



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A delimitação entre o incitamento ao suicídio de menores e a autoria mediata de homicídio

Análise crítica do art. 135º nº2 do CP

Beatriz Fontoura de Aguiar Pinto

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A delimitação entre o incitamento ao suicídio de menores e a autoria mediata de homicídio

Análise crítica do art. 135º nº2 do CP

Beatriz Fontoura de Aguiar Pinto

Orientador: Professora Doutora Maria da Conceição Cunha

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

Aos que já partiram e levaram um pedaço de mim.

Aos meus pais por serem a razão do meu viver.

“As questões relativas à vida e à morte são uma das mais importantes e instigantes do Direito, pois envolvem não só o que temos de mais relevante, mas também dizem respeito ao que somos, ao que fomos e ao que pretendemos ser.”

Roberto Dias

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais por acreditarem sempre em mim e por me proporcionarem tudo o que preciso para alcançar os meus objetivos, não há palavras que agradeçam o quão abençoada sou por os ter na minha vida.

Aos meus irmãos e ao Manuel por me terem apoiado nos dias em que perdia o ânimo.

Ao Miguel que, mesmo sem saber, me deu forças para continuar, principalmente quando estava perto de desistir.

Às minhas amigas e colegas de Mestrado por tornarem esta “caminhada” inesquecível.

À minha tia Adozinda, que carinhosamente se disponibilizou a ajudar para que tudo corresse bem.

Por último, mas não menos importante, agradeço à Senhora Professora Doutora Conceição Cunha, por me ter guiado e, acima de tudo, por ter despertado o meu espírito crítico. Não poderia ter escolhido melhor orientadora.

Sem eles nada disto seria possível, dirijo-lhes o meu mais sincero obrigada.

RESUMO

O presente trabalho de investigação versa sobre o incitamento ao suicídio de menores e sobre a linha ténue que o distingue da autoria mediata de homicídio.

Tomando como referência e base de toda a investigação o bem jurídico vida humana, bem jurídico basilar do nosso ordenamento jurídico, e, em especial, a necessidade de proteção da vida das crianças e jovens, observamos que, no caso do incitamento ao suicídio de menores, estes se encontram numa posição vulnerável, sendo por vezes instrumentalizados a pôr fim à própria vida, devendo esses casos ser enquadrados na autoria mediata de homicídio. É assim que surge a questão central: entender quando há instrumentalização do menor e, a partir daí, delimitar os casos de homicídio por autoria mediata dos casos de incitamento ao suicídio.

Após breve referência ao bem jurídico vida humana, analisámos o suicídio como pertencente a uma zona livre de Direito, fazendo também alusão à ideiação suicida nos jovens. Aliamos ainda ao estudo a análise da (in)capacidade de valoração e autodeterminação dos menores.

Procedemos à análise comparativa dos tipos legais de crime previstos nos arts. 134.º e 135.º do Código Penal e, no âmbito deste último tipo legal, diferenciamos o “auxílio” do “incitamento”, questionando o (des)igual desvalor das condutas. Partimos então para a delimitação de duas diferentes formas de autoria que relevam para a presente dissertação – autoria mediata e instigação.

Delimitamos ainda a autoria mediata de homicídio do incitamento ao suicídio, inicialmente através do critério geral do art. 26.º do CP, para mais tarde o fazermos relativamente a menores e tendo em consideração as principais soluções da doutrina alemã. Por fim, procedemos à análise crítica ao n.º 2 do art. 135.º, aludindo aos eventuais problemas que o artigo suscita e respetivas sugestões para a sua resolução.

Palavras-chave: Vida; Suicídio; Incitamento; Autoria Mediata; Instigação; Menores; Maturidade; Capacidade; Domínio do Facto

ABSTRACT

This essay has a thorough research effort about the suicide incitement in underage individuals and the thin line which separates it from mediated authorship of homicide.

This research is based on the value of human life and has a special focus on the necessity of protecting children's lives. As we've observed in cases of suicide incitement, their lives become increasingly vulnerable and they are so often instrumentalized to put an end to their life, these situations should be considered as mediate authorship of homicide. From this premise emerges the focal point: understanding when does a minor becomes a victim of instrumentation and from there forward delimitate which are mediate authorship of homicide and which are suicide incitement.

After this light reference on the legal understanding of human life, we analyze suicide as belonging to a free of Law zone, along with the allusion to the perception that minors have of suicide. In addition to the study, it is examined the (in)ability of appraisal and self-determination in minors.

Afterwards we proceed to the comparative analysis of the types of legal crimes foreseen in the arts. 134.º and 135.º of the Portuguese Penal Code, within the scope of the last-mentioned type of legal crime, it is made a disjuncture between "assistance" and "incitement", questioning the difference of devaluation of both behaviors. Next step in line is to set boundaries among the two different forms of authorship that are meaningful to this thesis: mediate authorship and instigation.

Moreover, the separation of mediate authorship of homicide and suicide incitement it's made, initially through the general criteria of the art. 26.º of the CP, this much so that later on it can be applied in the case of minors, taking into account the preeminent solutions from the German doctrine. Finally, the critical analysis to the n.º 2 of the art. 135.º follows, adverting to the occasional problems stated in the article and respective suggestions to its solution.

Key Words: Human life; Suicide; Incitement; Mediate Authorship; Instigation; Minors; Maturity; Capacity; Domain of the Fact

ÍNDICE

Resumo	7
Abstract	8
Advertência	11
Siglas e Abreviaturas	12
Introdução	13
Capítulo I	
<i>O tipo objetivo de ilícito</i>	
1.1. O bem jurídico vida e o direito à vida	15
1.2. Suicídio	16
1.2.1. Suicídio em Portugal	18
1.3. Ideação suicida nos jovens	20
Capítulo II	
<i>Maturidade e Consentimento nos jovens</i>	24
Capítulo III	
<i>Delimitação de tipos legais de crime e distinções legais</i>	
3.1. Distinção entre Incitamento ou Auxílio ao Suicídio e Homicídio a Pedido da Vítima	30
3.2. Incitamento e Auxílio: igual desvalor da conduta?	32
Capítulo IV	
<i>Conceção Geral da Autoria</i>	
4.1. As concretas formas da autoria	34
4.2. Critérios gerais de delimitação entre autoria mediata e instigação	37
Capítulo V	
<i>Delimitação entre Incitamento ao Suicídio e Autoria Mediata de Homicídio de menores de 16 anos – análise crítica do art. 135º nº2 CP</i>	
5.1. Contextualização do Problema	40
5.2. A linha ténue que separa o incitamento ao suicídio e a autoria mediata de homicídio	41
5.2.1. Distinção entre incitamento ao suicídio de menores e autoria mediata de homicídio através dos critérios gerais de delimitação previstos no art. 26º	42

5.2.2. Distinção entre incitamento ao suicídio (de menores) e autoria mediata de homicídio na doutrina alemã	44
5.2.2.1. Solução da Culpa	44
5.2.2.2. Solução do Consentimento	45
5.2.3. Aplicabilidade prática e (in)compatibilidade das soluções da culpa e consentimento com o Direito Penal português	46
5.3. Reflexões Finais	47
Conclusão	54
Bibliografia	57

ADVERTÊNCIA

A presente dissertação segue o novo acordo ortográfico de 1990, salvo citações dos diversos autores cuja grafia original foi respeitada.

Todos os artigos que não possuam indicação expressa em contrário dizem respeito ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março.

As citações obedecem ao método Autor-Data, com a menção do nome do Autor, ano de edição da obra e da(s) página(s) relevantes.

Algumas citações permanecem em inglês para que a tradução não comprometa o seu verdadeiro significado.

Na bibliografia encontram-se indicadas todas as obras consultadas e citadas ao longo do presente trabalho de investigação, sendo que os Autores se encontram ordenados por ordem alfabética, em razão do apelido.

Quando não se indica o nome do autor, é porque este não se encontra referenciado no documento/site consultado.

A jurisprudência consultada e citada foi consultada na base de dados jurídico-documental do IGFEJ online, no site <http://dgsi.pt/>.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

APA – American Psychological Association

Art. - Artigo

Arts.- Artigos

Cap. – Capítulo

CC- Código Civil

Cfr. – Conforme

Consult. - Consultado

CP- Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DP – Direito Penal

i.e. – isto é

N.º - Número

OMS – Organização Mundial da Saúde

OPAS – Organização Pan-Americana da Saúde

p. – página

p.e.p. – previsto e punido

p. ex. – por exemplo

pp. – páginas

ss. – seguintes

Vol. - Volume

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

O direito português faz parte do leque de ordenamentos jurídicos que preveem e punem o incitamento ou ajuda ao suicídio de forma expressa e autónoma, tendo sido este crime – art. 135.º - introduzido no CP de 1982. O bem jurídico que este tipo legal de crime visa proteger é a vida humana – art. 24.º CRP - e o que se pune não é o ato final que irreversivelmente provoca a morte – suicídio – dado que este não se trata de um crime, mas sim, a influência que um terceiro exerce para esse fim, seja através do incitamento seja através da ajuda.

O art. 135.º n.º 2 prevê um agravamento da moldura penal nos casos de incitamento ao suicídio de menores de 16 anos eliminando, conseqüentemente, o enquadramento desses casos no âmbito da autoria mediata de homicídio.

A presente dissertação tem como foco a análise da solução adotada pelo ordenamento jurídico português relativamente à delimitação entre incitamento ao suicídio e autoria mediata de homicídio no caso dos menores, procurando entender se é a que melhor se adequa à tutela dos mais jovens, explorando simultaneamente eventuais hipóteses de alteração.

Trata-se de um problema com importância prática evidente desde logo dada a diferente moldura penal dos tipos legais de crime envolvidos, sendo esta mais gravosa no caso da autoria mediata de homicídio, simples ou qualificado, onde a pena pode atingir, no máximo, 25 anos, e mais leve no incitamento ao suicídio, onde a pena pode atingir, no máximo, 5 anos.

Para além do que acabámos de referir, a evolução das tecnologias potencia o aumento de casos de instrumentalização de menores ao suicídio, dada a sua maior exposição e conseqüente aumento da vulnerabilidade.

Iniciamos por abordar o valor e bem jurídico – vida humana – protegido constitucional (art. 24.º) e penalmente. Partimos para a análise do suicídio como pertencente a uma área livre de Direito e procurámos saber qual o seu impacto a nível nacional e relativamente aos mais jovens, abordando a ideação suicida nessa faixa etária.

Tendo como garantido que a maturidade é um processo gradual que ocorre durante toda a adolescência, partimos para o estudo e investigação das alterações relativas à maturidade cognitiva e maturidade psicossocial para conseguir entender como ocorre o

mencionado processo e a partir de que idade é que o jovem tem maturidade e capacidade suficientes para compreender o significado, alcance e consequências do suicídio. Este capítulo em que o Direito se alia às Neurociências e à Psicologia terá um grande impacto em toda a dissertação.

Após distinguirmos o art. 134.º do art. 135.º e compreendermos as diferenças entre incitar e ajudar – avaliando se haverá o mesmo desvalor da conduta – partimos para a delimitação de duas diferentes formas de autoria que relevam para a presente dissertação – autoria mediata e instigação.

Alcançado o capítulo final, procedemos à contextualização do problema através da análise de casos de incitamento ao suicídio de menores; procuramos delimitar o incitamento ao suicídio de menores e a autoria mediata de homicídio, iniciando de uma forma geral, tendo em atenção o art. 26.º do CP, a doutrina portuguesa e a distinção feita no capítulo anterior, para mais tarde o fazermos relativamente a menores e tendo em consideração as principais soluções da doutrina alemã: a solução da culpa e a solução do consentimento.

Finalizado o trabalho de investigação e após avaliação da (in)compatibilidade das soluções da doutrina alemã com o Direito Penal português, desenvolvemos uma reflexão final onde, através de todo o estudo feito, se cumpre dar resposta a várias questões que o art. 135.º n.º 2 do CP levanta, tais como: terá um menor capacidade para se autodeterminar em relação à sua morte? Será a decisão de um menor que retira a própria vida livre e consciente? Tendo em atenção as respostas dadas, a disposição legal protege da melhor forma os menores? Ou dever-se-ia admitir a existência de um limite etário a partir do qual a determinação do menor ao suicídio implicaria sempre autoria mediata de homicídio?

Terminamos com a síntese das principais conclusões a que chegamos.

I. O TIPO OBJETIVO DE ILÍCITO DO ART. 135.º DO CP

1.1.BEM JURÍDICO VIDA E DIREITO À VIDA

O ordenamento jurídico português encara a proteção do bem ou valor vida humana¹ como uma das suas funções axiais. O direito valora a vida como um “pedaço” de algo mais, a manifestação da união vida e pessoa, corpo e espírito. É esta união que é objeto de proteção.²

Qualquer que seja o significado atribuído, a vida e o direito à vida são base e pressuposto para a existência de muitos direitos. Surgindo a problemática de, para além de direito e pressuposto, existir um dever de viver; ou se, pelo contrário, existe escolha e “direito à morte”, estando aqui em causa o problema da eutanásia. Não é sobre tal questão que versa a presente dissertação.

Da análise do disposto no art. 70.º n.º 1 do Código Civil, retiramos que o direito à vida é irrenunciável e inalienável, não podendo ser limitado legal ou voluntariamente. Mesmo abrindo portas ao “direito a morrer”, este seria de cada um, não podendo os outros dispor de uma vida que não a sua.

Não sendo o suicídio, atualmente, penalmente censurável, algumas sanções mantêm-se, como a do homicídio a pedido da vítima e do auxílio ou incitamento ao suicídio, sendo que o que se criminaliza não é a autolesão do bem vida, mas sim a heterolesão. Censura-se a quota-parte exercida por mão alheia, por intermédio de outrem.

Afastando exceções, como a legítima defesa, o bem jurídico vida é, em regra, indisponível para terceiros, não havendo na lei portuguesa atual³, como foi dito, um direito ou dever de matar, ainda que, em forma de ajuda ou a pedido da vítima.

Trata-se de um direito inerente à pessoa, devendo perfazer-se sob a conceção do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo o Estado obrigação de assegurar e promover a qualidade de vida de todos os seus cidadãos.

¹Sendo que esta proteção abarca não só as vidas nascidas, bem como a vida intrauterina. Neste sentido, GODINHO, 2012, p. 92

²GODINHO, 2012, p. 92

³Cabe referir que, a 29 de janeiro de 2021 foi aprovada pela Assembleia da República a lei de despenalização da eutanásia, contudo o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade da mesma estando na base da decisão a “violação do princípio de determinabilidade da lei” e “insuficiente densidade normativa” da proposta.

1.2.SUICÍDIO

O tipo legal do art. 135.º do CP prevê a punibilidade das condutas de terceiros que auxiliem ou incitem uma pessoa a cometer suicídio. Cabe, então, fazer, a título de enquadramento das noções subjacentes à presente dissertação, a delimitação do conceito de suicídio.

