Universidades Lusíada

Costa, Sara Catarina Marques, 1989-

Do homicídio a pedido da vítima : contributo para a interpretação dos artigos

http://hdl.handle.net/11067/2271

Metadados

Data de Publicação 2016-04-28

Resumo Este presente trabalho versa sobre o homicídio a pedido da vítima, que se encontra consagrado no artigo 134º do Código Penal Português. O objetivo deste estudo, que resultou neste trabalho, consiste em perceber a influência que determinados fatores têm no privilegiamento deste tipo de homicídio. O crime de homicídio a pedido da vítima, aplica-se nos casos em estejam preenchidos os requisitos previstos na sua disposição legal, assim sendo, nestes casos o agente é alvo de uma especial atenuação ...

Palavras Chave Suicídio assistido - Direito e legislação - Portugal

Tipo masterThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-19T15:36:31Z com informação proveniente do Repositório

U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A D E L I S B O A

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

Do homicídio a pedido da vítima: contributo para a interpretação dos artigos

Realizado por:
Sara Catarina Marques Costa
Orientado por:
Prof.ª Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa

Constituição do Júri:

Presidente:	Prof.ª Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo
Orientadora:	Prof.ª Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa
Arguente:	Prof.ª Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito

Dissertação aprovada em: 16 de Julho de 2015

Lisboa

2014

UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

Do Homicídio a Pedido da Vítima: Contributo para a interpretação dos artigos

Sara Catarina Marques Costa

Lisboa

Dezembro 2014

UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

Do Homicídio a Pedido da Vítima: Contributo para a interpretação dos artigos

Sara Catarina Marques Costa

Lisboa

Dezembro 2014

Sara Catarina Marques Costa

Do Homicídio a Pedido da Vítima: Contributo para a interpretação dos artigos

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.ª Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa

Lisboa

Dezembro 2014

Ficha Técnica

Autora Sara Catarina Marques Costa

Orientadora Prof.ª Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa

Título Do homicídio a pedido da vítima: contributo para a interpretação dos artigos

Local Lisboa

Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa – Catalogação da Publicação

COSTA, Sara Catarina Marques, 1989-

Do Homicídio a Pedido da Vítima : Contributo para a interpretação dos artigos / Sara Catarina Marques Costa ; orientado por Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa. – Lisboa : [s.n.], 2014. – Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa

I – SOUSA, Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de, 1957-

LCSH

1. Suicídio assistido – Direito e legislação – Portugal

2. Universidade Lusíada de Lisboa, Faculdade de Direito – Teses

3. Teses – Portugal - Lisboa

À memória da minha avó, Maria da Piedade Gomes.

Aos meus pais, Ana Paula e Sérgio, por todo o amor e apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho não seria possível sem a preciosa ajuda de algumas pessoas, que faço questão de aqui reconhecer, pois sem ela não me teria sido possível singrar.

Esta dissertação percorreu um longo caminho até à sua finalização, a escassa bibliografia foi o primeiro problema com que me deparei, neste sentido não poderia deixar de agradecer a colaboração do Doutor Hélder Machado da Universidade Lusíada que me auxiliou nessa mesma pesquisa, mas aos funcionários incansáveis das bibliotecas da Universidade Clássica, Católica, Nova, Autónoma, Coimbra e de Valladolid, porém quero deixar um especial agradecimento à funcionária da biblioteca da Procuradoria Geral da República, que como não era de Lisboa muitas vezes me enviava a documentação digitalizada por e-mail.

Outro entrave foi a falta de tempo, pois estudar, trabalhar e fazer uma tese requer uma gestão rigorosa do tempo que muitas vezes era detonado pelo cansaço.

Deste modo, chegar aqui requereu muita dedicação e determinação sempre alicerçadas pelo inesgotável apoio dos que me acompanharam neste percurso, e é com todo o gosto e sentido de responsabilidade ao qual me propus nesta dissertação que lhes agradeço.

À minha orientadora, excelentíssima Professora Doutora Margarida Silva Pereira, que me incentivou a tratar o tema do homicídio a pedido da vítima, aceitando sem qualquer hesitação em me orientador. Agradeço-lhe pela forma como desde o primeiro dia se mostrou sempre disponível, e pelo auxílio precioso que sempre me prestou e orientou.

Ao Professor Doutor António Gameiro, docente de Direito da Universidade Lusófona, que foi sem dúvida o meu grande apoio, na inesgotável ajuda da

estruturação e inicio da dissertação, elaborando em conjunto com a minha pessoa um esquema minucioso de obras e sítios a consultar como os passos a seguir.

À minha patrona Doutora Anabela Macedo Fernandes, que sempre se demonstro disponível e me auxiliou em todas as dúvidas que surgiam especialmente nesta reta final que me dispensou para conseguir entregar a dissertação neste presente mês de Outubro. Como a todos os advogados e consultores da sociedade Legal Trust.

Por último mas não menos importantes, aos meus queridos pais, Ana Paula V. Marques Costa e Sérgio Sousa Costa. Que nos momentos mais difíceis deste percurso foram os meus grandes pilares, apesar de toda a ajuda das pessoas acima mencionados, nada disto teria sido possível sem o apoio deles. Com o surgimento das diversas adversidades a energia esgota-se e vemos nos invadidos por um sentimento e frustração e derrotismo mas eles sempre acreditaram em mim, incentivaram e nunca me deixaram ir abaixo.

A todos eles, o meu mais profundo agradecimento.

" Se vale a pena viver e se a

morte faz parte da vida, então,

morrer também vale a pena…"

Immanuel Kant

RESUMO

Este presente trabalho versa sobre o homicídio a pedido da vítima, que se encontra consagrado no artigo 134º do Código Penal Português.

O objetivo deste estudo, que resultou neste trabalho, consiste em perceber a influência que determinados fatores têm no privilegiamento deste tipo de homicídio.

O crime de homicídio a pedido da vítima, aplica-se nos casos em estejam preenchidos os requisitos previstos na sua disposição legal, assim sendo, nestes casos o agente é alvo de uma especial atenuação da moldura penal, podendo ser punido por uma pena de prisão que vai até ao limite máximo de 3 anos.

