, p. 192 —, a versão lógica reside na presunção de que permitindo-se a acção 1 seria impossível não permitir a acção 1+n, que daquela primeira apenas ligeiramente se diferenciaria. A versão empírica, por seu turno, reside na presunção de que a permissão de um determinado comportamento é o primeiro passo na direcção de um caminho escorregadio progressivo, cujo fim teria como consequência um estado de coisas não desejado. Ainda sobre este assunto, Reinhard Merkel, *Früh euthanasie* (cit.), p. 595 e s., *maxime*, p. 196 e ainda Rainer Hegselmann, “Moralische Aufklärung, moralische Integrität und die schiefe Bahn”, in Rainer Hegselmann/Reinhard Merkel, *Zur Debatte über Euthanasie*, Frankfurt: Suhrkamp, 1992, p. 197 e s., *maxime*, p. 206 e s.

⁴¹⁵ Daí que, a maioria das vezes, seja o legislador aquele que é considerado “responsável” pelo rebentamento do dique. Ainda que, como bem salienta Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 193 e s., existindo uma fiscalização concreta e abstracta da constitucionalidade — dado a protecção da vida ser constitucionalmente garantida —, este risco de existência de uma situação jurídica inconstitucional seja diminuto. Mais plausível seria, então, a consideração dos destinatários da norma e, conseqüentemente, dos tribunais como “responsáveis”, por interpretarem a norma em sentido mais lato do que aquele querido pelo legislador. Mas, ainda assim, sempre teria de se saber identificar onde estaria o “dique” representado pela proibição contida no crime de homicídio a pedido da vítima, o qual, para a maioria dos autores que referem este argumento, se encontraria, justamente, na eutanásia activa directa, representando o crime de homicídio a pedido da vítima a tradução do princípio da inviolabilidade da vida humana.

vítima⁴¹⁶. Neste sentido, abrir-se-ia caminho a “mortes piedosas” ou, de forma mais extremada, a práticas como aquela realizada durante o regime nazi na Alemanha, sob o tecto de aniquilação de vidas indignas (*Vernichtung lebensunwerten Leben*)⁴¹⁷. Consequentemente, a criminalização do homicídio a pedido da vítima constituiria como que uma “barreira de protecção” contra a ofensa à vida do titular do bem jurídico, mesmo que com a sua vontade⁴¹⁸.

Todavia, este argumento padece desde logo de alguma precipitação. Por um lado, pois parece contraditório referi-lo a propósito da eutanásia activa directa, mas aceitar a impunibilidade da eutanásia passiva ou mesmo da eutanásia activa indirecta⁴¹⁹. Por outro lado, sempre restaria a existência do crime de homicídio — que se refere aos casos que não beneficiam do consentimento da vítima — para evitar que se “flexibilizassem” casos de homicídio sem um pedido da vítima nesse sentido, corporizando, assim, o pedido — ou mesmo o consentimento — a barreira intransponível da licitude do comportamento⁴²⁰.

Poderia, não obstante, considerar-se o homicídio a pedido da vítima como um “dique” para o princípio da inviolabilidade da vida humana⁴²¹, pelo que a sua flexibilização significaria a colocação em causa daquele mesmo

⁴¹⁶ Ainda que possa ser advogado ser a intervenção no interesse da vítima. Cfr. Herbert Tröndle, “Sterbehilfe als rechtliches Problem”, *ZStW* 99 (1987), p. 25 e s., p. 38 e s.

⁴¹⁷ De que é paradigmático o trabalho de Karl Binding/Alfred Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form*, de 1920. Não obstante, sublinhando a incoerência deste argumento, até mesmo porque o programa nazi nada tinha que ver com motivos de evitação do sofrimento daqueles assassinados, veja-se Peter Singer, *Practical Ethics* (cit.), p. 186 e s. *maxime*, p. 188.

⁴¹⁸ Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 248, que faz notar a consideração deste argumento como um argumento de prevenção geral.

⁴¹⁹ Porque ambas as formas também permitiriam abusos.

⁴²⁰ Aliás, como salienta Birnbacher, mesmo se se viesse a verificar que a legalização da eutanásia activa directa viesse a resultar em alguns casos de não observação dos limites de segurança previstos na dita legalização — v.g., as “mortes piedosas” — sempre se poderia voltar a apertar referidos limites com uma intervenção legislativa. Cfr. Dieter Birnbacher, “Ist die Unterscheidung...”(cit.), p. 37.

⁴²¹ Cfr. Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 194 e s.

princípio. Contudo, também esta consideração não colhe, dado que, como se referiu *supra*, a colocação do limite na eutanásia activa directa — pela maioria dos autores que recorrem a este argumento — encerra em si mesma um oxímoro. Mais. É possível, de uma outra perspectiva, afirmar que os casos de eutanásia passiva e de eutanásia activa indirecta são exemplos de excepções do princípio da protecção absoluta da vida⁴²². A maioria da doutrina vê em estas constelações de casos a vontade da vítima como precedente em relação ao dever de manutenção ou de prolongamento da vida⁴²³. Se a autodeterminação do doente em relação ao “se” e ao “quanto tempo” do seu tratamento médico ainda pode, em larga medida, distinguir-se do homicídio a pedido, a verdade é que a aceitação da eutanásia activa indirecta constitui uma penetração substancial no princípio da protecção absoluta da vida, uma vez que a mesma é justificada no sentido em que o interesse do doente na diminuição das dores deve ser mais valorada do que um tempo de vida mais longo sob dores insuportáveis. Tendo como pano de fundo estas limitações ao art. 134º do Código Penal coloca-se a questão de saber se esta norma ainda pode ser compreendida como expressão de uma proibição absoluta de matar (terceiros). Na verdade, sempre existiram excepções ao princípio da protecção absoluta da vida — de que é exemplo paradigmático a já mencionada legítima defesa⁴²⁴ — sem que as mesmas tivessem como significado pôr este princípio

⁴²² Jörg Laber, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht*, Frankfurt: Peter Lang, 1997, p. 212. Veja-se ainda Walter Grop, “Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes und die fragmentarische Natur des Strafrechts”, in: Arthur Kreuzer *et al.*, *Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften. Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck*, Godesberg: Forum Verlag, 1999, p. 285 e s., p. 303 e s.

⁴²³ Veja-se o Capítulo IV.2 e IV.3 *supra*.

⁴²⁴ Norbert Hoerster refere também os crimes de guerra ou homicídio em tempo de guerra (*Tötung im Krieg*), in: “Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe”, *NJW* 1986, p. 1786 e s., p. 1791, mas julgamos que esta excepção não se enquadra na argumentação que vimos defendendo, na medida em que em tempo de guerra vigora o Estado de Sítio, o qual postula a própria excepcionalidade do ordenamento jurídico (com a correlativa suspensão de direitos, por exemplo). Logo, esta excepção não se refere a uma constelação normativa compatível com o Estado de Direito. Cfr. arts. 19º e 138º da Lei Fundamental.

em questão⁴²⁵ ou ainda a defesa de uma relativização da protecção da vida. Precisamente por esta razão é que se tratam de casos excepcionais, o quais também espelham a natureza fragmentária do direito penal. Nos casos do suicídio e especialmente nos casos mencionados de eutanásia permitida trata-se de um *plädoyer* pela autonomia das pessoas e conseqüentemente pelo seu direito de autodeterminação⁴²⁶ e liberdade de acção. Dito de modo conclusivo: não é *in toto* evidente que a flexibilização do homicídio a pedido da vítima ponha em causa o tabu da proibição de matar contra a vontade da vítima⁴²⁷.

Em suma, ainda que o argumento do “rebetamento do dique” possa trazer a lume algumas considerações a ter em conta — *maxime*, o cuidado a ter na definição dos limites das margens de punibilidade —, não é, em nosso modo de ver, manifestamente suficiente para fundamentar a criminalização do homicídio a pedido da vítima⁴²⁸.

Outro argumento que frequentemente é referido para a sustentação da necessidade de criminalização do homicídio a pedido da vítima é aquele das dificuldades de prova na verificação de eventuais abusos. Com efeito, alegando o agente que teria morto a vítima a pedido — e estando a única testemunha morta — seria quase que impossível refutar a alegação do

⁴²⁵ Assim, Arthur Kaufmann, “Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes?” in: Bernd Schünemann *et al.*, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 25. Mai 2001*, Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p. 840 e s., p. 843.

⁴²⁶ Por este motivo é que estas formas de eutanásia permitida devem ser retiradas do âmbito de aplicação do homicídio a pedido da vítima, uma vez que “es besteht kein praktisches Bedürfnis für eine abstrakt gesetzlich umschriebene Durchbrechung des Fremdtötungstabus, wenn die alternativen Formen der Sterbebegleitung ohne Furcht vor strafrechtlicher Verfolgung ausgeschöpft werden können”. Cfr. Torsten Verrel, *Gutachten C* (cit.), C. 62 e s. Ao que acresce não se poderem permitir excepções à ideia de que se trata da afirmação da autodeterminação da pessoa, aceitando-se casos em que não existe consentimento, como parece fazê-lo Peter Singer, *Practical Ethics*, 3rd. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 155 e s.

⁴²⁷ Neste sentido também Detlev Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung* (cit.), p. 119.

⁴²⁸ Assim também Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 250. E, como afirma Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 195, por o mesmo argumento se basear em suposições.

agente⁴²⁹, especialmente tendo em conta o princípio *in dubio pro reo*⁴³⁰, tudo conduzindo à facilitação de abusos⁴³¹. Todavia, este argumento seria igualmente pertinente em relação ao privilegiamento contido na moldura penal do art. 134º do Código Penal que depende da existência do pedido, pelo que a existência desta norma, por também poder conduzir a abusos, deixaria, de novo, de fazer sentido⁴³². No fundo, a criminalização do homicídio a pedido da vítima serviria apenas para fazer face a dificuldades de prova. Ora, como é bom de ver, não se pode fundamentar a legitimidade de um tipo-de-ilícito nas dificuldades que a prova dos seus elementos traz⁴³³. Pelo que, em termos sucintos, teremos de afirmar que também este argumento terá de ser considerado como marginal e, diríamos, nem mesmo complementar, por carecer de sentido dogmático.

d. Posição adoptada

Após este percurso pelas diversas posições existentes, verifica-se que o fundamento de legitimação para a proibição contida — o fundamento da incriminação — contida no art. 134º do Código Penal reside no interesse geral

⁴²⁹ Ainda que sempre se pudesse pedir à vítima uma declaração escrita que pudesse ser junta ao processo, mesmo que exista sempre a possibilidade de tal declaração poder ser “preparada”. Cfr. Herbert Tröndle, “Sterbehilfe als rechtliches Problem” (cit.), p. 38.

⁴³⁰ Veja-se Harro Otto, “Eigenverantwortliche Selbstschädigung und –gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und –gefährdung”, in: Hans-Heinrich Jescheck/Theo Vogler, *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1989, p. 157 e s., p. 159. Acrescente-se que damos aqui a significação e consequencialidade deste princípio por pressuposta.

⁴³¹ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzbereiche* (cit.), p. 189.

⁴³² Contundentes, Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 21 e ainda Arthur Kaufmann, “Euthanasie — Selbsttötung — Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 145: “Aber abgesehen davon, daß man mit dem Hinweis auf Beweisprobleme nicht die Strafwürdigkeit eines Verhaltens begründen kann — nähme man das Argument ernst, so müßte man § 216 StGB abschaffen und bei Tötung auf Verlangen immer wegen Totschlags (§ 212 StGB) strafen, denn bei Beibehaltung beider Strafbestimmungen tauchen die genannten Beweisschwierigkeiten ja auch auf”.

⁴³³ Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzbereiche* (cit.), p. 190.

da manutenção do tabu de ofensa à vida humana (de terceiros) ou, formulando por outras palavras, o “dogma da intangibilidade da vida humana”⁴³⁴. Mas não na obviação a perigos de consentimento viciado ou irrefletido⁴³⁵, pois, como vimos já, a própria formulação da norma a isso mesmo obsta.

Assim, no caso do art. 134º do Código Penal, a norma enquanto “directiva vinculativa de comportamento”⁴³⁶ ou “texto-norma”⁴³⁷ será “Não matarás a pedido”. E a razão para tanto — aquela razão que nos parece fazer mais sentido no contexto de um direito penal de cariz liberal e em um Estado de direito democrático — reside no interesse, partilhado pela comunidade de homens e mulheres, de que a vida humana (de outras pessoas) se mantenha como intangível, devendo, assim, este bem ser protegido por forma a também assegurar aquele interesse.

⁴³⁴ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 59. Contra, Michael Kubiciel, “Gott, Vernunft, Paternalismus — Die Grundlagen des Sterbehilfeverbots”, *JA* 2011, p. 86 e s., p. 90, entendo que quando se mantém uma pessoa viva contra a sua vontade lhe é retirado o direito de disposição sobre a sua própria vida, sendo este mesmo direito atribuído ao Estado. Não obstante, o que está em causa não é negação do direito a dispor da própria vida, mas antes que esta disposição seja feita com recurso a terceiros. Daí que este argumento se revele menos consequente.

⁴³⁵ Como a posição seguida por Günther Jakobs, de que demos conta acima. Cfr, ainda, Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 59, que, na senda de Roxin, parece também levar este argumento em consideração.

⁴³⁶ Tradução da expressão de Urs Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1989, p. 30, “Norm als (...) verbindlichen Richtlinie des Handelns”.

⁴³⁷ José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 146 e s.

VI.2. O bem jurídico protegido pelo art. 134º do CP

Como é bom de ver, a posição assumida quanto ao fundamento da legitimação da proibição do homicídio a pedido da vítima determina aquela posição que se assumia relativamente ao bem jurídico protegido por este tipo-de-ilícito. Apesar de se encontrarem bastante próximos, o problema do fundamento do art. 134º do CP — *rectius*, do crime de homicídio a pedido da vítima — e o problema do bem jurídico com o mesmo protegido não são totalmente coincidentes. Na verdade, se podemos, quanto ao fundamento do art. 134º do CP, identificar um interesse geral ou público ligado à protecção da vida humana, que justifica a excepção ao princípio *volenti non fit injuria* neste caso, o certo é que, quanto ao bem jurídico, não o podemos definir como dual ou até mesmo fazê-lo coincidir com o interesse geral ou público que lhe subjaz. De facto, o bem jurídico protegido pelo art. 134º do CP não deixa de ser a vida humana — aliás, o que resulta manifesto na própria ordenação sistemática do artigo nos vários ordenamentos jurídicos onde se encontra previsto⁴³⁸ — ou, se quisermos precisar um pouco mais, a vida humana de outra pessoa. É, justamente, através da identificação do bem jurídico e da compreensão dos limites do consentimento que conseguimos descortinar a construção típica deste mesmo artigo (também ela semelhante nos diversos ordenamentos jurídicos onde se encontra previsto como caso privilegiado de homicídio). Ora, o que a questão do fundamento visa perguntar é porque é que, face ao princípio *volenti non fit injuria* e à circunstância de o bem jurídico vida humana ser um bem pessoal, se pune o homicídio quando a vítima nele consente (e, mais ainda, o pede expressamente). Qual o fundamento desta incriminação? A pergunta relativa ao bem jurídico protegido coloca-se em moldes algo diferentes: qual é o bem jurídico que se protege com a punição?

⁴³⁸ Ainda que o argumento da ordenação sistemática de uma norma incriminadora não seja um argumento de razão maior; dito de outra forma, a epígrafe não determina o tipo.

Enquanto que para a resposta à primeira questão podem concorrer razões de política criminal — o aludido interesse público ou geral — a resposta à segunda pergunta prende-se com a identificação de um concreto bem jurídico. São, por isso, questões — ainda que próximas — que se devem distinguir entre si⁴³⁹. Até porque, no caso concreto, se assim não fosse, aqueles que argumentam ser o fundamento do crime de homicídio a pedido da vítima as dificuldades de prova ou o perigo de “rebentamento do dique”⁴⁴⁰ teriam, necessariamente, de ter de considerar como bem jurídico protegido, p. ex., a possibilidade ou a facilitação da prova. Como de imediato se compreenderá, a justaposição das duas questões em uma só poderia conduzir a um paradoxo dogmático e sistemático.

Voltando, assim, à questão ora sob escrutínio analítico, pergunta-se, então, qual o bem jurídico protegido pelo crime de homicídio a pedido da vítima. Como é bom de ver, verificámos, pelo percurso que temos vindo a fazer, que o fundamento da legitimação desta norma incriminadora é o referido interesse geral na manutenção do dogma da intangibilidade da vida humana, mas o seu fim — enquanto tipo privilegiado do crime de homicídio⁴⁴¹ — é o da protecção do bem jurídico vida humana (a vida de outra pessoa)⁴⁴². Ou seja, formulando de forma expressa, o bem jurídico

⁴³⁹ Como se sabe, a existência de um bem jurídico é sempre condição para a criminalização de um determinado comportamento. Cfr. José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 125 e s.; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 113 e s.

⁴⁴⁰ Para um relance sobre este argumento, Ralph Ingelfinger, *Grundlagen und Grenzgebiete* (cit.), p. 189 e s. e Konstantinos Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben* (cit.), p. 247 e s.

⁴⁴¹ Apesar de existirem autores que o consideram um delito autónomo — paradigmaticamente S/S/Eser, Vorbem §§ 211 ff., n.º m. 7 e § 216, n.º m. 1, na esteira da jurisprudência alemã (cfr. ainda StGB-K/Fischer, § 216, n.º m. 2) — perfilhamo-nos com a maioria doutrinária que entende estarmos aqui perante um tipo privilegiado de homicídio. Cfr. entre nós, por todos, Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), p. 3: o bem jurídico protegido nos crimes contra a vida é “a vida de outra pessoa”.

⁴⁴² Rejeitando-se assim, e seguindo a doutrina maioritária portuguesa, uma construção dualista dos crimes contra a vida. Veja-se ainda a este propósito Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), p. 4.

protegido pelo crime de homicídio a pedido da vítima é a vida de outra pessoa.

VI.3. O consentimento e o “pedido” do art. 134º do CP

Um dos pontos axiais de toda a problemática do homicídio a pedido da vítima relaciona-se com o facto de o mesmo constituir uma excepção — ou, em uma outra formulação, um limite — ao princípio *volenti non fit injuria*. Por outro lado, a circunstância de, atentos os fundamentos de incriminação deste ilícito-típico, a manifestação de vontade (autodeterminação) da vítima constituir causa de privilegiamento⁴⁴³, demonstra a força que a autodeterminação desempenha no ordenamento jurídico-penal.

O consentimento constitui entre nós uma causa de justificação, como resulta claro do disposto no art. 38º do Código Penal. A questão que se coloca é a de saber se o consentimento equivale ao pedido enquanto elemento do tipo de homicídio a pedido da vítima.

