

**Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa**

**Eutanásia – o direito de dispor da vida?**

**Filipe Nuno Schönburg Carrillo de Mira**

**Mestrado Forense – Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa**

**Orientador: Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva**

**Data da conclusão do trabalho: 9 de Fevereiro de 2016**



**UNIVERSIDADE  
CATÓLICA  
PORTUGUESA**

## **Índice**

**I - Nota introdutória – página 3**

**II – Definição e origem da palavra eutanásia – página 4**

**II - A Problemática no Ordenamento Jurídico Português – página 6**

**-A posição de Faria Costa – página 6**

**-A posição de Teresa Quintela de Brito – página 14**

**-A posição de Manuel da Costa Andrade – página 21**

**III -A problemática no ordenamento jurídico alemão – página 25**

**-A posição de Claus Roxin – página 25**

**-Colocação do problema – página 25**

**- A eutanásia indirecta - página 26**

**-A eutanásia passiva – página 28**

**-Colocação do problema – página 29**

**- A omissão de medidas que prolongam a vida contra a vontade do paciente – página 31**

**- A omissão de medidas que prolongam a vida num momento em que o paciente não mais pode expressar-se – página 33**

**- A eutanásia activa - página 35**

**- A punibilidade do homicídio a pedido da vítima – página 38**

**IV - Comentário à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – página 38**

**- V - Tomada de Posição – página 44**

**-Breve comentário à posição de Faria Costa – página 44**

**-Breve comentário à posição de Teresa Quintela de Brito – página 46**

**-Breve comentário à posição de Teresa Quintela de Brito – página 48**

**VI - Conclusões – página 50**

**VII - Bibliografia – página 53**

## **Tese de mestrado – Eutanásia – o direito de dispor da vida?**

### **I - Nota introdutória**

O presente trabalho propõe-se tratar do tema da eutanásia. A eutanásia reveste uma enorme complexidade não apenas no plano jurídico, mas, de igual forma, nos planos político, filosófico, religioso e moral. Não admira. Ela pode ser encarada numa perspectiva jurídica. Mas não há dúvida que o assunto é permeável às nossas convicções políticas, filosóficas, religiosas e morais. Por conseguinte, este trabalho, se bem que o seu desígnio seja o de abordar o problema da eutanásia numa dimensão essencialmente jurídica, não poderá alhear-se por completo da questão filosófica, política, cultural e moral. Passa-se isso na eutanásia, tal como no aborto, no lenocínio e nas drogas. Trata-se de problemáticas que no nosso quotidiano costumam apodar-se de fracturantes. E que não escapam, nem poderiam escapar, a considerações não estritamente jurídicas.

Nas linhas que se seguirão colocar-nos-emos numa posição ora de *iure constituto*, ora de *iure condendo*. Por outros termos, não perderemos de vista o direito constituído. Mas isso não nos demoverá de apontar-lhe críticas e de propor alterações ao nosso quadro jurídico.

O nosso trabalho começará por uma definição de eutanásia. Essa é a primeira pergunta que o leitor fará ao ler este ensaio. Seguidamente dar-se-á conta das diversas modalidades de eutanásia.

Feitos estes esclarecimentos iniciais, passar-se-á para a análise do tema propriamente dito. A análise da doutrina e da jurisprudência é fundamental. Dar-se-á notícia das posições dos vários autores e dos tribunais.

Por último, adoptar-se-á uma posição própria. Essa posição terá em linha de conta o estudo da doutrina e da jurisprudência. E tentará inovar o possível numa tese de mestrado.

Pode o ser humano dispor da sua vida? É esta a pergunta que se coloca. Já se sabe que pode dispor das suas coisas. É lícito ao cidadão vender a sua casa ou o seu carro. Por outras palavras, é-lhe permitido dispor do seu direito de propriedade sobre esses bens. Mas quando se trata do poder de dispor da vida, a questão é complicadíssima. O cidadão não pode, sob pena de ser punido, matar, porque isso viola a moral dominante, que é depois sedimentada sob a forma de direito positivo. Mas nada o impede, por exemplo, de cometer suicídio. Por motivos óbvios, não é punível o suicídio: não teria sentido punir uma pessoa já falecida. Isso constituiria um absurdo intolerável.

O cidadão pode, em várias situações, dispor da sua integridade física. Isso sucede num jogo de rãguebi ou de futebol, em que o jogador permite que os outros intervenientes da partida cometam falta sobre ele e que, em algumas situações, lhe provoquem até lesões físicas.

No entanto, situações há em que o Direito não tolera que a pessoa disponha da sua integridade física. Pense-se no homicídio a pedido da vítima. A pessoa não pode matar outra, mesmo a rogo desta, sob cominação de ser punida nos termos da lei penal – artigo 134º do Código Penal e § 216º Código Penal alemão - StGB alemão. Eis um caso em que o direito de dispor da vida não existe de todo.

## II – Definição e origem da palavra eutanásia

Em primeiro lugar, cumpre referir a origem da palavra “eutanásia”. “Eutanásia” tem origem no grego *eu* (bem) e *thanatos* (morte). Significa, portanto, morte boa, morte sem sofrimento.

Segundo Claus Roxin<sup>1</sup>, a eutanásia consiste numa ajuda prestada a uma pessoa gravemente doente, por desejo seu ou atendendo à sua vontade presumida, e que visa possibilitar-lhe uma morte humanamente digna de acordo com as suas próprias convicções.

A eutanásia poderia ainda – prossegue o Autor -<sup>2</sup> ser encarada em sentido amplo e em sentido estrito. A eutanásia em sentido estrito dar-se-ia quando a ajuda fosse dada numa fase em que a morte aconteceria com ou sem ajuda – por outros termos, quando a morte se tivesse por inevitável. De eutanásia em sentido amplo se falaria quando alguém colaborasse na morte de uma pessoa cuja vida pudesse ser prolongada – porém, essa pessoa pretenderia pôr termo à sua vida, por o seu prolongamento lhe provocar dores insuportáveis.

Uma outra classificação distingue eutanásia activa de eutanásia indirecta e passiva. A eutanásia activa dá-se quando o médico, por norma a rogo do paciente, o mata. Isso pode suceder por via de injeção letal.<sup>3</sup> Também pode acontecer o médico dar ao paciente um

---

<sup>1</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 3

<sup>2</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 3

<sup>3</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 25

copo com veneno que ele deverá ingerir. Como pode ver-se, a eutanásia activa pode subdividir-se em:

-1º tipo, que é punido pelo artigo 134º do Código Penal;

-e 2º tipo, que é punido pelo artigo 135º do Código Penal.

Como veremos a seu tempo, a eutanásia activa não é permitida nem no Direito português, por força dos artigos 134º e 135º do Código Penal, nem no Direito alemão, por imperativo do § 216º do StGB (quanto ao Direito alemão, existem algumas especificidades, como veremos mais à frente).

A eutanásia indirecta corresponde aos casos em que ao doente em fase terminal se administram medicamentos, como a morfina, para mitigar as suas dores, apesar de se ter a consciência absoluta de que isso apressará a sua morte.<sup>4</sup>

Por último, a eutanásia passiva ocorre quando uma pessoa – por norma o médico – se coíbe de prolongar uma vida que está a aproximar-se do fim. <sup>5</sup>Donde, o médico, por vontade expressa ou presumida ou até contra a vontade do paciente, decide não realizar uma operação que alargará a sua vida.

Cabe também distinguir distanásia, antidistanásia e ortotanásia.<sup>6</sup>A eutanásia passiva pode dividir-se na ortotanásia e na distanásia. A ortotanásia provém do grego *orthos* (recto) e *thanatus* (morte) e consiste na omissão de qualquer tipo de ajuda médica inútil e desproporcionada ao doente terminal. A distanásia provém do grego *dis* (algo feito) e *thanatus* (morte). Consiste em atrasar o mais possível a morte, recorrendo a todos os meios, mesmo que esses meios sejam desproporcionados e não exista esperança de cura do paciente.<sup>7</sup>

Já a antidistanásia consiste em deixar o doente “morrer em paz”, não lhe proporcionando os meios extraordinários destinados a adiar a morte.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup>Eutanasia y suicídio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 7

<sup>5</sup>Eutanasia y suicídio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 12

<sup>6</sup>António José dos Santos Lopes de Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo, Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal – Direito sobre a Vida ou Direito de Viver?, Coimbra, 2000, páginas 33 e seguintes

<sup>7</sup>António José dos Santos Lopes de Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo, Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal – Direito sobre a Vida ou Direito de Viver?, Coimbra, 2000, páginas 33 e 34

<sup>8</sup>António José dos Santos Lopes de Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo, Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal – Direito sobre a Vida ou Direito de Viver?, Coimbra, 2000, página 35

## II - A Problemática no Ordenamento Jurídico Português

### A posição de Faria Costa

Em 2003, Faria Costa escreveu um artigo intitulado “O fim da vida e o direito penal”, no âmbito de uma homenagem ao Professor Figueiredo Dias. Esse artigo consta de “*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias”.<sup>9</sup> Se bem interpretamos o seu pensamento, o Autor, se bem que numa perspectiva *de iure condendo*, vem defender a não punibilidade da eutanásia activa, em certas circunstâncias claro está.

O Autor começa por afirmar que o problema da vida consubstancia uma daquelas matérias que, desde os primórdios, levantam todo o tipo de rejeições. E, convém dizer, trata-se de uma temática em que, para usar a expressão de Faria Costa, todas as incompreensões são possíveis.<sup>10</sup> Tem razão o Autor. A eutanásia activa surge como um tema muito permeável às convicções políticas, filosóficas e religiosas de cada um. Pelo que não é fácil achar uma solução que agrade a todos.

Faria Costa sufraga que a morte, o fim da vida constitui o único fenómeno da “vida” que nos é absolutamente opaco.<sup>11</sup>

O Autor reafirma a importância do horizonte religioso.<sup>12</sup> Como escreve o ilustre penalista, o tratamento da morte surge como um dos temas fulcrais em qualquer religiosidade.<sup>13</sup> Claro: devemos procurar abstrair-nos, o mais possível, da questão religiosa e analisar o problema de uma perspectiva jurídica. Mas a questão religiosa pairará sempre sobre nós e é indesmentível que contaminará, de alguma forma, o nosso pensamento.

Como realça, o que importa não é fazer um estudo de reflexão sobre o fim da vida. A morte, quando se dá por razões naturais, não acarreta consequências penais.<sup>14</sup> Certíssimo. A morte é inevitável. Ela acontece, por norma, de forma natural. Por conseguinte, a intervenção do direito penal seria, aqui, destituída de sentido. Prossegue o Autor, nesta senda, que a morte só se adentra no campo do direito penal quando se interrompe, de maneira ilegítima, o normal decurso da vida.<sup>15</sup> Apenas e só nestes casos é que haverá consequências jurídico-penais. Conclui Faria e Costa que a morte apenas assume relevo

---

<sup>9</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, páginas 759 e seguintes

<sup>10</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, páginas 759 e 760

<sup>11</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 763

<sup>12</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, páginas 765 e 766

<sup>13</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, páginas 765 e 766

<sup>14</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 766

<sup>15</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 766

penal quando com ela ocorre um encurtamento da vida, mesmo que esse encurtamento seja apenas de segundos.<sup>16</sup>

O Autor prossegue afirmando que o direito penal, em contraste com o que se passa no direito constitucional, valora hierarquicamente os bens jurídicos.<sup>17</sup> Tem toda a razão. Com efeito, o legislador ordinário começa, no Código Penal, por tratar dos crimes contra a vida. E isso não acontece por acaso. Isso sucede porque o bem jurídico vida, que é protegido pelos crimes contra a vida, é aquele que o legislador ordinário considera mais valioso.

Porém, como lembra, o valor vida humana não surge valorado de forma monolítica: não existe um único tipo legal de crime para proteger a vida humana. Continua que o direito penal tem em linha de conta as circunstâncias em que o bem jurídico vida humana é violado.<sup>18</sup> Concordamos inteiramente. O legislador ordinário tutela não apenas a vida autónoma como a vida intra-uterina. E não consagra apenas um tipo de homicídio. Para além do homicídio simples, temos, a título de exemplo, o homicídio qualificado e o homicídio privilegiado, todos eles com molduras penais distintas.

Cabe chamar a atenção para o aumento da esperança de vida que se deu nas últimas décadas.<sup>19</sup> E o bem jurídico não pode alhear-se por completo dessa realidade. Como escreve, os bens jurídicos penais são pedaços da realidade, axiologicamente relevantes, que sustentam o livre desenvolvimento da personalidade humana. Há que ter em conta que a vida humana sofreu modificações, ainda que só quantitativas, e que isso nos obriga a repensar o bem jurídico vida humana.<sup>20</sup>

A grande mudança que se deu foi o extraordinário aumento da esperança média de vida.<sup>21</sup> A vida humana tende a alongar-se para tempos quase bíblicos, para usar a expressão de Faria Costa. E isso deveu-se às melhores condições básicas de vida, à descoberta dos antibióticos, mas particularmente aos progressos extraordinários no campo da medicina. O aumento da esperança média de vida foi de tal monta que hoje não é descabido falar-se de uma “quarta idade”. Não é hoje invulgar uma pessoa alcançar os cem anos de idade. O que, até há poucas décadas, era impensável. Ora, este aumento da

---

<sup>16</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 767

<sup>17</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 767

<sup>18</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 768

<sup>19</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 768

<sup>20</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, páginas 768 e 769

<sup>21</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 769

esperança média de vida trouxe consigo problemas não apenas à ciência médica, mas também ao direito penal.<sup>22</sup>

O Autor debruça-se, em seguida, sobre as consequências deste fantástico aumento da esperança média de vida. Começa por tecer algumas considerações de princípio. A primeira é a de que a vida humana é inviolável. A segunda é a de que este axioma será sempre tomado em consideração nas ponderações que se levem a cabo. A terceira tem que ver com a natureza do direito penal, sobretudo quando estão em jogo as causas de afastamento da responsabilidade.<sup>23</sup> Pode dizer-se, aproveitando este ensejo, que o direito penal aceita perfeitamente que a violação da vida humana não seja punida – pense-se na legítima defesa.<sup>24</sup>

Este extraordinário aumento da esperança médica de vida deixa as suas marcas. Obrigou-nos a repensar o estado de direito social. Nos seus moldes actuais, muitos crêem que ele não é sustentável, tal é a proporção da população idosa.

A esperança média de vida aumentou consideravelmente. Contudo, não pode deixar de ter-se em conta, como refere Faria Costa, a qualidade de vida.<sup>25</sup> Certíssimo. Hoje, como referimos, não é invulgar ver-se uma pessoa atingir os cem anos de idade – e mais e mais. Porém, é bom de ver que de pouco vale atingir tal idade se não se tiver, ao mesmo tempo, qualidade de vida. Mais do que alcançar uma idade avançadíssima, o que importa é que a pessoa mantenha qualidade de vida.