De acordo com o nosso CP, para que haja preenchimento do tipo objetivo de ilícito de homicídio é necessário que se mate outra pessoa, i.e., pessoa diferente do agente. Significa isto que, atentar contra a própria vida – suicídio - não se enquadra num “homicídio de si mesmo”, nem se trata de facto punível.

Suicídio deriva do latim *sui* (a si mesmo) *caedere* (matar) e significa a morte de si mesmo, ou seja, a própria pessoa decide do *se* da própria morte.⁴ Trata-se de um ato pessoal, fruto de uma tomada de decisão individual - do suicida - que, com plena consciência⁵ do seu significado e no âmbito da sua liberdade e autodeterminação, escolhe a morte em detrimento da vida.⁶

Quando existe uma influência externa decisiva na formação da decisão, estamos perante o crime de incitamento ao suicídio, e caso haja cooperação na tomada de decisão e execução do suicida, então, estaremos perante o crime de ajuda ao suicídio (ambos previstos e punidos pelo art. 135.º do CP).⁷ Neste tipo legal o que se pune não é a autolesão, mas sim a heterolesão do bem jurídico vida.

Não se pode falar em suicídio por negligência ou imprudência, nem se pode considerar como suicídio a prática de atos conducentes à própria morte resultantes de psicose obsessiva pela autodestruição que retire ao indivíduo a “resistência moral” e o mínimo discernimento sobre o significado do seu ato, porque tal torna o agente incapaz de ter o domínio do acontecimento. Surge a seguinte questão relativa aos menores: têm estes a tão aclamada capacidade? Responderemos à questão mais à frente.

⁴ANDRADE, 2012, p. 140

⁵Relativamente à plena consciência, este pressuposto gera em nós grandes dúvidas, sendo que segundo estudos científicos, que mencionaremos infra, a esmagadora maioria dos suicídios provém de situações depressivas ou de outras doenças de foro psiquiátrico. Segundo SHNEIDMAN *apud* LEENAARS, 2010, p.8, o protótipo do suicida é o daquele que corta a garganta e, ao mesmo tempo, chora por socorro

⁶BARRELAS, 2016, p.12

⁷SILVEIRA, 1990, p. 11

De acordo com VALADÃO SILVEIRA⁸ o suicídio pode ser cometido por ação – quando a pessoa age contra a própria vida, de forma ativa - ou omissão – sempre que, face a um perigo iminente e estando a pessoa na possibilidade de o impedir e suster, voluntária e intencionalmente não o faça, com *intentio occisiva*. Quando há abstenção da prática de determinado ato que garanta a vida, tendo a pessoa conhecimento de que com essa abstenção o fim seria a morte, estamos perante um suicídio, porque a finalidade é uma: a morte.

Ressalvamos que, a recusa de tratamento médico nunca se considera suicídio, e nunca o médico que respeita essa vontade do doente comete homicídio por omissão, isto porque nunca há introdução de uma nova causa para que ocorra a morte. Tomemos como exemplo o caso em que o doente, recusa a terapêutica por a considerar desconforme aos seus valores morais, ou até mesmo moralmente ilícita (como é o exemplo das testemunhas de Jeová, que recusam transfusão de sangue por questões religiosas) ou o caso em que o doente recusa o tratamento porque este pode ser um martírio.⁹

Após a delimitação dos elementos essenciais da estrutura objetiva e subjetiva do ato, cumpre fazer uma mais concreta delimitação do conceito e, de acordo com VALADÃO SILVEIRA, suicídio é “(...) um comportamento voluntário dirigido à própria morte, possuindo o autor o domínio do acontecimento e um limiar de consciência bastante para compreender o sentido existencial de tal conduta”.¹⁰

Cabe mencionar que, mesmo sendo o suicídio um ato voluntário, em termos de vontade não se pode equiparar a todas as outras ações humanas¹¹, dado que a percentagem de suicídios cometidos por pessoas sem história clínica no âmbito de psiquiatria é inferior a 10%, logo, a probabilidade de se tratar de um ato plenamente consciente, livre e, por conseguinte, totalmente voluntário, são mínimas.¹²

O estudo e investigação acerca da ilicitude, licitude ou zona livre de direito do suicídio tem utilidade no sentido em que ajuda a “arrumar” o suicídio na ordem jurídica. Não tem importância relativamente à pessoa que se pretende suicidar, mas sim

⁸SILVEIRA, 1990, p. 13 ss.

⁹Relativamente aos vários entendimentos acerca da omissão, *vide* ANDRADE, 2012, Anotação ao art. 134.º

¹⁰SILVEIRA, 1990, pp. 16/17

¹¹Em sentido contrário, FERRÃO, 1857, pp. 44/45 “o suicídio é um acto voluntário como são, em regra, todas as acções humanas (...)” *apud* SILVEIRA, 1990, p. 26

¹²Cfr. SILVEIRA, 1990, p. 26 e OMS, 2006, p. 5 - a realidade demonstra que 90% dos casos de suicídio estão relacionados com perturbação mental e 60% dos indivíduos sofrem de depressão.

relativamente aos deveres jurídicos de terceiros face ao suicídio e até mesmo em termos de contribuição para o mesmo (art. 135.º CP).

1.2.1. O SUICÍDIO EM PORTUGAL

As Ordenações Afonsinas estabeleciam como consequência do suicídio a apreensão dos eventuais meios utilizados para realização do ato. Caso estivesse em causa uma pessoa presa a sanção era mais grave – todos os bens e herança revertiam a favor da Coroa.¹³

PEREIRA e SOUSA considerava o suicídio um crime, contudo, não defendia a punição do mesmo, visto que, “Há hum termo, no qual a Justiça humana deve parar, que he a morte”.¹⁴

No mesmo sentido, SOUSA PINTO defende a não punição do suicídio, não só dada a inutilidade da pena, como pelo facto do ato em si não perturbar a ordem social.¹⁵ A seu ver, em termos políticos, se uma pessoa pode abandonar a sociedade de que faz parte mudando para outra, também deve existir o direito de abandonar a vida.

Curioso é, encontrar-se no Código Criminal de MELLO FREIRE no Título XXXI, §39 “O suicídio em dúvida se julgará involuntário¹⁶, e feito por ira, sanha ou por outra paixão forte e vehemente, e se não castigará pela justiça”.¹⁷

Por sua vez, já na vigência do Código Penal de 1852, LEVY M. JORDÃO considera o suicídio um facto imoral segundo o qual a pessoa é responsável perante Deus, não reunindo “os caracteres de verdadeiro crime (legalmente falando)”.¹⁸

Em sentido contrário, SILVA FERRÃO¹⁹ considera o suicídio como voluntário, um mal social e uma violação do direito da sociedade à conservação de todos os seus membros. Devendo existir uma medida punitiva a exercer sobre o cadáver do suicida, para que outros suicídios fossem impedidos. Já no que toca à tentativa, a sociedade poderia abster-se de punir, sendo que, apesar de ilícito, o ato não deixou quase vestígios nem materiais nem morais.

¹³SILVEIRA, 1990, p. 30

¹⁴PEREIRA E SOUSA, 1803, p. 292 *apud* SILVEIRA, 1990, p. 31

¹⁵SOUSA PINTO, 1845, p. 15 *apud* SILVEIRA, 1990, p. 32

¹⁶Sublinhado nosso.

¹⁷MELLO FREIRE, 1844, p. 78 *apud* SILVEIRA, 1990, p. 31

¹⁸JORDÃO, 1854, p. 35 *apud* SILVEIRA, 1990, p. 32

¹⁹FERRÃO, 1857, p. 40 *apud* SILVEIRA, 1990, p. 33

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA não tomam posição, limitando-se a afirmar que a Constituição não esclarece o problema de saber se o dever de proteção da vida se impõe ao próprio titular da mesma. Segundo os autores, a CRP não reconhece “vida sem valor de vida”, nem garante decisões sobre a própria vida.²⁰

Independentemente de todas as visões anteriormente referidas e da evolução que houve com o passar dos anos relativamente ao suicídio, podemos afirmar que o mesmo não tem enquadramento penal, não sendo punido nem na forma tentada. Não concordamos com a ideia de punir o suicida, tal não comporta qualquer benefício, pelo contrário.²¹ Há múltiplas maneiras de combater o suicídio, a punição nunca será uma delas.

Uma intervenção por parte de terceiros na morte de outrem, seja de que maneira for, não é lícita, pelo menos, por enquanto (salvo os casos de legítima defesa). O que não está demonstrado é que a vida humana é indisponível também para o próprio, existindo um dever jurídico de estar vivo.

Para se estabelecer uma relação de desconformidade (ou de conformidade ou nenhuma relação) entre o suicídio e o Direito, um tal comportamento tem de ser colocado em confronto com o nosso ordenamento jurídico, uma vez que, para nós, a ilicitude só pode ser pensada dentro dos limites da ordem jurídica em vigor.²²

A questão gira então em torno do art. 24.º da CRP, segundo o qual a vida humana é inviolável. Como questiona VALADÃO SILVEIRA²³, é este direito tão importante que por si só seja merecedor de uma proteção uniforme em todas as suas faces ou independentemente da disposição e vontade do titular? Trata-se então não só de um direito como de um dever? Implica que o suicídio seja considerado um ato ilícito?

Em Portugal nada demonstra que o dever constitucional de proteção da vida se impõe ao próprio titular, isto porque não há qualquer tipo de sanção para o suicídio ou sua tentativa e não existe nenhum ilícito sem consequências jurídicas.

²⁰CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 450

²¹Neste sentido, CUNHA, 2020, p. 148 “Punir quem se tivesse tentado suicidar provocaria certamente efeitos mais nocivos do que benéficos, nomeadamente o efeito de quem tentou procurar agora repetir com êxito o seu intento, ficando ainda mais desencantado (ou desesperado) com a vida”

²²SILVEIRA, 1990, p.64

²³SILVEIRA, 1990, p. 64

Não desvalorizamos o significado ético, moral e religioso do suicídio, no entanto, nesses termos o suicídio implica uma série de ideias diferentes de comunidade para comunidade e de pessoa para pessoa. Aceitar a existência de um dever de viver teria contornos negativos ao nível da autonomia individual, bem como relativamente à consideração da própria dignidade da pessoa humana.

O suicídio não é um ato ilícito, no entanto também só se poderia considerar como um ato lícito, caso existisse um direito ao suicídio face à nossa ordem jurídica.²⁴ Assim, o suicida não encontra direito de defesa relativamente a tentativas de impedimento do seu ato por parte de terceiros, uma vez que não impende sobre os mesmos a obrigação de se absterem de intervir no sentido do impedimento, pelo contrário, se observarmos o disposto no art. 154.º n.º 3 al. b) CP, chegamos à conclusão de que a coação é lícita caso vise evitar o suicídio, sendo que esta ressalva se justifica pelo direito de necessidade (art. 34.º CP).²⁵

Conclui-se, assim, que o suicídio, em Portugal, pertence a um espaço juridicamente livre.²⁶

1.3.IDEAÇÃO SUICIDA NOS JOVENS

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), o comportamento suicida constitui um grave problema de saúde pública a nível mundial, dado que, o suicídio é umas das principais causas de morte (terceira principal causa) entre jovens e jovens adultos com idades entre os 15 e os 19 anos.²⁷

Apenas 80 dos 183 países-membros da OMS dispõem de informações fidedignas acerca do tema, o que dificulta a elaboração de uma estratégia eficaz para reduzir o número de suicídios.

²⁴“Neste caso, é a própria Constituição que não protege esta forma de exercício do direito fundamental, excluindo da sua esfera normativa este tipo de situações. (...) a Constituição, reconhecendo um direito absoluto à vida, não concede um direito sobre a vida” em SILVEIRA, 1990, p. 72

²⁵Neste sentido e sobre as causas de justificação estabelecidas no n.º 3 do art. 154.º *vide* CARVALHO, 2012, p. 575 ss.

²⁶Para mais desenvolvimentos sobre esta categoria - zona livre de Direito – *vide* CUNHA, 2009, p. 597 ss.

²⁷“An estimated 62 000 adolescents died in 2016 as a result of self-harm. Suicide is the third leading cause of death in older adolescents (15-19 years)” - <https://www.who.int/news-room/factsheets/detail/adolescent-mental-health>, no mesmo sentido *vide* SAMPAIO; GUERREIRO, 2013, p. 205

Trata-se, segundo a OMS, de um grave problema que, no entanto, é evitável quando há uma intervenção oportuna e atempada.

O ato suicida provoca fortes sentimentos em simultâneo, dado que o indivíduo procura pôr fim à própria vida ao mesmo tempo que deseja pedir ajuda. De acordo com DANIEL SAMPAIO, “(...) o suicídio pode ser definido como uma estratégia desesperada de libertação que ocorre quando já foram utilizadas todas as estratégias conhecidas para comunicar a tristeza e a solidão, não sendo somente um ato individual, mas também um ato cheio de mensagens”.²⁸

Ou seja, “a decisão de cometer o suicídio é uma forma de fugir ao sofrimento profundo que o indivíduo sente, apesar deste não ser o desejo inicial que a pessoa tem, mas sim uma alternativa imediata”.²⁹

“As tentativas de suicídio podem ser impulsivas ou associadas a um sentimento de desesperança ou solidão.”³⁰

As estatísticas relativas ao suicídio são parcas e subestimadas, principalmente em relação aos adolescentes, visto que muitos dos seus atos de auto lesão são variadas vezes negados e escondidos pela família.

Em Portugal, as taxas de suicídio nos jovens não são muito expressivas, no entanto, entre 2007 e 2014 a taxa de mortalidade por suicídio aumentou em quase todas as faixas etárias.³¹ Há também que estar alerta para a fragilidade desses dados e o peso das “mortes de causa indeterminada”.³²

As informações disponibilizadas pelos países que fazem parte da OMS demonstram que a frequência do suicídio se está a deslocar dos idosos para os mais jovens, sendo que apesar de a maioria dos suicídios ocorrer a partir dos 14 anos, principalmente no início da adolescência, está a haver um aumento alarmante dos suicídios em crianças menores de 15 anos, bem como na faixa etária dos 15 aos 19.³³

Considera-se que ter pensamentos suicidas esporadicamente não é anormal, sendo que estes fazem parte do processo de desenvolvimento entre a infância e a adolescência,

²⁸Cfr. SAMPAIO, 1989, pp. 119- 123 *apud* COSTA, 2012, p. 14

²⁹VALE, 2019, p.6

³⁰OPAS - <https://www.paho.org/pt/topicos/saude-mental-dos-adolescentes>

³¹NUNES, 2018, pp. 27-29

³²SAMPAIO; GUERREIRO, 2013, p. 205

³³OMS, 2000, p. 6

no qual ocorre o aparecimento de problemas existências e por haver a tentativa de compreensão do que é a vida e a morte. O problema surge quando a concretização desses pensamentos se afigura solução para os problemas que a criança/adolescente enfrenta; é nesses casos que a ideação passa a tentativa ou até mesmo suicídio consumado.