Na verdade, verificámos que o consentimento — em particular, enquanto manifestação de autodeterminação — pressupõe os requisitos de uma *vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido* (art. 38º, n.º 3 do Código Penal) e de uma capacidade — idade superior a 16 anos — acrescida do *discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance* no momento em que é prestado (art. 38º, n.º 4 do Código Penal)⁴⁴⁴. Contudo, se olharmos mais de perto para o elemento típico “pedido” do art. 134º do Código Penal, constatamos que o mesmo também tem de revestir determinadas características para que se possa considerar como preenchido, designadamente ser sério, instante e expresso. Analisemos cada uma delas separadamente.

⁴⁴³ Como refere Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 57, “[n]o *pedido*, actualiza-se a autonomia e a autodeterminação da vítima bem como na sua renúncia à tutela (penal) do bem jurídico. Com a conseqüente *redução do conteúdo do ilícito* — ao menos na vertente do *desvalor de acção*” (itálicos do Autor).

⁴⁴⁴ Veja-se *supra* ponto II.1.3.1. e também Teresa Serra, “Homicídios em série”, in: Maria Fernanda Palma/Teresa Pizarro Beleza (Orgs.), *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 119 e s., p. 146.

A seriedade do pedido postula que o mesmo traduza uma “vontade verdadeira, não influenciada e amadurecida”⁴⁴⁵. O que, necessariamente, significa que a vontade deverá estar isenta de vícios⁴⁴⁶ — como o erro ou a coacção — que determinem a ineficácia do consentimento⁴⁴⁷. Neste sentido, a seriedade pressupõe, por seu turno, a capacidade para consentir⁴⁴⁸. Tal terá como consequência que os jovens com idade inferior a 16 anos e os doentes psíquicos não poderão, de acordo com o entendimento aqui sufragado, formular um pedido sério, nos termos do art. 134º do Código Penal.

No ordenamento jurídico-penal português exige-se, ainda, que o pedido seja instante⁴⁴⁹. Nas palavras de COSTA ANDRADE, “[p]ara se considerar *instante*, o pedido tem de revestir a *intensidade* — e se necessário a *insistência* —

⁴⁴⁵ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 64 (itálicos do Autor).

⁴⁴⁶ Cfr. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 65; NK-StGB/Neumann, § 216, n.º m. 14; StGB-K/Fischer, § 216, n.º m. 9; S/S/ Eser, § 216, n.º m. 8; SK-StGB/Sinn, § 216, n.º m. 8.

⁴⁴⁷ A este propósito, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 484 e s.; Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 149º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I (cit.), p. 276 e s., § 22 e s., p. 284 e s.; na doutrina alemã, por todos, Claus Roxin, *Strafrecht. AT* (cit.), § 13, p. 572 e s.

⁴⁴⁸ Dito por outras palavras, “a vítima deve, pelo menos, satisfazer as exigências de que a lei (art. 38º-3) faz depender a validade e a eficácia do *consentimento*” (itálico no original). Assim, Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 65. Na doutrina alemã sufraga-se o entendimento de que a capacidade para o pedido deve ser aferida conforme a capacidade decisória da vítima face às circunstâncias da situação, admitindo-se, deste modo e em certos casos, a capacidade de crianças, jovens e doentes psíquicos. Veja-se NK-StGB/Neumann, § 216, n.º m. 15.

⁴⁴⁹ Na formulação do StGB, o *Verlangen* tem de ser “ausdrücklich” (expresso) e “ernstlich” (sério). Todavia, refira-se que a palavra “Verlangen” em alemão tem um significado mais intenso do que a palavra “pedido” na língua portuguesa. Com efeito, “pedido” corresponderia a “Bitte” (ou “request”, na língua inglesa), enquanto que “Verlangen” representa um desejo ou vontade mais intensos (ou “demand”, na língua inglesa). Como faz notar Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 58, “se as exigências *sério* e *expresso* são comuns às duas leis, cabe à exigência complementar *instante* colmatar a assimetria que de outra forma subsistiria entre o mero «*pedidos*» da lei portuguesa e a expressão mais densificada no direito alemão, «*Verlangen*»” (itálicos no original). Augusto Lopes Cardoso, “Eutanásia e Suicídio Assistido”, in: José de Oliveira Ascensão (Coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 235 e s., p. 250, considera mesmo que a vontade ter de ser instante é o factor para a qualificação da declaração de vontade necessária à tipificação do art. 134º do CP.

bastantes para despertar no agente o dolo e induzir o encontro de vontades do agente e da vítima em torno da produção da morte”⁴⁵⁰. Logo aqui se consegue encontrar uma diferença qualitativa face ao consentimento, dado que o mesmo não postula tal requisito. Com efeito, é esta característica que reforça a ideia de que o agente tem de ser determinado pelo pedido da vítima, na justa medida em que é esta intensidade que traduz a influência direccionada da vítima na vontade do agente⁴⁵¹. Assim, será por via desta exigência de o pedido ter de ser instante que “com algum fundamento, se pode caracterizar este pedido como uma forma de *consentimento qualificado*”⁴⁵².

Por último, o pedido tem de ser expresso. O facto de o pedido ter de ser expresso afasta, de imediato, a hipótese de o mesmo poder ser presumido⁴⁵³. Ou seja, o pedido tem de ser inequívoco⁴⁵⁴, não podendo despertar dúvidas quanto ao seu sentido no destinatário (agente). O que, por outro lado, não implica que o pedido tenha de ser feito por escrito: fundamental é que, face às possibilidades de expressão da vítima e ao contexto da situação em causa, o sentido do mesmo fique claro na esfera do agente⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 65 (itálicos do Autor).

⁴⁵¹ Aliás, exige-se que o *Verlangen* seja uma influência direccionada da vítima na vontade do agente, representando, por isso, mais do que o “mero” consentimento. Veja-se, a este respeito, S/S/Eser, § 216, n.º m. 5 e NK-StGB/Neumann, § 216, n.º m. 10; contra, representando o *Verlangen* como um sub-caso de consentimento, MK-StGB/Schneider, § 216, n.º m. 12.

⁴⁵² Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 65 (itálicos do Autor).

⁴⁵³ O que se admite em relação ao consentimento, tal não impedindo a eficácia do mesmo, nos termos do n.º 1 do art. 39º do Código Penal, conquanto *a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado* (art. 39º, n.º 2 do Código Penal).

⁴⁵⁴ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 65 e s. e também SK-StGB/Sinn, § 216, n.º m. 7.

⁴⁵⁵ Admitindo-se, assim, pedidos por gestos ou mesmo em forma de pergunta. Cfr. NK-StGB/Neumann, § 216, n.º m. 13; S/S/Eser, § 216, n.º m. 7 e, entre nós, Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 66.

De uma outra perspectiva, diríamos ainda que o pedido tem de ser suficiente para determinar o agente⁴⁵⁶, uma vez que não havendo essa determinação⁴⁵⁷ não se pode considerar existir homicídio a pedido da vítima.

Face a estas características que tem de revestir o pedido, cumpre perguntar se o mesmo representa, efectivamente, um “consentimento qualificado”, e, como tal, partilha da natureza jurídica do consentimento, ou se é, *per se*, uma realidade diferente do consentimento. A resposta em um ou em outro sentido acarreta questões subsequentes que divergem entre si. É que se perfilharmos a primeira hipótese, ou seja, de o pedido ser uma forma qualificada de consentimento, com idêntica natureza jurídica, mais pertinente ainda surge a questão pela excepção ao princípio *volenti non fit injuria*. Se, inversamente, considerarmos o pedido como uma realidade diversa, poder-se-ia sempre defender que, precisamente por não ter a mesma natureza que o consentimento, não configura acentuada excepção ao princípio.

Estamos em crer que, não obstante o pedido revestir características que o diferenciam do consentimento, a verdade é que o fundamento de ambos se expressa na manifestação da liberdade de decisão — ou autodeterminação — do titular do bem jurídico. O que aparta estas duas realidades é a circunstância de as mesmas encontrarem o seu limite de eficácia na protecção de bens jurídicos distintos: enquanto que o consentimento *qua tale* encontra o seu limite na cláusula dos bons costumes quanto ao bem jurídico integridade física, o pedido surpreende o seu limite no domínio do bem jurídico vida humana. Ambos os limites podem ser fundamentados na descontinuidade entre a

⁴⁵⁶ Ainda que possa não constituir determinação única, desde que o pedido configure o motivo principal e determinante. Assim, Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 66.

⁴⁵⁷ Ou, de modo diferente, o agente não pode ter actuado com base em uma decisão prévia de matar. Interessante a este propósito o caso relatado em *BGHSt.* 50, p. 80 e s. (BGH 2 StR 310/04, 22.04.2005 — Caso do canibal), *maxime*, p. 91 e s. e as anotações de Hans Kudlich, “Anmerkung zur Entscheidung BGH 2 StJR 310/04”, *JR* 2005, p. 342 e s. e de Wolfgang Mitsch, “Der «Kannibalen-Fall»”, *ZIS* 2007, p. 197 e s. Veja-se ainda NK-StGB/Neumann, § 216, n.º m. 16.

autolesão e a heterolesão consentida, desde logo, da perspectiva interpessoal⁴⁵⁸.

O pedido é, por outro lado, dúplice na importância que assume para o privilegiamento deste tipo incriminador. Tomando de empréstimo as palavras de TERESA SERRA, entende-se que “o fundamento do privilégio (...) [é] misto: há uma *menor ilicitude*, na medida que a lesão do bem jurídico vida é feita, não apenas com o consentimento ou o acordo da vítima, mas a seu pedido; há uma *menor culpa*, porque a vontade do agente é determinada pela vítima, consistindo a sua motivação essencialmente no respeito pela vontade desta”⁴⁵⁹. Por outras palavras, o pedido — e a determinação por este pedido — representam o motivo de o homicídio a pedido da vítima, enquanto heterolesão consentida, beneficiar do privilegiamento face ao homicídio simples⁴⁶⁰.

Face às considerações acima expendidas, parece-nos que a consideração do pedido como um “consentimento qualificado” terá de ser feita com a maior das cautelas. Efectivamente, o pedido é também manifestação da liberdade de decisão ou autodeterminação, o que não implica, contudo, que possamos equiparar a natureza jurídica de ambas as realidades (pedido e consentimento). É que, enquanto o consentimento, até ao seu limite, justifica a conduta do agente, ao pedido não pode, em caso algum, ser conferida natureza de causa de justificação. Por outras palavras, o pedido, mesmo que

⁴⁵⁸ Como acentua Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo* (cit.), p. 214, “a heterolesão consentida configura tanto em termos reais como simbólicos uma *interacção* complexa”, acrescentando, p. 215, que “[a]o contrário do que vimos suceder com a autolesão, a heterolesão consentida aparece como uma acção com uma pluralidade de referências sistémicas, nomeadamente na direcção dos sistemas pessoal e social”.

⁴⁵⁹ Cfr. Teresa Serra, “Homicídios em série” (cit.), p. 145 (itálicos da Autora). Veja ainda Helena Morão, “Determinação pelo pedido e culpa” (cit.), p. 358 e s.

⁴⁶⁰ Privilegiamento, aliás, ampliado com a Revisão de 1998. Assim, Teresa Serra, “Homicídios em série” (cit.), p. 147, para quem, *op. cit.*, p. 148, “a nova redacção do artigo 134º não foi insensível à discussão desse magno problema de política criminal do fim de século que é o problema da *eutanásia*”.

possa ser interpretado como um “consentimento qualificado”, porquanto pressupõe os requisitos do consentimento, para além dos seus requisitos específicos (sério, instante e expresso), não poderá ser ordenado como causa de justificação, pois tal é expressamente negado pelo ordenamento jurídico-penal no art. 134º do Código Penal. Por outras palavras, o pedido e o consentimento não partilham a mesma natureza jurídica. O pedido é um *aliud* ou, se quisermos, um “consentimento qualificado”, mas apenas no estrito sentido de a sua eficácia depender da verificação dos pressupostos do consentimento acrescidos de pressupostos próprios do pedido.

Sendo assim, ou seja, compreendendo-se o pedido como um *tercium genus* de entre as manifestações jurídico-penalmente relevantes da autodeterminação, tal significa, por um lado, que não lhe podem ser directamente aplicados os princípios da justificação e, por outro lado, que os pressupostos relacionados com a capacidade para consentir têm de se encontrar verificados. O que implica que os inimputáveis⁴⁶¹ e os incapazes não podem formular pedidos válidos nos termos e para os efeitos do art. 134º do Código Penal.

Em particular, no que toca aos incapazes — e aqui pensamos, sobretudo, nos doentes que se encontram inconscientes ou comatosos (ou mesmo em EVP) — julgamos que as situações referentes à eutanásia, de que já fizemos menção, não poderão ser resolvidas com recurso ao art. 134º do Código Penal. Pelo que a consideração do pedido como um *tercium genus* não tem influência sobre a autodeterminação daqueles doentes, devendo a mesma ser salvaguardada nos termos acima propostos⁴⁶².

⁴⁶¹ No que toca aos menores de 16 anos, a posição aqui defendida vai ao arrepio de algumas soluções legislativas encontradas em ordenamentos jurídicos estrangeiros, mormente na Holanda, onde — ainda que com a concordância dos representantes legais — o doente entre os 12 e os 16 anos pode formular um pedido válido.

⁴⁶² Mais concretamente, no Capítulo IV.

Todavia, ainda que o pedido não revista a mesma natureza jurídica do consentimento, tal não significa que aquele não seja, também, manifestação de autodeterminação. E que, conseqüentemente, continue a suscitar a questão do homicídio a pedido da vítima enquanto exceção ao princípio *volenti non fit iniuria*.

Na verdade, face ao fundamento da incriminação do tipo em causa, trata-se, afinal, este mesmo fundamento, da justificação da restrição da autodeterminação. O dogma da intangibilidade da vida humana impõe-se como o interesse público que aqui se sobrepõe à autodeterminação pessoal.

VI.4. A comparticipação (necessária)

No âmbito da comparticipação, existem dois nódulos problemáticos principais. Por um lado, as questões que se colocam no patamar da comparticipação em sentido estrito, relacionadas, sobretudo, com a comunicabilidade de circunstâncias especiais. Por outro lado, temos em vista um problema concreto relacionado com a eutanásia activa directa.

Iniciando o nosso percurso pelo primeiro nódulo problemático enunciado, cumpre olhar com maior atenção para o problema da comunicabilidade das circunstâncias. Isto porque, no caso do art. 134º do Código Penal, tal significa a possibilidade da punição dos comparticipantes nos termos do art. 28º, do Código Penal⁴⁶³.

O privilegiamento do homicídio a pedido da vítima depende do facto de o agente ser determinado pelo pedido. Ora, aqui trata-se de uma relação especial do agente com a vítima estabelecida através do pedido e que cumpre saber se é comunicável a eventuais comparticipantes. Esta relação especial configura aquilo que TERESA BELEZA aponta como os “«elementos pessoais», que ao serem exigidos pelo tipo incriminador significam que o círculo dos potenciais autores deixa de ser indeterminado”⁴⁶⁴. Neste caso concreto — do art. 134º do CP —, a determinação pelo pedido por parte do agente representa uma especial relação do agente e, por outro lado, a relação especial enquanto elemento pessoal é modificativa do grau de ilicitude, pelo que se

⁴⁶³ O que nos remete, afinal, para a problemática dos crimes específicos, a qual, não pretendemos adensar aqui. Para uma panorâmica, José de Faria Costa, “Formas do crime” (cit.), p. 170; *idem*, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 253 e s. Poder-se-á afirmar que o homicídio a pedido da vítima é um crime específico impróprio, na medida em que a relação especial modifica o grau de ilicitude.

⁴⁶⁴ Teresa Pizarro Beleza, “Ilicitamente comparticipando — O âmbito de aplicação do art. 28º do Código Penal”, in: *BFD: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Vol. III, Coimbra, 1984, p. 589 e s., p. 593. Também da mesma Autora, a propósito do art. 28º, veja-se “A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever. Titularidade *versus* domínio do facto?”, *RPCC* 2 (1992), p. 337 e s.

encontram respeitados os limites do âmbito de aplicação do art. 28º do Código Penal⁴⁶⁵.

Resta, assim, indagar, em termos da comunicabilidade, de uma parte, se outra é a intenção da norma e, de outra parte, se esta relação especial fundamenta também a culpa⁴⁶⁶.

Quanto ao primeiro problema colocado, tal atira-nos para a ideia de “conceitos porosos”, no sentido usado por FARIA COSTA⁴⁶⁷, ou seja, os limites concretos da comunicabilidade. Em causa não está um estado de espírito, intenção ou fim específico, pelo que, nesta sede, não existem limitações à comunicabilidade⁴⁶⁸. Olhando mais de perto a norma incriminadora, verificamos que, no patamar do tipo objectivo, o que releva é que o pedido seja causal relativamente à formação da vontade [decisão] do autor⁴⁶⁹. O que quer significar que a relação baseada no pedido — a relação especial entre o agente e a vítima ou, na formulação de HELENA MORÃO, a “qualidade de destinatário do pedido”⁴⁷⁰ — não se encontra construída de forma a exigir a conduta (acção física) do agente. Em consequência, terá, em um primeiro momento, de se concluir pela comunicabilidade da relação especial do agente. A ser assim, “[t]anto beneficiará do regime o *médico-autor* que foi destinatário do pedido, como o *enfermeiro-cúmplice, desde que tenha tido conhecimento do pedido dirigido ao médico*. Nos mesmos termos, também beneficiará do regime médico

⁴⁶⁵ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 848.

⁴⁶⁶ Pois, como se sabe, as relações especiais que fundamentam a culpa são “(absolutamente) incomunicáveis”. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 848 e ainda Henrique Salinas Monteiro, *A Comparticipação em Crimes Especiais no Código Penal*, Lisboa: UCE, 1999, p. 94.

⁴⁶⁷ José de Faria Costa, “Formas do crime” (cit.), p. 170 e s.

⁴⁶⁸ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 849.

⁴⁶⁹ Veja-se, aqui, Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 66 (§ 25) e ainda Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, Lisboa: UCE, 2008, Art. 134º, p. 361 (10); na doutrina germânica, NK-StGB/Neumann, § 216, n.º m. 16; SK-StGB/Sinn, § 216, n.º m. 5a; S/S/Eser, § 216, n.º m. 9.

⁴⁷⁰ Helena Morão, “Determinação pelo pedido e culpa” (cit.), p. 403.

que só se decide a agir depois da insistência dos familiares da vítima e a quem esta tenha feito o pedido”⁴⁷¹.