Deste modo, para o agente preencher o tipo legal deste homicídio, beneficiando de tal privilegiamento, terá que se verificar, que o dolo de morte que o levou a praticar esse facto danoso, tenha sido criado pela própria vitima.

Isto é, a própria vitima deseja pôr termo à sua vida mas por qualquer razão, não o consegue fazer si própria, pelo que pede ao agente através da formulação de um pedido que cumpra todos os requisitos enumerados pelo artigo 134º - pedido este que tem de ser sério, instante e expresso, que o mate, criando desta forma no agente, a vontade dolosa de o matar. Este estudo tem como linha orientadora, esmiuçar mais aprofundadamente esta questão, analisando tudo que envolve este pedido que se concretiza num homicídio.

O homicídio a pedido da vítima comporta, um menor grau de ilicitude e consequentemente um menor desvalor da ação, ou seja uma culpa acentuadamente diminuída, devido ao consentimento prévio por parte da vítima onde renuncia à tutela penal da sua vida.

Não há dúvidas que a vida é um bem próprio de cada um, porém cabe aqui delimitar os limites, analisando até que ponto somos livres de dispor da nossa própria vida, até onde vai a nossa liberdade de escolha. Neste contexto, importa notar que estas questões levantam alguns direitos constitucionais que carecem de ser tratados, de modo a desfazer a sua aparente conflituosidade. Logo, parece importante perceber até que ponto podem ser afastados e quais devem prevalecer.

Destarte, analisa-se todo o âmbito de aplicação do homicídio a pedido da vítima no seu todo para o correto enquadramento da matéria a tratar.

Palavras-chave: vida; homicídio; vítima; privilegiamento; pedido

ABSTRACT

This present study concerns homicide as a request by the victim, which is recognized in article 134 of the Portuguese penal code.

The objective of this study, which resulted in this work, consists in understanding the influence which certain factors have in benefiting this particular type of homicide.

The crime of homicide as a request by the victim relates to the cases where the foreseen requisites are met in their legal rights, so that in these cases the perpetrator is the target of mitigation by the penal system, being punishable with a prison sentence up to a maximum of 3 years.

In this way, for the perpetrator to fulfil the legal role of this homicide and to benefit from such a privilege, it will have to be proven that the bad faith which led the subject to practice this evil doing had been created by the victim.

This means, the actual victim wishes to end his or her life but for some reason cannot do it him or herself, and so requests the perpetrator to follow all the requisites mentioned by article 134, being that this request is a serious one which clearly expresses that it kills him or her and creates in the perpetrator the ill will to kill him or her. As a guidance line, this study is to analyse this issue in more depth, evaluating all that involves this request becoming a homicide.

Homicide as a request by the victim contains a lesser degree of illegality and consequently a lesser cause of action, therefore an accentuated diminishment of guilt due to the victim's previous consent where he or she renounces the penal protection to his or her life.

There is no doubt that life is one's own, however, limits must be set, analysing to what extent we are free to renounce our own lives and how far our freedom of choice goes. In this context, it is important to note that these questions raise some constitutional rights which need to be addressed so that we can untangle their apparent conflictions. Therefore it is important to understand what must be dismissed and what must prevail.

In this way, we analyse everything that is involved in the application of homicide as a request by the victim, so that it can be treated in its appropriate legal frame.

Key words: life, homicide, victim, privileging, request

SUMÁRIO

Introdução……...15

I Capítulo:

1. Direito à vida……..18

1.1 Inicio da Vida Humana……..21

2. Dignidade da Vida Humana……...……..26

3. Fim de Vida……..……...31

II Capítulo:

1. Fontes…….35

2. Fundamentos do Privilegiamento……37

3. Requisitos do Pedido……41

3.1 Sério……42

3.2 Instante……43

3.3 Expresso……45

3.4 Determinante……45

III Capítulo

1. Dolo……49

2. Erro……..50

3. Realização do tipo por omissão……...……57

4. Autoria e Participação……62

5. Tentativa e Desistência……..67

6. Concurso……..70

7. Medida da Pena……..……....71

IV Capítulo

Figuras Afins…….…..…..73

1. Homicídio Privilegiado……..73

2. Incitamento ou Ajuda ao Suicídio……..……..……75

3. Testamento Vital…….……80

4. Eutanásia…….……89

Conclusão……98

Bibliografia……..101

Referências……..102

Anexos

INTRODUÇÃO

A tese de mestrado, representa uma escolha complexa que requer assertividade, ponderação e em simultâneo, é um momento crucial no trajeto académico de qualquer estudante.

Durante toda a licenciatura me fascinei pela parte especial do Código Penal Português, nomeadamente pela temática dos homicídios.

Qualquer que seja a modalidade de homicídio, pressupõe a perda do mais valioso bem que o ser humano dispõe, a vida. Como jurista e apaixonada por questões controversas de direito, não poderia deixar passar esta oportunidade de tratar uma questão dessa índole, como retrato o homicídio a pedido da vítima. Esta modalidade de homicídio, desde cedo despertou a minha atenção pela sua complexidade, como pela divergência doutrinal, existente em torno dele.

Adjetividade do direito é fascinante, e este tipo legal de crime não é exceção.

Relativamente à estruturação, deste presente trabalho, optei por dividi-lo em 4 capítulos, onde abordarei temas distintos, pois não podemos olvidar que toda e qualquer dissertação resulta de um intensivo estudo sobre uma temática em que para o seu êxito ser alcançado carece de ser bem delimitado, para tal torna-se imperativo realizar uma divisão objectiva em capítulos de forma a facilitar a compreensão da dissertação, focando cada especificidade do tema no seu capítulo devido, evitando assim a repetição de ideias.

Ao falar de homicídios, não se pode deixar de analisar a vida, isto é, o direito à vida no seu todo. O direito à vida é indisponível, irrenunciável e intransferível, assumindo uma posição inigualável na ordem jurídica portuguesa, tendo uma posição cimeira relativamente aos restantes direitos fundamentais elencados na CRP. Realçando os vários princípios constitucionais envolventes, como a dignidade da pessoa humana, como os limites e restrições da nossa liberdade. Ao tratar o tema vida, importa também definir o momento exato em que ela finda. Genericamente, são estas as temáticas estudadas no primeiro capítulo.