Os adolescentes não têm exata noção do que é a morte e que a mesma é irreversível, sendo a maior demonstração disso não ficarem, geralmente, surpreendidos quando sobrevivem após uma tentativa de suicídio. Tal evidencia também que “embora os adolescentes suicidas ou em risco de suicídio possam pedir para ninguém os ajudar, o que eles procuram é compreensão por parte de alguém e uma alternativa para a resolução dos seus problemas, no fundo, renascer”.³⁴

*Esperava partir a dormir (...) para longe da minha angústia e dos meus problemas. Tomei uma série de comprimidos (...) Quando comecei a ficar tonta e enjoada, é que vi que podia mesmo bater as botas. Foi tal o choque, que me pus a vomitar com quanta força tinha.*³⁵

*Perante uma realidade que não lhe é fácil de encarar, um jovem pode (...) ficar bloqueado e temporariamente passivo; pode mostrar-se agressivo e fazer notar a sua raiva incontida aos outros; pode submeter-se e pensar que é olhado e aceite; ... pode alimentar as suas ilusões e construir (ou reforçar) os muros que o isolam – até de si mesmo. Atacando ou renunciando ao mundo exterior, parece sentir-se, assim, protegido. O que não passa de uma aparência, sob a qual se escondem (ou reprimem) os seus medos, inseguranças, tristezas e emoções exaltadas que, tantas vezes, lhe incendeiam, turvam e confundem a mente, ávida de referências.*³⁶

As tentativas de suicídio por parte de adolescentes e até mesmo o pedido de ajuda para concretização do ato suicida, são, na maioria das vezes, apelos, chamadas de atenção.

É um grito por ajuda não para morrer, mas para lidar com os problemas que levam a essa vontade.

Entendemos, então, ser importante tratar o suicídio de forma cuidadosa, principalmente nesta faixa etária. A ajuda e apoio a estas pessoas deve ser feita a fim de evitar que terminem com a sua vida e não o oposto, até porque, muitos dos problemas

³⁴JOFFE, 2000, pp. 57-66 *apud* COSTA, 2012, p.17

³⁵LÍDIA, 15 anos em POMMEREAU, 1997, p.198 *apud* OLIVEIRA; AMÂNCIO; SAMPAIO, 2001, p.518

³⁶OLIVEIRA, 1999b, p. 8 *apud* OLIVEIRA; AMÂNCIO; SAMPAIO, 2001, p.518

vividos na adolescência podem facilmente ser resolvidos e solucionados, não sendo o termo da vida o melhor ou único remédio.

II. MATURIDADE E CONSENTIMENTO DAS CRIANÇAS E JOVENS

“(…) se um menor de 16 anos mostrar maturidade suficiente para entender o significado do suicídio e pedir ajuda a um terceiro (…)”³⁷ então o crime em causa não será o homicídio por autoria mediata, mas sim o crime previsto no art. 135º n.º 2 do CP.

Não podemos analisar o crime previsto no art. 135.º n.º 2 do CP sem abordarmos a “maturidade” das crianças e jovens, prendendo-se esta com a idade mínima para se ter o domínio “natural” do facto, a idade em que a pessoa consegue compreender os riscos e as consequências das escolhas que faz, com discernimento, responsabilidade e ponderação.

Cumpra então entender a partir de que momento é que o jovem consegue decidir, neste âmbito, de forma livre.³⁸

Nos termos da Convenção dos Direitos das Crianças de 1989, “criança é todo o ser humano menor de 18 anos”³⁹; o art. 122º do CC vai ao encontro desta definição, defendendo que “é menor quem não tiver ainda completado 18 anos de idade”. Contudo, deparamo-nos com os 16 anos como a idade relevante para efeitos de consentimento⁴⁰ e de imputabilidade penal⁴¹, ou até mesmo os 14 anos como idade relevante para efeitos de uma relativa autodeterminação sexual. Todas estas idades têm como justificação o atingir da maturidade e capacidade⁴² do menor, o que acaba por criar uma enorme dúvida em relação a tais capacidades.

Existe uma exigência jurídica muito rigorosa: as pessoas, ao exercerem os seus direitos, têm de o fazer de forma livre e esclarecida, agindo voluntariamente e conscientes das consequências que advêm da prática de cada ato. É por este motivo que a menoridade é considerada uma incapacidade jurídica; como veremos melhor infra, os jovens têm um nível de liberdade e esclarecimento inferior ao padrão exigido pelo Direito.

³⁷ALBUQUERQUE, 2015, p. 531

³⁸Se é que realmente alguém decide “livremente” neste campo...

³⁹Art. 1º da Convenção dos Direitos das Crianças

⁴⁰Embora se exija também que o jovem tenha o discernimento necessário para compreender o sentido e alcance do consentimento, no momento em que o presta.

⁴¹Arts. 38º n.º 3 e 19º do CP respetivamente.

⁴²No caso dos menores estes possuem capacidade de gozo, podendo ser titulares de direitos, mas regra geral a lei não lhes concede espaço de liberdade para exercerem de forma autónoma esses direitos, restringindo a capacidade de exercício.

Para conseguirmos delimitar qual a idade mínima para ter o domínio do facto (suicídio) e capacidade para a prática do mesmo (autodeterminação), teremos de aliar o nosso estudo jurídico ao estudo da Psicologia e das Neurociências.

Apesar de se procurar promover a autonomia progressiva de crianças e jovens, incentivando-os a participar nas questões relacionadas com a organização da sua vida, estes necessitam de um sistema legal que os proteja.

Ou seja, como foi dito anteriormente, os menores têm os mesmos direitos de personalidade dos adultos, como por exemplo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação, no entanto, só os podem “exercer” caso tenham aptidão suficiente para entender a natureza, sentido e alcance das suas decisões, tais como os seus riscos e consequências.

Não somos da opinião de que a maturidade depende apenas da idade, nem é com o atingir dos 18 anos ou até mesmo dos 16 que, de repente, ela surge de forma automática. “O processo de maturação das faculdades físicas, intelectuais, morais e emocionais não se opera de forma instantânea, mas sim de acordo com uma evolução gradual, que também não é semelhante em todas as crianças”.⁴³

Assim, a maturidade é um processo que não só depende da evolução biológica do menor, como também das experiências de vida do mesmo. Para além disso, temos a convicção de que a maturidade não é tão transversal quanto se pensa, ou seja, a mesma capacidade de discernimento e maturidade que pode servir para a prática de determinados atos, pode mostrar-se insuficiente para a prática de outros.

Deste modo, não defendemos que deva existir uma idade única para todo o tipo de questões legais que possam surgir.

Como exemplo desta disparidade podemos referir os casos *Roper v. Simmons* (2005) (caso em que o Supremo Tribunal aboliu a pena de morte dos jovens) e *Hodgson v. Minnesota* (1990) (caso em que se defendeu que uma jovem poderia abortar sem ter que se envolver os pais nessa decisão). Quando a APA se pronunciou, no primeiro caso, defendeu que, de acordo com evidência científica, os adolescentes são “*inherently less blameworthy*” do que os adultos dada a sua imaturidade. Já no segundo, adotou posição

⁴³ABREU, 2015, p. 44

diferente, defendendo que os jovens têm maturidade suficiente para decidir se querem ou não abortar, sem se mostrar necessário o envolvimento dos pais.

Este diferente entendimento causou polêmica, no entanto, concordamos com GILFOYLE, quando refere que, apesar de ambos os casos terem que ver com decisões tomadas por adolescentes, envolvem diferentes questões legais. Assim, a investigação, que foi diferente em ambos os casos, dizia respeito a aspetos comportamentais distintos de adolescentes.⁴⁴

*Not only were the legal issues different in the two cases, but so are the circumstances surrounding abortion decisions and criminal behaviour, and therefore, the relevant dimensions along which adolescents and adults should be compared differ as well.*⁴⁵

Consideram que, no que toca ao aborto, o adolescente tem tempo de deliberação antes de fazer a escolha final, podendo consultar adultos (nomeadamente médicos e pessoas com experiência na área), já no que concerne à prática de ilícitos penais, estes são caracterizados por um intenso estímulo emocional, exiguidade de tempo e influência de grupo.

A grande questão que se coloca então é onde se enquadra o suicídio. Entendemos que há sempre uma carga emocional muito grande ligada ao mesmo, sendo muitas vezes um ato impulsivo. Geralmente, quando há muita reflexão, a pessoa muda de ideias e não põe termo à vida.

Vários estudos da Psicologia defendem que há uma incapacidade por parte dos jovens para dominarem impulsos⁴⁶, terem controlo sobre as suas emoções⁴⁷ e anteverem e avaliarem as consequências dos seus atos, levando à necessidade de manter idades mínimas orientadoras que façam a ligação entre o grau de desenvolvimento, maturidade e capacidade dos menores e a prática de certos atos.

Há uma maior suscetibilidade por parte dos jovens a influências negativas e pressões externas.⁴⁸ Essa vulnerabilidade vai diminuindo com o passar dos anos. Nas crianças é óbvia e não se discute, contudo, muitos acreditam, erradamente, que na

⁴⁴GILFOYLE, 2009, p. 1 *apud* STEINBERG et al., 2009, p. 585

⁴⁵STEINBERG et al., 2009, p. 586

⁴⁶Neste sentido: BONNIE, SCOTT, 2013, p. 159

⁴⁷Neste sentido: CASEY et al., 2017 ou 2019, p. 29

⁴⁸Neste sentido, Roper v. Simmons, 2005, p. 15-16 *apud* STEINBERG et al., 2009, p. 583

adolescência tal não acontece. Mas na verdade, há muitas flutuações na autoestima dos jovens e a puberdade⁴⁹ traz consigo muita instabilidade e a procura de um “porto seguro”, o que acaba por ser um ambiente propício ao domínio de quem quer exercer influência (muita das vezes negativa).

A visão de longo prazo não é tão frequente nos jovens, o que, por vezes, leva a que valorizem situações que, mesmo não tendo impacto no futuro, dominam as suas emoções.⁵⁰ Arriscamo-nos a afirmar que a emoção controla os jovens e não o contrário, sendo que, grande parte das suas ações são praticadas para satisfazer necessidades momentâneas, sem pensar nas consequências e impacto que estas poderão ter no futuro.⁵¹

Iremos então explicar a evolução que ocorre durante a infância/juventude, sendo importante fazer a distinção entre a maturidade cognitiva e a maturidade psicossocial no que toca a questões do foro legal relativas ao adolescente, dado que, investigações na área demonstram que há diferenças nestes dois domínios.⁵²

Assim, estudos através dos quais se avalia a capacidade de raciocínio lógico em situações estruturadas e habilidades básicas de processamento de informação não se depararam com diferenças apreciáveis entre adolescentes (16 anos e mais velhos) e adultos, sendo que quaisquer ganhos que ocorram nestes domínios durante a adolescência, ocorrem nos primeiros anos desta e os avanços após esta fase da vida são muito pequenos.⁵³

Em confronto, a literatura relativa às diferenças de desenvolvimento entre idades, no tocante a características psicológicas como impulsividade, procura de sensações, orientação para o futuro e suscetibilidade à pressão de pares, revela que os menores

⁴⁹Sobre o processo da puberdade e a sua influência nos transtornos afetivos vivenciados na adolescência *vide* Ladouceur et al., 2011, pp. 38-44

⁵⁰Cfr. HARTLEY; SOMERVILLE, 2015, pp.108-115 “*Although adolescents appear to have full access to cognitive foundations of decision making, several aspects of decision making such as intertemporal choice, prospective evaluation, and integration of positive and negative feedback are not yet tuned to typical adult levels. Still other processes that inform decision-making are uniquely amplified during adolescence: Learning from direct experience, reward reactivity, tolerance of ambiguity, and context-dependent orientation, toward risk in exciting or peer-laden situations.*”

⁵¹Neste sentido: BONNIE; SCOTT, 2013, p. 159

⁵²STEINBERG et al., 2009, p. 586

⁵³HALE, 1990; KAIL, 1997; KEATING, 2004; OVERTON, 1990 *apud* STEINBERG et al., 2009, p. 586; os resultados apurados no estudo da MacArthur Foundation Research Network – “*Juveniles’ Competence to Stand Trial: A Comparison of Adolescents’ and Adults’ Capacities as Trial Defendants*” são consistentes com o defendido.

demonstram um desenvolvimento contínuo posterior à “média” da adolescência e idade adulta inicial.⁵⁴

Apesar dos adolescentes, por volta dos 15 ou 16 anos, demonstrarem níveis de maturidade similar à dos adultos em alguns domínios, noutros demonstram uma imaturidade contínua posterior a esta fase de desenvolvimento.⁵⁵

Concluimos, com base no estudo levado a cabo por Laurence Steinberg et al.⁵⁶, que aos 16 anos as habilidades cognitivas em geral estão tão desenvolvidas quanto as de um adulto, não havendo grande distinção, contudo em termos psicossociais e de maturidade emocional, os adolescentes, mesmo com 18 anos, têm significativamente menos maturidade que indivíduos na casa dos 20.

Estas diferenças relativas à maturação cognitiva e psicossocial explicam-se pela assimetria existente no desenvolvimento das diferentes regiões do cérebro.

Apesar de haver um desenvolvimento durante a adolescência que permite aos adolescentes adquirir maior consciência e controlo sobre os seus atos, também é nesta fase que há um maior descontrolo emocional e uma maior busca de sensações e recompensas a curto prazo e momentâneas. As alterações ao nível dos estímulos e motivação ocorrem após o desenvolvimento das capacidades cognitivas, o que faz com que a evolução durante os primeiros anos da adolescência se equipare à situação: “one is starting an engine without yet having a skilled driver behind the wheel”.⁵⁷

Frisamos que o tratamento legal dado aos adolescentes deve ser ponderado e pensado de acordo com a maturidade do indivíduo aferida de acordo não só com a idade, mas com o tipo de decisão tomada ou a tomar.

No que toca a decisões que permitem tomadas de decisão mais lógicas e deliberadas, onde as influências emocionais e sociais são minimizadas ou mitigadas face à capacidade de discernimento da decisão, e onde existem “conselheiros” (como profissionais de saúde, psicólogos, professores, ...) que conseguem fornecer informação objetiva quanto aos custos e benefícios de processos de ação alternativos, os adolescentes

⁵⁴Scott; Reppucci; Woolard, 1995; Steinberg; Cauffman, 1996 *apud* STEINBERG et al., 2009, p. 587

⁵⁵STEINBERG et al., 2009, p. 587

⁵⁶STEINBERG et al., 2009, p. 592

⁵⁷STEINBERG, 2005, p.70

são propensos a ser tão capazes de uma decisão madura quanto os adultos, pelos 16 anos de idade.⁵⁸

Dentro destas hipóteses os autores dão exemplos de condutas como decisões médicas, decisão de participar em estudos, entre outras.