Como enfatiza, esta preocupação com a qualidade de vida é de inteira pertinência. Para ser legítimo, não basta que o consentimento traduza a probabilidade da esperança de vida. Exige-se mais. O doente, para dar um consentimento informado, tem de ter em consideração diversos valores.<sup>26</sup> Com efeito, o doente não está preocupado tão só com a sua esperança de vida. O que o preocupa é, sobretudo, a sua qualidade de vida. A qualidade de vida que terá, ou não, depois de ser submetido a uma operação cirúrgica.

O Autor foca depois a sua análise na noção “qualidade de vida”. Não se antolha fácil definir o que seja qualidade de vida. Não obstante, dispomos hoje, para usar a expressão do penalista, de padrões de objectividade que nos permitem aferir da qualidade de vida do paciente. Cabe ao doente avaliar o que seja uma razoável ou boa qualidade de vida. É o doente que tomará decisões sobre a sua vida.

---

<sup>22</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 769

<sup>23</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, páginas 769 e 770

<sup>24</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 770

<sup>25</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 772

<sup>26</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 773

O Autor analisa o que seja o sofrimento para lá do suportável. É muito difícil definir, de uma maneira objectiva, o que isso seja. Existe aqui uma grande dose de subjectividade. Mas, mesmo aqui, podemos encontrar elementos objectivos que nos sirvam de ponto de apoio para determinar o que seja esse sofrimento para lá do suportável.<sup>27</sup>

Como realça, aquele limiar para lá do qual a dor física se torna insuportável varia de pessoa para pessoa. Certíssimo. Por certo, haverá pessoas que suportam melhor a dor do que outras. Uma pessoa robusta suportará, certamente, melhor a dor do que uma pessoa mais frágil. O limiar do suportável de dor física varia também conforme a época histórica. Possivelmente na idade média entendia-se que a pessoa, num acto de heroicidade, deveria suportar a dor, por mais intensa que ela fosse. Porém, o que não pode olvidar-se é que, por mais robusta que seja a pessoa, existe um limite fisiológico para suportar a dor.<sup>28</sup> Realmente, existe um limite para lá do qual a dor se torna insuportável. Como afirma, a dor está para lá do suportável quando ela se mostra muito perto daquele limite.<sup>29</sup> Com efeito, no caso de um cancro em estado terminal, sem qualquer esperança de cura e em que possivelmente o tumor já se espalhou pelo corpo, deve entender-se que a dor ultrapassou aquele umbral, para lá do qual se considera insuportável.

Há que lançar mão da cláusula geral do homem médio, segundo a opinião de Faria Costa.<sup>30</sup> É verdade. O direito penal não tem, nem poderia ter como ponto de referência o comportamento de um homem santo. Toma antes em consideração o comportamento do homem médio. E não poderia ser doutra forma.

Faria Costa analisa, em seguida, o “poder de facto” que cada um de nós tem sobre a sua própria vida.<sup>31</sup>

Como ensina, é claro que o bem jurídico vida é disponível quando a sua violação seja levada a cabo pelo próprio.<sup>32</sup> Por certo. O direito penal não pune, nem poderia punir, o suicídio ou a tentativa de suicídio. O mesmo não se passa, claro está, quando o bem jurídico vida é posto em causa por um terceiro. Essa interferência deverá ser punida.

Como refere, ao não punir-se o suicídio, a destruição da própria vida fica fora do domínio do direito penal.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 774

<sup>28</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 775

<sup>29</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 775

<sup>30</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 775

<sup>31</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, páginas 776 e seguintes

<sup>32</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 776

<sup>33</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 776

Necessário é, como proclama o Autor, dilucidar o bem jurídico vida. Qual o seu alcance? Que casos o têm subjacente e, por conseguinte, são merecedores da tutela jurídico-penal? Faria Costa pergunta se o mesmo não se passa com a integridade física. Com efeito, também poderia ir-se ao ponto de afirmar que não é concebível uma integridade física que não seja vida humana. O seu reverso seria que não é possível uma vida humana sem integridade física.<sup>34</sup>

Segundo Faria Costa, em relação à integridade física seria possível uma objectivação. A integridade física não se confundiria com o “eu”. Por ser objectivável, contra a integridade física poderiam conceber-se ataques. Explica-se o penalista. Quando se viola a vida, já não podem controlar-se os efeitos dessa violação, ao passo que no caso da violação da integridade física ainda seria possível valorar as consequências.<sup>35</sup>

Faria Costa pergunta-se até que ponto vai esse poder de facto que temos sobre a nossa vida e se pode o bem jurídico vida ser violado. Questiona ainda se podemos transferir um “poder de facto” ou se essa transmissão se revela impossível.<sup>36</sup>

O penalista tenta responder a estas questões.<sup>37</sup> Como escreve, o sujeito desempenha hoje um papel fundamental na construção do ordenamento jurídico. Ele é a categoria inescapável, para usar as suas palavras, de qualquer ordenamento jurídico-penal.<sup>38</sup> Segundo a posição de Faria Costa, o poder jurídico que o sujeito carrega é a autodeterminação<sup>39</sup>. Essa categoria tem, segundo o seu pensamento, duas linhas estruturantes: a vertical e a horizontal.<sup>40</sup> O agente tem liberdade para decidir que rumo tomará a sua vida. E para fazer as suas escolhas. E não pode o Estado afectar esse direito. Porém, essa autodeterminação deverá conviver, numa atitude de profundo respeito, com a autodeterminação dos demais.

A autodeterminação traria consigo uma ideia de imunidade. O sujeito exigiria do Estado o respeito dessa imunidade.<sup>41</sup> Porém, seria bom de lembrar que para sempre no ar uma ideia de auto-suficiência que, se não for moderada, pode destruir essa autodeterminação e o próprio sujeito.<sup>42</sup>

---

<sup>34</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 777

<sup>35</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 777

<sup>36</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 777

<sup>37</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, páginas 777 e seguintes

<sup>38</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, páginas 777 e 778

<sup>39</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 778

<sup>40</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 778

<sup>41</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 779

<sup>42</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 779

Faria Costa refere que “... a questão que nos tem servido de pano de fundo é ela própria um *definitional stop*.”<sup>43</sup>Também aqui existe um *definitional stop* que não deixa de acompanhar-nos. O problema residiria, pois nestes dois eixos: devemos optar pelo eixo que privilegia a não punibilidade ou por aquele outro que considera a vida algo de absoluto ou inexpugnável?<sup>44</sup>Está certo o Autor. Quando nos propomos abordar o tema da eutanásia e, muito em particular, quando propomos, seja *de iure constituto* ou de *iure condendo*, a legalização da eutanásia activa, somos permanentemente confrontados com a mesma interrogação: não constituirá a vida um valor absoluto, um limite inexpugnável, que o legislador ordinário não pode ultrapassar? Ou, em casos extremos, pode o legislador permitir a eutanásia activa e, dessa forma, passar para lá dessa fronteira que representa a vida humana?

Faria Costa chama a atenção para o perigo consistente no efeito dos “passos sucessivos”.<sup>45</sup>Explica-se o Autor. Ao aceitar-se, se bem que em casos extremos, a eutanásia activa, existe o risco de ela, com o decorrer do tempo, passar a ser permitida também em situações não extremas.<sup>46</sup>

É manifesto que os perigos são reais e verdadeiros. Não existem dúvidas de que há o perigo de a eutanásia activa passar a ser permitida em situações em que manifestamente não deveria ter lugar, como referimos atrás.

Porém, se se seguisse sempre este raciocínio, que aponta no sentido de, quando se abre uma excepção a um princípio, a tendência ser para abrir mais excepções, quantas inovações legislativas não teriam sido possíveis?

Faria Costa refere a trágica experiência do holocausto (e não só) e a sua refacção sobre a presente problemática.<sup>47</sup>A recordação do Nacional-Socialismo, mas também dos massacres perpetrados pelos regimes comunistas, em que estava implícita a ideia de eutanasiar certos grupos étnicos e políticos, pesa ainda, o que é compreensível aliás, na mente de muitas pessoas.

E não é fútil afirmar-se que essa recordação as tem demovido de sequer equacionar ou ponderar a não punibilidade da eutanásia activa em certos casos, isolados por certo. Não podemos olvidar-nos do que sucedeu no passado. Mas isso não deve tolher o nosso pensamento, nem impedir-nos de pensar em novas soluções.

---

<sup>43</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 780

<sup>44</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 780

<sup>45</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 783

<sup>46</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 783

<sup>47</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 785

O Autor traz à colação o artigo 24º,nº1 da Constituição da República Portuguesa. Como escreve, ele representa uma pedra de toque em todo o plano arquitectural do ordenamento jurídico português. Não é uma simples norma programática.<sup>48</sup> Apesar de poder afirmar-se, com segurança, que a norma ínsita no artigo 24º,nº1 da Constituição constitui um *definitional stop*, quer dizer, uma barreira inexpugnável ou quase inexpugnável pelo legislador ordinário, não pode dizer-se que se trate de um *definitional stop* absoluto.<sup>49</sup>

Prova da importância da inviolabilidade da vida humana é o facto de o Código Penal começar por regular, precisamente, os crimes contra a vida. Porém, a vida de outrem pode ser violada quando a nossa própria vida está a ser posta em perigo. Está aqui em causa a figura da legítima defesa.<sup>50</sup>

Conclui o Autor que a norma ínsita no artigo 24º,nº1 da Constituição é tudo menos um *definitional stop* absoluto.<sup>51</sup>

Como escreve, a temática de que estamos a tratar prende-se inevitavelmente com as normas incriminadoras dos artigos 134º e 135º do Código Penal.<sup>52</sup> Temos por certo o que afirma o Autor. Na verdade, os casos de eutanásia activa subsumem-se, por via de princípio, ou no artigo 134º ou no artigo 135º do Código Penal. No caso de o agente matar ele próprio a vítima, disparando sobre ela ou esfaqueando-a, o caso estará coberto pelo manto incriminador da norma ínsita no artigo 134º do Código Penal. No caso de o agente disponibilizar, por hipótese, um copo com veneno ao suicida, então terá aplicação o artigo 135º do Código Penal.

Como ensina, é indesmentível que o legislador ordinário, quando criou as normas ínsitas nos artigos 134º e 135º do Código Penal, tinha já em vista, ou pelo menos não ignorava, a problemática da eutanásia.<sup>53</sup>

O artigo 134º do Código Penal estabelece moldura penal semelhante à do artigo 135º. Isso demonstra que, em ambos os casos, o desvalor é o mesmo. Faria Costa afirma mesmo que esta identidade “...vai ao ponto de os dois comportamentos penalmente puníveis poderem ser contemplados debaixo de uma mesma norma incriminadora.”<sup>54</sup> Com efeito, o legislador ordinário poderia ter seguido um caminho diferente, estabelecendo uma única

---

<sup>48</sup> Faria Costa afirma (página 786) que “...está-se longe de se poder sequer pensar que tal imperativo constitucional tenha tão-só a característica freática da norma programática.”

<sup>49</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 786

<sup>50</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 786 e 787

<sup>51</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 787

<sup>52</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 789

<sup>53</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 790

<sup>54</sup> *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 790

norma, na qual se subsumiriam tanto o caso daquele que dispara sobre a vítima, como aqueloutro em que o agente passa um copo com veneno à vítima. Mas não o fez. Como conclui o penalista, o legislador andou bem ao agir assim, porquanto, apesar do semelhante desvalor, a forma como se atinge esse resultado difere de uma norma para a outra.<sup>55</sup>

Segundo o pensamento de Faria Costa, a eutanásia não pode ser praticada por quem quer que seja. Sufragamos este entendimento. O acto de dar a morte a alguém é demasiado delicado para poder ser praticado por uma pessoa comum. Ele deve caber a um médico, que é uma pessoa especialmente qualificada para o efeito.<sup>56</sup>

O Autor proclama que não é pela circunstância de uns poucos médicos praticarem a eutanásia activa, fundada em pedido sério, instante e expresso que devemos concluir pela bondade desses actos.<sup>57</sup> Tem razão. Apesar de, na era nacional-socialista, a perseguição e o assassinato de determinados grupos étnicos se ter tornado, na prática, socialmente aceite, isso não significa que eles não merecessem censura por parte da comunidade política.

Faria Costa sufraga que se deu, nas últimas décadas, uma alteração do modelo compreensivo do acto médico.<sup>58</sup> Passou a assumir indelével importância a autodeterminação do paciente. Conclui doutamente que ao modelo paternalista se sucedeu o modelo de autonomia.<sup>59</sup>

Igual relevo tem assumido o testamento biológico ou testamento vital. Como escreve, esta figura interfere tanto na eutanásia activa como na eutanásia passiva.<sup>60</sup> Não merece censura a afirmação do Autor. Com efeito, o testamento biológico ou vital pode determinar que, em determinadas circunstâncias, sejam omitidos tratamentos ou mesmo que se ponha termo à vida do agente.

O testamento biológico ou vital tem sido alvo de críticas. A vontade, que é manifestada aquando da redacção do testamento biológico ou vital, pode não coincidir com a vontade no momento em que o agente jaz no hospital. Pode perfeitamente suceder que a vontade actual não seja a vontade que manifestou há vinte ou trinta anos atrás. Estas críticas são

---

<sup>55</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 790

<sup>56</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 791

<sup>57</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 791

<sup>58</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 792

<sup>59</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 792

<sup>60</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 792 e 793

impressivas. Mas, se forem tomadas demasiado a sério, então não seria possível a existência do testamento de vida.