O segundo capítulo é o mais complexo, contendo todo o cerne. O homicídio a pedido da vítima, consagra uma moldura penal mais benevolente em relação as

demais modalidades de homicídio, tecendo um limite máximo de 3 anos de prisão. Este privilegiamento deve-se, ao facto de assentar numa atitude menos gravosa por parte do agente, havendo uma culpa sensivelmente diminuída, comportando um resultado de menor grau de ilicitude e menor desvalor da ação.

Este privilegiamento deve-se a um pedido prévio por parte da vítima, que formula ao agente, pedindo-lhe que ponha fim à sua vida.

É tratado neste trabalho todos os requisitos/ características que este pedido deverá obrigatoriamente conter, não olvidando de os que estão enunciadas na redação do artigo 134º, que dispõe em que moldes se conceitua o enquadramento da aplicação do privilegiamento neste tipo de homicídio.

Os requisitos exigidos, são aqui tratados, de modo a facilitar a compreensão desta disposição legal, como quando se verifica o preenchimento do tipo.

De modo geral, estes requisitos elencados pelo 134º, são três, a saber, exige-se que o pedido seja, sério instante e expresso, tornando imperativo nesta ordem de estudo, estabelecer uma correta perceção de cada um deles. Mas serão só estes os requisitos enunciados, que se tem de verificar cumulativamente ou haverão outros subentendidos que também merecem a nossa atenção? Neste âmbito, parte-se de uma análise, mais esmiuçada da doutrina, valorando os vários entendimentos que, desde logo se percebe que há outros que mesmo não estando expressamente evidenciados devem ser valorados.

Este trabalho tem como objetivo, estudar o homicídio a pedido da vítima no seu todo e evidenciando as questões controversas, como é o caso do agente/vítima se encontrarem em erro, e quais as consequências desse erro para o preenchimento do tipo.

Ao tratar este temática outros problemas se levantam, como o de saber se pode ser tipificado o comportamento omisso ou ainda no caso do agente após ter iniciado ação, por qualquer motivo desistir da ação. Não obstante de não se consumar o dano morte que era pretendido pela vítima, pode resultar outro dano menos gravoso, mas que merece ser tratado à luz do Código Penal, como o de ofensas corporais. Nesta medida, temos também de ter em consideração a tentativa, analisando os casos em

que esta é aplicada, visto que é contemplada no n.º 2 do 134º. Todos estes casos são, minuciosamente analisados no terceiro capítulo.

O instituto do homicídio a pedido da vítima é muitas vezes confundido com outros institutos. A eutanásia é um desses institutos, mas será este tipo legal de crime, uma das formas de eutanásia? Logo, parece-me oportuno tratar esta temática, enunciando quais as suas diferenças, assim como o que os aproxima levando à sua confusão. Não só a eutanásia apresenta pontos conexos, o homicídio privilegiado (art. 133º CP) por ser um homicídio privilegiado, como a sua própria epigrafe menciona é alvo de uma pena acentuada, ou como o incitamento ou ajuda ao suicídio (art.135º CP) que, também é alvo de uma pena menos gravosa em questão as demais modalidades de homicídios. Deste modo, no último e quarto capítulo são tratadas todas estas figuras afins, sendo tratadas e distinguidas em relação ao tema central.

A técnica escolhida para a realização deste estudo, resulta na consulta da nossa doutrina com a exposição dos vários argumentos e posições de vários autores da nossa praça, como de jurisprudência dos nossos tribunais nacionais.

Várias são as questões que se levantam ao tratar este tipo legal de crime, tendo este presente trabalho a finalidade de responder a todas essas questões, como de enunciar os eventuais problemas que este tipo de homicídio pode congregar.

Neste primeiro capítulo, torna-se imperativo fazer um enquadramento do bem jurídico que versa este tipo legal de crime, a vida. A vida, consiste no bem mais valioso do ser humano, ocupando o lugar mais elevado na hierarquia de valores. Todo o Direito tem como alvo o Homem, deste modo torna-se inequívoca e perceptível toda a proteção que este bem merece. É notório que o direito à vida, muitas vezes referido na nossa doutrina como o "Direito dos Direitos", merece uma proteção absoluta em qualquer que seja o ramo das ciências jurídicas. Deste modo, neste capítulo será discutido não só o Direito à Vida, como o momento em que a vida começa, isto é quando é atribuído ao homem o estatuto de pessoa assim como o momento que a vida finda.

1. DIREITO À VIDA

O direito à vida está contemplado na Constituição no seu artigo 24º que dispõe no n.º1 a vida humana é inviolável e no n.º2 que proíbe aplicação da pena de morte.[1]

Esta disposição legal é encarada por Mário Raposo, como uma fórmula normativa que acarreta mais expressão e peso do que a simples consagração do direito à vida visível na maioria das Constituições. A vida é o bem mais valioso, como tal requer maior grau de proteção. Por esta razão se considere que mais que um direito é um valor, qualificado como fundacional pela sua intransferível dignidade da pessoa humana. [2]

O nosso ordenamento jurídico encara o direito à vida como um direito superior aos restantes direitos, encarando a proteção da vida como uma das suas funções axiais.

[2] Mário Raposo *In* PATTO, Pedro Vaz, *No Cruzamento do Direito e da Ética*, Almedina, Coimbra, 2008

A vida é o mais importante bem do ser humano, sendo que sem vida não há mais nada. Se o Direito tem como função servir o homem, pressupõe-se que sem vida não faz sentido falar dos restantes direitos. Este entendimento vai ao encontro de Gomes Canotilho e Vital Moreira caracterizam o direito à vida como um direito prioritário, pois é a condição de todos os outros direitos das pessoas.[3]

É unânime na nossa doutrina e assim sugere o dito artigo 24º que a vida humana é inviolável. Desta afirmação, decorre o caráter tendencialmente absoluto da sua proteção, *tendencialmente,* pois hoje discute-se os limites do início e do fim da vida humana assim como o alcance da expressão vida humana.