Por outro lado, em situações que estimulam a impulsividade, que são tipicamente caracterizadas pelos altos níveis de excitação emocional ou coesão social, ou em que não é aconselhado ou permitido consultar um perito com mais conhecimento ou experiência, a tomada de decisão de adolescentes, até completarem os 18 anos, tende a ser imatura.⁵⁹

Nestas situações são enquadradas condutas como prática de crimes e comportamentos tidos quando os adolescentes estão em êxtase emocional, sem controlo por parte de adultos, em grupo com amigos ou outras condições que acabam por sabotar a sua competência. Incluem ainda aqui comportamentos que potencialmente comprometem a saúde do jovem.

Assim, enquadramos o suicídio neste segundo grupo de comportamentos, tratando-se de um comportamento que claramente compromete a saúde ou até mesmo a vida (caso seja bem-sucedido) do adolescente, num momento com um peso emocional gigante, onde muitas vezes não há um incentivo (ou motivação) para conversar com um adulto ou com um profissional que proporcione uma solução mais positiva, o que faz com que haja decisões precipitadas por parte do jovem.

Esta conclusão terá um grande impacto na análise do n.º 2 do art. 135.º do Código Penal.

⁵⁸STEINBERG et al., 2009, p.592

⁵⁹STEINBERG et al., 2009, p.592

III.DELIMITAÇÃO DE TIPOS LEGAIS DE CRIMES E DISTINÇÕES LEGAIS

Torna-se agora pertinente, para uma melhor compreensão do tema, debruçarmos, no presente capítulo, na distinção dos crimes previstos nos arts. 134.º e 135.º do CP e na distinção entre “incitamento” e “auxílio”.

3.1.DISTINÇÃO ENTRE INCITAMENTO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO E HOMICÍDIO A PEDIDO DA VÍTIMA

A distinção entre estas duas figuras é de elevada importância, relevando de forma acrescida em ordenamentos jurídicos, como o alemão, que não punem o auxílio ou incitamento ao suicídio e também em ordenamentos que o punem de forma autónoma, como é o caso do nosso ordenamento, (nomeadamente para efeitos de punibilidade da tentativa, que é punida nos casos do art. 134.º e não nos casos do art. 135.º).⁶⁰

Entre os dois tipos legais medeia a diferença sobre quem detém o domínio do ato letal, ou seja, o “(...) domínio sobre o ato que de forma imediata e irreversível produz a morte (...)”.⁶¹ No homicídio a pedido da vítima o protagonista do acontecimento é o agente que produz a morte de outra pessoa, enquanto no incitamento e no auxílio, o protagonista do acontecimento é o próprio suicida.

O ato só se enquadra no art. 135.º quando há suicídio (ou tentativa de suicídio), sendo que tal só acontece quando é a vítima a pôr em prática a derradeira causa que, em princípio, conduzirá à morte. É a vítima quem decide, em última instância, iniciar o percurso fatal; já no art. 134º “(...) a decisão de pôr fim à vida fica na dependência de um estranho a ela, exactamente aquele a quem se pede que a determine”.⁶²

No Projeto de Eduardo Correia, a moldura prevista para o homicídio a pedido da vítima era mais grave do que a prevista para o incitamento ou ajuda ao suicídio. Talvez porque em termos “(...) do comportamento material do agente, o homicídio a pedido da vítima parecerá mais grave”⁶³. No entanto, na versão original do CP de 1982, as molduras foram equiparadas. O que não nos surpreende tanto relativamente à ajuda⁶⁴; já no que toca ao incitamento parece-nos ser mais grave do que a ajuda e, em regra, também mais

⁶⁰Cfr. ANDRADE, 2012, p.105

⁶¹ANDRADE, 2012, p. 108

⁶²HENRIQUES; SANTOS, 2000, p.171

⁶³CUNHA, 2020, p. 151

⁶⁴Apesar de, ainda assim, acharmos que a ajuda ao suicídio é menos grave do que o homicídio a pedido da vítima.

grave do que o homicídio a pedido da vítima. Isto porque, apesar de, do ponto de vista material, o agente não praticar o ato que põe termo à vida, fazendo parecer que o seu comportamento é menos gravoso, do ponto de vista psicológico revela-se bastante grave (a nosso ver ainda mais grave do que praticar o ato final) incutir a ideia suicida na vítima que não a tinha previamente; nas palavras de CONCEIÇÃO CUNHA “(...) desencadear o processo letal é mais grave, [isto porque]⁶⁵ no incitamento ao suicídio é o agente que cria na vítima a ideia suicida, é o agente que domina psicologicamente a vítima (...)” já no homicídio a pedido da vítima essa ideia já existia antes e partiu da vítima, “(...) o que tornará, nesta perspectiva, a atuação do agente menos censurável”.⁶⁶

No entanto, para fazer uma devida avaliação em termos do maior ou menor desvalor da conduta dos agentes é necessário ter em atenção “(...) que todos os outros fatores do caso concreto terão influência (...), nomeadamente as motivações – uma coisa será matar a pedido da vítima face a uma doença grave e incurável da mesma, outra, matar a seu pedido porque perdeu o emprego ou teve um desgosto amoroso”.⁶⁷

De acordo com MOOS⁶⁸, entre ambas as incriminações configuram diferentes formas de participação no suicídio, enquanto o art. 134º configura um suicídio através de mão alheia, o art. 135º configura ajuda alheia ao suicídio por mão própria. No art. 134º é a vítima que incita o autor, no art. 135º é o autor que incita a vítima.

Cabe-nos referir que concordamos com o autor, mas não a cem por cento, dado que, no art. 135.º nem sempre é o autor que incita a vítima, por vezes é a vítima que incita o autor (nos casos de auxílio), daí que nos pareça necessário que haja uma distinção entre o incitamento e a ajuda, que faremos adiante.

Em termos teóricos parece fácil proceder a esta distinção, na prática, por vezes, deparamo-nos com grandes dificuldades na qualificação da conduta do agente.⁶⁹

⁶⁵Parênteses nosso.

⁶⁶CUNHA, 2020, p. 151

⁶⁷CUNHA, 2020, p. 151

⁶⁸MOOS *apud* ANDRADE, 2012, pp. 139/140

⁶⁹Tomemos como exemplo os casos de duplo suicídio unilateralmente falhado como o conhecido caso Gisela. Nem sempre é fácil saber quem praticou o ato letal, questão que também se prende com o problema das condutas omissivas (dever ou não de salvar).

Resumidamente, um casal de namorados decidiu suicidar-se em conjunto, fecharam-se no interior de um automóvel e colocaram o dióxido de carbono do carro a entrar diretamente para o seu interior, mas, nos últimos instantes, o companheiro da vítima (Gisela) desistiu e saiu do carro, tendo conseguido sobreviver, enquanto ela faleceu. Gisela tinha entrado livremente no automóvel e tinha inclusivamente

3.2. INCITAMENTO E AUXÍLIO: IGUAL DESVALOR DA CONDUTA?

O ordenamento jurídico português faz parte do número de ordenamentos europeus que incriminam expressa e autonomamente o incitamento ou ajuda ao suicídio, tal como a Suíça (art. 115º), Grécia (art. 301º), Espanha (art. 143º), Áustria (§ 78) e França (art. 223º-13), ao contrário da Alemanha e Bélgica.⁷⁰

A maior parte das codificações proíbem e punem simultaneamente as duas modalidades de conduta; tomemos como exemplo o art. 135º do Código Penal Português, que tem por epígrafe “Incitamento ou ajuda ao suicídio”, sujeitando à mesma moldura penal ambos os comportamentos.

Já o Código Espanhol autonomiza e pune três modalidades de conduta – a indução (punida com pena de prisão de 4 a 8 anos), o auxílio (punido com pena de prisão de 2 a 5 anos) e a cooperação executiva (punida com pena de prisão de 6 a 10 anos), correspondente ao nosso art. 134.º- homicídio a pedido da vítima.⁷¹

No entender, e bem, de CONCEIÇÃO CUNHA, a solução legal portuguesa suscita muitas reservas.⁷² Desde logo pelo facto de o incitamento e a ajuda serem condutas de sentido e compreensão idênticas às da instigação e cumplicidade (respetivamente), não sendo nomeadas como tal, pelo simples facto de o suicídio não ser um facto criminalmente típico e ilícito.⁷³

Interpretando a palavra “incitar” como sinónimo de “instigar”, sendo então correspondente à conduta de quem “(...) suscita na vítima, por qualquer meio idóneo, a decisão de pôr termo à vida”⁷⁴ e considerando que o “auxílio” se equipara à conduta de “cumplicidade”, correspondendo então à colaboração moral ou material na execução de uma decisão (de pôr termo à vida) já tomada previamente pela vítima, facilmente chegamos à conclusão de que o primeiro comportamento se afigura mais grave do que o segundo.⁷⁵

trancado as portas. O sobrevivente foi condenado pelo Tribunal Federal Alemão por Homicídio a Pedido da Vítima (ANDRADE, 2012, pp. 106/107 e SANTOS, 2014, p.22).

Tanto ROXIN como OTTO discordam do veredicto, no entanto, com diferente argumentação: ROXIN considera que a vítima manteve o domínio sobre o ato que irreversivelmente produziu a morte, visto que sempre teve oportunidade de sair do automóvel colocando termo ao processo (tal como fez o seu companheiro), “(...) Otto prefere falar antes de co-portadores de domínio do facto”. (MITTRÄGER der TATHERRSCHAFT, cit. p. 164 ss. *apud* ANDRADE, 2012, p.108)

⁷⁰ANDRADE, 2012, p. 133

⁷¹Cfr. ANDRADE, 2012, pp. 136/137

⁷²CUNHA, 2000, p. 152

⁷³ANDRADE, 2012, p. 148

⁷⁴ALBUQUERQUE, 2015, p.532, no mesmo sentido, ANDRADE, 2012, p. 148, defende que “incitar significa determinar outrem à prática do suicídio”.

⁷⁵Neste sentido, ALBUQUERQUE, 2012, p. 532 e CUNHA, 2020, p. 152

Incitar é desencadear o processo causal “(...) sob a forma de influência psíquica sobre a vítima, despertando nela a decisão de pôr termo à vida”.⁷⁶ O que quer dizer que anteriormente aquela ideia era inexistente, caso contrário cairíamos na figura do auxílio.

Retomando o raciocínio de CONCEIÇÃO CUNHA:

*Se, na nossa ordem jurídica, há uma clara diferença no tratamento da instigação face à cumplicidade (onde se integra o auxílio moral ou material), considerando-se o instigador como um autor e o cúmplice como um participante, e aplicando-se a cada um uma diferente moldura penal (evidentemente mais gravosa para o instigador e atenuada para o cúmplice), porque não se faz tal distinção no âmbito da colaboração (em sentido amplo) num suicídio?*⁷⁷

Fazendo uma ponte de comparação com a instigação e cumplicidade, “O instigador possui (...) o domínio do facto, (...) sob a forma do domínio da decisão”⁷⁸, surgindo como verdadeiro dominador da decisão da vítima.⁷⁹ O cúmplice meramente auxilia, não possuindo domínio da decisão, encontrando-se esta na esfera da vítima.

Seguimos a opinião de CONCEIÇÃO CUNHA, de que “Criar noutra pessoa a decisão de se matar (...) [é] ⁸⁰significativamente mais grave do que ajudar alguém a matar-se”.⁸¹

Rejeitamos a equiparação das condutas e a solução legal adotada pelo nosso ordenamento jurídico, sendo a favor de uma melhor delimitação entre o incitamento e o auxílio, através da criação de diferentes previsões legais com molduras distintas (como acontece na Lei Penal Espanhola), “(...) ou prevendo a mesma moldura e uma atenuação especial no caso do auxílio (à semelhança do que se estipula para a cumplicidade, no art. 27º nº2 do CP)”⁸².

Esta delimitação tem ainda maior importância no caso dos menores e das pessoas com anomalia psíquica, visto que são mais vulneráveis e têm a capacidade de decisão diminuída.

⁷⁶ANDRADE, 2012, p. 148

⁷⁷CUNHA, 2020, p. 152

⁷⁸DIAS, 2007, pp.798-800

⁷⁹Sobre a delimitação do conceito de instigação falaremos no próximo capítulo.

⁸⁰Parênteses nosso.

⁸¹CUNHA, 2020, p. 153

⁸²CUNHA, 2020, p. 153

IV. CONCEÇÃO GERAL DA AUTORIA

Quando há mais do que um agente na prática de um ilícito típico, emergem questões relativas ao apuramento da responsabilidade em função da influência que cada um deles teve na consumação do mesmo.

Cabe, inicialmente, fazer a distinção entre os autores, que constituem a “figura central do acontecimento criminoso”⁸³, e os cúmplices, que “constituem figuras laterais, secundárias ou de segunda linha na integral realização ilícita típica”⁸⁴, sendo então meros auxiliares dos autores. A figura que mais problemas suscita é a do “instigador”, que se situa entre as duas categorias anteriores, sendo que pode, por vezes, constituir uma figura autónoma.⁸⁵

De entre as teorias existentes para determinação das várias formas de autoria e a sua distinção face à participação, mencionamos aqui a teoria do domínio de facto do jurista CLAUS ROXIN, visto ser largamente dominante na doutrina portuguesa⁸⁶. De acordo com esta teoria, o autor é a figura central do acontecimento, tratando-se então do “(...) dominus dominador da realização do delito cuja execução depende das “suas próprias mãos”, podendo prosseguir o seu plano inicial ou cancelá-lo a qualquer momento”.⁸⁷ É dele que depende o *se* e o *como* da realização típica.⁸⁸

4.1. AS CONCRETAS FORMAS DA AUTORIA

Do disposto no art. 26º do CP surgem então quatro formas de autoria: autoria imediata, autoria mediata, coautoria e instigação. Já o art. 27.º diz respeito à cumplicidade. Iremos abordar mais especificamente a autoria imediata, a autoria mediata e a instigação para que, mais adiante, possamos delimitar os conceitos de autoria mediata de homicídio e incitamento ou ajuda ao suicídio.