Não obstante, no que diz respeito à segunda questão colocada, entre nós, HELENA MORÃO defende que o art. 134º assenta “sobre uma *estrutura típica mista* que comporta, por um lado, uma *vertente de ilicitude*, reconhecida na exigência de um pedido da vítima especialmente qualificado, e, por outro, uma *dimensão autónoma de culpa*, constituída pela necessidade de que o autor do homicídio fosse motivado por esse desejo de morte”, o que leva a que a determinação pelo pedido, enquanto elemento da culpa, siga o regime do art. 29º do Código Penal⁴⁷², ou seja, “só podem beneficiar do regime privilegiado os agentes que tiverem sido individualmente determinados pelo pedido e desde que tal determinação se concretize, em relação a cada um deles, numa real diminuição da culpa”⁴⁷³, discordando, assim, de COSTA ANDRADE, para quem as dimensões da ilicitude e da culpa não se devem cindir⁴⁷⁴.

Julgamos que, no âmbito do ordenamento jurídico português e face à construção do tipo legal, assiste razão à consideração do homicídio a pedido da vítima como “um tipo de crime sempre marcado pela dualidade”⁴⁷⁵. E isto por duas ordens de razões. Em primeiro lugar porque, ainda que a determinação releve em termos de tipo objectivo enquanto nexos causal entre o pedido e a conduta do agente⁴⁷⁶, a verdade é que o agente também tem de ser motivado pelo pedido para que o regime de privilégio possa ter lugar. Em

⁴⁷¹ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), § 46, p. 74 (itálicos do Autor). Em sentido divergente, Helena Morão, “Determinação pelo pedido e culpa” (cit.), p. 404 e s.

⁴⁷² Que estabelece a punibilidade do cada agente segundo a sua culpa, aliás, em conformidade com os arts. 1º e 27º, n.º 1, da Lei Fundamental, de onde decorre o princípio da culpa.

⁴⁷³ Helena Morão, “Determinação pelo pedido e culpa” (cit.), p. 403 e s. (itálicos da Autora) e, em sentido coincidente, Augusto Silva Dias, *Direito Penal. Parte Especial: Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, 2ª ed., Lisboa: AAFDL, 2007, p. 51 e s.

⁴⁷⁴ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 73 (§ 44).

⁴⁷⁵ Helena Morão, “Determinação pelo pedido e culpa” (cit.), p. 405.

⁴⁷⁶ Augusto Dilva Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 51, exige que o agente seja destinatário directo do pedido, ainda que através de “emissário ou nuncio” (p. 52).

segundo lugar, pois a norma parece ser clara ao exigir que a actuação do agente seja manifestação de respeito pela vontade da vítima, não nos parecendo que possa ser suficiente, para beneficiar do regime de privilegiamento, o mero conhecimento do pedido, como parece ser o entendimento de COSTA ANDRADE em relação aos comparticipantes. Ainda que não seja de exigir a actuação do agente por motivos piedosos ou de compaixão, exige-se, sim, que a decisão de actuação corresponda — maioritariamente, podendo existir motivos concomitantes compatíveis — à concretização do sentido da vontade da vítima, aqui se manifestando a diminuição da culpa⁴⁷⁷.

Em síntese, se a “qualidade de destinatário do pedido” é comunicável, a determinação pelo pedido não, pelo que apenas poderão beneficiar do regime de privilegiamento os comparticipantes que tenham sido determinados pelo pedido⁴⁷⁸.

Feito este caminho, é chegado o momento de tratar o segundo nódulo problemático, que corporiza também uma das questões cruciais na delimitação de uma solução para o problema que nos colocamos em relação à eutanásia.

Vimos, no Capítulo IV, que o problema da eutanásia activa directa se circunscreve a um número muito limitado de casos. Quanto às outras formas de eutanásia — e como fomos referindo em local próprio — a doutrina tem desenvolvido soluções no sentido da sua não punibilidade, apesar da existência do art. 134º do CP no ordenamento jurídico-penal português. Todavia, apenas uma voz no panorama doutrinário nacional se tem pronunciado no sentido de encontrar critérios e fundamentação para a não punibilidade da eutanásia activa directa. Referimo-nos, bom é de ver, a FARIA COSTA. Segundo este Autor, existem “seis pontos que devem constituir os

⁴⁷⁷ Em sentido coincidente, Augusto Silva Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 49.

⁴⁷⁸ Assim, entre nós, Helena Morão, “Determinação pelo pedido e culpa” (cit.), p. 404; Augusto Silva Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 52; Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal* (cit.), Artigo 134º, p. 362 (14).

eixos axiais de uma eventual definição de eutanásia activa [directa impunível], sustentada em pedido sério, instante e expresso, praticada por médico”⁴⁷⁹, designadamente: (i) a mesma não poderá ser praticada senão em circunstâncias “inequivocamente excepcionais e justificadas”; (ii) apenas “na fase terminal de uma doença grave e incurável”; (iii) sendo “a oferta de reais e verdadeiros cuidados paliativos (...) um procedimento absolutamente indispensável”; (iv) e não podendo o “acto de eutanásia” em caso algum ser praticado “em menor, mesmo que emancipado, nem em doente mental”, (v) unicamente podendo ser praticada por um médico; (vi) podendo, não obstante, o médico “fazer valer o direito de objecção de consciência”. Sublinha ainda o Autor que a “tudo isto devem acrescer procedimentos interlocutórios que demonstrem e garantam, de forma segura, que a vontade do paciente é inequivocamente aquela que se plasma no querer «deixar de viver»”⁴⁸⁰. Todavia, ainda que FARIA COSTA parta da autonomia — ou autodeterminação — no sentido de afirmar que a relação médico-doente se reequilibrou⁴⁸¹, tornando-se em uma relação de iguais⁴⁸², a verdade é que este Autor acaba por traçar uma não punibilidade da eutanásia activa directa a partir da consideração da mesma como um acto médico, como um “acto de curar para além da cura”⁴⁸³. Pelo que, estes actos médicos seriam subsumíveis ao art. 150º, n.º 1 do Código Penal e não seriam considerados como ofensa à integridade física, *rectius*, à vida.

⁴⁷⁹ José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 149, assim como as citações a propósito dos seis pontos.

⁴⁸⁰ José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 149.

⁴⁸¹ Com o consequente abandono do modelo paternalista. Cfr. José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 142 e s. e p. 150.

⁴⁸² José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 150 e p. 158.

⁴⁸³ José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 159. Em outra formulação do mesmo autor, *op. cit.*, p. 156, os actos de “deixar de viver” seriam também eles actos médicos. Ideia que o mesmo Autor acentua no seu estudo “Em redor da noção de acto médico” *RLJ*, Ano 138, n.º 3954 (2009), p. 126 e s., p. 136.

Esta posição é, a muitos títulos, completamente inovadora no panorama doutrinário português⁴⁸⁴ e chega a um resultado — a não punibilidade da eutanásia activa directa em contexto médico mediante certos e apertados pressupostos — com o qual apenas podemos manifestar o nosso total acordo. Não podemos, todavia, manifestar a nossa concordância com a mesma peremptoriedade quanto aos argumentos para tanto aduzidos.

Ora, a fundamentação da não punibilidade da eutanásia directa activa a partir da sua consideração como acto médico encerra, para nós, um problema axial: é que não se alicerça na autodeterminação do paciente, ou melhor, doente. Com efeito, ainda que pressuponha esta autodeterminação — dado ter sempre de partir da vontade do pedido do doente, inclusa na definição — a *ratio* última da fundamentação da não punibilidade assenta em uma concepção de acto médico que leva consigo “os laços do *frater*, do *hospes* e do *amicus*” e que, em última instância, é, justamente por se tratar de um acto médico que este comportamento não é punível.

Temos para nós que a fundamentação da não punibilidade da eutanásia activa directa passa por outra linha de argumentação — fundada na autodeterminação e na própria liberdade — e, quanto a isso estamos absolutamente de acordo, apenas se aplica a casos muito excepcionais. Pelo menos, *de lege lata*.

Enunciemos, portanto, os pontos da nossa discórdia da posição acima exposta.

Em primeiro lugar — e, note-se, os pontos de discórdia não são apresentados por ordem de importância —, a questão da não punibilidade da

⁴⁸⁴ E diríamos, mesmo no contexto dos ordenamentos jurídico-penais que nos são próximos, *maxime*, o alemão, ainda que, face à inexistência nos mesmos de uma norma como o art. 150º do CP se tornasse sempre mais improvável a existência de uma argumentação deste teor. Como se sabe, mesmo actualmente, a maioria da doutrina alemã continua a defender que as intervenções ou tratamentos médicos (*Heileingriff*) preenchem o § 223 ou o § 224 do StGB, relativos às ofensas à integridade física. Cfr., a este propósito, para uma panorâmica mais geral, NK-StGB/Paeffgen, § 228, n.º m. 56 e s.

eutanásia activa directa se basear em uma aplicação — diríamos — analógica do art. 150º, n.º 1 do Código Penal. Como se sabe, esta norma exclui como *ofensa à integridade física* as intervenções ou tratamentos médicos. Não se encontra aqui qualquer referência à vida. Claro que, tratando-se, *in casu*, de uma analogia *in bonam partem* a favor do médico, poderíamos argumentar que tal analogia se encontraria permitida. No entanto, a verdade é que tal criaria uma contradição interna no sistema, pois que iria expressamente contra o teor do art. 134º do Código Penal. E, segundo julgamos ter interpretado a posição de FARIA COSTA, ainda que a eutanásia, enquanto acto médico, apenas pudesse ser praticada em “circunstâncias inequivocamente excepcionais e justificadas”, o certo é que sempre seria considerada acto médico, pelo que a contradição — gerada pela permissão desta analogia — seria constante no sistema e não apenas excepcional⁴⁸⁵. Atendendo ao princípio da unidade da ordem jurídica, julgamos que a admissão de tal contradição de normas se pode revelar difícil de sustentar. Especialmente quando não existe uma definição (legal, nem mesmo doutrinal) de acto médico que possa assegurar a certeza e a segurança mínimas exigidas pelo princípio da legalidade em direito penal⁴⁸⁶.

Um segundo nóculo problemático prende-se com a questão da ordenação da autonomia enquanto elemento da definição e não enquanto

⁴⁸⁵ Cristina Líbano Monteiro, ainda a propósito da consideração da eutanásia como acto médico, escreve que o “argumento de que eutanásia constituiria ainda um acto médico, equivale a afirmar que, nalguns estados clínicos, matar seria o indicado pelas *leges artis* da medicina. A natureza do acto não poderia, pois, ser alterada pela falta de pedido de paciente nesse sentido. Em qualquer caso, a eutanásia indicada, mas sem consentimento, corresponderia a um tratamento médico arbitrário. Nunca a um homicídio”, in: “Sobre o problema da «eutanásia a pedido»”, *Estudos* 6 (2006), p. 141 e s., p. 143, acrescentando ainda, *op. cit.*, p. 144, daqui resultaria o seguinte enunciado “é permitido matar outra pessoa que o quer e pede, mas apenas nos casos em que a medicina o considere indicado”. Todavia, cremos que, ainda que aqui se toque no facto de a predominância decisória pender para o médico, o facto é que as afirmações parecem esquecer o valor da vontade do doente, enquanto facto determinante para a consideração de um caso como eutanásia.

⁴⁸⁶ Veja-se, sobre esta questão, do próprio Autor, “Em redor da noção de acto médico” (*cit.*), p. 127.

factor fundante da não punibilidade. Se atendermos aos eixos axiais enunciados por FARIA COSTA, verificamos que o pedido — que, afinal, corporiza a autodeterminação — é sustentação de uma eutanásia cujos contornos se baseiam em uma actuação do médico, ainda que se exija a demonstração e a garantia de uma vontade inequívoca do paciente. Estamos completamente de acordo que a eutanásia activa directa apenas possa ser realizada em contexto médico. Do mesmo modo que estamos de acordo que o médico possa exercer o seu direito de objecção de consciência. O que já temos dificuldade em aceitar é que a não punibilidade da actuação médica passe pela alteração do paradigma de acto médico e não pela acentuação de que a criminalização do homicídio a pedido da vítima constitui uma excepção ao princípio *volenti non fit injuria*⁴⁸⁷. Dito por outras palavras, da mesma maneira que a autodeterminação é restringida por razões de interesse público ou da comunidade, deverá ser a mesma autodeterminação que se impõe no sentido da não punibilidade.

Um terceiro aspecto relaciona-se com a exigência de a doença ser incurável. Como julgamos já ter deixado expresso em momento anterior deste trabalho⁴⁸⁸, esta exigência — ainda que, de uma outra perspectiva, vise assegurar o carácter de excepção-limite da não punição — é mais uma forma de limitação da autodeterminação do doente. Isto porque a designação de “incurável” é mais um requisito que, afinal, vai pertencer à esfera de decisão do médico, dado tratar-se de uma adjectivação que apenas a este compete e apenas por este é possível verificar⁴⁸⁹. Assim, julgamos que o acento tónico

⁴⁸⁷ Como afirma categoricamente Arthur Kaufmann, “Euthanasie – Selbsttötung – Tötung auf Verlangen” (cit.), p. 145.

⁴⁸⁸ Cfr. ponto IV.3.

⁴⁸⁹ E, por vezes, com extrema dificuldade. Como acentuou Ramos Lopes, ainda em 1959, “[l]egalizada a eutanásia, primeiro se pediria que uma junta de médicos determinasse os casos incuráveis; ante a dificuldade do acordo, se deixaria depois a decisão ao arbítrio de cada médico”, in: *Da Eutanásia e Problemas Afins*, Sep. de *Coimbra Médica*, fasc. 4, 1959, p. 20. É

deve situar-se na gravidade da doença e no prolongamento do sofrimento. Estes é que deverão constituir os factores fundamentais para a caracterização de um caso excepcional de não punibilidade. Em particular quanto à gravidade da doença, sabemos que, precisamente por estar em causa uma situação especial, não deverá a não punibilidade de um comportamento que ponha termo à vida de outrem ser aberta a casos que não se prendam com uma situação em si mesma excepcional. Neste sentido, doenças como uma gripe ou uma apendicite não deverão integrar a constelação de casos que possam ser excluídos das margens de punibilidade, até porque isso significaria uma diminuição do significado da norma ínsita no art. 134º do Código Penal e, mais ainda, um apoucamento das “verdadeiras” situações-limite em causa. Até porque, em termos muito concretos, nenhuma destas doenças retira ao doente a possibilidade de pôr fim à sua própria vida, nem delas advém qualquer obrigação fáctica de continuar a viver. No que às dores e ao sofrimento do doente diz respeito, julgamos que a medida da sua tolerância se deve encontrar na esfera decisória do doente: o médico não pode aferir das dores sentidas, mas apenas o doente sabe se as sofre para lá do suportável⁴⁹⁰.

O que, em nosso modo de ver, caracteriza uma situação-limite que fundamenta a sua excepção às margens de punibilidade é, justamente, a compressão intolerável da autodeterminação e da própria liberdade. Ou seja, os doentes que, fruto da doença grave e correlativo sofrimento de que padecem não se encontram em situação de poderem pôr termo à sua própria vida⁴⁹¹.

justamente esse arbítrio que é necessário não potenciar: a decisão primeira tem de caber ao doente.

⁴⁹⁰ Aliás, muitos autores não fazem a exigência da doença ser incurável, referindo-se apenas à sua gravidade (*schwere Krankheit*). Cfr. Claus Roxin, “Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe” (cit.), p. 83; NK-StGB/Neumann, Vor § 211, n.º m. 88.

⁴⁹¹ Neste preciso ponto, discordamos de Urs Kindhäuser, “Normtheoretische Überlegungen...” (cit.), p. 505, quando afirma que “[d]em Sterbewilligen wird nicht untergesagt, sich das Leben zu nehmen, sondern nur die Möglichkeit verwehrt, durch fremde

Explicitemos um pouco mais o nosso pensar. Com efeito, se atentarmos ao teor da norma contida no art. 134º do Código Penal verificamos que, devendo o pedido ser *sério, instante e expresso*, a verdade é que o pedido pode ser causado por qualquer razão que seja razão bastante para a vítima⁴⁹². Expressando-nos de outro modo: um desgosto de amor pode ser razão bastante para a formulação de um tal pedido⁴⁹³. Como é evidente, nestas situações, a vítima pode encontrar-se em um sofrimento que para si é insuportável e lhe retira qualquer razão de viver. Do mesmo modo que o pedido também pode ter como motivo uma doença gravíssima, sem cura e mortal e um sofrimento causado por dores insuportáveis que não encontram termo possível devido a uma impossibilidade física de suicídio. Tanto a conduta daquele que mate a vítima desgostosa de amor como aquele que mate o doente incurável preenchem os elementos do tipo de homicídio a pedido da vítima. O direito penal protege a vida das duas vítimas com a mesma intensidade perante a lesão de terceiros; para o direito penal ambas as vidas representam um bem jurídico digno de protecção. Em termos sucintos, pode afirmar-se que o âmbito de aplicação do tipo de homicídio a pedido da vítima é mais lato do que a realidade corporizada por situações de eutanásia activa

Hand den Tod zu finden. Dass dies im Einzelfall die einzige Möglichkeit für den Lebensmüden sein kann, überhaupt zu sterben, mag faktisch die Wirkung einer paternalistischen Bevormundung haben. Aber es geht bei der Begründung von Normen und ihrer Geltung nicht darum, besonderen faktischen Situationen Rechnung zu tragen, sondern generalisierte Koordinationen von konfligierenden Gütern im Allgemeininteresse festzulegen". Na verdade, se bem que na fundamentação de normas não se pode ter em conta situações práticas concretas, é também certo que o Direito existe, precisamente, para as resolver. Mais do que isso, e como veremos, está também em causa uma colisão de normas nestas situações-limite, que importa fundamentar. Em suma, esta aceitação de uma não-resolução para estas situações-limite parece-nos não ter em conta o que afinal também é um problema de fundamentação de normas.

⁴⁹² Seguindo Manuel da Costa Andrade, as exigências relativas à seriedade, capacidade, intensidade e carácter inequívoco referem-se à determinação da vítima na sua vontade livre de morrer e não limitam que essa vontade seja causada por razões diversas da doença. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao Art. 134º (cit.), p. 64 e s.

⁴⁹³ Relembre-se aqui o caso do Ac. STJ de 1 de Agosto de 1992, *supra* citado, Capítulo III.5, nota 759.

directa. Mas o que distingue fundamentalmente os dois casos enunciados é que, enquanto que no primeiro, aquele que sofre o desgosto de amor pode concretizar o que pede ao terceiro, ou seja, provocar a sua própria morte, não se encontrando, assim, limitado na sua autodeterminação e na sua liberdade de actuação, aquele que padece da doença grave e da citada impossibilidade física já não o pode fazer.

Criticando a perspectiva individualista de autores como MICHAEL MARX — a propósito do seu conceito material de bem jurídico e respectivas consequências relativamente ao crime de homicídio a pedido da vítima — o próprio HIRSCH reconhece, *a contrario*, que quando a punibilidade do crime de homicídio a pedido da vítima retire a esta última a possibilidade de suicídio se põe em causa a autodeterminação⁴⁹⁴.