O direito valora a vida humana como um bem que vai além de uma unidade entre a vida e pessoa, corpo e espírito, devendo ser entendida num sentido mais abrangente e abranger todas as facetas que com a vida do ser humano podem ser conotadas, isto é necessária valorar todos os valores inerentes à pessoa humana como entidade ontológica que se desenvolve numa dimensão psicofísica e numa dimensão espiritual, tratando-se como Conceição Valdágua refere um "preceito constitucional, apenas da vida humana no sentido restrito da existência bio-fisiológica de um ser humano".[4]

Deste modo, podemos dizer que é desta manifesta união recai o objeto de proteção.

Porém este direito constitucional vai além da proteção da vida humana, ou seja da existência bio-fisiológica mas também de um direito que se "impõe contra todos, perante o Estado e perante os outros indivíduos".[5] Significa proteger não só a vida enquanto bem como forma de atribuir um valor supremo à vida humana. Daí recorre a proteção da viva não só da vida de pessoas nascidas como da vida intrauterina.[6]

[3] CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada,* 1º Vol, 4ªed, Coimbra, 2007

[4] VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos de Direito Penal II: crimes contra as pessoas: homicídio a pedido da vítima,* Lisboa, 2005

[5] CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição…*

[6] Importa salientar que nem todos os autores atribuem à vida o mesmo valor, é o caso de Binding um penalista alemão. "Ele defendeu a teoria de há vidas sem igual valor, com o objetivo de encontrar uma solução humanitária para a eutanásia. O mesmo objetivo tinha a teoria das vidas em estado vegetativo e da teoria das vidas sem valor próprio. Estas ideias, trabalhadas dogmaticamente pela doutrina mais antiga, com intuito humanitário, vieram, posteriormente, a ser aproveitadas pelo regime nazi, através do decreto de setembro de 1939, para proceder ao extermínio dos doentes mentais". Este entendimento seria inaceitável no nosso ordenamento jurídico devido ao caráter tendencialmente absoluto da inviolabilidade da vida humana. In VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos de Direito*…

Neste sentido podemos constatar que esta formulação constitucional, vem de certo modo a reforçar a prevalência da vida sobre a liberdade, sendo certo que perante esta *inviolabilidade da vida humana* configure a vida como um bem indisponível, sem exceções ou distinções. Logo ninguém pode renunciar ou dispor do seu direito a viver.

A vida humana não pode, exclusivamente, ser vista como um bem individual, não se pode olvidar que também é um bem de natureza social, isto é, a vida de cada pessoa constitui valor tanto para o próprio e para a comunidade. Ao ter em conta os fundamentos da própria ordem jurídica no seu todo, é de fácil perceção que também implica a proteção do Estado, ainda que contra a vontade do seu titular.[7]

Os direitos fundamentais não podem ser encarados como meros limites à atividade estadual, pois é também a finalidade da sua atividade.[8]

Reforçando, mais uma vez a tese que direito à vida que deverá prevalecer e ter primazia em relação aos demais direitos constitucionais sublinha-se a posição de Ana Maria Marcos Del Cano que corrobora tal entendimento, constatando que a vida tem um caráter misto, isto é, não é só um bem privado e exclusivo da pessoa como possui um valor sistémico e social.

> Por um lado, la línea predominante mantiene que la vida humana es un bien de tal importância que no puede quedar al libré albedrío de lavoluntad. Por outro, algunos autores sostienen que la vida humana es un valor primordial para el ser humano, pêro que en determinadas circunstancias esa vida perde las características mínimas que ladefinen como humana, pudiendo ser entonces disponible. (Maria Del Cano, 1999, 363)

Assim conclui-se que a vida é o pressuposto de todos os direitos, não fosse o direito, as leis feitas para o homem enquanto ser vivo, logo o direito à vida em caso de conflito deve sempre prevalecer.

Também em relação ao Código Penal Português, constatamos que a parte especial é iniciado com a discussão dos crimes contra a vida. Desta primazia em relação a estes tipos de crimes, é evidente de forma clara e inequívoca da máxima proteção de este bem ou valor jurídico-penal tem no nosso ordenamento jurídico.

[7] PATTO, Pedro Vaz…
[8] ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra 1983.

1.2 INÍCIO DA VIDA HUMANA

O início da vida humana, como já referi apresenta uma complexa discussão, porém a determinação do momento do início da vida é de todo relevante, não só para saber qual o momento que se deixa de falar de vida intrauterina para a vida formada como para saber se um facto praticado contra a vida começa a ser abrangido pelo crime de homicídio, importa no entanto notar que a proteção jurídico penal da vida humana começa com a vida intrauterina.[9]

Segunda a teoria bio-fisiológica, pode considerar-se que a vida humana tem inicio na fecundação, isto é no momento em que o espermatozoide e o óvulo, ou de uma forma científica, a primeira forma da vida humana começa com a singamia que origina a criação de um novo código genético ou genoma e o processo humano de gestação da vida.[10] Contudo esta posição não é de todo acolhida pois após os 14 dias de gestação pode dar-se a separação das células e termos não uma vida mas duas vidas ou mais no caso dos gémeos.

Acerca da teoria da fecundação levanta aqui um problema. As evoluções da ciência médica permitem que exista vida humana extrauterina, como o caso tão hoje falado da inseminação in vitro. Este procedimento e apesar de estarmos a falar inegavelmente de vida humana o direito penal não abrange o seu âmbito de proteção sobre tal, deste modo podemos inclusive afirmar que o direito penal não protege a vida humana em toda a sua extensão.[11]

Em termos jurídicos compreende-se que o momento decisivo é o nascimento, aliás este critério vem fixado no nosso Código Civil no seu artigo 66º [12] que considera que a vida humana se inicia com o nascimento completo e com vida e só após este, começa

[9] Código Penal, artigo 140º Aborto: "1 - Quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos. 2 - Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão até 3 anos. 3 - A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até 3 anos."