Podemos (...) distinguir de entre os autores tipificados os autores materiais e os autores morais, embora esta distinção seja de cariz meramente doutrinal: os primeiros são os que executam ou realizam no todo ou em parte a infração criminosa, ou seja, são quem executa o facto por si mesmo ou quem toma parte direta na execução por acordo ou juntamente com outro ou outros;

⁸³ROXIN, 1963, p.25 *apud*, DIAS, 2019, p. 886

⁸⁴DIAS, 2019, p. 886

⁸⁵DIAS, 2019, p. 887

⁸⁶Não é nosso objetivo analisar as diferentes teorias acerca do conceito de autoria cujo estudo aprofundado pode encontrar-se por exemplo em DIAS, 2019, p. 887 ss e em FARIA, 2017, p. 299 ss

⁸⁷FARDILHA, 2018, p.16

⁸⁸DIAS, 2019, p. 894

*e os segundos são os agentes que executam o facto por intermédio de outrem ou que determinam outra pessoa à sua prática - em linguagem popular, serão autores materiais aqueles que efetivamente sujaram as mãos com a prática do crime e os autores morais aqueles que sujaram a alma, pois a execução ficará a cargo de outra pessoa.*⁸⁹

Assim, na autoria imediata o autor material atua “por suas próprias mãos, em termos de preencher **na sua pessoa** a totalidade dos elementos objetivos e subjetivos do ilícito típico e deter por isso, (...) o **domínio de acção**”⁹⁰

Já na autoria mediata, o autor executa o facto através de outra pessoa, pressupondo uma estrutura plural composta pelo autor mediato e o autor imediato, que será utilizado como instrumento do primeiro, sendo este último o executor.

Assim, e de acordo com FIGUEIREDO DIAS e MARIANA FARDILHA⁹¹, o “homem de trás” pratica o facto através de um terceiro (“homem da frente”) que instrumentaliza, sendo que este último não tem como resistir à vontade dominante⁹² do primeiro, servindo esse domínio para legitimar que a justiça penal não responsabilize alguém que cometeu um ilícito com as próprias mãos, quando estas apenas se concretizam numa *longa manus* do próprio autor, que se serve “(...) de “mãos alheias” para o cometimento de um “facto próprio””.⁹³

A influência exercida é de tal modo relevante que o terceiro é apenas usado como instrumento, o que faz com que o autor mediato não perca o domínio do facto. Assim, de acordo com ROXIN, para se estar perante uma autoria mediata é necessário não só que todos os pressupostos de punibilidade se verifiquem no “homem-de-trás” como também o “homem-da-frente” tem de ser jurídico-penalmente irresponsável (seja por ter sido coagido, por ser inimputável, por agir sem dolo, em virtude de erro ...).⁹⁴

Não nos alongaremos acerca do “homem da frente” ou “instrumento”, remetendo para a obra de FIGUEIREDO DIAS⁹⁵, faremos só uma breve referência aos casos em que o

⁸⁹FARDILHA, 2018, p.18

⁹⁰DIAS, 2019, p. 905

⁹¹DIAS, 2019, p. 906 e FARDILHA, 2018, p.19

⁹²Sobre o domínio da vontade (defendido por ROXIN), pode dar-se por coação, quando o agente coage o terceiro à prática do ilícito; ou erro, quando o agente engana o terceiro e o torna executor involuntário do delito; neste sentido e para maior aprofundamento, *vide* DIAS, 2019, p. 906

⁹³PEREIRA E LAFAYETTE, 2014, p. 144

⁹⁴OLIVEIRA, 2011, p. 20

⁹⁵DIAS, 2019, p. 908 ss

“instrumento” atua atipicamente, mais especificamente por ser a própria vítima, visto ser relevante para a presente dissertação.

Assim, existem casos em que, sendo o instrumento a própria vítima, a ação deixa de ser típica. FIGUEIREDO DIAS dá o exemplo das ofensas à integridade física, dado que, nestes casos, o “homem de trás” ou é punido por autoria mediata ou fica impune, visto não se poder ser cúmplice sem existir ilícito típico.⁹⁶

Considera que, não detendo a vítima domínio do facto, seja por erro seja por coação, então tratar-se-á de autoria mediata. As coisas serão diferentes caso a vítima tenha o domínio do facto relativamente à autolesão. Não havendo aqui “(...) lugar para a autoria mediata: ou se verifica por parte do homem de trás uma verdadeira determinação do homem da frente, nos termos da 4.^a alternativa do art. 26.º, e ele não é autor mediato, mas instigador; ou não há e o homem de trás ficará impune”.⁹⁷

A questão releva para nós nas situações em que a vítima se suicida. Nestes casos, FIGUEIREDO DIAS⁹⁸ mantém a solução anteriormente apresentada, de que, caso o “homem de trás” detenha o domínio do facto, então é tido como autor mediato da morte.⁹⁹ Mas esta solução suscita as seguintes dúvidas: será que os casos de incitamento ao suicídio de menores de 16 anos cabem nas situações em que o domínio do facto não está nas “mãos” da vítima? Ou só o incitamento de menores que inclua erro ou coação é que pode ser considerado autoria mediata de homicídio?

O art. 26º CP considera punível como autor quem “dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”. Cumpre agora analisar a figura da instigação.

O instigador é quem gera no executor a decisão de praticar o ilícito típico, “(...) se necessário inculcando-lhe a ideia, revelando-lhe a sua possibilidade, as suas vantagens ou o seu interesse, ou aproveitando a sua plena disponibilidade e acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de decisão definitiva pelo executor”.¹⁰⁰

⁹⁶DIAS, 2019, p. 909

⁹⁷DIAS, 2019, p. 909

⁹⁸DIAS, 2019, pp. 909/910

⁹⁹Contra a opinião de FARIA, 2017, p.307, “(...) é duvidoso que se deixe sustentar esta solução, a não ser onde B não detenha qualquer capacidade de decisão devido à manipulação de que foi alvo da parte de A”

¹⁰⁰DIAS, 2019, p. 932

O instigador pode não ter domínio da ação, mas tem seguramente domínio da decisão, visto que anteriormente o instigado não estaria determinado à realização daquela conduta. Só assim a instigação pode ser considerada autoria.¹⁰¹

Nos casos em que só há um incentivo, um aconselhamento, uma sugestão, sem se determinar o homem da frente à realização do ilícito típico, então não estaremos perante o conceito de instigação referido no art. 26.º do CP, enquadrando-se estes comportamentos no âmbito da cumplicidade (art. 27.º CP).¹⁰²

4.2.CRITÉRIOS GERAIS DE DELIMITAÇÃO ENTRE AUTORIA MEDIATA E INSTIGAÇÃO

EDUARDO CORREIA concebia um conceito extensivo de autoria com base na teoria da adequação, de acordo com o qual todas as pessoas que tivessem “(...) levado a cabo qualquer comportamento que esteja num nexó de causalidade com o preenchimento do respetivo tipo legal” são consideradas autoras.¹⁰³

Mesmo reconhecendo que há hipóteses de autoria mediata que não cabem no conceito de instigação, o autor defendia um conceito amplo de autoria moral ou intelectual não autonomizando a instigação, visto que esta deveria ser punida nos mesmos termos que a autoria moral,¹⁰⁴ sendo a sua autonomização um luxo conceptual, pois que se autonomizava a figura do instigador para depois o punir como autor.¹⁰⁵

Segundo o princípio da autorresponsabilidade, a plena responsabilidade do homem da frente (atuando este com culpabilidade dolosa) não é concebível na autoria mediata, sendo que nesse caso “(...) a qualificação jurídica do homem de trás seria instigador, eventualmente co-autor ou cúmplice, não de autor mediato, não reconhecendo pois, face ao princípio da auto-responsabilidade, a figura de autor atrás do autor”.¹⁰⁶

Mais recentemente, parte da doutrina alemã, nomeadamente ROXIN¹⁰⁷, tem vindo a sentir necessidade de permitir em certos casos a figura de autor (mediato) atrás do autor,

¹⁰¹Veja-se acerca dos pressupostos objetivos e subjetivos da instigação, FARIA, 2017, p. 327 ss.

¹⁰²Neste sentido, DIAS, 2019, pp. 933/934

¹⁰³CORREIA, 1953, p. 90 *apud* BRITO, 2001, p. 619

¹⁰⁴BRITO, 2001, p. 619

¹⁰⁵Ac. do STJ n.º 11/2009 Proc. n.º 305/09 — 3.ª — Fixação de jurisprudência

¹⁰⁶Ac. do STJ n.º 11/2009 Proc. n.º 305/09 — 3.ª — Fixação de jurisprudência e DIAS, 2019, p.

¹⁰⁷O autor aceita que possa haver autoria mediata com dolo e culpa do executor, dando como exemplo os casos de erro evitável sobre a proibição cfr. Roxin, 2000, p. 720 *apud* Brito, 2001, p. 622

sendo então compatível que o “homem de trás” seja punido por autoria mediata mesmo sendo o “homem da frente” plenamente responsável.

Necessidade tornada premente - e que leva uma parte da doutrina a falar já neste preciso contexto de uma teoria limitada da autorresponsabilidade - pela circunstância de aquela doutrina continuar fiel ao dogma segundo o qual, de acordo com a teoria do domínio do facto, o instigador não seria nunca autor, mas mero participante.¹⁰⁸

Negar a autoria mediata, segundo a mencionada doutrina, é uma solução que corre o risco de incorrer em lacunas de punibilidade ou até mesmo de conduzir “(...) a um tratamento injustificável dos casos em questão, derivado de se punir como autor aquele a quem cabe a menor fatia de responsabilidade jurídico-penal e como mero participante aquele que no fundo foi o «autêntico centro pessoal» do ilícito praticado e a quem atinge, em princípio uma culpa mais pesada”.¹⁰⁹

FIGUEIREDO DIAS não tem o mesmo entendimento, justificando que “(...) segundo o direito português vigente, as hipóteses de instigação que constituam verdadeira “determinação” devem não apenas ser *punidas* como autoria, mas ser consideradas verdadeira autoria”.

Assim sendo, mantém a defesa da teoria da autorresponsabilidade, segundo a qual as hipóteses em que o “homem da frente” age de forma responsável não são necessariamente enquadradas em autoria mediata, mas sim na figura da instigação considerada e punida como autoria.

Do nosso estudo retiramos as seguintes conclusões: segundo os critérios gerais de delimitação, nos casos de **autoria mediata** o homem de trás mantém o domínio do facto, sendo que a pessoa instrumentalizada atua sobre a sua influência e da forma que este quer, havendo uma dependência funcional do segundo para com o primeiro. Já na **instigação** “(...) o facto ilícito típico, desde a sua concepção à sua realização, surge exclusivamente da acção do instigado ao ficar determinado pela acção do instigador, ficando o instigado no domínio exclusivo do facto, a que o instigador se torna alheio”.¹¹⁰ Frisamos, no entanto, que o instigador tem o domínio da decisão, sendo então considerado autor.¹¹¹

¹⁰⁸Dias, 2019, pp. 917/918

¹⁰⁹Dias, 2019, p. 937

¹¹⁰Ac. do STJ n.º 11/2009 Proc. n.º 305/09 — 3.ª — Fixação de jurisprudência

¹¹¹Neste sentido, DIAS, 2019, p.933

A intervenção do instigador não constitui então condição suficiente e única da prática do facto pelo instigado, dado que este mantém autonomia na decisão, caso contrário estaríamos perante um caso de autoria mediata.

Fazemos nossas as palavras de PAULA FARIA quando refere que “a liberdade do sujeito pode ser condicionada por outrem sem que a decisão pelo facto, e a responsabilidade pelos seus efeitos, deixe de lhe pertencer. No limite, a punição do instigador poderia traduzir mesmo uma forma de “menorização” do instigado, que apesar de tudo se mantém autónomo e livre na sua opção de atuar contra o direito”.¹¹²

Problemático é, nos casos de incitamento ao suicídio, conseguir identificar se houve ou não instrumentalização da vítima, sendo que, nesses casos, o termo da vida não foi escolha dela, sendo o domínio da vontade e do facto pertença de um terceiro. Estes casos consubstanciam autoria mediata de homicídio (homicídio por intermédio da vítima) e não incitamento ao suicídio.

A distinção entre instigação e autoria mediata tornar-se-á pertinente quando procedermos à análise do art. 135.º n.º 2; juntamente com outras considerações, ajudará a criar uma linha que, apesar de ténue, diferencia os casos de incitamento ao suicídio dos casos de autoria mediata de homicídio.

¹¹²FARIA, 2017, p. 326

V.DELIMITAÇÃO ENTRE INCITAMENTO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO E AUTORIA MEDIATA DE HOMICÍDIO DE MENORES DE 16 ANOS – ANÁLISE CRÍTICA AO ART. 135º Nº2 CP

5.1.Contextualização do Problema

Desde os últimos anos para cá que a internet tem sofrido uma enorme evolução, refletindo um infinito número de novas possibilidades. A presença das novas tecnologias sente-se não só nos mais velhos como também, e principalmente, nos mais jovens.

A internet tem vantagens associadas, como a evolução e controlo das capacidades motoras, uma maior promoção da comunicação e interação, pelo facto de as pessoas se encontrarem à distância de um clique, acessibilidade a inúmera informação, o que gera conhecimento, entre outras.

No entanto, estamos todos mais expostos aos grandes riscos que esta acarreta. Principalmente os mais jovens, que para além de mais ingénuos, como foi dito anteriormente, são aliciados pelos riscos e pelo perigo. Colocando-se muitas vezes em situações em relação às quais não estão capacitados para lidar.

Muitos de nós já ouvimos falar da “Baleia Azul”, “Momo” e, mais recentemente, do “Homem-pateta”, que consiste numa série de desafios que têm como objetivo incitar crianças e adolescentes à prática de atos de autoagressão até chegarem ao suicídio, sendo este o objetivo final.

São desafios difundidos através das redes sociais, sendo que *“alguns adolescentes são “identificados” pelos curadores através do uso de determinadas hashtags ou por fazerem parte de certos grupos nas redes sociais (como grupos sobre depressão ou suicídio)”*.¹¹³ O jogo começa ou por iniciativa do “administrador” ou de forma voluntária pela vítima e, desde o primeiro contacto, o jogador recebe um desafio diário que deve ser cumprido e registado.

¹¹³SILVA, em <https://www.publico.pt/2017/04/28/sociedade/perguntaserespostas/perguntas--respostas-sobre-o-jogo-suicidario-baleia-azul-1770413>, consult. dia 23/03/2021

No desafio Momo, por exemplo, há extorsão de informações privadas (morada do jovem, relacionamentos que este tem, nome de familiares, morada da escola que o jovem frequenta, ...), que, mais tarde, são usadas para assediar e incitar ao suicídio e violência, dado gerarem no menor um medo terrível.¹¹⁴

São um fenómeno que não tem fim, dado que atrás de um surge outro, daí a importância de refletir e reprimir este tipo de condutas. Fazemos nossas as palavras de CONCEIÇÃO CUNHA quando afirma que

*(...) embora o fenómeno de “incitamento ao suicídio” (assim como o incitamento a outros atos autoagressivos) não tenha nascido com as redes sociais, estas têm o condão de o potenciar, pela capacidade de alargar a sua influência a um número crescente de jovens, dominados pelo seu fascínio.*¹¹⁵

Para além disso, como já referimos, as redes sociais permitem o acesso a inúmeras informações relativas à vítima, o que facilita o “trabalho” ao criminoso.