Faria Costa debruça-se sobre a definição de eutanásia activa impunível.<sup>61</sup> Conclui, se bem interpretamos o seu pensamento numa perspectiva *de iure condendo*, que a eutanásia não deve ser punida, sob certas condições.<sup>62</sup>

### **A posição de Teresa Quintela de Brito**

Na sequência do artigo escrito por Faria Costa<sup>63</sup>, também Teresa Quintela de Brito se pronunciou sobre o tema da eutanásia, muito em particular da eutanásia activa.<sup>64</sup>

A Autora, após analisar a posição de Faria Costa, apresenta uma tomada de posição.<sup>65</sup> Teresa Quintela de Brito conclui pela “...regra da «ilegitimidade» ou «irrelevância» do consentimento como causa de exclusão do ilícito, sempre que esteja em causa o «bem jurídico-penal vida», quer se trate de homicídio ou de incitamento ou auxílio ao suicídio.”<sup>66</sup> Segundo a Autora, uma coisa é aquele “pedaço da pessoa”, que constitui o suporte ou razão de ser da pessoa. E outra, bem distinta, é a integridade física, que, como frisa, é disponível, também relativamente a terceiros.<sup>67</sup> Ao ser admissível, como sucede no caso da integridade física, a disponibilidade da vida pelo sujeito, deixaria de ser perceptível a distinção entre vida e integridade física. Como afirma, a disponibilidade da integridade física em relação a lesões de terceiros não poderia estender-se à própria vida. De outra forma, inutilizar-se-ia, sacrificar-se-ia a distinção entre vida e integridade física.<sup>68</sup>

Teresa Quintela de Brito coloca a seguinte questão: “Mas, ainda que o exercício, pelo médico, do poder de facto que o paciente tem sobre a sua vida se configurasse como um suicídio, a ajuda médica activa à prática do suicídio poderia qualificar-se como acto médico?”<sup>69</sup> A Autora responde negativamente. Segundo o seu entendimento, tal acto poderia, quando muito, ser qualificado como subjectivamente médico. Mas nunca como

---

<sup>61</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 796

<sup>62</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, página 796

<sup>63</sup>*Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, páginas 759 e seguintes

<sup>64</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, páginas 563 e seguintes

<sup>65</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 570

<sup>66</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 581

<sup>67</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 580

<sup>68</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 581

<sup>69</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 581

objectivamente médico, pois, para isso, nos termos do artigo 150º,nº1 do Código Penal ele deveria mostrar-se adequado à preservação da vida ou da qualidade de vida.<sup>70</sup>

O rigor deveria ser o mote, para usar a expressão da Autora. E isto porque apodar de acto médico aquele que não tem por finalidade a preservação da vida ou da qualidade de vida seria uma forma de fragilizar a proibição jurídico-penal quer de homicídio, quer de auxílio activo ao suicídio.<sup>71</sup>

Teresa Quintela de Brito está certa. A nossa lei penal é muito clara em relação ao que possa ser crismado de acto objectivamente médico. Com efeito, a ajuda médica activa à prática de suicídio não pode, à luz do direito constituído, ser vista como um acto objectivamente médico. Caso se entendesse de maneira diferente, existiria o risco de o acto de um médico, que põe termo à vida da pessoa, ser tido por objectivamente médico. Isso não estaria, decerto, na mente do legislador.

A Autora rejeita que a autodeterminação e o consentimento informado do paciente possam incluir-se no conceito de acto médico. Segundo refere, caso isso fosse assim, então o artigo 156º do Código Penal responsabilizaria por um crime contra a integridade física e não contra a liberdade pessoal o médico que efectua uma intervenção com intuito curativo, mas sem o consentimento do doente.<sup>72</sup> Na realidade, a integridade física (a saúde e a vida) e a liberdade ou autodeterminação são bens jurídicos distintos e autónomos.

Após pôr de parte as hipóteses de qualificar a eutanásia activa como um acto médico ou de a justificar por via do consentimento do paciente, a Autora analisa a solução do conflito de deveres.<sup>73</sup>

Como escreve, de conflito de deveres se fala pelas razões seguintes: o médico é o titular do dever de debelar a dor e o sofrimento do paciente. Por outro lado, é destinatário de um dever de garante em relação à vida deste. Ao mesmo tempo, ele deve intrometer-se no conflito, cumprindo um dos deveres que sobre ele recai.<sup>74</sup>

A Autora menciona que o dever de debelar a dor e o sofrimento apenas pode ser cumprido através da prestação de cuidados médicos paliativos. Sucede, porém, que “...este tipo de cuidados já não intenta diminuir um sofrimento para lá do «razoável» ou do «suportável», em vista do respectivo limite fisiológico comum.”<sup>75</sup> A única forma de o

---

<sup>70</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 582

<sup>71</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 582

<sup>72</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 584

<sup>73</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 588

<sup>74</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, páginas 588 e 589

<sup>75</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 589

médico cumprir o seu dever de debelar as dores do paciente, naqueles casos em que já nem os opiáceos, como a morfina, podem debelar as dores do paciente, seria provocar, de forma activa, a morte do paciente. Só que, dessa forma, violar-se-ia a proibição jurídico-penal de matar, segundo a posição da Autora.<sup>76</sup>

Teresa Quintela de Brito conclui que “...são mais «fortes, densas e humanitárias» as razões que continuam a privilegiar o absoluto da vida do que as que podem invocar-se a favor da execução pelo médico da vontade de “deixar de viver” do paciente. (...) Logo, subsistindo apenas o dever jurídico-penal de não matar, excluída fica a hipótese de justificação da conduta do médico por conflito no cumprimento de deveres jurídicos...”<sup>77</sup>

Sucessivamente, a Autora discute se o comportamento do médico, no sentido de encurtar, de maneira activa, a vida do paciente, poderia constituir um caso de estado de necessidade desculpante, previsto no artigo 35º,nº1 do Código Penal.<sup>78</sup>

A Autora cita Faria Costa. Este Autor procura, aparentemente, incluir no catálogo de bens previsto no artigo 35º,nº1 do Código Penal a qualidade de vida como manifestação do bem jurídico vida. Como escreve, Faria Costa reafirma a necessidade de repensar, de reponderar o conteúdo do bem jurídico-penal vida humana, por virtude das alterações determinadas pelo incrível aumento da esperança de vida e do conjunto de meios dispostos a perpetuá-la.<sup>79</sup>

Porém, replica que “em coerência com tudo o que anteriormente se afirmou, não pode, agora, aceitar-se que a autodeterminação do paciente relativa à qualidade de vida que para si reivindica é outro dos bens jurídicos preservados pelo acto médico. (...).<sup>80</sup>Mais refere que “além disso, a autodeterminação do paciente, tal como a sua “integridade moral” não fazem parte da descrição legal de bens, que, uma vez ameaçados, podem conduzir à exclusão da culpa. O catálogo de bens jurídicos, sobre os quais o artigo 35º,nº1 estrutura o estado de necessidade desculpante, obedece a um «rigoroso critério de *numerus clausus* que afasta a legitimidade do argumento por analogia».”<sup>81</sup>

Prossegue que “...a exclusão da culpa com base no estado de necessidade desculpante não decorre imediatamente «dos requisitos objectivos relacionados com o perigo e o bem jurídico ameaçado». É ainda e sempre necessário que «o juiz se convença de que não era

---

<sup>76</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 589

<sup>77</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, páginas 589 e 590

<sup>78</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 590

<sup>79</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 591

<sup>80</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 591

<sup>81</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, páginas 591 e 592

necessário exigir do agente, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente».»<sup>82</sup>

Conclui que “É necessário que à especial gravidade da situação do paciente acresça a particular vivência da mesma por parte do médico, determinada por uma inusual proximidade afectiva entre ambos, havendo ainda que ponderar a «espécie de qualidades pessoais manifestadas» pelo médico no seu «facto e a sua maior ou menor censurabilidade» jurídica. Apenas em tal contexto será possível afirmar que a situação exógena «estorvou ou impediu» o médico de cumprir as suas «intenções normais» de preservação da vida.»<sup>83</sup>

Em suma, entende Teresa Quintela de Brito que o catálogo de bens que estão incluídos no artigo 35º,nº1 é muito limitado e que dificilmente pode nele incluir-se a “vida humana” na sua dimensão qualitativa.

A Autora discute se pode lançar-se mão da figura da dispensa da pena, prevista no artigo 35º,nº2 do Código Penal.<sup>84</sup>

Refere Teresa Quintela de Brito que o próprio Figueiredo Dias deixou em aberto esta solução, perante o direito constituído, para situações extremas de doentes terminais sujeitos a sofrimentos cruelmente insuportáveis.<sup>85</sup>

Frisa que a dispensa de pena tem que ver directamente com as consequências jurídicas do crime e que tem por fundamento considerações de política criminal, como quem diz de desnecessidade preventiva geral e/ou especial da pena.<sup>86</sup>

**Teresa Quintela de Brito faz, em seguida, uma proposta *de lege ferenda*, referida aos casos excepcionais de autolesão da vida e de auxílio médico activo ao suicídio do paciente em “contexto eutanásico”.**<sup>87</sup>

A Autora começa por enfatizar, salientar a necessidade de ponderar sobre o tratamento a dar ao auxílio activo ao suicídio de doente incurável, em fase terminal, sujeito a um sofrimento de tal forma lancinante que já não pode ser minorado sequer com recurso a cuidados paliativos (analgésicos, como a morfina).<sup>88</sup> Estamos portanto perante um doente que séria e racionalmente pretende morrer e que vê na morte a sua libertação.<sup>89</sup> Como

---

<sup>82</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 592

<sup>83</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, páginas 592 e 593

<sup>84</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 593

<sup>85</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 593

<sup>86</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 593

<sup>87</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, páginas 598 e seguintes

<sup>88</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 598

<sup>89</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, páginas 598 e 599

ensina, no caso do auxílio activo ao suicídio, fala-se de justificação e não de atipicidade. Pelas razões de que a seguir damos notícia.<sup>90</sup>

Em primeiro lugar, o auxílio activo ao suicídio, mesmo que proporcionado por médico, não cabe no conceito de acto médico. Isto porque não se trata de conduta destinada à preservação da vida ou da sua qualidade. Em segundo lugar, o auxílio activo ao suicídio constituiria, segundo a concepção da Autora, uma interferência de terceiro na autodeterminação de outrem sobre a sua vida.

A Autora admite que a ajuda activa ao suicídio continue a ser uma intromissão de terceiro na materialização da decisão de deixar de viver do titular da vida.<sup>91</sup> Porém, acrescenta, negar ao moribundo a ajuda de um terceiro, que pode proporcionar-lhe os meios necessários a uma morte humana, seria colocá-lo ante uma enorme aflição e sofrimento.<sup>92</sup> Haveria, então, duas alternativas, segundo a expressão de Teresa Quintela de Brito: ou o moribundo permaneceria vivo por apenas mais algum tempo, em sofrimento insuportável e sem esperança de cura; ou poria fim à vida de maneira desumana, degradante e desnecessariamente violenta.<sup>93</sup>

Ora, ambas as alternativas constituiriam uma inequívoca denegação da liberdade de dispor da própria vida e da autodeterminação do paciente.<sup>94</sup> Perante isto, não seria preferível permitir a interferência de terceiro na concretização da decisão livre e séria do paciente deixar de viver? A Autora responde afirmativamente, trazendo à colação o princípio de solidariedade social que, segundo refere, também fundaria a proibição do auxílio activo a suicídio livre e consciente.<sup>95</sup>

Teresa Quintela de Brito cita Carmen Lanuza. Segundo esta última Autora, a incriminação do auxílio activo ao suicídio de pessoa “competente” dever-se-ia à circunstância de, fora de um contexto eutanásico, a vida continuar a surgir como um bem a preservar, por mais difícil que fosse a situação da vítima.<sup>96</sup>

---

<sup>90</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 599

<sup>91</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 600

<sup>92</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 600

<sup>93</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 600

<sup>94</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 601

<sup>95</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 601 e Derecho Penal. Parte General. El hecho punible tradução da 2ª edição alemã (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, notas laterais nºs 371 e 372 *apud* Teresa Quintela de Brito, Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 601.

<sup>96</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 601

Como afirma, a distinção entre autolesão e heterolesão da vida é fundamental. A sua diferenciação nem sempre é fácil. Mas existiriam critérios suficientemente operativos.<sup>97</sup> A autolesão pressuporia o domínio sobre o acto que, de forma imediata e irreversível, produz a morte.<sup>98</sup> O titular da vida só decidiria realmente por si mesmo sobre a ocorrência da própria morte, quando dominasse, exclusivamente ou de maneira repartida, o acto que, de forma imediata e irreversível, produzisse a morte.<sup>99</sup>

A inadmissibilidade ética do homicídio a pedido da vítima, em contexto eutanásico, escorar-se-ia na necessidade de garantir a sua autonomia. Por outros termos, impedir-se-ia que delegasse noutrem a produção da sua morte: uma tal restrição da sua liberdade negativa surgiria como essencial para preservar, usando as palavras da Autora, “a «igual consideração e respeito» que merece enquanto pessoa.”<sup>100</sup>

Teresa Quintela de Brito afasta liminarmente a hipótese de conflito no cumprimento de deveres jurídicos (artigo 36º do Código Penal), porquanto não haveria, segundo refere, qualquer dever do médico de debelar a dor e o sofrimento do paciente, a pedido deste, dando assim um contributo activo para o seu suicídio.<sup>101</sup> Prossegue que estando em causa uma liberdade de dispor da vida, nem sequer a vontade expressamente formulada de deixar de viver daria origem a um dever de actuação positiva.<sup>102</sup>

A Autora, depois de concluir não existir um dever do agente de se imiscuir no conflito de bens, pondera a hipótese do estado de necessidade justificante. Naqueles casos em que o doente se encontra na fase terminal da doença e padece de dores imensas que não podem ser debeladas com recurso a cuidados paliativos e em que o doente manifesta, de forma séria, a vontade de suicídio, o auxílio activo, que providenciasse ao moribundo uma morte digna, revelar-se-ia como meio adequado para afastar um perigo actual para interesse juridicamente protegido de terceiro, ou seja, a sua qualidade de vida. Refere que poderia entender-se razoável impor ao lesado o sacrifício da dimensão quantitativa da sua vida, tomando em consideração a tão desejada qualidade de vida de que deixou de gozar e tendo em conta o pedido sério e verdadeiro do próprio (artigo 34º, alínea c)).<sup>103</sup> Porém, menciona, o problema estaria na possibilidade de se afirmar a superioridade da dimensão qualitativa da vida sobre a sua dimensão quantitativa (artigo 34º, alínea b)). A

---

<sup>97</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 603

<sup>98</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 603

<sup>99</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 604

<sup>100</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 604

<sup>101</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 607

<sup>102</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 607

<sup>103</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 607

superioridade da dimensão qualitativa sobre a dimensão quantitativa poderia fundar-se no “contexto eutanásico”, para usar a expressão da Autora, em que está o doente e na sua decisão, livre aliás, de cometer suicídio. Porém, duvidoso seria que essa superioridade fosse “sensível” e “manifesta”. Pelo que dificilmente teria aplicação a figura do estado de necessidade justificante.<sup>104</sup>

A última alternativa passaria por afastar o conteúdo de ilícito penal do auxílio activo ao suicídio lançando mão do consentimento do ofendido, isto é, daquele cuja autodeterminação relativamente à vida sofreu interferência de terceiro, no que concerne à concretização da decisão de “deixar de viver”.<sup>105</sup>

Como afirma, as dúvidas surgiriam de imediato perante o disposto no artigo 149º, nº1 que, para efeito do consentimento, apenas estabelece a livre disponibilidade da integridade física.<sup>106</sup> A Autora interroga-se se este preceito quer significar que o ordenamento jurídico-penal tem a vida por bem jurídico indisponível.<sup>107</sup> A conclusão mais avisada seria a de que a vida apenas é indisponível relativamente ataques de terceiros.<sup>108</sup>

Posto que a lesão da vida é levada a cabo pelo seu titular, a ajuda ao suicídio, segundo o pensamento da Autora, consubstanciaria um acréscimo do perigo de autolesão, por via da intromissão de terceiro na concretização da decisão de “deixar de viver” tomada por livre iniciativa do próprio. Assim sendo, a ajuda ao suicídio não corresponderia a um ataque ao bem vida perpetrado por terceiro. O perigo por ela intensificado reportar-se-ia a uma autolesão da vida.<sup>109</sup>

Prossegue a Autora que o auxílio activo de terceiro constituiria uma interferência de um estranho numa decisão de suicídio já livremente assumida pelo titular do bem vida. Pode dizer-se assim que se trataria de um facto de pessoa diversa do titular dos bens jurídicos protegidos pelo artigo 135º. Poderia, dessa forma, ter lugar o consentimento do ofendido. Ponto seria que o facto não ofendesse os bons costumes, nos termos do artigo 38º, nº1.<sup>110</sup>

Em conclusão, escreve: “Eis chegada a hora de chamar à colação o “contexto eutanásico” em que se encontra o ofendido, a livre decisão de suicídio por ele anteriormente tomada e a exigência de que o auxílio prestado se traduza no fornecimento

---

<sup>104</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, páginas 607 e 608

<sup>105</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 608

<sup>106</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 608

<sup>107</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 608

<sup>108</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 608

<sup>109</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 608

<sup>110</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 608

do meio necessário a uma morte “humana”. Verificando-se estas três circunstâncias, creio que poderá concluir-se pela não contrariedade aos bons costumes do auxílio activo ao suicídio.”<sup>111</sup>

Não obstante considerar que, nos termos acima esboçados, o auxílio activo ao suicídio não é punido, a Autora propõe uma nova regulamentação.<sup>112</sup> Resta saber se a interpretação da Professora e a regulação por ela proposta passariam pelo crivo do Tribunal Constitucional. Se bem interpretamos o pensamento da Autora, ela rejeita, *in limine*, a legitimação da heterolesão da vida ou, para usar a terminologia que propusemos atrás, eutanásia activa de 1º tipo. Mas admite como possível, nos termos acima referidos, a legitimação da autolesão da vida ou eutanásia activa de 2º tipo, na modalidade de auxílio activo ao suicídio.