[10] www.cnecv.gov.pt, relatório da CNECV sobre a Procriação Medicamente Assistida, julho de 2004

[11] GODINHO, Inês Fernandes, *Doutoramento em Direito Problemas jurídico-Penais em torno da Vida Humana,* Coimbra

[12] Código Civil, artigo 66º Começo da Personalidade: " 1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento."

a vida humana com a imputação de normas jurídicas. Salientando que é com o nascimento completo e com vida que se dá atribuição da personalidade e capacidade jurídica.

Todavia o critério apresentado pelo artigo 66º do Código Civil de atribuição da personalidade jurídica não serve para determinar o momento em que se adquire a qualidade de pessoa para efeitos da tutela penal, pois a incriminação do homicídio começa seguramente antes do nascimento completo e com vida. Esta ideia é fundada pelo próprio código penal que no seu artigo 136º[13] que tem como epigrafe "infanticídio", expressa que pune-se por homicídio a mãe que matar o seu filho durante ou após o parte, logo podemos concluir que durante o parte já existe vida.

Mas se assim é importa saber quando começa o parto, pois a expressão *durante o parto* pressupõe que o parto já tenha começado e assim determinar o momento que o feto passa a qualificar-se como pessoa.

O entendimento maioritário na nossa doutrina é que a vida humana se inicia com as dores de parto ou as ditas dores de dilatação uterina. Mas existentes outras conceções, partes da nossa doutrina defende que a vida começa a partir das dores de expulsão, outros que entendem que só quando a criança comece a respirar autonomamente, ou seja que haja respiração pulmonar, o que se pode verificar durante o nascimento ou só com o corte do cordão umbilical, mas há também quem defenda que é com este processo de corte, do cordão umbilical que se dá a separação com o ventre materno e se considera autónomo o quem defenda que basta que uma parte do corpo da criança já tenha saído para o exterior.[14]

É unânime na nossa ciência médica que o parto, falando de parto natural, tem início com as contrações uterinas regulares, que são dores ritmadas e tendem aumentar a sua frequência correspondendo a uma maior dilatação. A dilatação é crucial para determinar se estamos perante uma fase passiva (também designada como latente) ou ativa. Isto é, a fase passiva ocorre desde as dores de dilatação uterina até que haja uma dilatação até 3 centímetros do colo do útero, por sua vez a fase ativa vai desde a dilatação de 3 centímetros do colo do útero até a sua total expulsão. Compreende-se a existência destas duas fases pois durante a fase ativa o

[13] Código Penal, artigo 136º Infanticídio: "A mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com pena de prisão de 1 a 5 anos."
[14] VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos de Direito Penal II: crimes contra as pessoas: homicídio a pedido da vítima,* Lisboa, 2005

nascimento já é irreversível e começa a intervenção médica para auxiliar o nascimento, enquanto na fase passiva pelo contrário o nascimento ainda é reversível, esta fase apenas significa que o nascimento está para breve o que não impede que o medico não interrompa a dilatação do colo do útero, se for para o beneficio do nascitura para uma perfeita formação protelando mais tarde o nascimento.[15]

Importa ter salientar que a ciência médica, relativamente ao parto releva três momentos distintos:

1º O parto inicia-se com as contrações uterinas regulares, o chamado período de dilatação que dura até que se atinja uma dilatação do colo do útero de 8 a 10 centímetros. Não fazendo nomeação as ditas dores de dilatação pois estas que por norma derivem das contrações uterinas de dilatação que começam na fase passiva e vão até à fase ativa o que podem excecionalmente não se verificarem, variando de mulher para mulher.

2º A ciência nomeia um segundo plano que consiste no período de expulsão. Este período vai desde a dilatação completa do colo do útero até à expulsão da criança.

3º Por último, o terceiro período vai desde o nascimento da criança, completo até à expulsão da placenta e das membranas.

Posto isto, parece mais acertado dizer que o feto só adquire qualidade de pessoa a partir do momento que o canal cervical tenha atingido cerca de 3 centímetros de dilatação, momento este que o nascimento entra numa fase irreversível, entrando na fase ativa. É neste período que o parto comporta mais riscos para o feto carecendo, igualmente de uma intervenção médica ou especializada de modo auxiliar o nascimento.

[15] Idem

Este entendimento justifica-se pela necessidade de abranger a proteção do nascituro. Pois é verdade que não existe no nosso ordenamento jurídico disposições legais que protejam o feto contra condutas negligentes que causem a sua morte, nem que protejam o feto contra comportamentos dolosos ou negligentes que provoquem lesões que afetem a sua integridade física, daí compreender-se que o legislador considere que a qualidade de pessoa seja atribuída *durante o parto*, permitindo desta maneira que se possa responsabilizar criminalmente estes comportamentos referidos, no âmbito do crime de homicídio ou de ofensas à integridade física. [16]

Não podemos deixar de mencionar, que existes outras formas de parte para além deste em análise, pois várias mulheres devido a complicações ou por sua própria vontade são alvo de um parto que é induzido ou recorrem a um parto através de cesariana.

Estas duas modalidades e parto não podem ser equiparadas, pois o ser nascente só adquire a qualidade de pessoas em momentos diferentes.

No parto induzido, como é sabido, este é provocado através de técnicas médicas que aceleram o processo de dilatação do colo do útero e/ ou de expulsão da criança do ventre materno, porém e apesar desta diferenciação relativamente ao parto normal, o ser nascente também adquire a qualidade de pessoa na fase ativa. Todavia pode acontecer o caso do parto ter de ser provocado ainda na fase passiva, ou seja antes que se verifique uma dilatação do canal cervical de 3 centímetros. Assim e como este processo acarreta riscos elevados para o nascituro devido de técnicas médicas ou fármacos, entende-se que atribuição desta qualidade surge com o início da intervenção médica (ou especializada) de modo a que haja uma proteção mais ampla.[17]

Relativamente ao parto por cesariana, que consiste na extração do nascituro do ventre materno através de uma intervenção cirúrgica o que leva a que muitas vezes não se verifique a ocorrência de uma fase passiva de parto. Neste caso a qualidade de pessoa é atribuída quando é retirado e separado do ventre materno.