O combate a este tipo de condutas não pode dar-se apenas através da adoção de medidas de controlo das redes sociais e sensibilização dos pais, educadores e jovens relativamente aos perigos inerentes aos meios tecnológicos. Também o Direito Penal deve contribuir para a proteção das crianças e jovens, dada a sua vulnerabilidade. Daí a importância da análise do art. 135.º n.º 2.¹¹⁶

5.2.A linha ténue que separa o incitamento ao suicídio e a autoria mediata de homicídio

Não descurando as questões suscitadas pelo auxílio ao suicídio, iremos focar o nosso estudo e análise na questão do incitamento, dado o maior desvalor da conduta e tendo em conta que desencadeia problemas que, na nossa perspetiva, são mais significativos.

Focaremos também o nosso estudo nos casos de incitamento ao suicídio de menores. Assim sendo iremos interpretar o n.º 2 do art. 135.º de acordo com a delimitação entre instigação e autoria mediata, iniciando com os critérios de distinção subjacentes ao

¹¹⁴<https://observador.pt/2018/07/31/depois-da-baleia-azul-a-momo-o-novo-phenomeno-online-na-mira-das-autoridades/>, consultado em 23/03/2021

¹¹⁵CUNHA, 2020, p. 145

¹¹⁶CUNHA, 2020, p. 146

art. 26.º e abordando, mais tarde, como é que a questão da delimitação é debatida na doutrina alemã (dado ser a que mais desenvolvidamente tem tratado este problema).¹¹⁷

5.2.1. Distinção entre incitamento ao suicídio de menores e autoria mediata de homicídio através dos critérios gerais de delimitação previstos no art. 26º

Já referimos anteriormente que Eduardo Correia defendia um conceito extensivo de autoria, sendo que dentro deste caberiam quer as situações de autoria mediata quer as situações de instigação, não encontrando motivo para distinguir os conceitos, dado que os agentes deveriam ser punidos nos mesmos termos.

O autor acabou por se confrontar com a questão de, no art. 143º do Anteprojeto da Parte Especial (atual art. 135º), a distinção entre instigação e autoria mediata se tornar de grande relevância, visto implicar a prática de crimes diferentes¹¹⁸ e, conseqüentemente, diferentes penas.

Os seus textos geraram dificuldades de interpretação no que toca à presente temática, primeiro porque quando delimita as hipóteses de autoria mediata, refere sem criticar a doutrina alemã, que insere a determinação de inimputáveis ao crime no âmbito da autoria mediata, no entanto adota um critério contrário no art. 143.º n.º 3; segundo, porque mesmo adotando como critério geral de inimputabilidade os 16 anos de idade, considera justificada a distinção entre os 14 e os 16 anos em matéria de incitamento ou ajuda ao suicídio.¹¹⁹

A possibilidade (ou não) de se instigar um menor a pôr termo à própria vida não tem gerado grande discussão na doutrina portuguesa. No entanto, mencionaremos os principais pontos de vista.

Assim, FIGUEIREDO DIAS, como já referimos anteriormente, adota a teoria do domínio do facto para delimitar entre a autoria mediata e instigação. No caso em que o instrumento atua em estado de inimputabilidade, defende que se está seguramente diante da autoria mediata, isto porque nessas situações o “homem-da-frente” não possui o domínio do facto, mesmo que tenha atuado com dolo do tipo. Apela ao princípio da autorresponsabilidade para concluir que um agente menor de 16 anos não pode ser

¹¹⁷BRITO, 2001, p.617

¹¹⁸Como refere BRITO, 2001, p. 620 “uma vez que se não houver liberdade de decisão não faz sentido sequer falar em suicídio”

¹¹⁹BRITO, 2001, p. 621

juridicamente responsabilizado pelo facto, “(...) e nessa medida, pode e deve ser visto como intermediário instrumentalizado pelo homem-de-trás”.¹²⁰

Contudo, quando foi chamado a pronunciar-se, no contexto da discussão do projeto de revisão do atual Código Penal, admitiu a possibilidade de incitamento ao suicídio de inimputáveis, chegando a aceitar expressamente tratar como mero incitamento hipóteses em que a vítima tem menos de 14 anos.¹²¹ No seu entender, é necessário que o juiz proceda à avaliação do caso em concreto de forma a aferir se o suicida tinha ou não o domínio do facto. Por fim, pronunciou-se contra a introdução de uma presunção, no sentido de até aos 14 anos se estar sempre perante situações de autoria mediata de homicídio.¹²²

Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, nos casos em que a vítima não tem capacidade de valoração e determinação, não detendo domínio do facto (defendendo o critério dos 16 anos, salvaguardando que, mesmo com o atingir dessa idade, pode não se atingir a mencionada capacidade), afasta-se a liberdade da decisão de suicídio, sendo que nestes casos não estaremos diante de um incitamento ao suicídio, mas sim de autoria mediata de homicídio.¹²³

VALADÃO SILVEIRA considera que apenas se está no âmbito da autoria mediata de homicídio quando os factos dos quais advém a inimputabilidade não permitam à vítima ter o mínimo sinal de posse de si mesma, não detendo capacidade para efetuar um suicídio relevante nos termos do art. 135.º.¹²⁴ Segundo a autora não se deve aplicar analogicamente o art. 38.º relativo ao consentimento às situações previstas no art. 135.º e, por consequência, levar a que, sempre que se esteja diante de um caso de incitamento ao suicídio de um menor de 16 anos, este se enquadre na autoria mediata de homicídio, dado que tal viola o princípio da legalidade, não só porque este preceito se refere a outro tipo de lesões, como também pelo facto de o legislador ter abolido essa ressalva da idade expressa no art. 143.º do Anteprojeto.¹²⁵

Já COSTA ANDRADE, apesar de admitir que a solução do Direito português permite uma maior plasticidade do regime e uma maior atenção à particularidade de cada caso, encara com estranheza “(...) denegar a um menor de 14/15 anos a capacidade para

¹²⁰DIAS, 2019, p. 914

¹²¹Neste sentido, BRITO, 2001, p. 622

¹²² Código Penal Actas e Projecto, 1993, pp. 200 e 201

¹²³ALBUQUERQUE, 2015, pp. 529/530

¹²⁴SILVEIRA, 1990, p. 153-155

¹²⁵SILVEIRA, 1990, p. 139

consentir na lesão de um qualquer dos seus bens jurídicos disponíveis e reconhecer-lhe a capacidade para assumir o sacrifício radical e irreversível do mais iminente dos seus bens jurídicos, a vida”.¹²⁶

Também CONCEIÇÃO CUNHA indaga o sentido de não se reconhecer a um menor de 16 anos capacidade para dispor dos seus bens, nem para pedir para ser morto (ao abrigo do art. 134.º), mas, no entanto, reconhecer-se capacidade para o mesmo dispor da própria vida. Questiona até “por que se é mais exigente quanto à capacidade da vítima que pede para ser morta por comparação com a capacidade de quem se mata a si próprio por influência decisiva de terceiro”.¹²⁷

5.2.2. Distinção entre incitamento ao suicídio (de menores) e autoria mediata de homicídio na doutrina alemã

A doutrina alemã foi a primeira a debater a questão relativa à delimitação do homicídio em autoria mediata do incitamento ao suicídio, tendo-a relacionado desde logo com as questões da parte geral relativas à autoria mediata e instigação.^{128/129}

Não descurando a importância da procura desse critério em tese geral, à presente dissertação, este apenas interessa no que se refere às situações em que o agente executor é inimputável em razão de idade.

Mesmo não havendo uma resposta consensual à questão da distinção entre incitamento ao suicídio e a autoria mediata de homicídio, podemos afirmar que os autores e os tribunais têm acolhido duas grandes correntes/critérios: a solução da culpa e a solução do consentimento.

5.2.2.1. Solução da culpa

Esta solução é representada a título principal por ROXIN e, segundo a mesma, o critério para delimitar as situações de autoria mediata de homicídio das situações de instigação ao suicídio de vítimas inimputáveis em razão de idade deve ser o mesmo a que

¹²⁶ANDRADE, 2012, p.147, em sentido similar SILVA, 2011 e p.163: “Se o incitamento é direccionado perante um menor de 14 anos (...) configura um caso de homicídio por autoria mediata, pois, considera-se que a própria vítima é utilizada como meio de comissão do homicídio”

¹²⁷CUNHA, 2020, p. 163

¹²⁸BRITO, 2001, p. 623

¹²⁹Poderemos justificar a reforçada importância deste problema com relevo dogmático e prático-jurídico no Direito Alemão, dado que decidirá o *se* da punição e não o *como*. Cfr. ANDRADE, 2012, p. 142

se recorre para distinguir os casos de autoria mediata dos casos de instigação em situações em que está em causa o cometimento de um delito de domínio.¹³⁰

Ou seja, há uma aplicação analógica dos princípios da exclusão da culpa, nomeadamente a inimputabilidade (art. 19.º e 20.º) e o estado de necessidade desculpante (art. 35.º), tendo sempre em consideração que estas regras pressupõem a existência de um facto criminalmente típico e ilícito, sendo que o suicídio não o é.¹³¹ Ainda assim afirmam os defensores desta solução que “(...) apesar de se tratar de decisões distintas (praticar um crime ou suicidar-se), a verdade é que não são mais distintas do que decisões relativas a crimes diferentes”.¹³²

Analisando em termos práticos, caso se adote a solução da culpa, todos os casos em que a vítima é menor de 14 anos, sendo, por conseguinte, considerada inimputável (no direito alemão), serão enquadrados no âmbito da autoria mediata de homicídio, dado que o domínio do facto se encontra totalmente do lado do autor mediato.

Nas hipóteses em que as vítimas que se encontrem entre os 14 e os 18 anos o critério propõe que se averigue o caso em concreto, avaliando o grau de desenvolvimento espiritual e moral do menor, tentando entender se o mesmo tem maturidade e capacidade para compreender o significado do suicídio e para se autodeterminar tendo em conta essa compreensão.¹³³

5.2.2.2.Solução do consentimento

A solução do consentimento, adiantada por GERD GEILEN, para além de se aplicar a todas as “situações fronteira”¹³⁴, recorre aos critérios e regras do consentimento e, concretamente, às regras do consentimento “qualificado” subjacente ao homicídio a pedido da vítima para se distinguir a autoria mediata de homicídio do incitamento ao suicídio.¹³⁵

Assim, só se pode considerar que houve incitamento ou auxílio ao suicídio quando a vítima preenche as exigências do consentimento – livre, sério, esclarecido, instante e

¹³⁰Sendo delitos de domínio aqueles em que o autor, e somente este, é quem possui o domínio do facto.

¹³¹ANDRADE, 2012, p. 143

¹³²BRITO, 2001, p. 624

¹³³BRITO, 2001, p. 625

¹³⁴BRITO, 2001, p. 628

¹³⁵ANDRADE, 2012, p. 144

expresso. Todas as outras situações, em que o comportamento da vítima apresenta uma falha que excluiria o seu consentimento, nos termos exigidos pelo tipo legal atinente ao homicídio a pedido da vítima – encontrar-se coagida ou em erro - são enquadradas na autoria mediata de homicídio, abrindo assim o leque de casos abrangidos por este tipo legal.¹³⁶

GEILEN aplica analogicamente ao incitamento ao suicídio as regras do consentimento exigido pelo homicídio a pedido da vítima por entender que “a maturidade do menor que é de exigir para o suicídio, e que só ela pode fundamentar a responsabilidade individual, não tem nada a ver com a sua maioridade penal”.¹³⁷

5.2.3. Aplicabilidade prática e (in)compatibilidade das soluções da culpa e do consentimento com o Direito Penal

Iniciando com a solução da culpa, esta implicaria que se alguém incitasse ao suicídio uma pessoa menor de 16 anos¹³⁸ seria punido por autoria mediata de homicídio, dado defender que é através das regras da exclusão da culpa, nomeadamente a inimputabilidade, que se faz a distinção entre o incitamento ao suicídio de menor e a autoria mediata de homicídio.

Tal raciocínio é incompatível com o direito português desde logo face à existência do n.º 2 do art. 135.º que determina um agravamento da pena sempre que a vítima é menor de 16 anos, ou seja, “(...) a lei admite *eo ipso* que possa haver [incitamento]¹³⁹ ao suicídio de inimputável”.¹⁴⁰

Já quando defende que entre os 14 (nossos 16) e os 18 anos se deve aferir a capacidade de valoração e de autodeterminação de acordo com essa mesma valoração, tal não é incompatível com o direito português, na medida em que o CP nada dispõe, à partida, em contrário. No entanto, na nossa perspetiva, torna-se contraditório que se aplique a solução pela metade, porque assim sendo entre os 16 e os 18 anos procedia-se

¹³⁶Neste sentido, ANDRADE, 2012, p.145, BRITO, 2001, p. 628 e CUNHA, 2020, p. 157

¹³⁷GEILEN, 1974, p. 145 *apud* BRITO, 2001, p. 629

¹³⁸Fazemos a ressalva que a inimputabilidade existe até aos 14 anos no Direito alemão e até aos 16 anos no Direito português. Por isso quando adaptamos qualquer uma das soluções ao sistema jurídico português falamos nos 16 anos e não nos 14.

¹³⁹Parênteses nosso.

¹⁴⁰ANDRADE, 2012, p.146

a essa avaliação do domínio natural do facto e dos 16 para baixo aplicava-se de forma automática o incitamento ao suicídio qualificado.

No respeitante à solução do consentimento, através da sua lógica haveria autoria mediata sempre que não se verificasse por parte do executor uma decisão pautada pela seriedade, liberdade, instância e expressão; sempre que a decisão cumprisse os requisitos do art. 134.º, estar-se-ia perante o incitamento ao suicídio.

A aplicabilidade desta solução no Direito português gera dúvidas por ser necessário demonstrar a compatibilidade dos requisitos previstos no art. 134.º com o n.º 2 do art. 135.º e a necessidade lógica de aplicar estes mesmos requisitos ao art. 135.º. Para além disso, este “pedido qualificado” aplica-se só e apenas a maiores de 16 anos, quando a vítima tem menos de 16 anos nem se aplica o art. 134.º. O que acaba por gerar em nós maior perplexidade, pois há uma maior exigência relativamente ao homicídio a pedido da vítima (maior) do que relativamente ao incitamento ao suicídio de menor.

5.3. Reflexões Finais

O estudo e delimitação dos tipos legais e conceitos feito ao logo da dissertação importa e servirá como base para a análise que faremos agora do n.º 2 do art. 135.º, aludindo a eventuais problemas que este tipo legal de crime poderá suscitar.

Mesmo colocando em causa o suicídio poder ser expressão de liberdade¹⁴¹, não somos da opinião que todos os casos em que haja o seu incitamento devam ser enquadrados na autoria mediata de homicídio. Daí que o art. 135.º seja pertinente.

A fronteira entre instigação e autoria mediata é complexa e não totalmente consensual, daí que os contornos de autoria mediata de homicídio e incitamento ao suicídio sejam difíceis de traçar.