### **A tese de Manuel da Costa Andrade**

Manuel da Costa Andrade realizou uma tese de doutoramento intitulada “Consentimento e acordo em direito penal”. O trabalho está publicado.<sup>113</sup>

Cabe reter alguns aspectos. O Autor reafirma a necessidade de se operar a distinção entre consentimento e acordo.<sup>114</sup> Como afirma, o acordo excluiria a tipicidade, enquanto o consentimento afastaria a ilicitude.<sup>115</sup>

Vale a pena citar Roxin.<sup>116</sup> Como refere este penalista, a doutrina distingue, graças a Geerds, o acordo e o consentimento. Segundo este entendimento, o acordo afastaria a tipicidade. Estariam em causa aqueles tipos de crime em que a acção típica pressupõe que o agente actue contra ou sem a vontade do lesado. Têm-se aqui em vista os crimes de coacção.

Já no consentimento em sentido estrito, quando prestado pelo titular do bem jurídico, falar-se-ia de justificação, mas verificar-se-ia o tipo. Têm-se aqui em vista os tipos de dano e de lesão. Roxin dá o exemplo do proprietário que permite que um terceiro destrua uma coisa sua. A conduta ter-se-ia por justificada. Não obstante, verificar-se-ia o tipo: a coisa ficou destruída.

---

<sup>111</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 609

<sup>112</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, páginas 609 e 610

<sup>113</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão

<sup>114</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, Páginas 134 e seguintes, 156 e seguintes e 645 e seguintes

<sup>115</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 521

<sup>116</sup>Derecho penal, parte general, tomo I, 1997, Editorial Civitas

Por economia de espaço e de tempo, remetemos o leitor para a obra citada.<sup>117</sup>

Costa Andrade dedica depois a sua atenção às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.<sup>118</sup> Centremos a nossa atenção na experiência jurídica portuguesa.<sup>119</sup> Segundo o penalista, há um aspecto que caracteriza o direito penal português. Donde, no nosso sistema jurídico, dá-se a incriminação autónoma das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. Vejam-se os artigos 156º e 157º do Código Penal<sup>120</sup>, os quais se encontram no capítulo dedicado aos crimes contra a liberdade pessoal. Os referidos artigos situam-se entre a coacção (artigo 154º) e o sequestro (artigo 158º).<sup>121</sup>

Como escreve, o legislador português consagrou uma solução extremada, que não pune o médico que agiu segundo as *leges artis* e com finalidade terapêutica, mesmo que daí advenha um agravamento do estado de saúde do doente. O artigo 150º do Código Penal encontra-se fora da área das ofensas corporais. O próprio artigo 150º do Código Penal é claro quando refere que “...não se consideram ofensa à integridade física.”<sup>122</sup>

Ao consagrar esta solução – propugna Costa Andrade – o direito penal português afastou-se do entendimento tradicional da doutrina e da jurisprudência, que tratavam a intervenção médico-cirúrgica como lesão corporal típica.<sup>123</sup>

O artigo 156º do Código Penal, como afirma, consagra o primado da autodeterminação sobre a saúde e a vida e, escreve o Autor, “...o reforço da índole descontínua e fragmentária da tutela penal do bem jurídico.”<sup>124</sup> Prossegue que o médico, quando realize um tratamento contra a vontade do doente e mesmo que seja indispensável para salvar a sua vida, será punido pelo crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.<sup>125</sup> Como sublinha, este princípio valerá tanto para o paciente “normal” como

---

<sup>117</sup>Derecho penal, parte general, tomo I, 1997, Editorial Civitas Páginas 512 e seguintes

<sup>118</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, Páginas 400 e seguintes

<sup>119</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, páginas 449 e seguintes

<sup>120</sup>Na verdade, o Autor refere-se aos artigos 158º e 159º, com base no Código Penal anterior à reforma de 1995. Esses artigos correspondem aos actuais 156º e 157º do Código Penal, respectivamente. Nós preferimos citar os artigos com base na versão actual do Código Penal e portanto referimo-nos aos artigos 156º e 157º. A redacção é ligeiramente diferente.

<sup>121</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 449

<sup>122</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 450

<sup>123</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 451

<sup>124</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 455

<sup>125</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 455

para o suicida.<sup>126</sup>A ideia a reter aqui é que a autodeterminação do paciente deve ser respeitada.

Apesar do que se disse, uma coisa é certa – em caso de dúvida, o médico deve proceder ao tratamento. Vale aqui a máxima *in dubio pro vita*.<sup>127</sup>O legislador legitima, por via de princípio, o tratamento, salvo quando possa concluir-se com segurança que o consentimento seria recusado.<sup>128</sup>Como ensina Costa Andrade, o legislador, ao agir desta maneira, “...pôs nas mãos do intérprete e aplicador do direito uma malha manifestamente alargada de que só pode esperar-se a redução considerável das expressões concretas a punir como tratamento arbitrário.”<sup>129</sup>

Segundo o ensinamento de Costa Andrade, os testamentos de paciente têm um valor meramente indiciário, “...não podendo ser assumidos em termos vinculativos no sentido de a sua violação determinar, sem mais, a responsabilidade penal do médico.”<sup>130</sup>Em princípio, “...o tratamento de paciente inconsciente e necessário para salvar a vida ou afastar grave perigo para a saúde ou o corpo, escapará por princípio à censura penal a título de tratamento arbitrário.”<sup>131</sup>Totalmente de acordo. Se A tem um acidente de viação do qual sai gravemente ferido e perde a consciência, deve entender-se que permite aos médicos que lhe salvem a vida.

Costa Andrade aponta para a fragmentaridade da tutela penal no que se refere a tratamentos arbitrários.<sup>132</sup> O legislador ordinário optou por reduzir a área punível. Não é por acaso que o procedimento criminal, nos termos do disposto no artigo 156º,nº4 do Código Penal, depende de queixa.<sup>133</sup>

Costa Andrade refere que o legislador português esclareceu o que seja um consentimento eficaz no artigo 157º do Código Penal.<sup>134</sup>Sem embargo – adianta o Autor -, o mesmo legislador ordinário não menciona o diagnóstico. E aparentemente mal. O regime do esclarecimento teria de incluir, necessariamente, o diagnóstico. Este seria “...indispensável para um consentimento encarado como exercício da liberdade erigida

---

<sup>126</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 455

<sup>127</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 456

<sup>128</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 456

<sup>129</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 456

<sup>130</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 457

<sup>131</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 458

<sup>132</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 458

<sup>133</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 458

<sup>134</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 458

em bem jurídico.”<sup>135</sup>O conhecimento do diagnóstico pesaria sempre na decisão de uma pessoa de submeter-se a uma cirurgia e na escolha do médico.<sup>136</sup>

Seguindo o ilustre penalista, o artigo 157º do Código Penal tem subjacente um esclarecimento que visa permitir ao paciente controlar a medida em que renuncia à integridade física.<sup>137</sup>O Autor volta a salientar a fragmentaridade da tutela penal. E chama a atenção para a parte final do artigo 157º do Código Penal, que exclui a punibilidade quando o esclarecimento “...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.”<sup>138</sup>

Costa Andrade menciona que qualquer perturbação que comprometa o êxito de uma intervenção cirúrgica é bastante para justificar o não esclarecimento. Desta forma, sacrifica-se o bem jurídico consistente na liberdade. E saem frustradas as exigências de proporcionalidade.<sup>139</sup>

Como sublinha, o conceito de intervenção ou tratamento médico-cirúrgicos são uma referência incontornável de um direito penal médico. Esse conceito constituiria, assim, uma paragem obrigatória quando se abordam os tratamentos arbitrários.<sup>140</sup>Seguindo o Autor, é o tratamento médico-cirúrgico que determina a área problemática que a lei portuguesa tenta resolver através dos artigos 150º, 156º e 157º do Código Penal.<sup>141</sup> Há que clarificar o que seja o conceito de intervenção ou tratamento médico-cirúrgicos.<sup>142</sup>

Como refere, a lei responde a este problema através do artigo 150º do Código Penal. O artigo 150º, segundo o entendimento do Autor, faria intervir tanto elementos objectivos como subjectivos.<sup>143</sup>Com efeito, ele introduz elementos subjectivos quando se refere a um médico ou outra pessoa legalmente autorizada. E faz intervir elementos objectivos quando apela para a finalidade terapêutica como elemento essencial do conceito de tratamento médico-cirúrgico.<sup>144</sup>

---

<sup>135</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, páginas 458 e 459

<sup>136</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, páginas 459 e 460

<sup>137</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 461

<sup>138</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 461

<sup>139</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 462

<sup>140</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 463

<sup>141</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 463

<sup>142</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 464

<sup>143</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 464

<sup>144</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 464

Segundo Costa Andrade, o legislador português seguiu um conceito restritivo de tratamento médico-cirúrgico.<sup>145</sup> Apenas poderiam caber no conceito de tratamento médico-cirúrgico as intervenções de finalidade terapêutica concreta.<sup>146</sup> Não obstante, a lei portuguesa consagraria um conceito relativamente aberto de finalidade terapêutica.<sup>147</sup> Legitimadas seriam tanto as intervenções de finalidade directamente curativa como as dirigidas para fins de diagnóstico ou profilaxia, no interesse directo do paciente.<sup>148</sup>

Segundo Costa Andrade, o conceito de intervenção médico-cirúrgica para fins jurídico-penais teria três dimensões fundamentais, duas de carácter objectivo e uma de carácter subjectivo, a saber: indicação médica, realização segundo as *leges artis* e finalidade terapêutica.<sup>149</sup>

### **III -A problemática no ordenamento jurídico alemão**

#### **A posição de Claus Roxin**

#### **Colocação do problema**

No sistema jurídico alemão <sup>150</sup>, a eutanásia subsiste como um dos temas mais delicados do Direito Penal.

Em primeiro lugar, porque falta uma regulação legal expressa do tema. Com efeito, dos artigos referentes ao assassinato e ao homicídio não pode extrair-se uma regulação que abarque a eutanásia. Enfim, o § 216º do Código Penal Alemão, que trata do homicídio a pedido da vítima, apenas resolveria algumas questões.

Em segundo lugar, porque estamos perante problemas existenciais que se referem à decisão sobre a vida ou a morte. Tais problemas requerem a existência de normas abstractas. Sucede que nem sempre é fácil subsumir os casos da vida a normas jurídicas de carácter geral e abstracto.

---

<sup>145</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 465

<sup>146</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 465

<sup>147</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 465

<sup>148</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 465

<sup>149</sup>Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão, página 465

<sup>150</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 4

Em terceiro lugar, porque se trata de um tema que não é privativo do Direito Penal. Bem pelo contrário. Ele tem sido estudado por médicos, filósofos, teólogos e escritores.

### **A eutanásia indirecta**

Como referimos a seu tempo, a eutanásia indirecta dá-se quando ao doente em fase terminal se administram medicamentos, como a morfina, para mitigar as suas dores, apesar de se ter a consciência absoluta de que isso apressará a sua morte. Há muito que ela aceite quer pela doutrina, quer pelas *leges artis* da medicina. O Supremo Tribunal Federal alemão pronunciou-se pela primeira vez neste sentido em 1996. Na fundamentação da sua sentença (**BGHSt 42, 301**), proclamou o Tribunal que podem os médicos ou os funcionários do hospital, tomando em consideração a vontade expressa ou presumida do agente, administrar ao doente uma medicação – por norma, como se referiu supra, um opiáceo – apesar de se ter a plena consciência de que isso abreviará a sua vida. Igual posição assumiu o Conselho Geral da Ordem dos Médicos da Alemanha.<sup>151</sup>

Outra questão que se coloca é a de saber se a não punibilidade da eutanásia indirecta assenta na exclusão do tipo ou numa situação de estado de necessidade justificante. A questão não é fácil, como reconhece Roxin. Porquê? Porque o acto de abreviar a vida com dolo, por meio de uma intervenção activa, pode, eventualmente, subsumir-se no homicídio, previsto e punido pelo § 212º do StGB, ou no homicídio a pedido da vítima, previsto e punido pelo § 216º do StGB. Mas não é assim, como demos notícia supra. Segundo uma parte da doutrina, a eutanásia indirecta exclui a tipicidade dos § 212º e § 216º do StGB, porque socialmente adequada e aceite, como mencionámos, pelas *leges artis* da medicina. Por conseguinte, a eutanásia indirecta nunca poderia ser coberta pelo manto incriminador das disposições citadas. Para outro sector da doutrina, existiria um homicídio, só que ele não seria punível, tomando em consideração o consentimento real ou presumido do agente.<sup>152</sup>

Claus Roxin aceita a posição maioritária.<sup>153</sup> Afirma que os critérios da adequação social, do sentido e da finalidade de protecção da norma são demasiado vagos para poder fundamentar a não punibilidade dos homicídios, mais ainda quando o § 216º do StGB

---

<sup>151</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 7

<sup>152</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 8

<sup>153</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 7 e 8

pune o homicídio a pedido da vítima. Portanto, a impunidade da eutanásia indirecta nunca poderia ter assento na teoria do tipo.