[16] Idem
[17] Idem

Pode ainda se falar de parto prematuro, ou parto pré-termo, em que a expulsão do feto ocorre antes do tempo normal de gestação. Relativamente a este a atribuição de pessoa humana comporta uma questão é deveras polémica na nossa doutrina. Parte da nossa doutrina defende a conceção da viabilidade ou não do feto, ou seja nascendo a criança com vida será necessário averiguar se a criança tem ou não viabilidade de sobreviver fora do ventre materno e só se a medicina apontar pela sua viabilidade se atribuiu a qualidade de pessoa, sendo punido pelo crime de homicídio quem porventura tente contra a vida da criança, se a nível da punibilidade a lei permite a punição pelo mais é lógico que também será punido por ofensas corporais quem tentar contra a sua integridade física. [18]

Penalista como Conceição Valdágua, afasta esta solução, pois consideram que não vai ao encontro da à disposição da nossa lei, pois mesmo havendo um nascimento completo e com vida essa vida pode ter uma duração demasiado curta, logo atribuição segundo a outra parte da doutrina, faz depender atribuição da qualidade de pessoa humana não do parto como refere o 136º mas à viabilidade ou não da vida do ser acabado de nascer quanto à sai capacidade de sobreviver fora do ventre materno.[19]

Em consonância com a ciência médica o feto só apresenta condições mínimas de sobrevivência fora do ventre materno a partir da 24ª semana de gestação altura em que os pulmões já podem funcionar. Os avanços da medicina e dos cuidados pré natais permitem que a criança possa ser mantida viva mesmo fora do ventre materno.

Assim Conceição Valdágua, entende que, como a qualidade de pessoa não pode depender da viabilidade ou inviabilidade da vida, mas que existe pessoa humana a partir do momento do parto, sendo indiferente se a criança está condenada à partida tendo uma esperança média de vida de horas, valorando que não existe vidas humanas sem valor ou que umas valham mais que outras.

Por conseguinte importa relevar que se o feto que é expulso do ventre materno antes das 22 semanas de gestação, não se pode falar de parto mas de abortamento[20], sendo que segundo as regras de registo civil nestes casos não é obrigatório fazer certidão de óbito nem a fazerem funeral, sendo esta a semana fronteira para estes

[18] SILVA DIAS, Augusto, *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2ª ed., AAFDL, 2007, pág 41
[19] VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos de Direito Penal II: crimes contra as pessoas: homicídio a pedido da vítima,* Lisboa, 2005
[20] JORGE, Carlos Santos, Princípios…

procedimentos como é também a partir deste momento que há parto prematuro. Assim sendo, entre a 22ª e a 24ª semanas de gestação, apesar da inviabilidade da vida humana estamos perante um parto prematuro porém temos que valorar que a ciência médica apenas atribui ao feto as condições mínimas de vida a partir da 24ª semana, deste modo supomos que o legislador ao referir a expressão *durante o parto* não pretendeu abrange os partos os partos prematuros neste antes das 24ª semanas visto que nesta altura a vida fetal ou vida dependente do ventre materno, não atingiu ainda os desenvolvimentos mínimos e aceitáveis, que se têm como necessários para se transformar em vida humana ou vida independente da mãe, a qual só poderá existir quando se demonstrar a capacidade de respiração pulmonar.[21]

Esta questão segundo os avanços constantes da medicina cada vez é mais pertinente, havendo casos de sucesso de fetos que nasceram antes das 22ª semanas de gestação através do recursos a aparelhos que assistem e asseguram a vida.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Kant:

“ O Homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”[22]

Ao falar da Dignidade da Pessoa Humana, era inevitável abrir a discussão sem começar pelo conceito Kantiano. Várias são as obras que encontramos na nossa doutrina, que fazem menção, ao facto de se julgar que Kant foi o primeiro teórico a reconhecer que o Homem não vem valor, isto é não lhe pode ser atribuído um “preço”, devendo ser, nesta medida considerado como um fim em si mesmo em função da sua

[21] VALDÁGUA, Maria da Conceição…
[22] KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes,* 2003, pág 58

autonomia enquanto ser racional dotado de sapiência. Esta constatação, entre meio e fim, retira-se do princípio fundamental da sua ética: " age de tal maneira que tu possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio"[23], pois na medida que "o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrario, deve ser considerado sempre e em todas as suas ações como fim em si mesmo".[24]

Importa notar que a dignidade, propriamente dita, representa para o conceito Kantiano, um valor incomparável e incondicional e é neste contexto que Kant a contrapõe ao preço, sendo que " quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade"[25][26]

A partir do final do século XIX, os textos constitucionais deixam de incluir, somente a matéria reguladora do funcionamento dos órgãos de soberania, passando a colocar a pessoa humana no centro das atenções.

Os catálogos de direitos foram sendo ampliados mas o direito à vida, que sempre este consagrado, passou a ser encarado de uma forma muito mais vincada e absolutizada, tendo uma maior importância no pós-guerra. Nos dias de hoje, a irredutilidade do direito à vida faz parte do consenso-base da civilização ocidental.

A dignidade da pessoa humana, no âmbito internacional pode ser encontrada em diversos documentos, tais como a Carta para as Nações Unidas de 1945, Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966, Estatuto da UNESCO de 1945 e inclusive na Carta Magna no seu artigo 1º.

A nível nacional, a dignidade da pessoa humana vem desde logo alancada no artigo 1º da Constituição da Republica Portuguesa:

[23] Ibidem, pág 59
[24] Ibidem pág 60
[25] Ibidem, pág 65
[26] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de, *Principio Fundamental da Dignidade Humana e a sua Concretização Judicial* in Banco do Conhecimento em 18 de Agosto de 2008

"Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária."

Posto isto, importa primeiramente notar que a dignidade da pessoa humana esta dentre os valores supremos do ordenamento jurídico sendo este um dos pilares estruturante da nossa república. Assim se o direito tem como alvo a pessoa humana, se o Estado tem como fim o ser humano, concluímos que compete ao estado proporcionar ao homem via digna como assegurar-lhe condições seguras para o seu desenvolvimento pessoal e em sociedade.