Na verdade, a imposição do *tabu* da protecção penal da vida humana tem para estes dois exemplos um significado diferente. De facto, quando para a vítima exista uma impossibilidade fáctica — física⁴⁹⁵ — de cometer suicídio⁴⁹⁶, da norma contida no art. 134º do Código Penal resulta uma

⁴⁹⁴ Hans Joachim Hirsch, “Einwilligung und Selbstbestimmung” (cit.), p. 786. Como afirma este Autor *op. cit. loc. cit.*: “Abgesehen davon, daß ihn durch die Strafbarkeit der mit Einwilligung begangenen Tötung die Möglichkeit des Selbstmords nicht verstellt werden würde, handelt es sich vorliegend bei der Berufung auf die «mittelbare» Ausübung der Selbstbestimmung um eine akzentuiert individualistische Sicht, die weit über das verfassungsmäßig Unverzichtbare hinausgreift”. Ainda que este Autor seja o primeiro a afirmar que, no contexto da eutanásia, a autodeterminação apenas releva enquanto possibilidade de decisão do próprio de se manifestar no sentido de não permitir o tratamento de uma doença ou ferimento. Cfr. “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 611.

⁴⁹⁵ Naturalmente que esta possibilidade fáctica se deve situar dentro dos patamares mínimos da dignidade humana.

⁴⁹⁶ Ou de uma possibilidade que, a ser levada a cabo, poria em causa a própria dignidade humana. Casos desta impossibilidade para comissão de suicídio podem também ser encontrados em Gerhard Simson, “Ein Ja zur Sterbehilfe aus Barmherzlichkeit”, in: Hans Ulrich Evers *et. al*, *Persönlichkeit in der Demokratie. Festschrift für Erich Schwinge zum 70. Geburtstag*, Köln: Peter Hanstein Verlag, 1973, p. 89 e s., p. 109, ou seja, o doente que está demasiado fraco ou treme demasiado para levar o copo à boca, o doente com deficiência, ou com um tumor ou perturbações de outro tipo.

imposição — diríamos, um dever — de permanecer vivo⁴⁹⁷. Ou seja, esta vítima vê-se instrumentalizada devido a este interesse público ou geral de manutenção do *tabu* e, além disso, o direito à vida acaba, afinal, por ser usado contra si própria. Nestes casos, a autodeterminação da vítima como que é aniquilada⁴⁹⁸.

Existem propostas no sentido de resolver estas “situações-limite” através de um direito de necessidade, ou mesmo de um estado de necessidade desculpante. Entre nós, FIGUEIREDO DIAS apela a um estado de necessidade desculpante, nos termos do art. 35º, n.º 2, do Código Penal, para que possa existir dispensa de pena⁴⁹⁹. ROXIN, por seu turno, pretendia justificar através do direito de necessidade aquelas situações em que não é possível o próprio suicídio⁵⁰⁰, apesar de actualmente⁵⁰¹ parecer pender mais para uma solução de permissão de um suicídio assistido nestes casos.

Ora, nestas “situações-limite”, a vítima não pode manifestar a sua autodeterminação através da execução do acto conducente ao suicídio. Mesmo que tenha essa vontade. Assim, o único modo de o fazer é de forma mediata, convocando — através do pedido — um terceiro para a prossecução deste fim.

Poderá objectar-se — contra esta concepção, que segue a linha de JAKOBS segundo a qual se pode entender o homicídio a pedido da vítima

⁴⁹⁷ Como é bom de ver, existem autores para quem a própria existência do crime de homicídio a pedido da vítima é, em si mesma, uma limitação da autodeterminação. Todavia, julgamos que, pelas razões já aduzidas, o art. 134º do Código Penal cumpre um papel importante na afirmação do dogma da intangibilidade da vida humana.

⁴⁹⁸ Temos consciência de que para alguns autores a questão da não punibilidade em casos extremos (ou situações-limite) não se coloca no patamar da autodeterminação mas antes no estado de necessidade da vítima. Cfr. Hans Joachim Hirsch, “Einwilligung und Selbstbestimmung” (cit.), p. 794 e ainda Gerhard Simson, “Ein Ja zur Sterbehilfe aus Barmherzlichkeit” (cit.), p. 108 e s.

⁴⁹⁹ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, Anotação ao Art. 131º (cit.), § 27, p. 15.

⁵⁰⁰ Claus Roxin, “Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie” (cit.), 140 Jahre, p. 189.

⁵⁰¹ Claus Roxin, “Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe” (cit.), p. 118.

como um suicídio organizado com recurso à divisão de trabalho (ou distribuição de tarefas)⁵⁰² —, como o faz ESER⁵⁰³, que no caso do homicídio a pedido da vítima não se trata de uma autodeterminação pura, mas também de heterodeterminação, uma vez que a decisão última sobre a vida a matar é dada a um terceiro.

Contudo, se olharmos para outra constelação típica do direito penal, mormente o crime de dano, verificamos que tal é valorado de forma diferente. Quando *A* danifica um objecto de *B* a pedido deste último, não se considera que *B* tenha dado a *A* a decisão última sobre a destruição do objecto. Esta permanece de *B*. Ou seja, o dano da coisa através de terceiro consentido pelo titular é visto como manifestação de autodeterminação do proprietário. Como é bom de ver, não se pode colocar em patamar de igualdade um objecto e uma vida humana, nem é isso que aqui se pretende. O que se visa tornar mais claro é que existem casos no ordenamento jurídico-penal em que é dado um valor “justificante” (*strafausschliessend*) positivo à autodeterminação através do terceiro. Daqui decorre que no homicídio a pedido da vítima não terá, necessariamente, de se falar em heterodeterminação. Fundamental é que o facto praticado corresponda ao pedido formulado⁵⁰⁴.

Repristinando o fundamento da incriminação deste tipo-de-ilícito — o dogma da intangibilidade da vida humana — e tomando como pano de fundo

⁵⁰² Günther Jakobs, *Tötung auf Verlangen* (cit.), p. 16 e p. 33.

⁵⁰³ Albin Eser, “Zwischen «Heiligkeit» und «Qualität» des Lebens. Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebensschutz”, in: Joachim Gernhuber (Hrsg.): *Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*, Tübingen: Mohr, 1977, p. 377 e s., p. 410.

⁵⁰⁴ Ou, por outras palavras, que “o facto esteja dentro das condições a que a vítima sujeita a sua prática, como por exemplo, o tempo, lugar e modo de realização”. Cfr. Augusto Silva Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 53. O que significa que, se o agente não respeitar estas condições, já não mais poderá considerar-se existir aqui uma autodeterminação plena, sendo mesmo colocada em causa a própria aplicabilidade do art. 134º do Código Penal. Veja-se também Urs Kindhäuser, *Strafrecht. BT* (cit.), p. 50.

o modelo da coordenação abstracta ou generalizada de interesses⁵⁰⁵, podemos tentar construir outra solução para estes casos limite. Aqui seria de observar a proibição — também ela no interesse geral — de instrumentalização da pessoa, contra a qual o dever de viver atenta. Nestes casos, o pedido — enquanto “consentimento qualificado” no sentido apontado e, portanto, enquanto figura não directamente ordenada sob a natureza jurídica de causa de justificação — como forma de exercício de autodeterminação, poderia cancelar a norma no caso concreto, quando o titular do bem jurídico não tivesse mais nenhuma possibilidade de exercer a sua autodeterminação. Justamente porque, nestes casos, não se trataria de heterolesão — e sim de autolesão mediata, através da convocação de um terceiro para execução da lesão, por impossibilidade do próprio — nem de heterodeterminação.

Com efeito, um dever de viver resultante da proibição contida no art. 134º do Código Penal não pode ser considerado conforme ao Direito, mais, contende com a Lei Fundamental. Se quisermos, em uma formulação mais arrojada, nestes casos pode considerar-se que o art. 134º do Código Penal se torna inconstitucional. Não é, assim, suficiente afirmar que estas “situações-limite” podem ser resolvidas através da culpa — no sentido da culpa do agente⁵⁰⁶ — uma vez que não é através da culpa do agente que o problema da

⁵⁰⁵ Veja-se Capítulo II.1.3.1.2.

⁵⁰⁶ O estado de necessidade desculpante supra-legal a que alude Hans Joachim Hirsch, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 615, também defendido por Gerhard Simson, “Ein Ja zur Sterbehilfe aus Barmherzlichkeit” (cit.), p. 109 e s. Sobre as causas de justificação supra-legais — também denominadas de “inexplícitas” entre nós, veja-se Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Vida contra Vida* (cit.), p. 442 e s. e literatura nacional aí citada [nota 1208]. Alertando para os perigos destas causas de justificação supra-legais no contexto nacional, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal* (cit.), p. 463. Ainda que, não obstante, parte da doutrina nacional se pronuncie no sentido da aceitação de tais causas de justificação supra-legais — cfr. Manuel da Costa Andrade, “O princípio constitucional nullum crimen sine legge e a analogia no campo das causas de justificação”, *RLJ*, Ano 134º, 2001, p. 72 e s. e p. 130 e s., p. 136 e s. — a mesma deve ser feita com limites. Veja-se Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *op.cit.*, p. 449.

inconstitucionalidade da norma pode ser superado. Por esse motivo, a solução tem de ser encontrada em um outro patamar.

Assim, nos casos em que estejamos perante uma instrumentalização da pessoa motivada pelo dever de viver que decorre do art. 134º do Código Penal naquelas “situações-limite”, é violado um dos pilares básicos em que assenta o ordenamento jurídico português, a própria República. Referimo-nos, bom é de ver, à dignidade da pessoa humana. cremos, pois, que nestas “situações-limite” poderá, ainda, ser suscitado o problema da inconstitucionalidade da norma ínsita neste tipo incriminador, na medida em que é desrespeitado o princípio da proporcionalidade subjacente ao art. 18º, n.º 2, da Lei Fundamental⁵⁰⁷. Com efeito, a instrumentalização da pessoa contraria, abertamente, o pressuposto da República segundo o qual a pessoa não pode ser objecto, sendo sempre sujeito⁵⁰⁸. Dificilmente a solução da culpa parece suficiente para superar este conflito de normas. Nesta sequência, temos para nós que, tratando-se de um conflito de normas, o modelo da coordenação de interesses surge como um caminho possível. Como um caminho que procura assegurar o respeito por este princípio fundante da República Portuguesa e, simultaneamente, garantir a autodeterminação, assim como os seus limites, uma vez que o cancelamento da norma apenas poderia ocorrer nos casos identificados, mantendo-se, deste modo, intacto o limite geral que a incriminação do homicídio a pedido da vítima representa.

⁵⁰⁷ Uma vez que acaba por se atingir o núcleo fundamental do direito à autodeterminação. Cfr. ainda, Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto: UCE, 1995, p. 200 e s. e p. 211 e s. Procurando-se, aqui, dar consequencialidade à estrita relação entre a ordem constitucional e a ordem penal na argumentação defendida, como hoje se espera de qualquer fundamentação penal, tentando, contudo, que tal não conduza a uma menor certeza da norma penal. Veja-se ainda Lothar Kuhlen, “Anmerkungen zum Verhältnis von Strafrecht und Verfassungsrecht”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 401 e s., p. 406.

⁵⁰⁸ Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP Anotada* (cit.), p. 198.

Todavia, não obstante esta proposta de resolução do conflito causado pela incriminação do homicídio a pedido da vítima, somos de opinião que uma verdadeira solução apenas poderá ser encontrada de *lege ferenda*.

VI.5. Posição adoptada

Não pretendemos pugnar por uma eliminação do art. 134º do Código Penal, até porque acreditamos que cumpre uma função importante na protecção da vida humana⁵⁰⁹. Mas julgamos que a actual realidade médica exige uma interpretação historicamente situada deste mesmo artigo. O que conduz, necessariamente, ao tratamento diferenciado dos casos de eutanásia em contexto médico.

De lege lata, como já deixámos expresso⁵¹⁰, a não punibilidade de determinadas situações-limite, classificadas de eutanásia activa directa⁵¹¹, encontra-se justificada normativamente pelo livre exercício da autodeterminação e dogmaticamente pela consideração do comportamento em causa como um suicídio mediato (por mão alheia)^{512 513}.

⁵⁰⁹ Até porque o risco de abuso face a esta eliminação seria bastante elevado. Assim, Hans Joachim Hirsch, “Einwilligung und Selbstbestimmung” (cit.), p. 791; do mesmo autor, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 613 e também Jürgen Mollering, *Schutz des Lebens — Recht auf Sterben*, Stuttgart: Ferdinand Enke, 1977, p. 96 e s. Ao que acresce que a necessidade de pena (punição) não se afere pela quantidade de condenações de um determinado crime; até porque, no caso específico do art. 134º do Código Penal, nem sequer podemos falar em um número estatisticamente relevante (mais concretamente, inexistente).

⁵¹⁰ Nos casos em que a norma determine uma obrigação de viver da vítima, somos confrontados com um problema de colisão de normas, devendo dar-se prevalência à norma constitucional. Nesta sequência, estes casos postulam que se considere a situação de eutanásia activa directa como configurando um suicídio — cometido de forma mediata — pelo que o comportamento em causa não será ilícito.

⁵¹¹ Pois que, como vimos, a eutanásia activa indirecta é considerada pela maioria da doutrina como não punível. Interessante notar que já Hans Welzel afirmava que “[d]och dürfte es zulässig sein, einem Sterbenden den qualvollen Todeskampf durch Linderungsmittel zu erleichtern, selbst wenn diese als Nebenwirkung das Ende beschleunigen sollten”, acrescentando que “[v]or allem ist der Arzt nicht verpflichtet, ein verlöschendes qualvolles Leben durch aktive Maßnahmen künstlich zu verlängern”, in: *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1969, p. 281. Cfr. ainda IV.3.b. *supra*.

⁵¹² Estando nós cientes de que “a aceitação da eutanásia — da eutanásia activa consentida e pedida — corresponde a uma alteração substancial, radical, do paradigma daquilo que se considera um absoluto, um *definitional stop*. Ao absoluto da vida (...) contrapõe-se o absoluto de um «eu» que assume a autodeterminação na plenitude da sua própria nadificação” (José de

Não obstante, a análise de outros ordenamentos jurídico-penais mostra que é apenas na regulamentação específica que se pode encontrar o patamar mínimo de certeza e de segurança jurídicas que devem acompanhar a delicada questão da eutanásia activa directa⁵¹⁴. Neste sentido, e porque novas realidades determinam novas soluções, estamos em crer que apenas *de lege ferenda* se poderá encontrar uma verdadeira solução para este problema. Tomando como exemplo ordenamentos como o belga ou o holandês — este último em que a lei penal extravagante estabelece critérios de justificação da conduta do médico, mantendo no seu Código Penal as incriminações relativas ao homicídio a pedido da vítima e ao suicídio assistido, para os restantes casos que não se subsumam à lei — verificamos que é possível encontrar caminhos que garantam a certeza e a segurança jurídicas sem, no entanto, porem em causa a protecção penal da vida humana.

Ultimamente, Portugal tem avançado sempre na direcção do amplo reconhecimento da liberdade, em especial, da consagração da autodeterminação dos doentes. Basta, para tanto, notar a actual discussão política sobre o designado testamento vital, acompanhando-se, assim, no panorama nacional, a tendência verificada em outros países europeus.

Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 133), não se pugna, aqui, não obstante, por uma total alteração de paradigma.

⁵¹³ Portanto, um acto pertencente ao “espaço livre de direito”, no sentido de não ser por este valorado. Sobre “espaço livre de direito”, Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito* (trad. António Ulisses Cortês), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 337 e s. e A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Studia Iuridica 1, BFD, Coimbra, 1993, p. 206 e s.

⁵¹⁴ Estamos contra a posição defendida por Hans Joachim Hirsch, segundo a qual não haveria necessidade para uma regulamentação específica, porque, mesmo existindo incerteza da parte dos médicos, a verdade é que muitos campos existem no direito penal em relação aos quais os “leigos” também têm pouca noção. No fundo, para aferir de uma necessidade de legislar nesta matéria, tratar-se-ia apenas de saber se para os juristas a actual situação seria clara ou não, in: “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe” (cit.), p. 615. Resta perguntar se são os juristas que têm de decidir no momento de actuar, no âmbito da relação médico-doente.

Este avanço progressivo deve continuar a realizar-se também em matéria da garantia da autodeterminação dos doentes em relação a situações de eutanásia activa directa em contexto médico. Sem que isso signifique, afinal, uma colocação em causa da figura do médico. Definindo-se, assim, com a certeza necessária, a responsabilidade penal médica nos casos de eutanásia. Para que a relação médico-doente não se encontre sujeita nem ao arbítrio do médico nem à interpretação do aplicador de direito.

PROPOSIÇÕES FINAIS

PROPOSIÇÕES FINAIS

No fim do percurso que temos vindo a fazer resulta uma observação da qual não nos queremos alienar. Em termos político-criminais, a questão da protecção da vida não pode, actualmente, fazer-se desligada de uma forte valoração ética que tenha como horizonte uma visão onto-antropológica sustentada em uma ideia conformadora de dignidade humana e correlativa autodeterminação.

Como é bom de ver, o efeito de atracção mútua entre a vida e a morte humanas e as biotecnologias postula uma verdadeira “ciência da sobrevivência”, que estabeleça os limites da intervenção científica. Limites esses que nem sempre terão de passar por uma expansão do direito penal.

Por este mesmo motivo, o recurso aos princípios da precaução ou da beneficiência pode, *rectius*, deve estar presente no estabelecimento de linhas de orientação político-criminais. Apenas desta relação fértil entre bioética e política criminal poderá ser feita a devida ponderação sobre a necessidade de intervenção penal nestas matérias.

Instigados pela utopia de um melhor século XXI, em que a sociedade de risco se transforme em sociedade solidária, julgamos que prosseguir essa utopia de forma convicta significa defender que a protecção penal da vida deverá ser feita na sequência de uma biopolítica criminal.

Na área problematicamente fértil da eutanásia, não podemos prescindir desta observação como pano de fundo. Assim, ao longo desta investigação jurídico-penal, fomos percorrendo diversos nódulos problemáticos, sempre iluminados por aquela ideia conformadora, a qual procuramos traduzir em posições dogmaticamente sustentadas. Pretendemos aqui sintetizar as grandes linhas de argumentação que melhor podem ilustrar aquelas posições, sempre

conscientes que a afirmação do referente ontológico poderá ser o melhor passo na construção daquela sociedade solidária:

1. O paradigma liberal do direito penal não deve ser colocado em crise em virtude dos crescentes avanços científicos e tecnológicos.

1.1. O bem jurídico deve ser pensado a partir do referente “Pessoa”.

1.2. A afirmação de novos bens jurídico-penais (pessoais) apenas poderá concretizar-se quando para tanto concorram as ideias de liberdade e de responsabilidade.