O maior impasse, para nós, verifica-se relativamente ao incitamento de vítimas menores de 16 anos ou com capacidade de valoração ou determinação sensivelmente diminuídas, dado que o aproveitamento de grave e notória perturbação psicológica da vítima ou da sua imaturidade e vulnerabilidade é claramente um caso de instrumentalização, devendo ser enquadrado na autoria mediata de homicídio.¹⁴²

¹⁴¹ Sobre o suicídio como ato (não totalmente) livre *vide* capítulo I

¹⁴² Neste sentido, CUNHA, 2020, p. 151

No entanto, quando observamos o nosso CP deparamo-nos com o agravamento previsto no n.º 2 do art. 135.º, que automaticamente parece excluir do âmbito da autoria mediata os mencionados casos. A interpretação deste artigo implica a análise de várias questões às quais tentaremos dar resposta.

A primeira é se fará sentido que se seja mais exigente quanto à capacidade, seriedade e autonomia da vítima no art. 134.º (homicídio a pedido da vítima) do que no art. 135.º (incitamento ao suicídio), sobretudo quando esta se enquadra no n.º 2.

O consentimento mencionado no art. 134.º do CP tem de respeitar as regras previstas na parte geral do CP, mais precisamente no art. 38.º. Assim, para ser eficaz, o consentimento necessita de ser prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir, no momento em que o presta, o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance. Para além disso tem de traduzir uma vontade séria, livre e esclarecida (fora os requisitos já presentes no tipo legal - pedido sério, instante e expresso). Ou seja, todo o consentimento dado por menores de 16 anos é ineficaz não se enquadrando a conduta no art. 134.º. Não faz então sentido que não haja a mesma proteção nos casos previstos no art. 135.º, mais precisamente nos casos de incitamento de menores de 16 anos, onde se aplica apenas um agravamento da moldura penal.

Exigir, para além da idade, o preenchimento de todos os outros requisitos para aplicação do art. 134.º, traduz-se na maior proteção da vítima, com idade superior ou igual a 16 anos, que pede para morrer, do que da vítima, menor de 16 anos, que é incitada a matar-se.

Sentimos que o nosso sistema jurídico entra em contradição, principalmente por, apesar das devidas diferenças, as situações enquadráveis nestes tipos legais terem bastantes semelhanças, mas, no entanto, serem tratadas de forma tão díspar.¹⁴³

Mesmo tendo em consideração que quem pratica o ato letal que irreversivelmente provoca a morte da vítima difere, sendo que, no art. 134.º, em termos comportamentais, estamos perante a heterolesão do bem jurídico vida, e no art. 135.º perante uma autolesão desse mesmo bem jurídico, a verdade é que, analisando em termos psicológicos, desencadear o processo letal é mais grave do que praticar o ato final a pedido da vítima. Assim sendo, não nos parece defensável a solução adotada.

¹⁴³ Abordamos as diferenças que separam estes dois tipos legais no cap. III

Nos termos do art. 19.º do CP, os menores de 16 anos são inimputáveis, sendo que a imputabilidade pode ser definida como “a capacidade do agente, no momento da perpetração do facto, de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de harmonia com essa avaliação”¹⁴⁴. Presume-se então que até aos 16 anos não há ainda “(...) plena consciência da realidade envolvente, falhando a conexão objetiva de sentido entre o facto e a pessoa do agente”.¹⁴⁵ Assim sendo, surge a segunda questão: terá o agente menor de 16 anos capacidade para avaliar a irreversibilidade da conduta que irá colocar em prática (suicídio)?

Através da análise dos vários estudos anteriormente expostos, no capítulo II, estamos convencida que não. Muito menos quando o jovem se encontra em situação de subordinação, i.e., quando a pessoa que o incita a matar-se se encontra em posição de “poder”, por ser, p. ex. familiar, professor, tutor da vítima, tendo conhecimento de informações privadas relativas ao jovem ...

Não faz sentido que haja uma maior proteção do menor relativamente aos seus bens materiais, não podendo deles dispor (na maioria dos casos), dado não ter capacidade para o fazer, do que relativamente ao bem jurídico mais relevante e fundamento de todos os direitos – o bem jurídico vida.

Se um adulto convencer um menor inimputável a praticar um crime e este o praticar, havendo prova bastante de que foi esse mesmo adulto quem criou no menor a ideia de o praticar, estaremos perante a autoria mediata desse mesmo ilícito típico. Tem sido neste sentido que a doutrina tem enquadrado os casos de inimputabilidade do agente imediato, dado considerar que o autor (mediato) o instrumentaliza, detendo então o domínio do facto.¹⁴⁶

Emerge então a terceira questão: não se poderá aplicar o critério geral de delimitação entre instigação e autoria mediata de crime executado por menor para delimitar incitamento ao suicídio de inimputável e autoria mediata de homicídio?

Como indaga CONCEIÇÃO CUNHA “Perante o suicídio o menor passa a ser considerado mais livre e autónomo? Qual a razão para tal consideração das coisas?”¹⁴⁷

¹⁴⁴SILVA, 2001, p. 167

¹⁴⁵FONTES, 2014 p.10

¹⁴⁶O princípio da autorresponsabilidade vai no mesmo sentido, dado considerar que o inimputável não é responsável.

¹⁴⁷CUNHA, 2020, p. 161

Não nos parece que, face ao suicídio, o menor adquira maior grau de capacidade, nem é nesse sentido que os estudos, por nós analisados, se pronunciam.

A quarta questão é se há presunção de que todos os menores de 16 anos têm a sua capacidade de valorar e de se determinar sensivelmente diminuída ou se é necessário provar essa incapacidade em concreto para que se aplique o n.º 2?

A letra da lei sugere que se possa fazer uma aplicação direta do preceito, sendo que os dois fundamentos da qualificação são alternativos e não cumulativos. Relativamente à doutrina portuguesa, VALADÃO SILVEIRA¹⁴⁸ considera tratar-se de uma presunção inilidível, enquanto COSTA ANDRADE¹⁴⁹ defende que se faça prova da diminuição sensível da capacidade de valorar e de autodeterminação.

A favor da aplicação direta do preceito podemos invocar a maior certeza jurídica; contra essa aplicação poder-se-á invocar o princípio da culpa, na medida em que considerar que é uma presunção inilidível pode levar a punir mais gravemente casos em que não se verifica maior culpabilidade, por exemplo quando o autor tem conhecimento da maturidade precoce do suicida.¹⁵⁰

A quinta questão é a seguinte: quando o agente induz a vítima em erro ou a coage, incitando-a a suicidar-se deveria ser punido por autoria mediata de homicídio?

Nada no tipo legal afasta a sua aplicação relativamente às situações em que o agente induz a vítima em erro ou a coage. No entanto, entendemos que estes casos, independentemente da idade da vítima¹⁵¹, deveriam ser enquadrados na autoria mediata de homicídio. Até porque não faz sentido que estas situações impliquem a não aplicação do art. 134.º, mas no caso do art. 135.º percam relevância.

Sempre que se trata de incitamento de menor de 16 anos aplica-se o nº2 do art. 135º? Se não, então quais são as características indispensáveis que a decisão do menor deve possuir para que ainda se possa falar em incitamento ao suicídio e não em autoria mediata de homicídio?

¹⁴⁸SILVEIRA, 1990, p. 133

¹⁴⁹ANDRADE, 2012, p. 167

¹⁵⁰BRITO, 2001, p. 642

¹⁵¹No entanto, sendo a vítima menor, é mais grave, dada a sua vulnerabilidade emocional.

De acordo com SOUSA E BRITO¹⁵², existem dois critérios dogmáticos de delimitação. Segundo o primeiro critério, nos casos de autoria mediata de homicídio, há domínio de vontade por parte do “agente de trás” e falta de domínio de facto por parte do executor – dada a sua falta de capacidade de valoração e autodeterminação -, já nos casos de incitamento ao suicídio, há falta de domínio da vontade do “agente de trás” e domínio do facto pelo executor. Já o segundo critério faz depender a existência do incitamento das características inerentes ao pedido referido no homicídio a pedido da vítima (art. 134º).

Qualquer um dos critérios expostos é compatível com as exigências da lei, no entanto nenhum é comprovado por ela.

Nada na lei impede que se aplique o n.º 2 do art. 135.º a todos os casos de incitamento ao suicídio de menores de 16 anos. No entanto, não deixamos de encarar essa solução como inadequada à proteção das crianças e jovens pelos vários motivos aos quais fizemos referência anteriormente.

Não nos referimos às características que a decisão deve revestir, mas sim às características que o menor que a toma deve possuir, sendo estas: maturidade e capacidade suficientes para compreender o significado, alcance e consequências do suicídio.

A última questão é se se deverá admitir a existência de um limite mínimo etário a partir do qual a determinação do menor ao suicídio implica sempre autoria mediata de homicídio.

A história do preceito não vai de encontro a esta ideia, dado que o Anteprojeto da Parte Especial estabelecia um limite – 14 anos – a partir do qual se aplicavam as regras do homicídio, tendo este sido retirado, não obtendo consagração na Proposta de Lei de 1979 e não constando do diploma de 1982.¹⁵³ E tendo COSTA ANDRADE, aquando do Projeto de Revisão de 1995 tentado recuperar a proposta anteriormente feita no sentido de adesão à solução da culpa, tal sugestão foi rejeitada.¹⁵⁴

No entanto, a solução atual tem como consequência uma menor segurança jurídica e uma menor proteção dos menores e dos mais vulneráveis.

¹⁵²BRITO, 2001, pp. 638 ss.

¹⁵³BRITO, 2001, pp. 643

¹⁵⁴Código Penal Actas e Projecto da Comissão de Revisão, 1993, p. 200

É certo que deverá haver um limite, mas não estando este consagrado, fica ao critério de quem aplica a lei. Relativamente a menores de idade inferior a 10 ou 12 anos talvez seja evidente que há instrumentalização e que esses casos sejam enquadrados na autoria mediata de homicídio, no entanto, para além de não haver ressalva nenhuma, fazendo com que o juiz possa aplicar o art. 135.º n.º 2 até a um menor de 5 anos, dado que tal decisão se enquadra no seu poder discricionário, no caso dos adolescentes há uma maior probabilidade de se enquadrar no incitamento casos em que o menor foi efetivamente instrumentalizado.

Refletindo acerca dos estudos mencionados no cap. II, chegámos à conclusão que apesar de o desenvolvimento das capacidades cognitivas se dar numa fase inicial da adolescência, chegando a haver equiparação, a esse nível, do adolescente de 16 anos a um adulto, a verdade é que em termos psicossociais e de maturidade emocional, os adolescentes, mesmo com 18 anos, têm significativamente menos maturidade que indivíduos na casa dos 20.

A decisão de pôr termo à vida não envolve apenas as capacidades cognitivas do cérebro, sendo revestida de um enorme peso emocional e psicológico. Assim sendo, e dada a falta de capacidade do adolescente a esse nível, há uma maior facilidade na sua instrumentalização.

Não sugerimos que somente se tenha em atenção a idade da vítima, sendo necessário que haja uma avaliação de todos os outros fatores envolventes “(...) como os meios de que o agente se serve para convencer o menor, assim como a motivação do adulto e do adolescente (...)”.¹⁵⁵

Várias hipóteses, a nosso entender, seriam mais adequadas do que a existência do n.º 2 do art. 135.º, pelo menos tal como está redigido.

Vamos então ao encontro de que se deveria impor um limite de idade abaixo do qual todos os casos seriam enquadrados de forma imediata na autoria mediata. Por exemplo, o incitamento de menores de 16 anos seria considerado autoria mediata de homicídio¹⁵⁶ e dos 16 aos 18 anos aplicar-se-ia a agravante do n.º 2 do art. 135.º.

¹⁵⁵CUNHA, 2020, p. 164

¹⁵⁶Podendo, no entanto, haver aliada uma análise do caso concreto.

Ou então, enquadrando sempre na autoria mediata de homicídio o incitamento de menores de 14 anos, dos 14 aos 16 anos deveria fazer-se a análise concreta do caso e dos 16 aos 18 aplicar-se-ia o agravamento do art. 135.º n.º 2.

Qualquer uma destas soluções parece ser mais adequada a proteger os jovens e crianças que se encontram numa posição de vulnerabilidade, que variadas vezes é explorada com malícia, bastando tomar como exemplo disso os casos acima referidos.

Reforçamos que incitamento e auxílio são comportamentos díspares, com diferente desvalor e que, conseqüentemente, deveriam ser abordados de forma distinta, através da criação de diferenciados tipos legais para cada um (como acontece no ordenamento jurídico espanhol) ou prevendo-se molduras diferentes, no mesmo tipo legal de crime.

Lembramos também que a questão debatida na presente dissertação não se aplica, pelo menos na totalidade¹⁵⁷, aos casos de auxílio ao suicídio, não fazendo essa questão parte da dissertação.

Para terminar cabe fazer menção à motivação. Quer o agente incite o menor a suicidar-se por este padecer de doença terminal que provoca sofrimento, quer o incite por este se encontrar triste por ter terminado uma relação amorosa, nada se altera em termos de distinção entre autoria mediata de homicídio e incitamento ao suicídio.

Isto porque, em ambos os casos nunca foi ideia da vítima terminar o sofrimento através da morte. Nem mesmo a que padecia de doença terminal.

Assim, tendo em conta a sugestão por nós feita anteriormente, sendo a vítima menor de 16 anos, independentemente do motivo, dever-se-ia enquadrar essa conduta na autoria mediata de homicídio, podendo e devendo os motivos relevar no tipo de homicídio em que se enquadra a conduta (poderia ser uma autoria mediata de homicídio privilegiado, simples ou qualificado).

¹⁵⁷Auxiliar uma criança a suicidar-se poderá ser igualmente reprovável havendo a possibilidade de se enquadrar no âmbito da autoria mediata de homicídio. Não iremos, no entanto, tomar posição nesta temática, dada a necessidade de um estudo aprofundado de várias questões antes de se chegar a uma qualquer conclusão.

CONCLUSÃO

Iniciamos a presente dissertação com a proposta de delimitar o incitamento ao suicídio de menores do homicídio por autoria mediata. Procedemos à investigação e estudo com o objetivo de perceber a partir de que idade é que o menor tem capacidade para valorar o suicídio e se autodeterminar de acordo com essa valoração, pois se essa capacidade inexistir haverá instrumentalização do menor.

Clarificámos o conceito de suicídio, não como direito a morrer, mas como liberdade para morrer, e procedemos ao estudo da ideação suicida nos jovens com o propósito de saber qual a percentagem de jovens com pensamentos suicidas, quantos levam essa ideia até ao fim (tentativa de suicídio ou suicídio), quais os seus motivos, e perceber se esses pensamentos são sérios e consistentes.