A dignidade da pessoa humana constitui um princípio basilar para o entendimento dos direitos fundamentais, impondo a todos a sua observância, sendo norma jurídica positivada em sua plenitude, com eficácia plena e vigência imediata. Mas também se trata de um princípio constitucional hierarquicamente superior em relação aos demais princípios constitucionais.[27]

Definir a dignidade humana, não é uma tarefa nada fácil, se consultarmos a jurisprudência constatamos que por diversas vezes, o Tribunal Constitucional vem a invocar este princípio como fundamento das suas decisões, porém em nenhuma ocasião determinou com rigor o seu conteúdo. Todavia é constante e unânime na nossa jurisprudência, o reconhecimento do lugar que o princípio tem nas estruturas fundantes do Estado de Direito, utilizando expressões como "valor supremo"[28], "princípio estrutural da República"[29], [princípio definidor] da atuação do Estado de direito democrático"[30].[31]

Ao falar de princípio importa ter em consideração o que se entende por tal, neste sentido um princípio é uma norma jurídica que deve estabelecer uma razão, ser absoluto não comportando qualquer tipo de relativização, devendo ter eficácia plena mas também podendo ser aplicado indefinidamente. Possuem ainda uma função de

[27] ALVARES, Sílvio Carlos, *Doutoramento em Direito*: *Revisão Criminal Compulsória em Defesa Dativa – a Dignidade da Pessoa Humana e a Ampla Definição Constitucional,* São Paulo, 2008
[28] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 349/91
[29] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 16/84
[30] Idem
[31] AMARAL, Maria Lúcia, *A Forma da República – Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional,* Coimbra Editora, 2005

simplificação, possuindo um conteúdo básico, pois são normas jurídicas que têm como fim alcançar determinados efeitos concretos.[32]

O ser humano é dotado de dignidade especial, ele nunca pode ser um meio para os outros mas um meio de si mesmo, logo inviabilizando que possa ser usado como instrumento ou meio para algo, pertence pela praxis ao reino dos fins, pois por este facto que é pessoa e que tem dignidade própria, em relação a tudo que tem significação relativa. [33]

Importa ressalvar, que a existência de uma dignidade inata a todo o homem, não significa que ele seja bom por natureza, nesta medida vamos ao encontro da teoria de Schopenhauer, para quem a "boa relação" com o outro, seu semelhante não é algo tão natural ao homem. Isto é, o homem apesar de possuir dignidade e de saber que o outro também a possui, é capaz de cometer atos que interpelam a dignidade do seu próximo. "A motivação principal e fundamental, tanto para o homem, como no animal, é o egoísmo, quer dizer, o ímpeto para a existência e o bem estar".[34] Esta consideração, leva a fazer uma breve reflexão do que distingue o homem dos animais, antes de mais o principal fator de distinção prende-se pelo facto do homem ser um ser dotado de sapiência, tratando-se de um ser racional. Racionalidade essa, que é capaz de guiar o seu egoísmo pela razão e pelo cálculo, desta forma Schopenhauer, na distinção entre estes dois seres, considera que os animais podem ser intitular de egoístas contudo apenas o homem pode ser designado de interesseiro. É precisamente este egoísmo, muitas vezes desmedido que o faz comandar o mundo, e consequentemente as demais espécies. [35]

Todavia, e apesar desta visão pessimista em torno do homem, Schopenhauer, reconhece que nem todo o homem é igual, sendo que há pessoas – " os poucos aequi (justos) no meio dos inumeráveis iniqui (injustos)"[36], isto é nem todo o homem se deixa dominar pelo seu egoísmo, e não procura a sua satisfação lesando outrem, antes pelo contrário respeita o próximo, reconhecendo os seus direitos, como ser igual a si mesmo.

[32] ALVARES, Sílvio Carlos…
[33] AMARAL, Maria….
[34] SCHOPENHAUER, Arthur, *Sobre o Fundamento da Moral,* 2001, pág 120
[35] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de, *Principio Fundamental da Dignidade Humana e a sua Concretização Judicial* in Banco do Conhecimento em 18 de Agosto de 2008
[36] SCHOPENHAUER, Arthur… pág 130

Deste modo, facilmente constatamos que enquanto Kant fundamenta a sua ética pelos princípios à priori, extraídos por via da razão, Schopenhauer vai por outro caminho, baseando-se na experiência e no conhecimento empírico o fundamento da sua ética.[37] Não repudiando qualquer dos entendimentos, ressalva-se que a ética deva ser baseada no respeito pelo próximo, não olvidando que todo o homem é dotado de dignidade, sendo todo igual em direitos e obrigações.

O princípio da dignidade humana tem o sentido de procurar uma comunidade constitucional inclusiva, onde o indivíduo deve ser visto como limite e fundamento da própria República.[38]

Destarte, pode dizer-se que a dignidade nasce com a pessoa, é inata ao ser humano e acompanha-o até à sua morte.

Em suma, importa ressalvar que este principio acima tratado, trata-se de um supra princípio que norteia todos os demais princípios e normas quer constitucionais como infra constitucionais, não podendo ser, de forma alguma desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas[39] devido à sua primazia.

Posto isto, importa fazer menção na sua relação com o direito à vida, neste sentido entende-se que ambos devem estar em conformidade e não colocar o direito à vida num plano inferior ao da dignidade da pessoa humana.

Como se disse anteriormente, o direito tem como objeto o homem e este adquire a dignidade momento do nascimento, é algo intrínseco a ele, podendo ir mais longe e afirmar que não existe vida se esta não for digna. O que biologicamente pode existir vida sem dignidade, mas na questão da ética uma vida sem dignidade nos remonta à época em que havia escravidão, onde seres humanos eram tratados como animais, sem qualquer dignidade ou direito algum.

[37] ANDRADE, André Gustavo…
[38] CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* Almedina, Coimbra, 2002
[39] ALVARES, Sílvio Carlos…

3. FIM DE VIDA

Como vimos anteriormente, não é fácil definir quando começa a vida humana, porém o processo de determinação do momento do fim da vida também não parece o mais simples.