1.3. A protecção do bem jurídico vida humana não pode ser pensada de forma estática face aos desenvolvimentos da medicina no patamar do fim de vida.

2. O conceito de acto médico sofreu uma profunda alteração a partir da inclusão do doente na decisão. A autodeterminação do doente é, agora, elemento fundamental de qualquer intervenção ou tratamento médico-cirúrgico.

2.1. A definição de acto médico contida no artigo 150º do Código Penal não esgota o seu âmbito.

2.2. O acto médico deve, também, ser pensado através da sua raiz onto-antropológica, enquanto relação dialógica entre o médico e o doente.

2.3. O privilégio terapêutico não pode pôr em causa a autonomia do doente, do mesmo modo que o dever de tratamento do médico cessa quando transgride a autodeterminação terapêutica. Pelo que o dever de esclarecimento deve ser suficiente para garantir essa autodeterminação.

3. O bem jurídico vida humana não deve confundir-se com o substrato que o sustenta, afirmando-se como conceito normativo.

- 3.1.** O bem jurídico vida humana torna-se em emanção da liberdade que deve ser assegurada a cada um.
- 3.2.** Enquanto conceito normativo, o bem jurídico vida humana tem-lhe associados princípios vectores de todo o ordenamento jurídico, em especial, a dignidade da pessoa humana.
- 3.3.** Apesar da sua inerente vaguidão, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra concretizações manifestas, entre as quais assume particular importância a proibição de instrumentalização da pessoa.
- 4.** A autodeterminação expressa-se, no patamar jurídico-penal, através da figura do consentimento.
- 4.1.** A vontade da vítima influi a valoração jurídico-penal da conduta, excluindo a sua ilicitude, em obediência ao princípio *volenti non fit iniuria*.
- 4.2.** O consentimento é uma norma-permissão que deve ser compreendida como causa de justificação.
- 4.3.** O testamento biológico, enquanto manifestação de vontade, apenas poderá ser admissível se reunir os requisitos da maioridade, capacidade e, principalmente, vontade livre e esclarecida do testador.
- 5.** O crime de homicídio a pedido da vítima é um tipo privilegiado do tipo-base de homicídio, sendo o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio um tipo autónomo ou um *tercium genus*.
- 5.1.** O princípio de protecção absoluta da vida não determina uma protecção absolutizadora, aqui revelando o carácter fragmentário do direito penal.
- 5.2.** O embrião, a integridade pessoal e o cadáver corporizam os bens jurídicos que delimitam a protecção penal da vida humana.

5.3. Na delimitação entre homicídio a pedido da vítima e incitamento ou ajuda ao suicídio não nos podemos socorrer de critérios subjectivos, sendo antes aplicável o critério do domínio do facto irreversivelmente conducente à morte.

6. A eutanásia não se confunde com o homicídio a pedido da vítima.

6.1. A eutanásia passiva significa a renúncia do doente a medidas de sustentação da vida ou a interrupção do respectivo tratamento, sendo atípica e, portanto, lícita.

6.2. A eutanásia activa directa significa o encurtamento da vida de um doente que tal pediu, através de uma conduta activa.

6.3. A eutanásia activa indirecta designa a realização de medidas de diminuição da dor com o consentimento do doente.

6.4. O suicídio assistido refere-se apenas àqueles casos em que as partes da relação suicida-assistente se situam no âmbito da relação médico-paciente.

6.5. A assistência na morte pode ser definida como a diminuição da dor sem encurtamento da vida de um doente moribundo, sendo o campo paradigmático dos cuidados paliativos.

7. A experiência de direito comparado mostra que nos ordenamentos jurídicos onde — mediante apertados pressupostos — se permite a eutanásia activa directa ou o suicídio assistido se trata da afirmação da autodeterminação dos doentes em causa.

8. O fundamento da incriminação do artigo 134º do Código Penal é o interesse geral na manutenção do *tabu* da intangibilidade da vida humana.

8.1. O bem jurídico protegido por este tipo-de-ilícito é a vida humana (de outra pessoa).

8.2. O pedido do artigo 134º do Código Penal, ainda que possa ser interpretado como um “consentimento qualificado”, não tem

a mesma natureza jurídica do consentimento, porquanto nunca se afirma como norma-permissão.

8.3. Apenas poderão beneficiar do privilegiamento do artigo 134º do Código Penal os participantes que tenham sido determinados pelo pedido.

8.4. O âmbito de aplicação do artigo 134º do Código Penal é mais amplo do que a realidade da eutanásia activa directa.

8.5. No contexto da eutanásia activa directa existem “situações-limite” caracterizadas pela impossibilidade do doente de pôr termo à própria vida.

8.6. Nestes casos, verifica-se uma compressão intolerável da autodeterminação e da própria liberdade, que vem, afinal, a resultar na instrumentalização do doente, mor do interesse geral que fundamenta o artigo 134º do Código Penal.

8.7. O ordenamento jurídico-penal valora positivamente a autodeterminação através de terceiro.

8.8. Através do modelo da coordenação abstracta de interesses, o pedido poderá, nas “situações-limite”, funcionar como causa de cancelamento da norma (do artigo 134º do Código Penal).

9. Os casos em que o artigo 134º do Código Penal represente uma restrição de um direito fundamental, a conduta do agente não deve ser interpretada como uma heterolesão consentida, mas antes como uma autolesão mediata, não sendo a conduta do agente punível, por, enquanto forma de suicídio, pertencer ainda a um espaço livre de direito.

9.1. Não se trata de heterodeterminação, pois a vítima não abdica dos seus fins.

9.2. Não se trata de heterolesão, pois a vítima usa o agente como instrumento para supressão da sua própria impossibilidade de exercer o seu direito à autodeterminação.

Em síntese conclusiva, mesmo não podendo sufragar-se um “direito a morrer”, terá sempre de se defender a liberdade para morrer.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 14.2.1870. Mit den Motiven* [Reimp.], Goldbach: Keip Verlag, 2000

AA.VV., “Tratamiento jurídico penal de la eutanásia”, *Revista Penal*, n.º16 (2005), p. 171 e s.

ADAMS, Maurice/ NYS, Herman, “Comparative Reflections on the Belgian Euthanasia Act 2002”, *Medical Law Review* 11, 2003, p. 353 e s.

AGAMBEN, Giorgio, *A comunidade que vem* (trad. António Guerreiro), Lisboa: Editorial Presença, 1993

ALWART, Heiner, “Der Begriff der Freiheit – ein hermeneutischer Vorschlag im strafrechtlichen Kontext”, in: B. Sharon Byrd/jan C. Joerden., *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p.357 e s.

AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt: Athenäum, 1972

AMELUNG, Knut, “Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I)/(Teil II), *ZStW* 104 (1992), p.525 e s./p. 821 e s.

AMELUNG, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, in: Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 155 e s.

AMELUNG, Knut/Eymann, Frieder, “Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht”, *JuS* 2001, p. 937 e s.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001

ANDRADE, Manuel da Costa, “Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas”, *Revista de Direito e Economia*, Ano XII (1986), p. 99 e s.

ANDRADE, Manuel da Costa, “Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas. As conclusões do XIV Congresso Internacional de Direito Penal”, *Revista de Direito e Economia*, Ano XV (1989), p. 375 e s.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991

ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao Art. 134º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 56 e s.

ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao Art. 135º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 75 e s.

ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao Art. 149º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 276 e s.

ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao Art. 150º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 302 e s.

ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao Art. 156º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 377 e s.

ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao Art. 157º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 394 e s.

ANDRADE, Manuel da Costa, “O princípio constitucional nullum crimen sine legge e a analogia no campo das causas de justificação”, *RLJ*, Ano 134º, 2001, p. 72 e s. e p. 130 e s.

ANDRADE, Manuel da Costa, “Consentimento em Direito Penal Médico — O consentimento presumido”, *RPCC* 1 e 2 (2004), p. 117 e s.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico. SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004

ANDRADE, Maria Paula Gouveia, *Algumas Considerações sobre o Regime Jurídico do Art. 134º do Código Penal*, Lisboa: Usus Editora, 1993

ANGSTWURM, Heinz, “Der vollständige und endgültige Hirnausfall (Hirntod) als sicheres Todeszeichen des Menschen”, in: Johannes Hoff/Jürgen in der Schmitten

(Hg.), *Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und «Hirntod»-Kriterium*, Hamburg: Rowolt, 1995, p. 41 e s.

ANTOINE, Jörg, *Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004

ANTUNES, João Lobo, “Porque o cérebro é diferente... (Uma introdução à neuroética)”, in: *O Eco Silencioso*, Lisboa: Gradiva, 2008, p. 111 e s.

ANTUNES, Maria João, Anotação ao Art. 175º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 569 e s.

ANTUNES, Maria João, “Procriação medicamente assistida — Questões novas ou questões renovadas para o direito penal?”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, BDF*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 81 e s.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómano* (trad. António C. Caeiro), Lisboa: Quezta Editores, 2004

ASCENSÃO, José de Oliveira Ascensão, “O início da vida”, in: *idem* (Coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 9 e s.

AUMONIER, Nicholas *et al.*, *L'Euthanasie*, Paris: PUF, 2001

BACIGALUPO, Enrique, “Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts”, in: Michael Pawlik et al., *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, 2007, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2007, p. 1 e s.

BAJO FERNANDEZ, Miguel, “La intervención médica contra la voluntad del paciente (A proposito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979)”, *ADPCP*, Tomo XXXII (1979), p. 491 e s.

BARBAS, Stela, *Direito do Genoma Humano*, Almedina: Coimbra, 2007

BARRETO, João, “A morte nas sociedades contemporâneas”, in: Rui Nunes/Guilhermina Rego/Ivone Duarte (Coords.), *Eutanásia e Outras Questões Éticas no Fim da Vida*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2009, p. 47 e s.

- BAUMANN, Jürgen *et al.*, *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, Stuttgart: Georg Thieme, 1986
- BAUMANN, Jürgen/ WEBER, Ulrich/ MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., Bielefeld: Giesecking Buchverlag, 2003
- BAUMGARTEN, Mark-Olivier, *The Right to Die? Rechtliche Problema um Sterben und Tod: Suizid, Sterbehilfe, Patientenverfügung, health care proxy, Hospiz im internationalen Vergleich*, Bern: Peter Lang, 1998
- BEAUCHAMP, Tom, “Antwort auf Rachels zum Thema Euthanasie”, in: Hans-Martin Sass (Hrg.), *Medizin und Ethik*, rev. Aufl., Stuttgart: Reclam, 1999, p. 265 e s.
- BEAUCHAMP, Tom, “The right to Die as the Triumph of Autonomy”, *The Journal of Medicine and Philosophy* 31 (2006), p. 643 e s.
- BEAUCHAMP, Tom/ CHILDRESS, James, *Principles of Biomedical Ethics*, 4th. Ed., Oxford: Oxford University Press, 1994
- BEAUCHAMP, Tom/ DAVIDSON, Arnold I., “The definition of Euthanasia”, *The Journal of Medicine and Philosophy* 3 (1979), p. 294 e s.
- BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas* (trad. José de Faria Costa), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós, 2002
- BEECHER, Henry K. *et al.*, “A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death”, *Journal of the American Medical Association (JAMA)*, Vol. 205, n.º 6, Ago. 1968, p. 85 e s.
- BELEZA, Teresa Pizarro, “Ilicitamente comparticipando — O âmbito de aplicação do art. 28º do Código Penal”, in: *BFD: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Vol. III, Coimbra, 1984, p. 589 e s.
- BELEZA, Teresa Pizarro, “A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever. Titularidade *versus* domínio do facto?”, *RPCC* 2 (1992), p. 337 e s.

- BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2° Vol., Reimp., Lisboa: AAFDL, 1997
- BETTIOL, Giuseppe, “Das Problem des Rechtsgutes in der Gegenwart”, *ZStW* 72 (1960), p. 276 e s.
- BIGGS, Hazel/ OST, Suzanne, “As it is at the end so it is at the beginning: legal challenges and new horizons for medicalised death and dying”, *Medical Law Review*, Winter 2010, p. 437 e s.
- BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, Nachdr. 1885, Aalen: Scientia Verlag, 1991
- BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. 1, Nachdr. 4. Aufl. 1922, Aalen: Scientia Verlag, 1991
- BINDING, Karl/ HOCHÉ, Alfred, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens – Ihr Mass und ihre Form*, 1920
- BIRNBACHER, Dieter, “Ist die Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe ethisch bedeutsam?”, in: Hans Henning Atrott/Hermann Pohlmeier, *Sterbehilfe in der Gegenwart*, Regensburg: Roderer Verlag, 1990, p. 25 e s.
- BIRNBACHER, Dieter, “Selbstmord und Selbstmordverhütung aus ethischer Sicht”, in: Anton Leist (Hrsg.), *Um Leben und Tod: moralische Probleme bei Abtreibung, künstlicher Befruchtung, Euthanasie und Selbstmord*, 3. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1992, p. 395 e s.
- BIRNBACHER, Dieter, *Tun und Unterlassen*, Stuttgart: Reclam, 1995
- BIRNBACHER, Dieter, “Einige Gründe, das Hirntodkriterium zu akzeptieren”, in: Johannes Hoff/Jürgen in der Schmitt (Hrg.), *Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und «Hirntod»-Kriterium*, Hamburg: Rowolt, 1995, p. 28 e s.
- BIRNBACHER, Dieter, “Sterbehilfe – eine philosophische Sicht”, in: Felix Thiele (Hrsg.), *Aktive und Passive Sterbehilfe. Medizinische, rechtswissenschaftliche und philosophische Aspekte*, München: Fink, 2005, p. 31 e s.
- BIRNBACHER, Dieter/HOERSTER, Norbert (Hrg.), *Texte zur Ethik*, 10. Aufl., München: dtv, 1997

BISHOP, Jeffrey P., “Biopolitics, Terry Schiavo, and the Sovereign Subject of Death”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 33 (2009), p. 338 e s.

BLOCK, Florian, *Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008

BONDT, Walter de / VANSWEEVELD, Thierry, “Euthanasia in Belgium”, in: Marc Groenhuijsen/Floris van Laanen (Eds.), *Euthanasia in International and Comparative Perspective*, Nijmegen: Wolf, 2006, p. 27 e s.

BORGES, Anselmo, “A morte humana na sociedade actual”, *Colóquio sobre Eutanásia*, Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa, 1993, p. 235 e s.

BOTTKE, Wilfried, “Das Recht auf Suizid und Suizidverhütung”, *GA* 1982, p. 346 e s.

BREIT, Andrea, “Probleme der Intensivmedizin unter besonderer Berücksichtigung des Abstellens eines Reanimators”, in: Arthur Kaufmann (Hrg.), *Moderne Medizin und Strafrecht*, Heidelberg: C.F.Müller, 1989, p. 117 e s.

BRITO, António José dos Santos Lopes de/RIJO, José Manuel Subtil Lopes, *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal. Direito sobre a Vida ou Direito de Viver?*, Coimbra: Almedina, 2000

BRITO, Teresa Quintela de, “Crimes contra a vida: questões preliminares”, in: Teresa Quintela de Brito/Paulo Saragoça da Mata/João Curado Neves/Helena Morão, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 25 e s.

BRITO, Teresa Quintela de, “Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?”, in: Teresa Quintela de Brito/Paulo Saragoça da Mata/João Curado Neves/Helena Morão, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 69 e s.

BRITO, Teresa Quintela de, “Interrupção de Alimentação e Hidratação Artificiais de Pessoa em Estado Vegetativo Persistente”, in: Teresa Quintela de Brito/Paulo Saragoça da Mata/João Curado Neves/Helena Morão, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 119 e s.

- BRITO, Teresa Quintela de, “O crime de aborto”, in: Teresa Quintela de Brito/Paulo Saragoça da Mata/João Curado Neves/Helena Morão, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 423 e s.
- BRITO, Teresa Quintela de, “Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores”, in: Teresa Quintela de Brito/Paulo Saragoça da Mata/João Curado Neves/Helena Morão, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 541 e s.
- BURKART, Monika, *Das Recht, in Würde zu sterben – Ein Menschenrecht*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1983
- CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4^a ed., Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- CAPELAS, Manuel Luís Vila, “Cuidados Paliativos: Uma Proposta para Portugal”, *Cadernos de Saúde*, Vol. 2, n.º 1 (2009), p. 51 e s.
- CARDOSO, Augusto Lopes, “Eutanásia e suicídio assistido”, in: José de Oliveira Ascensão (Coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 235 e s.
- CARVALHO, Américo Taipa de, *A Legítima Defesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995
- CHATZIKOSTAS, Konstantinos, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie*, Frankfurt: Peter Lang, 2001
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo III, Coimbra: Almedina, 2004
- CORREIA, Eduardo, “Evolução histórica das penas”, *BFD* 53 (1977), p. 51 e s.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. I, Reimp., Coimbra: Almedina, 2001
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. II, Reimp., Coimbra: Almedina, 2000
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II – Das Sucessões, Lisboa: Lex, 1993
- COSTA, José de Faria, “Formas do Crime”, in: CEJ, *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa, 1983, p. 152 e s.

COSTA, José de Faria, “O valor do silêncio do legislador penal e o problema das transplantações”, *BFD* 69 (1993), p. 201 e s.

COSTA, José de Faria, “As definições legais de dolo e negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em direito penal”, *BFD* 69 (1993), p. 361 e s.

COSTA, José de Faria, “Omissão (Reflexões em redor da omissão imprópria)”, *BFD* 72 (1996), p. 391 e s.

COSTA, José de Faria, “Ler Beccaria hoje”, in: Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (trad. José de Faria Costa), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998

COSTA, José de Faria, “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, in: IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 511 e s.

COSTA, José de Faria, Anotação ao Art. 139º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 126 e s.

COSTA, José de Faria, Anotação ao Art. 203º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 24 e s.

COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2000

COSTA, José de Faria, “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?”, *RLJ* 134 (2002), p. 354 e s.

COSTA, José de Faria, *Direito Penal Económico*, Coimbra: Quarteto Editora, 2003

COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial. Contributo a uma Sistematização dos “Problemas Especiais” da Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004

COSTA, José de Faria, “Vida e morte em direito penal (Esquisto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)”, *RPCC*, Ano 14 (2004), p. 171 e s.

COSTA, José de Faria, “O fim da vida e o direito penal”, in: *idem, Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 105 e s.

COSTA, José de Faria, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal”, in: *idem, Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 205 e s.

COSTA, José de Faria, "O Direito Penal e a Ciência: As Metáforas Possíveis no Seio de Relações «Perigosas»”, in: Agustín Jorge Barreiro (Ed.), *Derecho y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. Extraordinario, Madrid, BOE, 2006, p. 107 e s.

COSTA, José de Faria, “Bioética e Direito Penal (Reflexões possíveis em tempos de incerteza)”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 109 e s.

COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009

COSTA, José de Faria, “Em redor da noção de acto médico”, *RLJ*, Ano 138, n.º 3954 (Jan-Fev 2009), p. 126 e s.

CROIRE, Benedita Mac, “A Eutanásia e o Auxílio ao Suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, *Scientia Iuridica*, Tomo LII, n.º 297 (2003), p. 447 e s.

CRUZ, Peter de, “The Burke Case: The Terminally Ill Patient and the Right to Life”, *Modern Law Review*, Vol. 70 (2007), p. 306 e s.

CUNHA, J.M. Damião da, Anotação ao Artigo 140º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 146 e s.

CUNHA, J.M. Damião da, Anotação ao Artigo 254º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 653 e s.

- CUNHA, M. da Conceição Ferreira da, *Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto: UCE, 1995
- CUNHA, M. da Conceição Ferreira da, “Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão”, in: Manuel da Costa Andrade/José de Faria Costa/Anabela Miranda Rodrigues/Maria João Antunes (Orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 809 e s.
- CUNHA, M. da Conceição Ferreira da, *Vida contra Vida. Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- CUNHA, M. da Conceição Ferreira da, “Das omissões lícitas no exercício da medicina”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 79 e s.
- DIAS, Augusto Silva, *A Relevância Jurídico Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra: Almedina, 1986
- DIAS, Augusto Silva, *Direito Penal. Parte Especial: Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, 2ª ed., Lisboa: AADFL, 2007
- DIAS, Augusto Silva, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “O problema da ortotanásia: Introdução à sua consideração jurídica”, in: M. Silva Araújo *et. al.*, *As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de morte; Aspectos médicos, teleológico-morais e jurídicos*, Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1973, p. 28 e s.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao Art. 131º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 3 e s.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 5ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000

DIAS, Jorge de Figueiredo, “O direito penal entre a «sociedade industrial» e a «sociedade do risco»”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, BFD, Coimbra, 2001, p. 583 e s.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal médico?”, *RPCC*, Ano 14 (2004), p. 241 e s.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007

DIAS, Jorge de Figueiredo, “A «ajuda à morte»: uma consideração jurídico-penal”, *RLJ*, Ano 137 (2008), p. 202 e s.

DIAS, Jorge de Figueiredo/ MONTEIRO, Jorge Sinde, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *BMJ*, n.º 332, 1984, p. 21 e s.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe”, *ZStW* 113 (2001), p.516 e s.

DÖLLING, Dieter, “Zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid”, in: René Bloy *et al.*, *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Mainwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p.119 e s.

DREIER, Horst, “Grenzen des Tötungsverbot – Teil 1”, *JZ* 2007, p. 261 e s.

DRESSER, Rebecca, “*Schiavo* and contemporary Myths about dying”, *University of Miami Law Review*, Vol. 61 (2007), p. 821 e s.

DUTTGE, Gunnar, “Sterbehilfe aus rechtsphilosophischer Sicht”, *GA* 2001, p. 158 e s.

DUTTGE, Gunnar, “Lebensschutz und Selbstbestimmung am Lebensende”, *ZfL* 2 (2004), p. 30 e s.

DUTTGE, Gunnar, “Der Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB) 2005. Ziel erreicht oder blosse Etappe auf dem langen Weg zu einer Gesamtregelung?”, *GA* 2006, p. 573 e s.

DÜWELL, Marcus/ HÜBENTHAL, Christoph /WERNER, Micha H., *Handbuch Ethik*, 2. Auflage, Stuttgart: J.B. Metzler, 2006

EISENBART, Bettina, *Patienten- Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten. Alternativen zur Verwirklichung der Selbstbestimmung im Vorfeld des Todes*, Baden-Baden: Nomos, 1998

ELWYN, Glyn/CHARLES, Cathy, “Shared decision-making: From conceptual models to implementation in clinical practice”, in: Adrian Edwards/Glyn Elwyn (Eds.), *Shared Decision-Making in Health Care. Achieving Evidence-based Patient Choice*, 2nd. Ed., Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 117 e s.

ENGISCH, Karl, *Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung*, Stuttgart: Kreuz-Verlag, 1948

ENGISCH, Karl, “Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung”, in: Friedrich Geerds/Wolfgang Naucke, *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, p. 399 e s.

ENGISCH, Karl, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Reimp. 1935, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987

ENGLÄNDER, Armin, “Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen”, *GA* 2010, p. 15 e s.

ENGLERT, Yvon, “Belgium — Evolution of the debate”, in: *Ethical Eye — Euthanasia. Vol. II — National and European Perspectives*, Council of Europe Publishing, 2004, p. 13 e s.

ESER, Albin, “Erscheinungsformen von Suizid und Euthanasie. Ein Typisierungsversuch”, in: *idem* (Hrg.), *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart: Enke, 1976, p. 4 e s.

ESER, Albin, “Zwischen «Heiligkeit» und «Qualität» des Lebens. Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebensschutz”, in: Joachim Gernhuber (Hrsg.): *Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*, Tübingen: Mohr, 1977, p. 377 e s.

ESER, Albin, “Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch in rechtlicher Sicht”, in: Alfons Auer (Hrg.), *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe: zum*

Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht, Köln: Carl Heymann, 1977, p. 75 e s.

ESER, Albin, “Medizin und Strafrecht”, *ZStW* 97 (1985), p. 1 e s.

ESER, Albin, “Freiheit zum Sterben – Kein Recht auf Tötung. Ein Beitrag zum strafrechtlichen Thema des 56. Deutschen Juristentages 1986 in Berlin”, *JZ* 1986, p. 786 e s.

ESER, Albin, “Strafrechtliche Schutzaspekte im Bereich der Humangenetik”, in: Volkmar Braun (Hrsg.), *Ethische und rechtliche Fragen der Gentechnologie und der Reproduktionsmedizin*, München: Schweitzer, 1987, p. 120 e s.

ESER, Albin, “Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive”, in: Thomas Weigend/Georg Küper (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin: Walter de Gruyter, 1999, p. 465 e s.

ESER, Albin, “Das «Einwilligungsprinzip»: ein ausreichendes Konzept gegenüber den Herausforderungen des Genom-Zeitalters?», in: Jan C. Joerden et al., *Vergleichen Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 485 e s.

ESER, Albin, “Herausforderungen des Medizinrechts im Zeitalter der modernen Biotechnologie”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 319 e s.

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Porto: UCE, 1993

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, “A responsabilidade penal do médico pelo seu erro”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 139 e s.

FERNANDES, Luís Carvalho, “A definição de morte. Transplantes e outras utilizações do cadáver”, in: José de Oliveira Ascensão (Coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 61 e s.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, 4ª. Ed, Reimp., Coimbra: Almedina, 2010

FERREIRA, Nuno, “A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública”, *Lex Medicinæ* 3 (2006), p. 137 e s.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 6. Aufl., Giessen: Heyer, 1818

FIANDACA, Giovanni, “Considerazione intorno a Bioetica e Diritto Penale, tra laicità e «post-secolarismo»”, *RIDPP*, Fasc. 2/3, 2007, p. 546 e s.

FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

FIDALGO, Sónia, “Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 417 e s.

FISCHER, Elena, *Recht auf Sterben?! Ein Beitrag zur Reformdiskussion der Sterbehilfe in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach der Übertragbarkeit des holländischen Modells der Sterbehilfe in das deutsche Recht*, Frankfurt: Peter Lang, 2004

FOERSTER, Klaus, “Der sog. «erweiterte Suizid» — ein problematischer Begriff?”, in: Regina Michalke *et al.*, *Festschrift für Reiner Hamm am 65. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 2008, p. 83 e s.

FONSECA, Ana Cecília Pinto, *Homicídio a Pedido da Vítima e Auxílio ao Suicídio. Que Margem?*, Diss. Mestrado (2º Ciclo), Coimbra, 2009

FRISCH, Wolfgang, “Wandlungen des Strafrechts als Folge gesellschaftlichen Wandels”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 347 e s.

GALLAS, Wilhelm, “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, in: Georg Gahm *et al.*, *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*, Berlin: Walter de Gruyter, 1936, p. 50 e s.

GALLI, Eugénio, Art. 579, in: Emílio Dolcini/Giorgio Marinucci, *Codice Penale Commentato*, Vol. 2, IPSOA, 2007, p. 3827 e s.

GASPAR, António Henriques, “Eutanásia. Não Obrigado?”, *Sub Judice* 22/23 (2001), p. 171 e s.

GEILEN, Gerd, “Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff”, in: Lüttger (Hrg.), *Festschrift für Ernst Heinitz*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972, p. 373 e s.

GEILEN, Gerd, *Euthanasie und Selbstbestimmung. Juristische Betrachtungen zum “Recht auf den eigenen Tod”*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975

GIESEN, Dieter, “Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens”, *JZ* 20 (1990), p. 929 e s.

GIL, Fernando, “Mors certa, hora incerta”, in: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, *A Condição Humana*, Lisboa: D. Quixote, 2009, p. 587 e s.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Handlung, Unterlassung und Verhalten”, in: Gerhard Dornseifer *et al.*, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1989, p. 159 e s.

GIUSTI, Giusto, *L’Eutanasia. Diritto di Vivere — Diritto di Morire*, Padova: Cedam, 1982

GÖBEL, Alfred A., *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*, Frankfurt: Peter Lang, 1992

GODINHO, Inês Fernandes, *A Responsabilidade Solidária das Pessoas Colectivas em Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

GODINHO, Inês Fernandes, “Casting em Direito Penal (ou um percurso pela autoria)”, *Politeia*, Ano VI-VII (2009-2010), p. 57 e s.

GODINHO, Inês Fernandes, “Implicações jurídico-penais do critério de morte”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma perspectiva integrada*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 359 e s.

GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen, *La Responsabilidad Penal del Médico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003

GONÇALVES, José António Ferraz, “Cuidados Paliativos”, in: José Henrique Silveira de Brito (Coord.), *O Fim de Vida*, Braga: Publicações da Faculdade de Filosofia (UCP), 2007, p. 97 e s.

GÖSSEL, Karl Heinz, “Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeits-einschränkendes Tatbestandsmerkmal. Zugleich ein Versuch über das Verhältnis von Rechtsgut, Tatbestand und Norm”, in: Rolf Dietrich Herzberg, *Festschrift für Dieter Oehler zum 70. Geburtstag*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1985, p. 97 e s.

GOULD, Jonathan / CRAIGMYLE, Marshall (Eds.), *Your Death Warrant?: The implications of euthanasia; a medical, legal and ethical study*, London: G. Chapman, 1971

GRIFFITHS, John/ WEYERS, Heleen /ADAMS, Maurice, *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford: Hart, 2008

GROENHUIJSEN, Marc/ LAANEN, Floris van, “Euthanasia in the broader Framework of Dutch penal policies”, in: Marc Groenhuijsen/Floris van Laanen (Eds.), *Euthanasia in International and Comparative Perspective*, Nijmegen: Wolf, 2006, p. 195 e s.

GROPP, Walter, “Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes und die fragmentarische Natur des Strafrechts”, in: Arthur Kreuzer *et al.*, *Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften. Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck*, Godesberg: Forum Verlag, 1999, p. 285 e s.

GRUBB, Andrew/ WALSH, Pat/ LAMBE, Neil, “Reporting on the Persistent Vegetative State in Europe”, *Medical Law Review*, 6 (1998), p. 161 e s.

GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010

GÜNTHER, Klaus, “Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?”, in: Cornelius Prittwitz et al., *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2.Mai 2002*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 205 e s.

HABICHT, Annetrin, *Sterbehilfe — Wandel in der Terminologie. Eine integrative Betrachtung aus der Sicht von Medizin, Ethik und Recht*, Frankfurt: Peter Lang, 2009

HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana. A Caminho de uma Eugenia Liberal?* (trad. Maria Benedita Bettencourt), Coimbra: Almedina, 2006

HARDWIG, Werner, “Zur Systematik der Tötungsdelikte“, *GA* 1954, p. 257 e s.

HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1980

HASSEMER, Winfried, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, in: Lothar Philips/Heinrich Scholler (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg: Decker & Müller, 1989, p. 85 e s.

HASSEMER, Winfried, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, *NStZ* 1989, p. 553 e s.

HASSEMER, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., München: C.H. Beck, 1990

HASSEMER, Winfried, “Das Symbolische am symbolischen Strafrecht”, in: Schünemann et al. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p. 1001 e s.

HASSEMER, Winfried, “Konturen einer Gesamten Strafrechtswissenschaft heute”, in: Jörg Arnold et al., *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München: Verlag C.H. Beck, 2005, p.115 e s.

HASSEMER, Winfried, “Strafrecht im Wandel”, *JRP* 2007, p. 79 e s.

HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln: Carl Heymanns, 2002

HEGEL, Georg Friedrich, *Phänomenologie des Geistes*, Stuttgart. Reclam, 1987

HEGSELMANN, Rainer, “Moralische Aufklärung, moralische Integrität und die schiefe Bahn”, in Rainer Hegselmann/Reinhard Merkel, *Zur Debatte über Euthanasie*, Frankfurt: Suhrkamp, 1992, p. 197 e s.

HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit*, 11. Aufl., Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967

HEINE, Günther et al., “Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben)”. Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE)”, *GA* 2008, p. 193 e s.

HERZBERG, Dietrich, “Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?”, *NJW* 1996, p. 3043 e s.

HERZBERG, Rolf, “Straffreie Beteiligung an Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen”, *JZ* 1988, p. 182 e s.

HERZBERG, Rolf, “Vorsätzliche und fahrlässige Tötung bei ernstlichem Sterbebegehren des Opfers”, *NStZ* 2004, p. 1 e s.

HEUERMANN, Paul, “Verfassungsrechtliche Probleme der Schwangerschaft einer hirntoten Frau”, *JZ* 1994, p. 133 e s.

HEUN, Werner, “Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen”, *JZ*, 1996, p. 213 e s.

HILLGRUBER, Christian, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München: Verlag Franz Vahlen, 1992

HIRSCH, Andrew von/ NEUMANN, Ulfrid, “«Indirekter» Paternalismus im Strafrecht am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§216 StGB)”, *GA* 2007, p. 671 e s.

HIRSCH, Hans Joachim, “Einwilligung und Selbstbestimmung”, in: Günther Stratenwerth et. al, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1974, p. 775 e s.

HIRSCH, Hans Joachim, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe”, in: Wilfried Küper, *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p. 597 e s.

- HIRSCH, Hans Joachim, “Zum aktuellen Stand der Diskussion über die Reform der Tötungsdelikte”, in: Bernsmann, Klaus/Fischer, Thomas, *Festschrift für Ruth Rissing-Van Saan zum 65. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 2011, p. 219 e s.
- HOERSTER, Norbert, “Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens”, *GA* 1970, p. 272 e s.
- HOERSTER, Norbert, “Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe”, *NJW* 1986, p. 1786 e s.
- HOERSTER, Norbert, “Warum keine aktive Sterbebeihilfe?”, *ZRP* 1988, p. 1 e s.
- HOERSTER, Norbert, *Sterbehilfe im säkularen Staat*, Frankfurt: Suhrkamp, 1998
- HÖFLING, Wolfram, “Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben”, *JZ* 1995, p. 26 e s.
- HÖFLING, Wolfram, “Forum: «Sterbehilfe» zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz”, *JuS* 2000, p. 111 e s.
- HONIG, Richard, *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim: J. Bensheimer, 1919
- HONIG, Richard, “Kausalität und objective Zurechnung”, in: August Hegler, *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Bd. I, Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr, 1930, p.174 e s.
- HONORÉ, Tony, “The Necessary Connection between Law and Morality”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, N° 3 (2002), p. 489 e s.
- HRUSCHKA, Joachim, “Utilitarismus in der Variante von Peter Singer”, *JZ* 6, 2001, p. 261 e s.
- HUFEN, Friedhelm, “In dubio pro dignitate. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens”, *NJW* 2001, p. 849 e s.
- INGELFINGER, Ralph, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004
- INGELFINGER, Ralph, “Tötungsverbot und Sterbehilfe. Im Spannungsfeld zwischen selbstbestimmtem Sterben und «absolutem» Lebensschutz”, *ZfL* 2 (2005), p. 38 e s.

JAKOBS, Günther, “Behandlungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB (Tötung auf Verlangen)”, in: Schütz, H. *et al.*, *Medizinrecht – Psychopathologie – Rechtsmedizin, Festschrift für Günter Schewe*, Berlin: Springer-Verlag, 1991, p. 72 e s.

JAKOBS, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1992

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1993

JAKOBS, Günther, “Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen. Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit”, in: Fritjof Haft *et al.*, *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, p. 459 e s.

JAKOBS, Günther, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischen» Prinzipien. Oder: Verabschiedung des «alteuropäischen» Strafrechts?», *ZStW* 107 (1995), p. 843 e s.

JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997

JAKOBS, Günther, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1998

JAKOBS, Günther, “Zum Begriff des Delikts gegen die Person”, in: Klaus Bernsmann/Klaus Ulsenheimer, *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12./13.10.2001*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2003, p. 63 e s.

JAKOBS, Günther, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2004

JAKOBS, Günther, “Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung”, *ZStW* 117 (2005), p. 247 e s.

JAKOBS, Günther, “Sozialschaden? — Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem”, in: Martin Böse/Detlev Sternberg-

- Lieben, *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 37 e s.
- JAKOBS, Günther, “Mittäterschaft als Beteiligung”, in: Hans-Ulrich Paeffgen *et al.*, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, p. 547 e s.
- JASPERS, Karl, *Iniciação Filosófica* (trad. Manuela Pinto dos Santos), 9ª ed., Lisboa: Guimarães Editores, 1998
- JESCHECK, Hans-Heinrich, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff im dogmengeschichtlicher Entwicklung”, in: Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas (Hrg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 139 e s.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996
- JOERDEN, Jan C., *Menschenleben. Ethische Grund- und Grenzfragen des Medizinrechts*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2003
- JOERDEN, Jan C., “Argumente für (strafrechtliches) Verbot des reproduktiven Klonens – und wie weit sie tragen?”, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 14 (2006), p. 407 e s.
- JOERDEN, Jan C., “Beginn und Ende des Lebensrechtsschutzes”, *ZStW* 120 (2008), p. 11 e s.
- JONAS, Hans, *Technik, Medizin und Ethik*, Frankfurt: Suhrkamp, 1987
- JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die Technologische Zivilisation*, Frankfurt: Suhrkamp, 2003
- KÄMPFER, Ulf, *Die Selbstbestimmung Sterbewilliger. Sterbehilfe im deutschen und amerikanischen Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005
- KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (trad. Paulo Quintela), Lisboa: Edições 70, 2009

KAUFMANN, Armin, “«Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?“, in: Joachim Herrmann *et al.*, *Festschrift für Hans-Joachim Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 251 e s.

KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1961

KAUFMANN, Arthur, “Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre“, in: Friedrich Geerds/Wolfgang Naucke (Hrg.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965, p. 79 e s.