A não punibilidade da eutanásia repousaria, a par da vontade do paciente, na tese de que o dever de prolongar a vida cederia ante a necessidade de atenuar o sofrimento do doente. É importante que o paciente possa expressar a sua vontade. Quando tal não sucedesse, atender-se-ia à sua vontade presumida.<sup>154</sup> Para a sua determinação, deveriam considerar-se as suas manifestações de vontade anteriores e, bem assim, a proximidade da morte, a sua probabilidade, o quão reduzido seria o tempo de vida e a dor sentida pelo paciente.<sup>155</sup>

A eutanásia indirecta tem sido igualmente discutida no plano da sua dimensão temporal. Como escreve Roxin, a expressão peca por demasiado apertada e estreita. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Geral da Ordem dos Médicos da Alemanha aludem tão só ao “moribundo”. Põem assim de parte certos casos incuráveis de cancro. Nestas situações, poderiam existir dores fortíssimas, que perdurariam por semanas, quando não meses. No entanto, elas teriam começo numa fase em que o doente não estaria ainda a morrer, não seria ainda um “moribundo”. Nestes casos – adverte Roxin – deveria consentir-se aos médicos administrar medicamentos para mitigar as dores do paciente, apesar de se ter a certeza que isso abreviaria a sua vida.

Outra problemática que se tem suscitado consiste em saber que tipo de dolo exigiria a eutanásia indirecta.<sup>156</sup> Para um sector doutrinário maioritário, a eutanásia indirecta pressuporia necessariamente dolo eventual. Quer dizer, o médico, ao administrar morfina ao paciente e bem sabendo que isso apressaria a sua morte, conformar-se-ia com essa situação.<sup>157</sup> O Conselho Geral da Ordem dos Médicos da Alemanha tem entendido, de forma constante, que, quando a morte esteja já iminente, próxima e se tenha por inevitável, é lícito ao médico administrar ao paciente medicamentos, apesar de ter plena consciência de que isso antecipará a sua morte.<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 9

<sup>155</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 9

<sup>156</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 10

<sup>157</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 10

<sup>158</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 10

A posição do Supremo Tribunal Federal da Alemanha não é de todo em todo clara.<sup>159</sup> Para este Tribunal, seria permitido ao médico apressar a morte do paciente, de maneira não intencional, mas assumindo, desde logo, a inevitabilidade do seu decesso. Segundo Roxin, o facto de o Tribunal se socorrer da expressão “inevitável” e não “possivelmente inevitável” inculca a ideia de que na eutanásia indirecta o que está em causa é o dolo directo e não o dolo eventual. No caso tratado pelo Supremo Tribunal Federal, sucedera isto – os acusados tinham decidido não voltar a levar a paciente ao hospital. Antes decidiram pôr termo à sua vida, administrando-lhe uma sobredose de “Dolantin”. Segundo a opinião de Roxin, a opção pelo dolo directo acomodar-se-ia, por conseguinte, melhor a este caso. Com efeito, os agentes deram por certo que a paciente morreria e era essa, aliás, a sua intenção. Não se conformaram apenas com o seu falecimento, como sucederia se de dolo eventual se tratasse.

No entanto – reitera Roxin – a discussão sobre se, na eutanásia indirecta, está em causa o dolo eventual ou o dolo directo não tem significativa importância. Explica-se o Autor. Os meios paliativos são hoje bastante avançados e, por isso, em muitos casos sucederá que o medicamento administrado não conduzirá, com certeza absoluta, a um encurtamento da vida. Nestes casos, existiria dolo eventual. Noutros, existiria dolo directo, porque se daria por adquirido que a administração de medicamentos apressaria, de facto, a morte do paciente. Mesmo nestes casos, a administração de medicamentos paliativos não deveria ser negada. Pouco importaria que se desse por certa a morte do paciente logo no princípio do tratamento com medicamentos paliativos – por exemplo, morfina.<sup>160</sup>

### **A eutanásia passiva**

Como se insinuou supra, a eutanásia passiva dá-se quando uma pessoa – por norma o médico – se coíbe de prolongar uma vida que está a aproximar-se do fim. O médico recusa, por exemplo, realizar uma operação ou um tratamento que por certo alargará a vida do paciente. Segundo as palavras de Roxin, a omissão de medidas que prolonguem

---

<sup>159</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 11; sentença do BGHSt 42, 401

<sup>160</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 11

a vida do paciente pode dar-se por vontade do doente ou contra a sua vontade. Também pode acontecer o paciente estar numa situação em que não é capaz de expressar-se.<sup>161</sup>

### **Colocação do problema**

Como explica Roxin, existe um princípio básico, que é o de que a decisão cabe ao paciente.<sup>162</sup>

Em tais situações a questão não oferece quaisquer dúvidas. Quando o paciente afirma que não pretende sujeitar-se a determinado tratamento, isso deve ser respeitado pelos médicos. Estes não poderão ser punidos por abster-se de realizar uma cirurgia que possivelmente prorrogaria o tempo de vida do paciente. Mais: a vontade do paciente deve ser respeitada, mesmo que a sua decisão pareça uma irresponsabilidade. Isso já sucedeu na realidade. Roxin dá-nos conta de um caso (BVerfGE,32,98 e seguintes) interessante. Uma mulher com quatro filhos recusa uma transfusão sanguínea que lhe salvaria a vida. A sua decisão pode, para alguns, ser tida por irracional. Sem embargo, como decidiu o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, nesse caso a decisão da mulher deveria ser atendida. Os médicos, como é claro, não seriam punidos.<sup>163</sup>

Na Alemanha tem-se discutido se a vontade do agente deve ser respeitada no caso de pacientes suicidas. Num caso verídico, conhecido como caso *Wittig* (BGHSt 32, 367 e seguintes) e decidido no ano de 1984, uma mulher de 76 anos, que se encontrava gravemente doente e cansada de viver, quisera pôr termo à sua vida através da administração de uma sobredose de morfina e de soporíferos.<sup>164</sup> A mulher deixara um texto escrito à mão em que pedia ao seu médico que não a encaminhasse para o hospital, nem lhe administrasse medicamentos que prolongassem a sua vida. Em suma, queria ter uma morte digna. Chegado ao local, a mulher estava inconsciente, embora viva. O médico obedeceu à sua vontade. Não a encaminhou para o hospital. Limitou-se a esperar que a sua morte acontecesse. O Supremo Tribunal Federal absolveu o arguido, é certo. Mas fê-lo apenas porque, caso a mulher houvesse sido transportada para o hospital, teria ficado

---

<sup>161</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 12

<sup>162</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 12

<sup>163</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 12 e 13

<sup>164</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 13

irremediavelmente inutilizada. E, nesse caso, a mulher nunca seria encaminhada para os cuidados intensivos. Segundo o Tribunal, o médico não deveria, por princípio, respeitar a vontade suicida da paciente.<sup>165</sup>

A sentença foi amplamente criticada pela doutrina.<sup>166</sup> Segundo o Supremo Tribunal Federal, o suicida não estaria no pleno uso das suas faculdades mentais, nem seria uma pessoa responsável. Responde a doutrina que apenas no caso de se verificar que o paciente padece de uma doença mental é que a omissão de tratamento não seria admissível. Para Roxin, nada impede o médico de aceitar a decisão autónoma do paciente, mesmo no caso de pacientes suicidas. O Autor avança que a posição do Supremo Tribunal Federal, que inicialmente não aceitava qualquer decisão suicida, não poderia ser acolhida no ordenamento jurídico alemão. Porque este ordenamento não consagra nenhuma moral ou religião oficial. E, por conseguinte, a eutanásia passiva, mesmo no caso de pacientes suicidas, não poderia ser negada com fundamento em argumentos morais ou religiosos.<sup>167</sup>

Muito debatido tem também sido o caso em que o médico interrompe um tratamento médico. Neste caso, está em causa uma acção. Não uma omissão. Roxin dá o exemplo clássico da situação em que, por vontade do paciente, é desligada a máquina que o mantém vivo. O acto de desligar a máquina não poderia, porém, ser punido como homicídio a pedido da vítima – § 216º do StGB. Do ponto de vista social, o acto de desligar máquina não poderia ser visto como acção, mas como uma omissão. A delimitação entre eutanásia punível nos termos da lei como homicídio a pedido da vítima e eutanásia passiva não deveria ser operada a partir de critérios puramente naturalísticos. Antes deveria verificar-se se, normativamente, o acto de desligar a máquina constituiria ou não uma acção punível nos termos do § 216º do StGB. E a resposta deveria ser negativa. Do ponto de vista jurídico, estaria sempre em causa uma omissão.<sup>168</sup>

Roxin dá notícia de que a opinião, que vai no sentido de a interrupção do tratamento – o desligar da máquina, por norma – dever ser vista como uma omissão, é hoje dominante na doutrina alemã. De qualquer forma – diz-nos o Autor – mesmo aquele sector minoritário da doutrina, para o qual o acto de desligar a máquina constituiria uma acção

---

<sup>165</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 13

<sup>166</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 13

<sup>167</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 14

<sup>168</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 14 e 15

e não uma omissão, conclui, por norma, pela não punibilidade da conduta. Afirmam estes autores que uma conduta deste tipo não cabe no campo de protecção da norma relativo aos tipos de homicídio.<sup>169</sup>

Por norma, a omissão do tratamento – o acto de desligar a máquina, suponhamos – é operada pelo médico. Mas pode não suceder assim. Exemplo disso é a sentença proferida pelo Tribunal de Ravensburg em 1987. No caso vertente, um homem cuidava de uma mulher que estava paralisada.<sup>170</sup> A mulher, já moribunda, veio a ser encaminhada para um hospital, onde foi ligada a um aparelho de respiração artificial. Tão grave era a sua situação que ela não podia expressar-se senão por meio de uma máquina especial, que lhe permitia escrever os seus pensamentos. A sua situação era insuportável. Através dessa máquina, a mulher afirmou que queria morrer, porque a sua situação se revelava insuportável e que, quanto mais rápido a morte se desse, melhor seria. Desejava-o de todo o coração – dizia a mulher a partir da referida máquina. Tendo presente o que fora dito, o marido, que permanecia junto da mulher no seu leito de morte, aproveitando um momento de distração, desligou a máquina. A mulher veio a falecer uma hora depois, devido a uma paragem cardíaca.

Como enfatiza Roxin, se se entendesse que houvera uma conduta activa, o marido deveria ser punido por homicídio a pedido da vítima, nos termos do disposto no § 216º do StGB. Porém, o Tribunal de Ravensburg não entendeu assim. E aparentemente bem, segundo o Autor.<sup>171</sup>

### **A omissão de medidas que prolongam a vida contra a vontade do paciente**

Pode dar-se o caso de o médico recusar a adopção de medidas que prolonguem a vida do paciente contra a vontade deste.<sup>172</sup>

Como escreve Roxin, existe nestas situações um dever básico de alargar a vida – por norma, por parte do médico. No caso de, contra a vontade do paciente, o médico omitir medidas tendentes a prorrogar a vida do doente, estar-se-ia defronte de um homicídio por omissão – sobre o médico recairia um dever de garante e, ao nada fazer para prolongar a

---

<sup>169</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 15

<sup>170</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 15

<sup>171</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 15 e 16

<sup>172</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 16

vida do paciente, estaria a cometer o referido crime de homicídio por omissão. Mesmo que se entendesse que não existiria um dever de garante por parte do médico, este seria sempre punido pelo crime de omissão de auxílio, previsto e punido pelo § 323 c) do StGB.<sup>173</sup>

Não caberia, pois, ao médico ajuizar se o desejo do doente de lhe serem administradas medidas destinadas a prolongar a sua vida seria racional, ou não. Sem embargo, ao médico seria lícito escusar-se de realizar tratamentos que não se revelassem capazes de prorrogar a vida do paciente. Não poderia exigir-se a prática pelo médico de actos destituídos de sentido.<sup>174</sup>

Apesar do que se disse, deveria haver um momento em que não teria mais sentido prolongar, de modo artificial, a vida do doente. Nesses casos, a vontade do paciente, que aliás teria sido expressa no começo da doença, deixaria de ser tomada em conta.

Em primeiro lugar, porque os recursos técnicos e financeiros do Estado não são infinitos, inesgotáveis. Em segundo lugar, porque a perpetuação da vida do moribundo e o constante adiamento da sua morte com recurso a instrumentos médicos mal se compadeceriam com a ideia de uma morte digna. E violariam, por conseguinte, a própria dignidade da pessoa humana.<sup>175</sup>

Para sustentar essa opinião, Roxin louva-se numa sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal (BGHSt 32, 379/80). Reza a sentença que não existe uma obrigação jurídica de manter, a qualquer preço, uma vida que está prestes a extinguir-se. O facto de as medidas tecnológicas poderem, com efeito, prolongar a vida do paciente não significa que sejam imprescindíveis e que devam ser usadas sem quaisquer limites. O que valeria aqui seria a dignidade da pessoa humana. Segundo a opinião de Roxin, a decisão de perpetuar, ou não, a vida de um paciente não deveria ter subjacentes critérios puramente económicos ou financeiros. Antes deveria ponderar-se se o prolongamento da agonia do paciente teria, ou não, sentido.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 16

<sup>174</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 16 e 17

<sup>175</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 17

<sup>176</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 17

## **A omissão de medidas que prolongam a vida num momento em que o paciente não mais pode expressar-se**

Pode suceder o paciente não ser capaz de tomar uma decisão. Este é, segundo Roxin, o problema mais delicado no que se refere à eutanásia passiva.<sup>177</sup> Desde logo porque o problema não cabe dentro da eutanásia em sentido estrito, em que o processo mortal já teve início e a morte se aproxima a passos largos. Nos casos de incapacidade prolongada, o Supremo Tribunal Federal da Alemanha permite que não sejam tomadas medidas que mantenham a vida, como a respiração assistida, as transfusões de sangue ou a alimentação artificial.