Desse estudo retirámos que o suicídio é uma forma de fugir ao sofrimento, não sendo o desejo inicial da pessoa, mas a alternativa “mais fácil”, sendo as suas tentativas frequentemente movidas pelo impulso. Não se considera anormal um jovem ter pensamentos suicidas, o problema surge quando a concretização desses pensamentos se apresenta como solução para os problemas que a criança/adolescente enfrenta. As tentativas de suicídio nesta faixa etária são, na maioria das vezes, um grito por ajuda.

Concluimos que há maior suscetibilidade dos jovens a influências negativas e pressões externas e que a maturidade cognitiva de um jovem de 16 anos é próxima da de um jovem adulto, no entanto, a maturidade psicossocial atinge-se mais tarde, sendo que ainda se encontram grandes assimetrias, neste campo, entre um jovem de 18 anos e indivíduos na casa dos 20.

O resultado destas diferenças é o seguinte: em decisões mais lógicas, que permitem ponderação e onde as influências emocionais e sociais são mitigadas, os adolescentes – a partir dos 16 anos – podem ser tão capazes como um adulto, no entanto, em situações que estão tipicamente associadas a altos níveis de excitação emocional ou pressão social, não havendo oportunidade para se consultar alguém com experiência, a tomada de decisão de adolescentes até completarem os 18 anos tende a ser imatura.

Não defendemos que somente a idade tem relevância para aferir a capacidade ou falta dela, no entanto, pode servir como limite, tal como acontece no que toca à idade escolhida para a inimputabilidade penal ou para a maioridade.

Não aprofundamos a “ajuda” ao suicídio por não se equiparar ao incitamento e, conseqüentemente, não implicar a instrumentalização da vítima, focando o nosso estudo no segundo comportamento mencionado.

Para alcançarmos a delimitação entre incitamento ao suicídio e a autoria mediata de homicídio analisamos as soluções da culpa e do consentimento e concluímos que ambas são incompatíveis com o art. 135.º n.º 2 do CP.

Terminamos com a reflexão que se segue:

Não faz sentido que se seja mais exigente quanto à capacidade, seriedade e autonomia da vítima no art. 134.º (homicídio a pedido da vítima) do que no art. 135.º (relativamente ao incitamento ao suicídio). Mesmo tendo em consideração que no art. 134.º estamos perante a heterolesão do bem jurídico vida, e no art. 135.º perante uma autolesão desse mesmo bem jurídico, a verdade é que, desencadear o processo letal (com o incitamento ao suicídio) parece-nos, em regra, mais grave do que a prática do ato final a pedido da vítima.

Não se nos afigura razoável que se negue a um menor de 18 anos capacidade para, por exemplo, dispor dos seus bens, mas se assumamos que um menor de 18 ou até mesmo de 16 anos tem capacidade e maturidade suficiente para avaliar plenamente o significado do suicídio e a sua irreversibilidade, sendo esta afirmação corroborada pelos estudos analisados.

Caso um adulto convença (com sucesso) um menor inimputável a praticar um crime, estamos perante a figura da autoria mediata por se considerar que há instrumentalização do menor; no entanto, quando um adulto cria num menor a ideia de se matar, não se considera que haja autoria mediata, mas sim incitamento. Será que esta disparidade faz sentido? Mesmo não sendo o suicídio um crime, não nos parece que não se possam aplicar as mesmas regras.

A solução dada pelo art. 135º nº2 não só não resolve os problemas que o incitamento ao suicídio de menores suscita, como os agrava. Sugerimos então que haja um limite etário a partir do qual todos os casos seriam enquadrados no âmbito da autoria mediata de homicídio, por exemplo os 16 anos, e que dos 16 aos 18 anos se aplique o n.º 2 do art. 135.º.

Ou então, caso não se queira aplicar o critério geral de delimitação entre instigação e autoria mediata de crime, poder-se-ia baixar o limite para os 14 anos, fazendo-se a análise do caso concreto dos 14 aos 16 anos e aplicando-se dos 16 (ou 14, consoante o caso) aos 18 anos o agravamento do art. 135.º n.º 2. Sendo que, em ambas as opções, os motivos do agente teriam relevância na escolha da medida da pena.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Cláudia Raquel Sousa (2015) - *Os menores e o consentimento informado para o ato médico* – Dissertação de Mestrado em Direito Forense. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Escola de Lisboa

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2015) – “Anotação ao art. 135.º” - in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora

ANDRADE, Manuel da Costa (2012) - “Anotação ao art. 134.º”, “Anotação ao art. 135.º” - in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, (dirigido por Jorge Figueiredo Dias), Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora

BARRELAS, Nádía Cristiana Raimundo (2016) - *A (in)disponibilidade da vida em Direito Penal – Reflexões sobre o problema da autonomia e a Liberdade individual no fim de vida. Os crimes de Homicídio a pedido da vítima e Ajuda ao Suicídio* - Dissertação de Mestrado em Direito Forense. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Escola de Lisboa

BONNIE, Richard J.; Elizabeth S. SCOTT - “The Teenage Brain: Adolescent Brain Research and the Law”, *Association for Psychological Science*, Vol. 22, N.º 2, (2013), pp. 158-161 - <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0963721412471678> (consult. em 18/02/2021)

BRITO, Ana Bárbara Sousa e - “A delimitação entre o incitamento ao suicídio e a autoria mediata de homicídio de menores de 16 anos”, *Separata da Revista O Direito* (dirigido por Inocêncio Galvão Telles), ano 133, nº III, (2001), pp. 615-657

CANOTILHO, J.J. Gomes; Vital MOREIRA (2014) - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. 1 - 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora

CARVALHO, Américo Taipa de (2012) - “art. 154º” - in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, (dirigido por Jorge Figueiredo Dias), Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora

CASEY, B. J; Aaron S. HELLER; Dylan G. GEE; Alexandra O. COHEN - “Development of the emotional brain”, *Neuroscience Letters*, 693, (2019), pp. 29-34 - <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5984129/> (consult. em 10/03/2021)

Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão, (1993), Ministério da Justiça, Lisboa: Rei dos Livros

COSTA, Inês Alexandra Nabiça Cardoso da (2012) - *Adolescência: Ideação Suicida, Depressão, Desesperança e Memórias Autobiográficas* – Dissertação de Mestrado em Psicologia Clínica. Lisboa, Instituto Universitário de Ciências Psicológicas, Sociais e da Vida

CUNHA, M. Conceição Ferreira da (2009) - *Vida contra vida: conflitos existenciais e limites do direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora

CUNHA, M. Conceição Ferreira da – “Incitamento à automutilação e ao suicídio de adolescentes: que resposta jurídico-penal? Reflexão à luz dos valores constitucionais da vida humana, da integridade pessoal e da proteção da infância e juventude”, *Constitucionalismos e (con)temporaneidade, Estudos em Homenagem Homenagem ao Professor Doutor Manuel Afonso Vaz*, (Coord. Rita Lobo Xavier et. al.), UCP editora, Porto, julho de 2020, pp. 143-169

“Depois da “Baleia Azul” a “Momo”, o novo fenómeno online na mira das autoridades”, *Observador*, 31 de julho de 2018, <https://observador.pt/2018/07/31/depois-da-baleia-azul-a-momo-o-novo-fenomeno-online-na-mira-das-autoridades/>, consultado em 23/03/2021

DIAS, Jorge de Figueiredo (2019) - *Direito Penal - Parte Geral: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, Tomo I, 3ª ed., Coimbra: GESTLEGAL

DIAS, Roberto – “Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: Uma interpretação conforme a Constituição”, *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, Ano 14, N.º 16, (2015), pp. 182-206, <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/167> (consult. em 19/04/2021)

FARDILHA, Mariana da Costa Nunes (2018) - *Tentativa de Instigação: Punibilidade da Proposta de Homicídio* - Tese de Mestrado em Direito Criminal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Escola do Porto

FARIA, Maria Paula Ribeiro de (2017) - *Formas Especiais do Crime*, Porto: Universidade Católica Editora

FONTES, Leonor Sarmiento (2014) - *Medidas Tutelares Educativas – Uma Intervenção Penal Encoberta?* - Dissertação de Mestrado em Direito Forense. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Escola de Lisboa

GODINHO, Inês Fernandes (2012) - *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Comparticipação em Direito Penal* - Dissertação de Doutoramento em Direito, Especialização em Ciências Jurídico-Criminais. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

GRISSE, Thomas, et al. – “Juveniles’ Competence to Stand Trial: A Comparison of Adolescents’ and Adults’ Capacities as Trial Defendants”, *Law and Human Behavior*, 27 (4):333-63, (2003) pp. 1-43
https://www.researchgate.net/publication/10615937_Juveniles'_Competence_to_Stand_Trial_A_Comparison_of_Adolescents'_and_Adults'_Capacities_as_Trial_Defendants
(consult. em 10/03/2021)

HARTLEY, Catherine A; Leah H. SOMERVILLE – “The neuroscience o adolescent decision-making”, *Behavioral Sciences*, 5, (2015), pp. 108-115
<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S2352154615001205?token=778AE55B9049418CA88F50CB565BBDAD882D8EAB28CAFF3524DE439F0C2F8622B9F120BF747E7698BB874F629F9E7113&originRegion=eu-west-1&originCreation=20210429121228> (consult. em 10/03/2021)

HENRIQUES, Manuel Leal; Manuel Simas SANTOS (2000) - “Anotação ao art. 134.º”, “Anotação ao art. 135.º” in *Código Penal: anotado*, Vol. 2, Art. 131º a 386º, 3ª ed. Lisboa: Rei dos Livros

LADOUCEUR, Cecile D.; et al., “White Matter Development in adolescence: The influence of puberty and implications for affective disorders”, *Developmental Cognitive Neuroscience*, 2, (2012), pp. 36-54
<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1878929311000594?token=7D3A3565D24FC7819B0952A7C33BA0DD4506D01DEC5CDCB5A997926ECE556D4E1C3ABDB9220F879079B89EBE03D9EA4D&originRegion=eu-west-1&originCreation=20210429121540> (consult. em 10/03/2021)

LEENAARS, Antoon A., “Review Edwin S. Shneidman on Suicide” *Suicidology Online*, Vol. 1, 2010, pp. 5-18 - <http://www.suicidology-online.com/pdf/SOL-2010-1-5-18.pdf> (consult. em 19/04/2021)

NUNES, Alexandre Morais, “Suicídio em Portugal: um retrato do país”, *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Vol. 67, N.º 1, 2018, pp. 25-33 <https://www.scielo.br/pdf/jbpsiq/v67n1/0047-2085-jbpsiq-67-01-0025.pdf> (consult. em 18/02/2021)

OLIVEIRA, Abílio; Lígia AMÂNCIO; Daniel SAMPAIO - “Arriscar morrer para sobreviver. Olhar sobre o suicídio adolescente”, *Análise Psicológica*, 4 (XIX), 2001 pp. 509-521 https://www.researchgate.net/publication/260284517_Arriscar_morrer_para_sobreviver_Olhar_sobre_o_suicidio_adolescente (consult. em 18/02/2021)

OLIVEIRA, Sílvia (2011) - *A justificação – ou não justificação – da figura da instigação no nosso Código Penal* – Dissertação de Mestrado em Direito Criminal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Escola do Porto

OMS – “Adolescent Mental Health”, 28 de setembro de 2020, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/adolescent-mental-health> (consult. em 18.02.2021)

OMS – “Prevenção do Suicídio: Manual para Professores e educadores” – Departamento de Saúde Mental Organização Mundial da Saúde, Genebra (2000), pp. 1-29 https://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/en/suicideprev_educ_port.pdf (consult. em 18/02/2021)

OMS – “Prevenção do Suicídio. Um recurso para conselheiros”, Genebra (2006), pp. 1-28 https://www.who.int/mental_health/media/counsellors_portuguese.pdf (consult. em 18/02/2021)

OPAS – “Saúde Mental dos adolescentes” em <https://www.paho.org/pt/topicos/saude-mental-dos-adolescentes> - consultado a 18/02/2021

PEREIRA, Victor de Sá; Alexandre LAFAYETTE (2014) – “Anotação ao art. 26.º” - in *Código Penal: anotado e comentado: legislação conexa e complementar*, 2ª ed., Lisboa: Quid Juris

SAMPAIO, Daniel; Diogo Frasquilho GUERREIRO - “Comportamentos autolesivos em adolescentes: uma revisão da literatura com foco na investigação em língua portuguesa”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol. 31, Nº 2, (2013), pp. 213-222 <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0870902513000308?token=F7BA241B95A0096A70EC43C9C9209472E14E16FFC8D36D629F0A6DB679310811BD109D5414500FADCC3FB2BF723D984F&originRegion=eu-west-1&originCreation=20210429124616> (consult. em 10/03/2021)

SANTOS, Joana Fonseca dos (2014) - *Reflexões Críticas sobre o Homicídio a pedido da Vítima (Art. 134º Código Penal)* - Dissertação de Mestrado em Direito Criminal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Escola do Porto

SILVA, Cláudia Carvalho - “O que é, afinal, o jogo suicidário Baleia Azul?”, Público, 28 de abril de 2017, <https://www.publico.pt/2017/04/28/sociedade/perguntaserespostas/perguntas--respostas-sobre-o-jogo-suicidario-baleia-azul-1770413> (consult. em 23/03/2021)

SILVA, Fernando (2011) - *Direito Penal Especial: Os crimes contra as pessoas*, 3ª ed., Lisboa: Quid Juris

SILVA, Germano Marques da (2001) - *Direito Penal Português – Parte Geral II- Teoria do Crime*, 1ª ed., Lisboa: Editorial Verbo

SILVEIRA, Maria Manuela Valadão e (1990) - *Sobre o Crime de Incitamento ou ajuda ao Suicídio*, 2ªed., Lisboa: AAFDL Editora

STEINBERG, Laurence; et. al.– “Are Adolescents Less Mature Than Adults? Minors’ Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA “Flip-Flop”” *American Psychologist*, Vol. 64, N.º 7, (2009), pp. 583-594 https://www.researchgate.net/publication/26890381_Are_Adolescents_Less_Mature_Than_Adults_Minors'_Access_to_Abortion_the_Juvenile_Death_Penalty_and_the_Alleged_APA_Flip-Flop (consult. em 10/03/2021)

STEINBERG, Laurence – “Cognitive and affective development in adolescence”, *Cognitive Sciences*, Vol. 9, N.º 2, (2005), pp. 69-74 <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1364661304003171?token=83D791DCEE3C4BED2B86DB47F3C0E170311A8867F4117AB243F32C6EBEC09DE9E80BF80B9F>

D52BF97D55B9975C681EAD&originRegion=eu-west-1&originCreation=20210429122029 (consult. em 10/03/2021)

VALE, Ana Carina de Castro (2019) - *Ansiedade social e ideação e comportamento suicida em estudantes universitários* - Dissertação de Mestrado em Psicologia Clínica e da Saúde. Braga, Faculdade de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Católica Portuguesa Escola de Braga

JURISPRUDÊNCIA

Ac. do STJ n.º 11/2009 Proc. n.º 305/09 — 3.ª — Fixação de jurisprudência