KAUFMANN, Arthur, “Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie“, *JZ* 1982, p. 481 e s.

KAUFMANN, Arthur, “Euthanasie — Selbsttötung — Tötung auf Verlangen“, in: *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 137 e s.

KAUFMANN, Arthur, “Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie“, *Rechtstheorie* 17 (1986), p. 257 e s.

KAUFMANN, Arthur, “Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes?“ in: Bernd Schünemann *et al.*, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 25. Mai 2001*, Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p. 840 e s.

KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito* (trad. António Ulisses Cortês), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004

KAY, Richard S., “Causing Death for Compassionate Reasons in American Law“, in: Marc Groenhuijsen/Floris van Laanen (Eds.), *Euthanasia in International and Comparative Perspective*, Nijmegen: Wolf, 2006, p. 257 e s.

KEOWN, John, “Debate: Physician-assisted suicide: Lord Joffe’s Slippery Bill“, *Medical Law Review* 15 (2007), p. 126 e s.

KINDHÄUSER, Urs, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständlis von Handlung im Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1980

KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1989

KINDHÄUSER, Urs, “Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz”, in: Klaus Lüderssen et al., *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang, 1990, p. 29 e s.

KINDHÄUSER, Urs, “Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung”, in: Klaus Rogall et al., *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, 2004, p. 135 e s.

KINDHÄUSER, Urs, “Objektive und subjective Zurechnung beim Vorsatzdelikt”, in: B. Sharon Byrd/Jan C. Joerden, *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p. 527 e s.

KINDHÄUSER, Urs, “Risikoerhöhung und Risikoverringerung”, *ZStW* 120 (2008), p. 481 e s.

KINDHÄUSER, Urs, “Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal”, in: *idem, Teoría de las Normas y Sistemática del Delito*, Lima: Ara Editores, 2008, p. 12 e s.

KINDHÄUSER, Urs, “Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?”, *ZStW* 121 (2009), p. 954 e s.

KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2009

KINDHÄUSER, Urs, “Normthoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht”, *GA* 2010, p. 490 e s.

KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la demarcación del suicidio y el homicidio”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 25 e s.

KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2011

- KINDHÄUSER, Urs, “Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff”, in: Hans-Ulrich Paeffgen *et al.*, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, p. 39 e s.
- KRONES, Tanja/ RICHTER, Gerd, “Die Arzt-Patient-Beziehung”, in: Stefan Schulz/Klaus Steigleder *et al.*, *Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin*, Frankfurt: Suhrkamp, 2006, p. 94 e s.
- KUBICIEL, Michael, “Gott, Vernunft, Paternalismus — Die Grundlagen des Sterbehilfeverbots”, *JA* 2011, p. 86 e s.
- KUCHENBAUER, Konstantin, “Recht auf Leben – Recht auf Selbsttötung?”, *ZfL* 4 (2007), p. 98 e s.
- KUDLICH, Hans, “Anmerkung zur Entscheidung BGH 2 StJR 310/04”, *JR* 2005, p. 342 e s.
- KÜHL, Kristian, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001
- KÜHL, Kristian, “Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts. Eine Vergewisserung an Hand des ‘Lehrbuchs des Strafrechts. Allgemeiner Teil’ von Hans-Heinrich Jescheck”, *ZStW* 116 (2004), p. 870 e s.
- KÜHL, Kristian, “Rechtfertigung vorsätzlicher Tötungen im Allgemeinen und speziell bei Sterbehilfe”, *JURA* 31 (2009), p. 881 e s.
- KÜHL, Kristian, “Beteiligung an Selbsttötung und verlangte Fremdtötung”, *JURA* 2010, p. 81 e s.
- KUHLEN, Lothar, “Anmerkungen zum Verhältnis von Strafrecht und Verfassungsrecht”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 401 e s.
- KUHLEN, Lothar, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen”, in: Hans-Ulrich Paeffgen *et al.*, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, p. 669 e s.

- KUHSE, Helga / SINGER, Peter, *Muss dieses Kind am Leben bleiben? Das Problem schwerstgeschädigter Neugeborener*, Erlangen: Harald, 1993
- KUTZER, Klaus, “Vorausverfügter Verzicht auf lebenserhaltende Massnahmen und das Verbot der Tötung auf Verlangen”, in: Bernsmann, Klaus/Fischer, Thomas, *Festschrift für Ruth Rissing-Van Saan zum 65. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 2011, p. 337 e s.
- LABER, Jörg, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht*, Frankfurt: Peter Lang, 1997
- LAMPE, Ernst-Joachim, “Verantwortung und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, *Verantwortlichkeit und Recht (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band XIV)*, 1989, p. 286 e s.
- LÉVINAS, Emmanuel, *Deus, a Morte e o Tempo* (trad. Fernanda Bernardo), Coimbra: Almedina, 2003
- LEWIS, Penney, “Assisted Dying in France. The Evolution of Assisted Dying in France: a Third Way?”, *Medical Law Review*, 14 (2006), p. 44 e s.
- LIMA, Cristina, “Do conceito ao diagnóstico de morte: controvérsias e dilemas éticos”, *Medicina Interna*, Vol. 12, n.º 1, p. 6 e s.
- LISZT, Franz von, “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, *ZStW* 3 (1883), p. 1 e s.
- LISZT, Franz von, “Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch”, *ZStW* 6 (1886), p. 663 e s.
- LISZT, Franz von, “Verbrechen und Vergehen wider das Leben”, in: Karl Birkmeyer et. al., *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Besonderer Teil, V. Bd.*, Berlin: Otto Liebmann, 1905, p. 1 e s.
- LOPES, M. Ramos, *Da eutanásia e problemas afins*, Sep. de *Coimbra Médica*, Coimbra, 1959
- LOUREIRO, João, “O Direito à Identidade Genética do Ser Humano”, *Scientia Iuridica*, 40: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, p. 263 e s.
- LOUREIRO, João, “Os rostos de Job: Tecnociência, Direito, Sofrimento e Vida”, *BFD* 80 (2004), p. 137 e s.

- LOUREIRO, João, “O estatuto do embrião”, in: Luís Archer *et al.*, *Novos Desafios à Bioética*, Porto: Porto Editora, 2001, p. 110 e s.
- LOUREIRO, João, “Bios, Tempo(s) e Mundo(s): Algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 195 e s.
- MAATSCH, Asmus, *Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtspflichtsverstoss. Zum Strafrecht einverständlicher Sterbehilfe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2001
- MACDONALD, Neil, “Morte medicamente assistida”, in: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, *A Condição Humana*, Lisboa: D. Quixote, 2009, p. 241 e s.
- MACHADO, Jónatas, “Pré-compreensões na disciplina jurídica do fenómeno religioso”, *BFD* 68 (1992), p. 165 e s.
- MACHADO, Jónatas, “Contrato social e constitucionalismo: algumas notas”, in: Luís Filipe Colaço Antunes (Coord.), *Autoridade e Consenso no Estado de Direito*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 59 e s.
- MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1980
- MAIWALD, Manfred, “Täterschaft, Anstiftung, und Beihilfe – Zur Entstehung der Teilnahmeformen in Deutschland”, in: Andreas Hoyer, *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 283 e s.
- MANTOVANI, Ferrando, “Aspetti Giuridici della Eutanasia”, *Rivista Italiana di Diritto Penale e Procedura Penale* (1988), p. 448 e s.
- MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano: Giuffrè Editore, 2004
- MARQUES, António Lourenço *et al.*, “O desenvolvimento dos cuidados paliativos em Portugal”, *Patient Care* (ed. Portuguesa), Vol. 14, n.º 152 (2009), p. 32 e s.
- MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1972

MATTA, Paulo Saragoça da, “«Subtracção de coisa móvel alheia». Os efeitos do admirável mundo novo num crime «clássico»”, in: Teresa Quintela de Brito/Paulo Saragoça da Matta/João Curado Neves/Helena Morão, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 615 e s.

MAURACH, Reinhart /ZIPF, Heinz, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 1992

MAURACH, Reinhart/ SCHROEDER, Friedrich-Christian/ MAIWALD, Manfred, *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband I: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 9. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 2009

MCLEAN, Sheila A. M., *Assisted Dying: Reflections on the Need for Law Reform*, Oxford: Routledge, 2007

MELO, Helena Pereira de/ BELEZA, Teresa Pizarro, “Uma vida digna até à morte: cuidados paliativos no direito português”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 665 e s.

MERKEL, Reinhard, “Zaungäste?. Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft (und einige verbreitete Missverständnisse zu §34 S.1 StGB)”, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt: Peter Lang, 1995, p.171 e s.

MERKEL, Reinhard, “Tödlicher-Behandlungsabbruch und mutmassliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom. Zugleich eine Besprechung von BGH NJW 1995, 2004”, *ZStW* 107 (1995), p. 545 e s.

MERKEL, Reinhard, “Hirntod und kein Ende. Zur notwendigen Fortsetzung einer unerledigten Debatte”, *JURA* 1999, p. 113 e s.

MERKEL, Reinhard, *Frühethanasie. Rechtliche und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin*, Baden-Baden: Nomos, 2001

MERKEL, Reinhard, “Aktive Sterbehilfe. Anmerkungen zum Stand der Diskussion und zum Gesetzgebungsvorschlag des «Alternativ-Entwurfs Sterbebegleitung»”, in:

- Andreas Hoyer (Hrg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 297 e s.
- MERKEL, Reinhard, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung*, Baden-Baden: Nomos, 2008
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., Montevideo: Editorial B de F, 2004
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000
- MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005
- MIRANDOLA, Giovanni Picco Della, *Discurso sobre a Dignidade do Homem* (trad. M. Lurdes Ganho), Lisboa: Edições 70, 2006
- MITSCH, Wolfgang, “Der «Kannibalen-Fall»”, *ZIS* 2007, p. 197 e s.
- MITTELMAIER, Karl, “Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tödtung eines Einwilligenden nach dem gegenwärtigen Standpunkte der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft geprüft”, *Archiv für Preussisches Strafrecht [GA]* 9 (1861), p. 433 e s.
- MÖLLERING, Jürgen, *Schutz des Lebens - Recht auf Sterben. Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie*, Stuttgart: Ferdinand Enke, 1977
- MONIZ, Helena, “Jean-Louis Baudouin/Danielle Blondeau, *Éthique de la mort et droit à la mort*, Paris, PUF, 1993”, *BFD* 69 (1993), p. 801 e s.
- MONIZ, Helena, “Aspectos do resultado no direito penal”, in: Manuel da Costa Andrade/José de Faria Costa/Anabela Miranda Rodrigues/Maria João Antunes (Orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 541 e s.
- MONIZ, Helena, “Eutanásia precoce: dúvidas e interrogações”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da*

Morte em Direito Penal. Uma perspectiva integrada, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 343 e s.

MONTE, Mário Ferreira, “Da relevância penal de aspectos onto-axiológico-normativos na eutanásia — análise problemática”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2011, p. 305 e s.

MONTEIRO, Cristina Líbano, “Sobre o problema da «eutanásia a pedido»”, *Estudos. Revista do CADIC* 6 (2006), p. 141 e s.

MONTEIRO, Henrique Salinas, *A Participação em Crimes Especiais no Código Penal*, Lisboa: UCE, 1999

MONTICELLI, Luca, “Eutanasia, diritto penale e principio di legalità”, *L'Indice Penale* (1998), p. 463 e s.

MORÃO, Helena, “Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. Resposta jurídico-penal a uma colisão de valores constitucionais”, *RPCC*, Ano 16 (2006), p. 35 e s.

MORÃO, Helena, “Determinação pelo pedido e culpa: notas para a construção de um tipo misto”, in: Teresa Quintela de Brito/Paulo Saragoça da Mata/João Curado Neves/Helena Morão, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 351 e s.

MULLOCK, Alexandra, “Overlooking the criminally compassionate: what are the implications of prosecutorial policy on encouraging or assisting suicide?”, *Medical Law Review*, Winter 2010, p. 444 e s.

MÜSSIG, Bernd, *Mord und Totschlag*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005

NAGEL, Michael Benedikt, *Die ärztliche Behandlung Neugeborener — Frühenthanasie*, Frankfurt: Peter Lang, 2006

NAUCKE, Wolfgang, “Der Zustand des Legalitätsprinzips”, in: Klaus Lüderssen et al., *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang, 1990, p. 149 e s.

NETO, Luísa, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004

NEUMANN, Ulfrid, “Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des «Opfers»”, *JA* 1987, p. 244 e s.

NEUMANN, Ulfrid, “Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen — Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden «Pflichtenkollision»”, in Schünemann *et al.*, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p. 421 e s.

NEUMANN, Ulfrid, “Mord und Totschlag. Argumentationstheoretische Erwägungen zum Verhältnis von §§ 211 und 212 StGB”, in: Dieter Dölling (Hrg.), *Jus Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 643 e s.

NEUMANN, Ulfrid, “Die Menschenwürde als Menschenbürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet”, in: Mathias Kettner (Hrg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt: Suhrkamp, 2004, p. 42 e s.

NEUMANN, Ulfrid, “Buchbesprechung: Ingelfinger, Ralph, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots. Das Menschenleben als Schutzobjekt des Strafrechts. Köln: Carl Heymanns, 2004. XXII, 376 S.”, *ZStW* 118 (2006), p. 743 e s.

NEUMANN, Ulfrid, “«Alternativen: keine».- Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre”, in: Ulfrid Neumann/Cornelius Prittowitz (Hrsg.), *Personale Rechtsgutslehre” und “Opferorientierung im Strafrecht*, Frankfurt: Peter Lang, 2007, p. 85 e s.

NEUMANN, Ulfrid, “Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe”, in: Michael Pawlik/Rainer Zaczek (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs am 70. Geburtstag*, Berlin: Carl Heymanns, 2007

- NEUMANN, Ulfrid, “Sterbehilfe im rechtfertigenden Notstand (§34 StGB)”, in: Holm Putzke *et al.*, *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 575 e s.
- NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Studia Iuridica 1, BFD, Coimbra, 1993
- NEVES, A. Castanheira, “Arguição nas Provas de Agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa. Comentário Crítico à Lição *O Fim da Vida e o Direito Penal*”, *Digesta*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 605 e s.
- NOACK, Thorsten / FANGERAU, Heiner, “Zur Geschichte des Verhältnisses von Arzt und Patient in Deutschland”, in: Stefan Schulz/Klaus Steigleder *et al.*, *Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin*, Frankfurt: Suhrkamp, 2006, p. 77 e s.
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *Homicidio Consentido, Eutanasia y Derecho a Morir con Dignidad*, Madrid: Tecnos, 1999
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, Art. 143, in: Arroyo Zapatero *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Iustel, 2007, p. 358 e s.
- OLIVEIRA, Maria Joana de Castro, *A Imputação Objectiva na Perspectiva do Homicídio Negligente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- OSÓRIO, Luís, *Notas ao Código Penal Português*, vol. 3, 2ª ed., Coimbra, 1924
- OTTO, Harro, “Straftaten gegen das Leben”, *ZStW* 83 (1971), p. 39 e s.
- OTTO, Harro, *Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung. Gutachten D zum 56. Deutschen Juristentag*, München: C.H.Beck, 1986
- OTTO, Harro, “Eigenverantwortliche Selbstschädigung und –gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und –gefährdung”, in: Hans-Heinrich Jescheck/Theo Vogler, *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1989, p. 157 e s.
- OTTO, Harro, “Die strafrechtliche Problematik der Sterbehilfe”, *JURA* 1999, p. 434 e s.

- OTTO, Harro, “Sterbehilfe und Patientenautonomie”, *ZfL* 2 (2002), p. 42 e s.
- PALAZZO, Francesco, “Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 449 e s.
- PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 1990
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Euthanasia in the Spanish legal system”, in: Marc Groenhuijsen/Floris van Laanen (Eds.), *Euthanasia in International and Comparative Perspective*, Nijmegen: Wolf, 2006, p. 237 e s.
- PATTO, Pedro Vaz, “A Eutanásia em face da Constituição Portuguesa”, in: *idem*, *No Cruzamento do Direito e da Ética*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 139 e s.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Declarações antecipadas de vontade: vinculativas ou apenas indicativas?”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 823 e s.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Declarações Antecipadas de Vontade: meramente indicativas ou vinculativas?”, in: José de Faria Costa/Inês Fernandes Godinho (Orgs.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 49 e s.
- PEREIRA, Maria Margarida Silva, “A comparticipação depois do Código Penal de 1982: um regime intocado pelas revisões legislativas. Ensaio de crítica”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BDF, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 793 e s.
- PEREIRA, Miguel Baptista, *Modernidade e Tempo. Para uma Leitura do Discurso Moderno*, Coimbra: Minerva, 1990

POWELL, Dave, “Assisted Suicide and the Discretion to Prosecute Revisited”, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 73, n.º 6 (Dez. 2009), p. 475 e s.

PUPPE, Ingeborg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2011

PUTZ, Wolfgang / STELDINGER, Beate, *Patientenrechte am Ende des Lebens*, 2. Aufl. München: C. H. Beck, 2004

RACHELS, James, “Aktive und passive Sterbehilfe”, in: Hans-Martin Sass (Hrg.), *Medizin und Ethik*, Rev. Aufl., Stuttgart: Reclam, 1999, p. 254 e s.

RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik* (hrsg. Arthur Kaufmann), Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967

RADBRUCH, Gustav, “Five Minutes of Legal Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, Nº 1 (2006), p. 13 e s.

REHMANN-SUTTER, Christoph, “Bioethik”, in: Marcus Düwell/Christoph Hübenal/Micha H. Werner, *Handbuch Ethik*, 2. Auflage, Stuttgart: J.B. Metzler, 2006, p. 247 e s.

RENAUD, Michel, “A Pertinência do conceito filosófico de «identidade pessoal» para a investigação biomédica”, in: Paula Martinho da Silva (Coord.), *Investigação Biomédica. Reflexões Éticas*, Lisboa: Gradiva, 2008, p. 265 e s.

REQUEJO CONDE, Carmen, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, Granada: Colmares, 2008

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995

RODRIGUES, Anabela Miranda, Anotação ao Art. 168º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 497 e s.

REYS, Lesseps Lourenço, “Eutanásia — Aspectos Médico-Legais”, in: *Colóquio sobre Eutanásia*, Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa, 1993, p. 31 e s.

ROSENAU, Henning, “Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht”, in: René Bloy et al., *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Mainwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 683 e s.

ROSENAU, Henning, “Die Neuausrichtung der passive Sterbehilfe. Der Fall *Putz* im Urteil des BGH vom 25.6.2010 – 2 StR 454/09”, in: Klaus Bernsmann/Thomas Fischer (Hrg.), *Festschrift für Ruth Rissing-Van Saan zum 65. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 2011, p. 547 e s.

ROXIN, Claus, “An der Grenze von Begehung und Unterlassung”, in: Bockelmann et al., *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1969, p. 380 e s.