Têm surgido muitas questões a propósito daqueles casos em que o paciente, apesar de se encontrar gravemente doente, não está ainda moribundo. Pelo contrário, ele pode viver mais anos. Só que não consegue expressar a sua vontade. Estamos a pensar em situações de coma profundo, em que a função vital do tronco cerebral está paralisada.<sup>178</sup>

A este respeito – dá-nos notícia Roxin – existe uma sentença que é decisiva. Trata-se da sentença do Supremo Tribunal Federal datada de Setembro de 1994 (BGHSt 40,257). O caso era este. Uma senhora de idade padecia de graves danos cerebrais desde finais de 1990. Era incapaz de falar, andar ou levantar-se. Estava a ser alimentada artificialmente e apenas reagia a estímulos ópticos, acústicos e tácteis e através de contracções faciais e grunhidos. Mas nada indicava que tivesse dores. No princípio de 1993, o médico que cuidava da senhora e o filho dela decidiram substituir a alimentação artificial por chá. Isso levaria a uma morte rápida da paciente, por falta de alimentação. No entanto, o director do serviço de assistência, porque se opunha à decisão que fora tomada pelo médico e pelo filho da idosa, dirigiu-se ao Tribunal Tutelar. Este proibiu a interrupção da alimentação artificial. A paciente viria a morrer nove meses mais tarde.<sup>179</sup>

Como defende Roxin, o que aqui importa saber é se o médico e o filho da idosa deveriam ser punidos por tentativa de homicídio. O Supremo Tribunal Federal classificou – de forma acertada, afirma Roxin – esta interrupção da alimentação artificial como uma omissão, pois que sobre o médico e o filho da idosa recaía um dever de garante. De eutanásia em sentido estrito não poderia falar-se – dá conta Roxin – porque o processo

---

<sup>177</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 17 e 18

<sup>178</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 18

<sup>179</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 18 e 19

mortal não tinha ainda começado – estamos perante aqueles casos de coma profundo, em que pode perfeitamente suceder o paciente continuar vivo durante meses ou até anos. Antes de desaplicar as medidas tendentes a prolongar a vida da pessoa deveria atender-se à sua autodeterminação. Por conseguinte, a interrupção do tratamento apenas poderia dar-se se correspondesse à vontade presumida do paciente incapacitado de tomar, ele próprio, uma decisão. Cabe ainda referir que o Supremo Tribunal Federal da Alemanha, aplicando o § 1904º do BGB, exige que essa interrupção seja autorizada pelo Tribunal Tutelar. Ora, este deveria decidir de acordo com a vontade presumida do paciente.<sup>180</sup>

Para determinar a vontade presumida do paciente, o Supremo Tribunal Federal estabelece critérios rigorosos. Deveriam ser tomadas em consideração declarações anteriores, escritas ou orais, do paciente, as suas convicções religiosas, os seus valores pessoais e a sua esperança de vida de acordo com a sua idade ou as dores de que padecia. Em caso de dúvida, deveria sempre prevalecer a protecção da vida humana, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

A circunstância de a referida senhora de idade ter dito, oito ou dez anos antes, quando via um programa de televisão, que tratava de um caso de semelhante, que não queria acabar assim não constituiria, segundo a posição do Supremo Tribunal Federal, fundamento suficiente para promover a interrupção do tratamento. Seguindo esse entendimento, o médico e o filho da idosa deveriam ser punidos pela instância inferior, onde o caso foi revisto. Mas não foi isso que sucedeu. O Tribunal de Kempten decretou a sua absolvição, pois entendeu, com base em outros elementos, que era evidente que a paciente em coma desejava morrer.<sup>181</sup>

No mesmo sentido se pronunciou a sentença proferida pelo Tribunal Superior de Frankfurt em Julho de 1998 (NJW 1998). Esta sentença procedeu ao mesmo raciocínio que o Tribunal Tutelar. Recorrendo à aplicação do § 1904º do BGB, o Tribunal Superior de Frankfurt determinou que teria de indagar-se da vontade da paciente, antes de se proceder à interrupção dos tratamentos.

Roxin discorda do Supremo Tribunal Federal, quando este afirma que, em caso de dúvida, deve prosseguir-se *ad infinitum* com o tratamento. A propósito da senhora idosa, conclui que o facto de ela estar em coma profundo, padecer de graves danos cerebrais e

---

<sup>180</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 19

<sup>181</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 19 e 20

ter dito, antes de entrar em coma, que não pretendia acabar dessa forma constituiriam fundamento bastante para se proceder à interrupção do tratamento.<sup>182</sup>

### **A eutanásia activa**

Como explica Roxin, é unanimemente aceite que a eutanásia activa, que se dá quando o médico, por norma a rogo do paciente, o mata não é permitida e que a sua prática constitui um crime de homicídio a pedido da vítima, previsto e punido pelo § 216º do StGB. Sem embargo, este entendimento é posto de parte em três situações:<sup>183</sup>

- na eutanásia indirecta;
- no caso em que é interrompido um tratamento;
- no caso em que a eutanásia activa consiste numa cumplicidade no suicídio.

Vejamos, com maior atenção, o último caso.

Como escreve, em contraste com o que sucede em muitos ordenamentos jurídicos, a cumplicidade no suicídio não é punível no direito alemão.<sup>184</sup> No direito alemão, toda a cumplicidade pressupõe a prática de um facto antijurídico do autor. O suicídio não consta da lista de tipos de homicídio. Ora, não pode haver cumplicidade num crime inexistente. Por conseguinte, não poderia ser responsabilizado aquele que possibilitasse a morte de uma pessoa, pondo-lhe à disposição uma pistola ou um copo com veneno.<sup>185</sup> Roxin cita um caso ocorrido em 1984 – o caso *Hackethal*. Uma mulher padecia de um cancro incurável, que aliás já se expandira para o cérebro. O médico *Hackethal* pôs à sua disposição um veneno. A paciente mesclou o veneno com água e, pouco depois, faleceu, aparentemente sem sofrimento. O Ministério Público pediu que o médico fosse condenado por homicídio a pedido da vítima, nos termos do disposto no § 216º do StGB. No entanto, o arguido veio a ser absolvido, precisamente porque se entendeu que, neste caso, ele agira como cúmplice. Ora a cumplicidade no suicídio não é punida no direito

---

<sup>182</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 24

<sup>183</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 25

<sup>184</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 25 e 26

<sup>185</sup>Diferentemente, tal conduta, cremos, seria punida no sistema jurídico-penal português como ajuda ou incitamento ao suicídio.

alemão. Por conseguinte, percebe-se a decisão tomada, em primeira instância, pelo Tribunal de Traunstein e depois confirmada pelo Tribunal Superior de Munique.<sup>186</sup>

Como refere, colocam-se aqui muitas questões a propósito da distinção entre participação impune no suicídio e homicídio punível. Cabe, segundo o Autor, distinguir. Senão vejamos.

Como ponto de partida, convém dizer que a conduta daquele que põe à disposição do doente um copo com veneno ou uma pistola apenas só não seria punível se o suicídio se desse de forma responsável.<sup>187</sup>

Discute-se o que seja um suicídio responsável. Uma parte da doutrina apela às regras jurídicas sobre não culpabilidade. Um outro sector doutrinário recorre ao § 216º do StGB. E considera que o suicídio não é responsável quando praticado de modo precipitado ou irreflectido.<sup>188</sup>

Roxin – dá-nos conta – sempre aderiu à tese mais restrita, que apela às regras da imputabilidade. O recurso aos critérios da reflexão e da prudência do suicida seria criador de uma grande insegurança jurídica – a fronteira entre a punibilidade e a impunibilidade do homicídio não ficaria bem traçada. Segundo Roxin, quando uma pessoa quisesse pôr termo à sua vida, não estaria a actuar numa situação de inimputabilidade. Ela teria perfeita noção do que estaria a fazer e já teria ponderado as consequências da sua acção. No caso *Hackethal* – avança Roxin – o suicida agiu de forma consciente. Pelo que a decisão do tribunal, no sentido da absolvição da absolvição daquele que fornecera o veneno ao paciente, fora acertada.

Tão pouco é fácil a diferenciação entre participação no suicídio e homicídio a pedido da vítima. Para a maioria da doutrina, decisivo seria verificar quem tinha tido domínio sobre o acto que conduziu à morte. Se quem praticou o acto que conduziu à morte – por exemplo o dar o veneno – foi o próprio suicida, então deveria falar-se de participação impune. Se quem praticou o acto que conduziu à morte foi um terceiro, estar-se-ia perante um homicídio a pedido da vítima, previsto e punido pelo § 216º do StGB. Por conseguinte,

---

<sup>186</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 26

<sup>187</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 26. Mord. Der Morder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft. Morder ist, wer aus Mordlust zur Befriedigung des Geschlechtsriebs, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggrunden, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen menschen totet.

<sup>188</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 27

aquele que pusesse à disposição do suicida um copo com veneno ou uma pistola não deveria ser punido. Esta a posição de Roxin.<sup>189</sup>

Outro problema que se tem discutido é de o saber o que sucede quando ao acto do suicida – por exemplo, o ingerir um copo com veneno – se segue imediatamente no tempo um acto de um terceiro – que, porventura, lhe administra mais uma dose de veneno. Isso sucedeu no caso *Scophedal*.<sup>190</sup> O caso era este. Um médico, já com idade avançada e definhando na cama, decidira, no pleno uso das suas faculdades mentais, pôr termo à sua vida, administrando-se a si próprio uma injeção de *Scophedal*, um analgésico com efeitos estupefacientes. Temendo que lhe faltassem as forças para tanto, pedira ajuda ao sobrinho, caso ela fosse necessária. Passados poucos dias, o idoso pôs em marcha o seu plano. Quando o sobrinho chegou a sua casa, temendo que o suicídio do idoso não tivesse êxito, administrou-lhe uma injeção adicional. O médico faleceu uma hora mais tarde. O mais provável é que a injeção que ele se autoadministrou fosse potente o suficiente para o matar. A acção do sobrinho apenas fez que ele falecesse uma hora antes do suposto.<sup>191</sup>

O Supremo Tribunal Federal puniu o sobrinho do idoso pelo crime de homicídio a pedido da vítima. Entendeu o Tribunal que fora praticado um acto homicida de carácter activo, que encurtara a vida do paciente. Mesmo aceitando que o idoso morreria de qualquer forma, a verdade é que o sobrinho antecipou a sua morte, ao administrar-lhe uma dose extra daquele medicamento com efeitos estupefacientes. Roxin discorda desta solução. Para o ilustre penalista alemão, deveria atender-se ao acontecimento global. Ora, o médico já pusera em marcha o seu plano de suicídio, autoadministrando-se uma dose daquele potente medicamento. A sua morte era, portanto, inevitável. O mais certo teria sido – adianta – considerar que se estava perante uma cumplicidade impune. Por conseguinte, o sobrinho deveria ter sido absolvido.<sup>192</sup>

Outra problemática bastante discutida é a de saber se o terceiro, que pôs à disposição do suicida os instrumentos necessários para a consumação da sua morte, deveria ser punido pelo crime de homicídio por omissão, no caso de sobre ele recair um dever de garante, ou, não havendo esse dever de garante, pelo crime de omissão de auxílio, previsto

---

<sup>189</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 26,27 e 28

<sup>190</sup>NStZ 1987, página 365, Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 28

<sup>191</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 27 e 28

<sup>192</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 28 e 29

e punido pelo § 323, alínea c) do StGB. Roxin responde que a punição não deveria dar-se. Segundo o Autor, esta posição, no sentido de punir o autor, não se compadeceria com a não punibilidade da participação activa no suicídio. Seria uma forma de punir essa participação no suicídio, só que, desta feita, por omissão.<sup>193</sup>

### **A punibilidade do homicídio a pedido da vítima**

Como refere Roxin, segundo a opinião da doutrina dominante, o homicídio a pedido da vítima é sempre punido, desde que seja praticado um acto que conduza a um encurtamento da vida e à morte imediata – por exemplo, administrar uma injeção letal no paciente. Mesmo que o paciente esteja a sofrer horrivelmente e esteja a suplicar que lhe seja administrada uma injeção letal, o médico não pode ceder à sua vontade, sob pena de cometer o crime previsto no § 216º do StGB. Em igual sentido se tem pronunciado o Conselho Geral da Ordem dos Médicos da Alemanha, que reafirma a inadmissibilidade da administração de medidas que produzam a morte do paciente.<sup>194</sup>

Esta solução não é, contudo, indiscutível. Na Holanda, por exemplo, é admitida, sob certas condições, a eutanásia activa. Muitos autores alemães se têm pronunciado, de igual modo, a favor da legalização da eutanásia activa – sob certas condições, claro está.<sup>195</sup>

## **IV - Comentário à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é particularmente importante. A este respeito há três sentenças que nos parecem decisivas e para as quais chamamos a atenção do leitor: os casos *Pretty contra Reino Unido* (29 de Julho de 2002), *Haas contra Suíça* (20 de Junho de 2011) e *Groos contra Suíça* (30 de Setembro de 2014).

Começemos pelo caso *Pretty contra Reino Unido*. O caso era este. A recorrente era uma mulher de 43 anos. Residia com o seu marido de 25 anos, a sua filha e uma neta. A recorrente sofria de uma doença neurológica motora. Esta é uma doença neuro-degenerativa progressiva das células motoras do sistema nervoso central. A doença surge associada a um progressivo enfraquecimento muscular, o qual afecta o movimento dos músculos do corpo. Como consequência do progresso da doença, deu-se um

---

<sup>193</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, páginas 29 e 30

<sup>194</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 30

<sup>195</sup>Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares, página 30

enfraquecimento dos braços e das pernas e os músculos envolvidos no controlo da respiração viram-se afectados. A morte habitualmente dá-se como resultado do enfraquecimento do movimento dos músculos, aliado isto a um debilitamento dos músculos que controlam a fala e o engolir. Tudo isso leva a uma falha respiratória e a uma pneumonia. Não se conhece tratamento que possa travar o avanço da doença.

A situação da recorrente fora-se degradando rapidamente desde que a enfermidade por que era acometida lhe fora diagnosticada em Novembro de 1999. A enfermidade encontrava-se agora num estado avançado. A senhora achava-se essencialmente paralisada do pescoço para baixo, a sua fala não era perceptível e tinha de ser alimentada através de um tubo. A sua esperança de vida era muito reduzida, sendo apenas de semanas ou meses. No entanto, a sua capacidade de intelecto e para tomar decisões era isenta de problemas. A fase final da doença era extremamente dolorosa e degradante. A ora recorrente estava assustada e angustiada com a humilhação que significaria o normal decurso da doença. Ela desejava poder controlar o quando e o como da sua morte e, dessa forma, evitar mais sofrimento e salvaguardar a sua dignidade.

Apesar de não ser crime cometer suicídio, ao abrigo da lei inglesa, a recorrente não podia suicidar-se senão com ajuda de um terceiro. No entanto, constitui crime o auxílio ao suicídio, nos termos do *Suicide Act* de 1961.

A recorrente pretendia suicidar-se com o auxílio do marido. Com essa intenção, o seu advogado endereçou uma carta ao director do Ministério Público, datada de 27 de Julho de 2001 e em nome dela, em que pedia que não julgassem o marido da recorrente, no caso de ele a ajudar a suicidar-se, de acordo com o seu desejo.

O resto do caso pode ser consultado em:

<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22pretty%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%2201-60448%22%5D%7D>. Por economia de espaço e de tempo, para lá remetemos o leitor.

A posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, expressa neste caso, é muito clara. Nesta situação, o mesmo Tribunal declarou que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não permite dela extrair-se nenhum direito que permita aos cidadãos exigir dos Estados-membros a sua ajuda para levar a termo um acto eutanásico ou de auxílio ao suicídio. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considera, de forma contundente e inequívoca, que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não prevê um direito a morrer que dê aos particulares o direito de exigir dos Estados a despenalização da eutanásia activa directa (eutanásia activa de 1º tipo) ou do auxílio activo ao suicídio

(eutanásia activa de 2º tipo). O direito à vida teria, segundo a percepção do Tribunal, um conteúdo essencialmente positivo, o qual afastaria um eventual direito a morrer.

O outro caso que não podemos deixar de comentar é o caso *Haas contra Suíça*. A situação era esta. O recorrente nascera em 1953 e vivia em Meltingen, no Cantão de Solothurn.

O recorrente vinha sofrendo, nos últimos vinte anos, de um grave distúrbio bipolar. Durante este período, tentara suicidar-se em duas ocasiões e permanecera internado em hospitais psiquiátricos várias vezes. Em de Julho de 2004 tornara-se membro da *Dignitas*, uma associação que oferecia, além de outros serviços, suicídio assistido. Partindo do pressuposto que a sua enfermidade, cujo tratamento era difícil, tornava impossível que vivesse com dignidade, o recorrente pediu à referida *Dignitas* que o ajudasse a pôr termo à sua vida. E dirigiu-se a vários médicos psiquiatras pedindo-lhes uma substância letal, qual seja 15 gramas de pentobarbital de sódio, que só pode ser obtido mediante prescrição médica. Mas em vão.

Em 8 de Junho de 2005, o recorrente contactou vários órgãos oficiais, solicitando permissão para obter o tal pentobarbital de sódio de uma farmácia sem necessidade de prescrição, por intermediação da associação *Dignitas*.

O Departamento Federal de Justiça considerou que não tinha jurisdição para conceder tal pedido e rejeitou-o em 27 de Junho de 2005.

Em 20 de Julho de 2005, o Departamento Federal de Saúde Pública rejeitou o pedido do recorrente, com o fundamento de que o pentobarbital de sódio apenas podia ser obtido numa farmácia e sempre mediante prescrição. Também advogou que o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não impunha um dever positivo de criar condições para que fosse cometido suicídio.

Em 3 de Agosto de 2005, o Departamento de Saúde do Cantão de Zurique indeferiu, igualmente, a pretensão do recorrente, argumentando que, na ausência de uma prescrição médica, ele não podia aceder a tal substância numa farmácia. Também reparou que tal direito não podia ser extraído do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A decisão foi confirmada pelo Tribunal Administrativo do Cantão de Zurique em 17 de Novembro de 2005.

Em 20 de Dezembro de 2005, o Departamento Federal do Interior declarou inadmissível o pedido do recorrente contra a decisão de 20 de Julho de 2005, com o argumento de que não se tratava de uma emergência em que uma substância, que

habitualmente requereria uma prescrição médica, pudesse ser entregue sem essa mesma prescrição. Referiu igualmente que apenas um médico podia receitar essa prescrição.

O recorrente apresentou recurso no Tribunal Federal contra as decisões do Departamento Federal do Interior e do Tribunal Administrativo do Cantão de Zurique. Baseando-se, em particular, no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, alegou que esta disposição garantia o direito a escolher morrer e que a interferência do Estado no exercício desse direito apenas era admissível ao abrigo das condições estabelecidas no segundo parágrafo do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Na opinião do recorrente, a obrigação de apresentar uma receita médica, a fim de obter a substância necessária para o suicídio e a impossibilidade de aquisição de uma tal prescrição – que, em sua opinião, era imputável à ameaça que pairava sobre os médicos de ter a sua licença revogada pelas autoridades no caso de prescrever tal substância a pessoas com doenças mentais – constituíam uma violação do direito ao respeito da sua vida privada. O recorrente argumentou que, apesar de essa interferência, essa violação ter sido levada a cabo em conformidade com a lei e prosseguir um objectivo legítimo, não fora, no seu caso, proporcional.

Em 3 de Novembro de 2006, o Tribunal Federal juntou os dois processos e rejeitou os pedidos do recorrente.

O resto do caso pode ser consultado em:

<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22haas%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%222001-102940%22%5D%7D>. Por economia de espaço e de tempo, para lá remetemos o leitor.

Que decidiu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a respeito deste caso? O Tribunal considera que não houve violação do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Pelos argumentos que se seguem. Como sublinha o Tribunal, não era impossível para o recorrente encontrar um especialista preparado para o ajudar. Consequentemente, e na opinião do Tribunal, o direito do recorrente de escolher o tempo e o modo da sua morte não seriam meramente teóricos ou ilusórios (ver caso *Artico*).

Prossegue o Tribunal que, tendo em conta o exposto e a margem de apreciação das autoridades nacionais, considera que, apesar de admitir que os Estados têm o dever positivo de adoptar medidas para facilitar o acto de suicídio com dignidade, as autoridades suíças não incumpriram esse dever no caso em apreço. Para além disso, o Tribunal afirma que o recorrente não sofria de uma doença terminal, mas sim crónica. E que apenas no

caso de doenças terminais seria admissível o auxílio ao suicídio. Pelo que, conclui, não houve violação do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

No caso *Haas*, verifica-se um avanço algo significativo. Apesar de o Tribunal não dar razão ao recorrente, reconhece a possibilidade de alguns Estados-membros do Conselho da Europa permitirem, sob certas condições, o auxílio médico ao suicídio. E que, nesse caso, devem assegurar que o acto de suicídio se dê com dignidade. Este o aspecto mais importante da sentença.

O outro caso que nos propomos comentar é o caso *Gross contra Suíça*. A situação era esta.

A recorrente, Alda Gross, nascera em 1931 e morrera em 2011.

Por vários anos, a recorrente manifestara a sua intenção de pôr termo à vida. A recorrente explicara que a sua situação era progressivamente mais frágil e que não estava disposta a continuar a assistir ao declínio das suas faculdades físicas e mentais.

Em 2005, após uma tentativa de suicídio, a recorrente fora internada seis meses num hospital psiquiátrico. Este tratamento não surtira, contudo, efeito, nem mudara o seu desejo ardente de morrer. Temendo as consequências de outra tentativa de suicídio falhada, a recorrente decidira que queria pôr termo à sua vida, tomando uma dose letal de pentobarbital de sódio. Contactara, para o efeito, uma associação de suicídio assistido – *Exit* –, que lhe comunicara que dificilmente se encontraria um médico disposto a fornecer-lhe tal substância.

Em 20 de Outubro de 2008, um psiquiatra, após ter examinado a recorrente em 13 e 19 de Agosto de 2008, pediu conselho a um especialista, que determinaria se a recorrente era capaz de formar a sua própria vontade. O especialista observou que a recorrente nunca estivera gravemente doente e não teria de passar por uma cirurgia. No entanto, a recorrente notara uma degradação das suas capacidades físicas e, até um certo ponto, das suas capacidades mentais. A sua memória e a sua capacidade de atenção e concentração não eram mais o que costumavam ser. Ela tinha dificuldades em empreender grandes caminhadas e o seu conjunto de actividades e, bem assim, o seu círculo de amigos tinham diminuído. Nestas circunstâncias, desejava, desde há muito, acabar com a sua vida, a qual sentia estava a tornar-se progressivamente mais monótona. Ela mal podia suportar o seu declínio físico. Para além disso, sofria de um eczema e de dores nas costas. E cada mudança de ambiente a amedrontava, aterrorizava. A sua qualidade de vida estava a decair rapidamente. A recorrente também sofria com o facto de não poder falar sobre o seu desejo de morrer com os seus amigos.

Com base num exame psiquiátrico, o psiquiatra, que fora contactado para o efeito, verificou que não havia dúvidas de que a recorrente estava apta para formar as suas próprias convicções. Mais notou que o seu desejo de morrer fora conscienciosamente tomado, que persistia há anos e que não era decorrência de uma doença psiquiátrica. Do ponto de vista psiquiátrico e médico, o psiquiatra contactado não objectava a que fosse fornecido pentobarbital de sódio à senhora. Contudo, recusou ser ele próprio a prescrever a substância, esgrimindo não querer que se confundissem os papéis de médico especialista e médico assistente.

Por cartas de 5 de Novembro de 2008, 1 de Dezembro de 2008 e 4 de Maio de 2009, o representante da recorrente apresentou um pedido junto de mais de três médicos para que lhe fosse fornecida a referida substância. Todos recusaram. Em carta datada de 3 de Dezembro de 2008, outro psiquiatra advertiu que o seu código de conduta profissional médico (*aus standesrechtlichen Gründen*) não lhe permitia fornecer-lhe tal substância, atento o facto de a recorrente não padecer de nenhuma enfermidade. Em carta datada de 11 de Maio de 2009, uma outra médica considerou que o desejo de morrer da recorrente era compreensível. Esta última médica afirmou que estava disposta a examinar a recorrente e, porventura, a fornecer-lhe pentobarbital de sódio, mas sempre sob a condição de o advogado da recorrente garantir que ela não sofreria quaisquer consequências por virtude do código de conduta profissional médico. Quando o advogado da recorrente disse que não podia conceder-lhe tal garantia, a médica contactada recusou o pedido, alegando não querer ser alvo de um moroso processo judicial.

Em 16 de Dezembro de 2008, a recorrente apresentou um pedido junto do Conselho de Saúde do Cantão de Zurique, a fim de lhe serem fornecidos 15 gramas de pentobarbital de sódio. Alegou, para tanto, que não podia continuar indefinidamente à procura de um médico que lhe prescrevesse a dita substância.

Em 29 de Abril de 2009, o Conselho de Saúde rejeitou o pedido da recorrente, reiterando que nem o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nem a Constituição Federal Suíça obrigavam o Estado a fornecer a uma pessoa, que desejava pôr termo à sua vida, os meios para tanto.

O caso pode ser consultado na íntegra em:

[http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-119703#{%22itemid%22:\[%22001-119703%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-119703#{%22itemid%22:[%22001-119703%22]}).

Por economia de espaço e de tempo, para lá remetemos o leitor.

E que disse o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a propósito deste caso? O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entende que, atento o princípio da

subsidiariedade, cabe às autoridades nacionais decidir em que circunstâncias uma pessoa, que não sofre de uma doença terminal, pode adquirir uma dose letal de uma substância que lhe permita pôr termo à vida. Assim, o Tribunal conclui que a ausência de orientações jurídicas claras e abrangentes consubstancia uma violação do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Não toma posição sobre o conteúdo substantivo de tais orientações.

Que conclusões podemos extrair do caso *Gross contra Suíça*? Devemos concluir que, segundo esta decisão, é reconhecido o direito de pôr termo à vida quando e como se pretenda? Pensamos que não. Após uma leitura atenta da decisão, podemos verificar que não há uma verdadeira viragem jurisprudencial. Nem pode afirmar-se que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem venha reconhecer um direito à própria morte, ao abrigo do disposto no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O que faz o Tribunal é repisar alguns dos aspectos já tratados no caso *Haas*. De modo que se um Estado-membro do Conselho da Europa, como é o caso da Suíça, liberalizou, em determinadas circunstâncias, o auxílio ao suicídio, deve dotar essa despenalização de uma adequada garantia jurídica. E deve criar as normas jurídicas que permitam que tanto médicos como pacientes possam conhecer com precisão em que circunstâncias pode o doente valer-se dessa liberalização e pôr termo à sua vida. Mas o Tribunal não se pronuncia sobre o conteúdo substantivo dessas normas. Pelo que, segundo cremos, aceita que determinados Estados-membros procedam à liberalização de certas formas de suicídio assistido.

Em jeito de conclusão, não pode afirmar-se que tenha havido uma verdadeira viragem jurisprudencial ou que o Tribunal tenha reconhecido um direito à morte. O que sucede é que o Tribunal censura, condena o Estado suíço por não ter procedido à aprovação de normas que permitam prever, com segurança, em que circunstâncias pode pôr-se termo à vida, ao abrigo da legislação já criada.

## **V - Tomada de Posição**

### **-Breve comentário à posição de Faria Costa**

Permita-se-nos um breve comentário à posição de Faria Costa. O Autor tem razão quando proclama que o tema da eutanásia é particularmente permeável às nossas convicções. E, convém dizer, trata-se de uma matéria em que, para usar as suas palavras, todas as incompreensões são possíveis.

Também é verdade que a morte constitui um daqueles fenómenos que nos são absolutamente opacos. Como é bom de ver, os mortos não podem renascer e, desse jeito, explicar-nos o que lhes aconteceu, qual foi a sua sensação, etc.

O horizonte religioso assume particular relevo. A morte é um tema privilegiado em qualquer religião. O que importa reter aqui é que devemos procurar abstrair-nos o mais possível da questão religiosa. Contudo, ela sempre pairará, de alguma forma, sobre nós.

Um dos aspectos que mais ressaltam na obra de Faria Costa é a constatação do extraordinário aumento da esperança de vida que se deu nas últimas décadas. Este aumento da esperança de vida acarretou, fora de dúvida, novos problemas não apenas à ciência médica, mas também ao direito penal. O aumento da esperança média de vida foi de tal monta que hoje discute-se se será sustentável o Estado Social. E não é descabido falar-se actualmente de uma quarta idade.

Porém, como é bom de ver e como é realçado por Faria Costa, este extraordinário aumento da esperança de vida não pode fazer-nos esquecer da dimensão qualitativa da vida humana. Ora, uma pessoa pode atingir cem anos de idade e mais até. Mas é vão atingir essa idade se não se mantiver a tão desejada qualidade de vida.

Aquele limiar para lá do qual a dor se torna insuportável varia de pessoa para pessoa, é certo. Porém, é importante lembrar, como faz o Autor, que existe um momento em que a dor se torna, objectivamente e independentemente da pessoa, insuportável. Há que lançar mão da cláusula geral do homem médio. O direito penal não pode tomar em linha de conta os comportamentos de heroicidade ou de santidade. Apesar de estes serem importantes para o progresso da humanidade, não podem ser erigidos a valores que mereçam a tutela do direito penal. Faria Costa está completamente certo a este respeito.

O Autor coloca a ênfase na autodeterminação. E com razão. O poder jurídico que o sujeito carrega é a autodeterminação. Essa autodeterminação, como referimos a seu tempo, constitui um trunfo do sujeito contra o Estado e contra a instrumentalização daquele por este. Porém, a autodeterminação deve ser usada de maneira responsável. O sujeito é livre de dar o rumo que entenda à sua vida. Mas será responsável pelas consequências, sejam elas boas ou más dos seus actos.

O artigo 24º,nº1 da Constituição da República Portuguesa constitui um *definitional stop*. Mas não pode dizer-se, segundo o pensamento do Autor, que estejamos perante um *definitional stop* absoluto. Tem razão. A primeira prova disso é o facto de a legítima defesa não ser punida. Neste caso o direito penal, não pune, nem poderia punir o agente que actua em legítima defesa.

Faria Costa alude a algumas experiências estrangeiras. É referido que países como a Bélgica e a Holanda passaram a permitir, sob certas condições, a eutanásia activa.