ROXIN, Claus, “Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie”, in: Jürgen Wolter (Hrg.), *140 Jahre Goldtdammer’s Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günther Potz*, Heidelberg: Decker’s Verlag, 1993, p. 177 e s.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3 Aufl., München: Beck, 1997

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, München: Beck, 2003

ROXIN, Claus, “Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal”, in: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ª ed., Lisboa: Vega, 1998, p. 145 e s.

ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (trad. J. Cuello Contreras/J.L. González de Murillo), 7ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2000

ROXIN, Claus, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, *ZStW* 116 (2004), p. 929 e s.

ROXIN, Claus, “Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut”, in: Martin Böse/Detlev Sternberg-Lieben, *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 269 e s.

- ROXIN, Claus, “Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe”, in: Claus Roxin/Ulrich Schroth (Hrg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl., Stuttgart: Boorberg Verlag, 2010, p. 75 e s.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, in: *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970*, Göttingen: Verlag Otto Schwarz, 1970, p. 151 e s.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Straftaten gegen das werdende Leben”, *ZStW* 83 (1971), p. 104 e s.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Reinhart Maurach: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Auflage”, *ZStW* 86, 1974, p. 68 e s.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Tötungsverbot und Selbstbestimmungsrecht (II)”, *Altenpflege* 1981, p. 346 e s.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen”, in: Bernd Schünemann/Hans Achenbach (Hrg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin: Walter de Gruyter, 1984, p. 69 e s.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva* (trad. Cláudia López Díaz), Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998
- SALIGER, Frank, “Sterbehilfe mit staatlicher Genehmigung – OLG Frankfurt am Main, NJW 1998, 2747”, *JuS* 1999, p. 16 e s.
- SANTOS, J. Belez dos, “Fins das Penas”, *BFD*, Vol. XIV (1937-1938), p. 21 e s.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich, “Das Verbrechen als Pflichtverletzung”, in: Karl Larenz (Hrg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin: Junker und Dünhaupt, 1935, p. 108 e s.
- SCHILD, Wolfgang, “Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff”, *GA* 1991, p. 101 e s.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, “Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht”, in: Günther Stratenwerth (Hrg.), *Festschrift für Hans Welzel am 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1974, p. 801 e s.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, “Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht”, *JZ* 1989, p. 419 e s.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, “Begehung, Handlung und Unterlassen im Strafrecht”, in: Gerhard Dornseifer et al., *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1989, p. 131 e s.

SCHMITT, Rudolf, “Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?“, in: Friedrich-Christian Schroeder/Heinz Zipf (Hrg.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe: C.F.Müller, 1972, p. 113 e s.

SCHMITT, Rudolf, “Euthanasie aus der Sicht des Juristen”, *JZ* 1979, p. 462 e s.

SCHNEIDER, Christian, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997

SCHÖCH, Heinz, “Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen”, in: Claus Roxin/Ulrich Schroth, *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl., Stuttgart: Boorberg, 2007, p. 47 e s.

SCHÖCH, Heinz / VERREL, Torsten, “Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB)”, *GA* 2005, p. 553 e s.

SCHREIBER, Hans Ludwig, “Kriterien des Hirntodes”, *JZ* 1983, p. 593 e s.

SCHREIBER, Hans-Ludwig, “Tod und Recht: Hirntod und Verfügungsrecht über das Leben”, in: Jan C. Joerden et al., *Vergleichen Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 531 e s.

SCHRÖDER, Birgit, *Das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben. Überlegungen zu Voraussetzungen und Grenzen der Sterbehilfe*, Berlin: Logos, 2003

SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen”, *ZStW* 106 (1994), p. 565 e s.

SCHROTH, Ulrich, “Zwischen Experiment und Heilbehandlung —Einführung”, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Moderne Medizin und Strafrecht. Ein Vademecum für Ärzte und Juristen über strafrechtliche Grundfragen ärztlicher Tätigkeitsbereiche*, Heidelberg: C.F. Müller, 1989, p. 51 e s.

SCHROTH, Ulrich, “Sterbehilfe als strafrechtliches Problem. Selbstbestimmung und Schutzwürdigkeit des tödlich Kranken”, *GA* 2006, p. 549 e s.

SCHUBARTH, Martin, “Assistierter Suizid und Tötung auf Verlangen”, *ZStrR (Revue Pénale Suisse)* 127 (2009), p. 3 e s.

SCHUMACHER, Bernard N., *Confrontations avec la mort*, Paris: Cerf, 2005

SCHUMANN, Eva, *Dignitas — Voluntas — Vita. Überlegungen zur Sterbehilfe aus rechtshistorischer, interdisziplinärer und rechtsvergleichender Sicht*, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2006

SCHÜNEMANN, Bernd, “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant”, *InDret* 2008, p. 1 e s.

SEELMANN, Kurt, “Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht”, in: Mathias Kettner (Hrg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt: Suhrkamp, 2004, p. 63 e s.

SEMINARA, Sergio, “Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia”, *RIDPP* (1995), p. 670 e s.

SERRA, Teresa, “Homicídios em série”, in: Maria Fernanda Palma/Teresa Pizarro Beleza (Orgs.), *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 119 e s.

SERRÃO, Daniel, “Suicídio assistido”, in: Luís Archer *et al.*, *Novos Desafios à Bioética*, Porto: Porto Editora, 2001, p. 255 e s.

SILVA, Gomes da, “Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres”, *Scientia Iuridica*, 1970, p. 45 e s.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria, *La expansión del derecho penal*, Montevideo: Julio César Faria, 2006
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, “Herausforderungen eines expandierenden Strafrechts”, *GA* 2010, p. 307 e s.
- SILVEIRA, Maria Manuela Barata Valadão, *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio*, 2ª ed. Rev., Lisboa: AAFDL, 1997
- SIMSON, Gerhard, “Ein Ja zur Sterbehilfe aus Barmherzlichkeit”, in: Hans Ulrich Evers *et. al*, *Persönlichkeit in der Demokratie. Festschrift für Erich Schwinge zum 70. Geburtstag*, Köln: Peter Hanstein Verlag, 1973, p. 89 e s.
- SIMSON, Gerhard/ GEERDS, Friedrich, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, München: C.H. Beck, 1969
- SINA, Peter, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1962
- SINGER, Peter, *Practical Ethics*, 3rd. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2011
- SINGER, Peter / VIENS, A.M., *The Cambridge Textbook of Bioethics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008
- SINGER, Peter / MACDONALD, Neil / TULSKY, James A., “Quality end of life care”, in: Peter Singer/A.M. Viens (Eds.), *The Cambridge Textbook of Bioethics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 53 e s.
- SINGER, Wolf, *Vom Gehirn zum Bewusstsein*, Frankfurt: Suhrkamp, 2006
- SKENE, Loane *et al.*, “Neuroimaging and the withdrawal of life-sustaining treatment from patients in vegetative state”, *Medical Law Review*, 17 (2009), p. 245 e s.
- SNYDER, Lois, “United States — Euthanasia, assisted suicide and de «right to die»”, in: *Ethical Eye — Euthanasia. Vol. II — National and European Perspectives*, Council of Europe Publishing, 2004, p. 105 e s.
- SOURINA, Jean-Charles, *História da Medicina*, Lisboa: Instituto Piaget, 1995
- SOUSA, Susana Aires de, “A autoria nos crimes específicos. Algumas considerações sobre o artigo 28º do Código Penal”, *RPCC* 15 (2005), p. 343 e s.

- SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- STEIGLEDER, Klaus, “Hirntod”, in: *Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin*, Frankfurt: Suhrkamp, 2006, p. 435 e s.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Tod und Strafrecht”, *JA* 1997, p. 80 e s.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Selbstbestimmtes Sterben: Patientenverfügung und gewillkürte Stellvertretung”, in: Albin Eser (Hrg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München: C.H.Beck, 1998, p. 349 e s.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Begrenzung lebensverlängernder Maßnahmen aus strafrechtlicher Sicht — juristischer statt ärztlicher Paternalismus?“, in: Jörg Arnold et al., *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 2005, p. 1185 e s.
- STRATENWERTH, Günther, “Zum juristischen Begriff des Todes”, in: Paul Bockelmann/Arthur Kaufmann/Ulrich Klug, *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt: Klostermann, 1969, p. 528 e s.
- STRATENWERTH, Günther, “Sterbehilfe”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 95 (1978), p. 60 e s.
- STRATENWERTH, Günter, “Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung des Betroffenen”, in: Martin Böse/Detlev Sternberg-Lieben, *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 355 e s.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J., “La función del derecho penal y sus consecuencias para el genoma humano”, in: Zúñiga Rodríguez/Méndez Rodríguez/Díaz-Santos, *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, Madrid: Colex, 2001, p. 153 e s.
- SWOBODA, Sabine, “Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen”, *ZStW* 122 (2010), p. 24 e s.

- TENTHOFF, Christian, *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008
- THIAS, Axel, *Möglichkeiten und Grenzen eines Selbstbestimmten Sterbens durch Einschränkung und Abbruch medizinischer Behandlung*, Frankfurt: Peter Lang, 2004
- TIEDEMANN, Klaus, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1969
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Madrid: BOE, 1999
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Cármen, *La Cooperación al Suicidio y la Eutanasia en el Nuevo C.P. (Art. 143)*, València: Tirant lo Blanch, 2000
- TRIPODINA, Chiara, *Il Diritto nell'Età della Tecnica. Il Caso dell'Eutanasia*, Napoli: Jovene, 2004
- TRÖNDLE, Herbert, "Sterbehilfe als rechtliches Problem", *ZStW* 99 (1987), p. 25 e s.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, Artículo 143, in: Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 5ª ed., Tomo II-Parte Especial, Navarra: Thomson/Aranzadi, 2008, p. 68 e s.
- VEATCH, Robert, "Ethical dimension of Advance Directives and Surrogate Decision Making in the US", in: Hans-Martin Sass (Ed.), *Advance Directives and Surrogate Decision Making in Health Care*, Baltimore, London: The John Hopkins University Press, 1998, p. 66 e s.
- VERREL, Torsten, "Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz. Bringt der BGH Bewegung in die Sterbehilfediskussion?", *JZ* 1999, p. 224 e s.
- VERREL, Torsten, "Richter über Leben und Tod?", *JR* 1999, p.5 s.
- VERREL, Torsten, *Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung. Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag*, München: C.H. Beck, 2006

VERREL, Torsten, “Ein Grundsatzurteil? – Jedenfalls bitter nötig! Besprechung der Sterbehilfeentscheidung des BGH vom 25.6.2010 – 2 StR 454/09 (Fall Fulda)”, *NStZ* 2010, p. 671 e s.

VERREL, Torsten, “Sterbehilfe bei Patientenverfügung”, *NStZ* 2011, p. 274 e s.

VOLLMANN, Jochen, “Das Hirntodkriterium heute. Begriffsklärung und medizinische Kontroversen”, in: *Hirntod. Zur Kulturgeschichte der Todesfeststellung*, Frankfurt: Suhrkamp, 2001, p. 45 e s.

VOSENKUHL, Wilhelm, “Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns. Prinzipienkonflikte und deren Lösungen”, in: Claus Roxin/Ulrich Schroth, *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl., Stuttgart: Boorberg, 2007, p. 12 e s.

WALTER, Tony, *On Bereavement. The Culture of Grief*, Maidenhead: Open University Press, 1999

WEBER, Ralph, “Der Hirntodbegriff und der Tod des Menschen”, *ZfL* 2 (2002), p. 94 e s.

WEIGEND, Thomas, “Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen”, *ZStW* 98 (1986), p. 44 e s.

WELZEL, Hans, “Kausalität und Zurechnung”, *ZStW* 51 (1931), p. 703 e s.

WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW* 58 (1939), p. 490 e s.

WELZEL, Hans, *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr, 1949

WELZEL, Hans, “Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre”, *JuS* 1966, p. 421 e s.

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1969

WELZEL, Hans, “Zur Systematik der Tötungsdelikte”, in: *idem, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: Walter de Gruyter, 1975, p. 264 e s.

WERNSTEDT, Thela, *Sterbehilfe in Europa*, Frankfurt: Peter Lang, 2004

- WILMS, Heiner / JÄGER, York, “Menschenwürde und Tötung auf Verlangen”, *ZRP* 1988, p. 41 e s.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tratado Lógico-Filosófico* (trad. M.S. Lourenço), 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002
- WOLF, Ernst Amadeus, *Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1965
- WRIGHT, Georg Henrik von, *Norm und Handlung. Eine logische Untersuchung*, Königstein: Skriptor, 1979
- WÜRTEMBERGER, Thomas, “Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft”, in: Theo Vogler (Hrg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, I, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 37 e s.
- ZACZYK, Rainer, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993
- ZACZYK, Rainer, “Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens”, in: Jörg Arnold et al., *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München: Verlag C.H. Beck, 2005, p. 207 e s.

COMENTÁRIOS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: UCE, 2008

CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999

FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Aufl., München: C.H. Beck, 2011

JOECKS, Wolfgang (Hrg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München: C.H. Beck, 2003

KINDHÄUSER, Urs, *Lehr- und Praxiskommentar Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2005

KINDHÄUSER, Urs/ NEUMANN, Ulfrid/ PAEFFGEN, Hans-Ulrich, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 3. Auf., Baden-Baden: Nomos, 2010

LACKNER, Karl/ KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., München: C.H. Beck, 2010

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

RÖNNAU, Thomas *et al.*, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11. Aufl. (§ 216) e 12 Aufl., Berlin: de Gruyter, 2003 e 2006

RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Neuwied: Luchterhand, 1997 (St. 2010)

SCHÖNKE, Adolf/ SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Aufl., München: C.H.Beck, 2010

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 6/84, de 18 de Janeiro

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 349/91, de 3 de Julho

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de Março

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de Agosto de 1992

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de Outubro de 2006

JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ

BGH 1 StR 59/50, de 12.02.1952

BGH GSSSt 4/53, de 10.03.1954

BGH IV ZR 182/58, de 18.03.1959

BGH 2 StR 181/63, de 14.08.1963

BGH 1 StR 168/83, de 05.07.1983

BGH 1 StR 808/83, de 14.02.1984

BGH 4 StR 259/90, de 25.09.1990

BGH 1 StR 357/94, de 13.09.1994

BGH 3 StR 79/96, de 15.11.1996

BGH 2 StR 310/04, de 22.04.2005

BGH 2 StR 454/09, de 26.06.2010

BGH 2 StR 329/10, de 10.11.2010

SÍTIOS ELECTRÓNICOS

www.activecitizenship.net

www.apbioetica.org

www.cneqv.gov.pt

www.dgsi.pt

www.health.belgium.be

www.parliament.uk

www.sirbacon.org

www.tribunalconstitucional.pt

www.who.int

ÍNDICE GERAL

ÍNDICE GERAL

Prefácio	VI
Resumo	VIII
Abstract	IX
Siglas e Abreviaturas	X
Introdução	1
PRIMEIRA PARTE	
<i>(Novos) Problemas da lesão do bem jurídico vida humana</i>	9
Capítulo I	
<i>Ética, Medicina, Direito Penal e Estado: aproximação ao problema</i>	11
I.1. Contextualização da eutanásia na sociedade pós-moderna	11
I.2. Investigação científica e os novos problemas na delimitação dos bens jurídico-penais	18
I.2.1. Percurso pela doutrina do bem jurídico	31
I.2.2. Determinação e afirmação de (novos) bens jurídico-penais	43
I.2.3. Desenvolvimento da medicina no patamar do fim da vida	47
I.3. A questão do acto médico	51
I.3.1. A posição de Faria Costa	59
I.4. A relação médico-doente e os comportamentos de risco com relevo penal	64
Síntese	87
Capítulo II	
<i>Caracterização da vida humana enquanto bem jurídico</i>	89
II.1. O bem jurídico vida humana	89
II.1.1. Perspectiva de direito constitucional	91
II.1.2. Vida e dignidade da pessoa humana	94
II.1.3. A questão da autodeterminação	108
II.1.3.1. Consentimento	108
II.1.3.1.1. A posição de Costa Andrade	113
II.1.3.1.2. A posição de Urs Kindhäuser	117
II.1.3.1.3. Consentimento e vida humana	120
II.1.3.2. O testamento biológico	124
II.1.3.3. Consentimento presumido	140
II.2. O bem jurídico-penal vida humana	143
II.2.1. Fundamentos da protecção penal da vida	143
II.2.2. O início da vida humana	148
II.2.3. O fim da vida humana	153
II.2.3.1. O critério de definição de morte	157
Síntese	171

Capítulo III	
<i>A lesão do bem jurídico-penal vida humana</i>	173
III.1. Caracterização breve dos crimes contra a vida	173
III.2. Causalidade e imputação nos comportamentos de risco	183
III.3. A lesão através de acção e a lesão através de omissão	190
III.4. Situações de fronteira	200
III.4.1. Início da vida e embrião	202
III.4.2. Fim da vida e cadáver	210
III.4.3. A integridade pessoal (construção de Faria Costa)	217
III.5. Os problemas de participação	226
Síntese	238
SEGUNDA PARTE	
<i>Eutanásia e homicídio a pedido da vítima em contexto médico</i>	241
Capítulo IV	
<i>Delimitação conceitual</i>	243
IV.1. Aborto e eutanásia precoce	245
IV.2. Ajuda ao suicídio e eutanásia passiva	253
IV.3. Homicídio a pedido da vítima e eutanásia activa	265
IV.4. O “deixar de viver” e outras propostas conceituais	280
IV.5. O suicídio assistido e a construção de Jakobs	285
IV.6. A assistência na morte (<i>Sterbebegleitung</i>)	289
Síntese	292
Capítulo V	
<i>A eutanásia nos ordenamentos jurídicos estrangeiros</i>	293
V.1. Sistemas de direito continental	295
V.1.1. Liberais	295
V.1.1.1. Holanda	295
V.1.1.2. Bélgica	299
V.1.1.3. Luxemburgo	305
V.1.1.4. Suíça	311
V.1.1.5. Alemanha	314
V.1.2. Conservadores	319
V.1.2.1. Itália	319
V.1.2.2. França	321
V.1.2.3. Espanha	327

V.2. Sistemas de direito anglo-saxónicos	333
V.2.1. Austrália	333
V.2.2. Estados Unidos da América	334
V.2.3. Reino Unido	341
V.3. Instrumentos Europeus	349
Síntese	353
Capítulo VI	
<i>O homicídio a pedido da vítima e a eutanásia</i>	355
VI.1. O fundamento de incriminação do art. 134º do CP	355
VI.2. O bem jurídico protegido pelo art. 134º do CP	387
VI.3. O consentimento e o “pedido” do art. 134º do CP	390
VI.4. A participação (necessária)	397
VI.5. Posição adoptada	413
Proposições Finais	417
Bibliografia	425
Índice Geral	473