Nos últimos anos, é um dado adquirido que se deu uma alteração do modelo compreensivo do acto médico. Passou a assumir inegável importância a autodeterminação do paciente. Pode, por conseguinte, afirmar-se, até certo ponto, que o modelo paternalista foi substituído pelo modelo de autonomia. Prova disso é o artigo 156º do Código Penal, que pune os tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. Porém, dizemos «até certo ponto» porque o legislador ordinário continua a punir o homicídio a pedido da vítima e o incitamento ou ajuda ao suicídio nos artigos 134º e 135º do Código Penal, respectivamente.

Cabe ainda chamar à colação, na construção do Autor, o testamento biológico. Ele tem sido criticado pelo facto de poder suceder a vontade, que é manifestada no momento em que é redigido o testamento biológico, não coincidir com a vontade no momento em que o agente está, suponhamos, em coma no hospital. Convém não tomar estas críticas com demasiada seriedade. É que, nesse caso, não seria possível a existência do testamento biológico ou vital.

O Autor propõe a não punibilidade da eutanásia activa. Mas coloca-se, sem bem se percebe, numa postura *de iure condendo*. E não poderia ser doutra forma. A lei é clara ao punir a eutanásia activa.

#### **-Breve comentário à posição de Teresa Quintela de Brito**

Teresa Quintela de Brito faz uma proposta *de lege ferenda*, referida aos casos de autolesão da vida e de auxílio médico activo ao suicídio do paciente em “contexto eutanásico”. Temos aqui em vista, segundo parece, a eutanásia activa de 2º tipo, na modalidade de auxílio activo ao suicídio, que é punida pelo artigo 135º do Código Penal.

A Autora começa por reafirmar a necessidade de ponderar sobre o tratamento a dar ao auxílio activo ao suicídio de doente incurável, em fase terminal, sujeito a um sofrimento de tal modo lancinante que já não pode ser minorado sequer com recurso a cuidados paliativos. Como explica, no caso de auxílio activo ao suicídio (eutanásia activa de 2º tipo), de justificação e não de atipicidade se fala. Pelas razões seguintes:

-Primeira, o auxílio activo ao suicídio não cabe no conceito de acto médico, uma vez que não se trata de conduta destinada à preservação da vida ou da sua qualidade;

-Segunda, o auxílio activo ao suicídio assumir-se-ia como uma interferência de terceiro na autodeterminação de outrem sobre a sua vida. Ora, sendo a disponibilidade da vida pelo seu titular uma liberdade sua, seria evidente a necessidade de evitar que terceiros se imiscuissem no exercício dessa liberdade.

A ajuda activa ao suicídio continua a tratar-se, segundo refere, de uma intromissão de terceiro na materialização de decisão de deixar de viver do titular da vida. Porém, a Autora afirma que negar ajuda de um terceiro seria colocar o moribundo ante uma enorme aflição, aporia ou sofrimento. Perante isto, sobriariam duas alternativas: ou o moribundo viveria por mais algum tempo, sujeito a um sofrimento horrível ou então poderia termo à sua vida de forma degradante e desumana.

Ora, ambas as alternativas constituíram uma clara denegação da liberdade de dispor da própria vida e da autodeterminação do paciente. Posto isto, não seria preferível permitir a interferência de um terceiro? A Autora responde afirmativamente, trazendo à colação o princípio da solidariedade social.

Reafirma-se a necessidade de distinguir autolesão e heterolesão da vida. A sua distinção nem sempre seria fácil, como adverte Teresa Quintela de Brito. Porém, haveria critérios suficientemente operativos, que permitiriam essa distinção. A autolesão pressuporia, então, o domínio sobre o acto que, de forma imediata e irreversível, produz a morte: a vítima que toma o copo com veneno detém o domínio do facto que provoca a sua morte.

Teresa Quintela de Brito afasta liminarmente a hipótese de conflito de deveres (artigo 36º do Código Penal), porquanto não existiria qualquer do médico de debelar a dor e o sofrimento do paciente, a pedido deste, contribuindo, dessa forma, activamente para o seu suicídio.

Depois de concluir não existir um dever de agente de se intrometer no conflito de bens, a Autora pondera a hipótese de estado de necessidade justificante. E afasta essa possibilidade, porque dificilmente poderia afirmar-se que existisse uma superioridade da dimensão qualitativa da vida sobre a sua dimensão quantitativa e que essa mesma superioridade surgisse como sensível e manifesta.

A última alternativa passaria por lançar mão do consentimento do ofendido. Traz-se à colação o artigo 149º, nº1 que, para efeitos de consentimento, apenas estabelece a livre disponibilidade da integridade física. Quer isto significar que a vida também é indisponível? A Autora responde que a vida apenas é indisponível em relação a ataques perpetrados por terceiros.

Segundo a expressão da Autora, o auxílio activo de terceiro constituiria uma interferência de estranho numa decisão já livremente tomada pelo titular do bem vida. Tratar-se-ia de um facto de pessoa diversa do titular dos bens tutelados pelo artigo 135º, ou seja, o moribundo, a vítima. Poderia, dessa forma, ter lugar o consentimento do ofendido. Ponto seria que o facto não ofendesse os bons costumes.

Teresa Quintela de Brito conclui, se bem se percebe no plano do direito constituído, que o auxílio activo ao suicídio não é punido, verificadas três circunstâncias:

- que o moribundo se encontre em “contexto eutanásico”;
- que haja uma livre decisão de suicídio por ele anteriormente tomada;
- que o auxílio prestado se traduza no fornecimento do meio necessário a uma morte humana.

A conclusão da Autora, no sentido de considerar lícito, com fundamento em consentimento, o auxílio activo ao suicídio parece-nos forçada. A lei é muito clara ao punir o auxílio activo ao suicídio no artigo 135º do Código Penal. A constatação da Autora seria como que deixar entrar pela janela aquilo que a lei não pretendeu deixar passar pela porta. Sem embargo, concordamos com a sua proposta de regulamentação, que passa pela revogação da punição do auxílio activo ao suicídio em certas circunstâncias.

#### **-Breve comentário à posição de Manuel da Costa Andrade**

Costa Andrade reafirma a necessidade de se operar a distinção entre consentimento e acordo. O acordo excluiria a tipicidade, ao passo que o consentimento afastaria a ilicitude.

Vimos a seu tempo que, no caso do acordo, em causa estão os crimes de coacção. Se alguém dá o seu acordo, não existe sequer uma situação de coacção justificada. Também pudemos ver que, no caso do consentimento, se verifica o tipo. Temos aqui em vista os tipos de dano e de lesão.

Há um aspecto que caracteriza o nosso sistema jurídico-penal: ele pune autonomamente os tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. O artigo 156º do Código Penal consagraria, segundo a expressão de Costa Andrade, o triunfo da autodeterminação. É verdade. Como é bom de ver, nos últimos anos o modelo de autonomia tem-se imposto sobre o modelo paternalista. Prova disso é a incriminação daquele que, contra a vontade do doente, lhe extirpa um tumor. Como aparte diga-se que, em virtude da assunção desse modelo de autonomia, tem sido defendida, sob certas condições, a legalização da eutanásia activa, quer de 1º, quer de 2º tipo.

Porém, certo é que, em caso de dúvida, o médico deve proceder ao tratamento. E não poderia ser doutra forma. A vida constitui, provavelmente, o valor mais sagrado do nosso ordenamento jurídico. *In dubio*, por conseguinte, a vida sempre deve ser salva. Apesar de, até certo ponto, dar guarida ao modelo de autonomia, o legislador foi cauteloso. Não é por puro acaso que o procedimento criminal depende de queixa, nos termos do disposto no artigo 156º, nº4 do Código Penal.

Costa Andrade aponta que a tutela penal é caracterizada pela fragmentariedade. O artigo 157º do Código Penal exclui a punibilidade quando o esclarecimento 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.

## VI - Conclusões

Percorrido este caminho, cabe extrair conclusões. Em primeiro lugar, daremos notícia da nossa posição no plano do direito constituído ou, se se preferir, *de iure constituto*.

Perante o direito constituído, são permitidas a eutanásia indirecta e a eutanásia passiva. Pelo menos à vista desarmada, a eutanásia activa (de 1º e de 2º tipo) não é consentida.

A eutanásia indirecta, que, como referimos a seu tempo, se dá quando ao doente em fase terminal se administram medicamentos, como a morfina, para mitigar as suas dores, apesar de se ter a consciência absoluta de que isso apressará a sua morte, é permitida quer no sistema jurídico alemão, como demos nota, quer no sistema jurídico português. A favor deste entendimento depõem o artigo 150º, nº1 do Código Penal e, bem assim, as *leges artis* da medicina. Certo, quando se administram grandes doses de morfina no paciente, isso acabará por matá-lo. Mas, se tal não fosse consentido, o doente passaria por um sofrimento atroz, o que violaria, queiramo-lo ou não, o princípio da dignidade da pessoa humana, que surge consagrado no artigo 1º da Constituição da República Portuguesa.

Por conseguinte, a eutanásia indirecta não se subsume, nem poderia subsumir-se nos artigos 131º, 132º, 133º, 134º e 135º do Código Penal. O dolo poderá ser eventual ou directo. No caso de o médico estar seguro de que, ao administrar opiáceos no paciente, lhe provocará, por essa via, a morte, então falar-se-á de dolo directo. No caso de ele apenas admitir que isso possa acontecer, será mais correcto falar-se de dolo eventual. Como dissemos a seu tempo, mesmo que o paciente ainda não esteja moribundo – por hipótese, o paciente tem um tumor cerebral mas a morte não acontecerá logo, mas só daí a um ano -, se ele for acometido por enormes dores, o doente deve ser autorizado a administrar-lhe opiáceos, mesmo sabendo que, com isso, o paciente morrerá numa questão de dias. Quando o paciente esteja moribundo e sinta enormes dores, não restam dúvidas de que o médico pode administrar-lhe opiáceos. Podemos perguntar-nos o que sucede quando o paciente não tenha manifestado a sua vontade. Então deverá tomar-se em consideração a sua vontade presumida, como demos notícia antes.

Como já vimos, há quem defenda *de iure condendo* e até de *iure constituto* a eutanásia activa de 2º tipo, na modalidade de auxílio activo ao suicídio. Teresa Quintela de Brito é a que vai mais longe. Para a Autora, mesmo perante o direito constituído, o auxílio activo ao suicídio seria, em casos circunscritos, permitido pelo direito penal. Como vimos atrás,

a Autora defende a criação de legislação expressa, que permita o auxílio activo ao suicídio. Remetemos para o que ficou dito atrás.<sup>196</sup>

Em traços gerais, concordamos com as opiniões manifestadas por Faria Costa e Teresa Quintela de Brito. Faria Costa está certo quando refere que a heroicidade não pode ser elevada a bem jurídico carecido de protecção jurídico-penal. Não pode (ou não poderia) exigir-se do ser humano a sua sujeição a dores imensas, como comenta o Autor. Mas é evidente que, quando o paciente, por razões morais ou religiosas, queira passar por tamanhas dores, o direito penal não deveria opor-se. Deveria encarar, com o mais denso respeito, essa opção do paciente. Se este quer ter uma morte lenta e dolorosa, o direito penal não deveria opor-se-lhe.

Segundo Teresa Quintela de Brito, “De rejeitar liminarmente é a hipótese de conflito de deveres jurídicos (artigo 36º do Código Penal), pois (...) inexistente qualquer dever (ético ou jurídico) do médico de debelar a dor e o sofrimento do paciente, a pedido deste, contribuindo activamente para o seu suicídio.”<sup>197</sup>

Mais à frente, refere a Professora que “Inexistindo um dever do agente de se imiscuir no conflito de deveres, resta considerar a hipótese do estado de necessidade justificante.”<sup>198</sup>

A Professora advoga que a última alternativa consiste em “excluir o conteúdo de ilícito penal do auxílio activo, no contexto e na condição assinalados, com base no consentimento do ofendido, isto é, daquele cuja autodeterminação relativamente à vida sofreu interferência de terceiro, no que concerne à concretização da decisão de “deixar de viver”.”<sup>199</sup>

Prossegue a Autora – “As dúvidas surgem logo em face do disposto no artigo 149º (...) Deverá extrair-se deste preceito que o ordenamento jurídico-penal tem a vida por bem jurídico indisponível?”<sup>200</sup> E adianta a Autora – “Considerando-se quanto se disse, a conclusão que se impõe é a de que a vida apenas é indisponível relativamente a ataques perpetrados por terceiro. A esta luz como qualificar o facto do auxílio ao suicídio?”<sup>201</sup>

---

<sup>196</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 609 e páginas 46 e seguintes da nossa exposição

<sup>197</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 607

<sup>198</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 607

<sup>199</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 608

<sup>200</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 608

<sup>201</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 608

Conclui a Autora que o auxílio activo ao suicídio, verificadas certas circunstâncias, não é punido. Remetemos o leitor para a obra citada.<sup>202</sup>

A posição de Teresa Quintela de Brito encontra-se bem estruturada. Mas, perante o direito constituído, não pode ser defendida. Portanto, a eutanásia activa de 2ºtipo, na modalidade de auxílio ao activo ao suicídio, deve ser punida.

Não parece que a punição da eutanásia activa de 2ºtipo (que é punida pelo artigo 135º do Código Penal), mesmo em casos extremos, possa ser tida por inconstitucional, designadamente por violação do artigo 1º da Constituição da República Portuguesa. A admissibilidade da eutanásia activa de 2ºtipo é, pois, uma mera opção política, que depende da disposição do legislador ordinário. Por outras palavras, a lei fundamental do Estado não impõe nem impede o legislador ordinário de permitir a eutanásia activa de 2ºtipo. Essa é uma problemática que cabe na liberdade de conformação legislativa. O legislador é, por conseguinte, livre de consagrar a punibilidade dessa forma de eutanásia. E não pode ser censurado por isso. O mesmo se diga em relação à eutanásia activa de 1ºtipo (que é punida pelo artigo 134º do Código Penal). O legislador ordinário é também aqui livre de consagrar a sua punibilidade. Mas nada impede que haja, em certas circunstâncias, uma liberalização deste tipo de eutanásia.

FIM

---

<sup>202</sup>Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004, página 609

## VII – Bibliografia

António José dos Santos Lopes de Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo, Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal – Direito sobre a Vida ou Direito de Viver?, Coimbra

Claus Roxin, Eutanasia y suicídio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Dezembro de 2001, Editorial Comares

Claus Roxin, Derecho penal, parte general, tomo I, 1997, Editorial Civitas

Günter Stratenwerth, Derecho Penal. Parte General. El hecho punible tradução da 2ª edição alemã (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982

José de Faria Costa, *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias

Manuel da Costa Andrade, Consentimento e acordo em direito penal, 2004, Coimbra Editora, Reimpressão

Teresa Quintela de Brito, Boletim da Faculdade de Direito – VOL. LXXX, Coimbra, 2004