Durante toda a vida o homem é invadido por inúmeras questões quanto à sua existência e mesmo possuindo respostas dadas pela ciência ou pela religião, nunca encontrará plena certeza da veracidade delas sendo que todas essas incertezas o acompanharão por toda a sua vida até porque ambos entram em controvérsia. Todavia possui uma certeza, que a sua existência é finita. Desde o momento que nasce, o ser humano só tem essa certeza que é inabalável, o seu termo, ou seja a morte. A morte é definida como "a destruição absoluta e completa da vida, nadificação da vida humana individual e autónoma".[40]

A morte quando acontece por razões ditas normais, ou melhor naturais tem por consequência razões jurídicas, mas não tem o mesmo grau de certeza consequências penais. Isto é, não entra na discursividade penal, o direito penal só entra em campo quando a morte resulta de comportamento humano voluntário, seja por omissão ou ação.[41] Deste modo, podemos afirmar que o acontecimento morte é sem dúvida alguma determinante para a ordem jurídica, apenas com a verificação da morte termina a proteção da vida humana. Isto não significa dizer que com o fim da vida deixe de haver qualquer tipo de proteção, o caso disso é o artigo 254º[42] que tipifica como crime a profanação de cadáver ou de lugar fúnebre. Esta proteção visa o respeito pelos mortos, pois não podemos esquecer que mesmo sem vida trata-se de um ser humano merecendo todo o nosso respeito e piedade num momento que já não

[40] FARIA COSTA, José de, *Vida e Morte em Direito Penal (Esquisso de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)* in Revista Portuguesa de Ciência Criminal Nº 1 e 2, *Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico,* Coimbra Editora, 2004, pág 763

[41] ANDRADE, Manuel da Costa; FARIA COSTA, José de; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João, *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003

[42] Código Penal, artigo 254º "*Profanação de cadáver ou de lugar fúnebre*: 1 - Quem: a) Sem autorização de quem de direito, subtrair, destruir ou ocultar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoa falecida; b) Profanar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoa falecida, praticando atos ofensivos do respeito devido aos mortos; ou c) Profanar lugar onde repousa pessoa falecida ou monumento aí erigido em sua memória, praticando atos ofensivos do respeito devido aos mortos; é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias 2 - A tentativa é punível."

se pode defender de qualquer agressão, dai o legislador querer proteger os nossos mortos tipificando este desrespeito.

> A morte não pode deixar de significar, para o Direito, a cessação da vida, com duas precisões. Visa a primeira esclarecer que está em causa a vida corporal e a segunda assinalar que se trata da morte, em sentido global, e não, necessariamente, da cessação das funções orgânicas de todos e cada um dos órgãos ou tecidos do corpo. (Luís Carvalho Fernandes, 2005, pág 63)

Segundo a Lei nº 141/99 de 28 de agosto no seu número 2, a morte é definida como a *cessação irreversível das funções do tronco cerebral*, mas este não é um conceito unânime nem estático. Este conceito trata-se apenas do limite absoluto do conhecimento das ciências médicas, sendo o acontecimento da morte. Para a medicina este acontecimento representa o limite da possibilidade da manutenção e prolongamento da vida.

Importa salientar que ao longo dos tempos, médicos e juristas foram elaborando conceções para determinar o momento da morte, Fernando Silva enumera três critérios:

- Critério da cessação das funções vitais, este representa um momento inequívoco de morte pois o agente vê cessarem todas as suas funções cardíacas e respiratórias.

  Este critério era o utilizado até à década de 70 do século passado, também designado como critério de morte cardiorrespiratória, todavia este foi descartado devido à evolução das ciências médicas que possibilitaram novas técnicas de ressuscitarão. Este critério é criticado pelo facto de corresponder a um momento em que se torna impossível a recolha útil dos órgãos.

- Critério utilitarista, este no que toca à recolha útil de órgãos é sem dúvida mais adequado, porém é criticado por não determinar precisamente o momento de morte e por impor a vida que se pretende salvar com o órgão recolhido, em detrimento da vida da vítima. Nestes caso não temos certeza que o processo morte seja irreversível.

- Critério da morte cerebral ou também designado por morte encefálica, este é o critério apontado pela ciência para definir o momento do qual finda a vida humana. Segundo este critério a morte dá-se quando cessam irreversivelmente as funções do tronco cerebral ou seja quando o cérebro se torna incapaz de manter as funções vitais do organismo. É diagnosticado morte cerebral quando o doente apresente sintomas como a ausência total de reflexos, sendo mantido *vivo* somente com a ajuda de aparelhos.[43]

Torna-se necessário olhar ao caso concreto, pois não se pode confundir a morte cerebral com o estado vegetativo persistente, apesar desta última apresentar uma possibilidade ínfima de recuperação esta é definida como "uma situação clínica de completa ausência da consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral"[44]
A diferença entre ambas como podemos constar no relatório sobre o estado vegetativo persistente reside na hipótese deste estado vegetativo poder ser reversível, ao contrário da morte cerebral que é irreversível.

Em Portugal desde a Lei 12/93 de 22 de Abril que se fixou a morte cerebral como o momento marcante que se confirma a morte.

Segundo Fernando Silva[45] este critério adotado percute algumas consequências práticas:

[43] http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1811.pdf
[44] Relatório sobre o Estado Vegetativo Persistente 2005 in http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf
[45] SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: crimes contra as pessoas,* 3ª ed, Quid Júris, 2011, pág 44

a) Permite a recolha útil dos órgãos, sem que para tal se ocorra no perigo de se estar a cometer qualquer crime contra a vítima. Deste modo "já estando cerebralmente morto é possível recolher os órgãos de forma a poder transplantá-los para outros, sem que se esteja a lesar a vida ou a integridade física";

b) Ao verificar-se a morte cerebral o médico pode livremente interromper qualquer tratamento ou intervenção médica, sem que recorra no perigo de estar a omitir uma conduta devida, pois a partir do momento em que se dá a morte cessa a obrigação de salvaguardar a vida sendo que já não é considerada vida;

c) Por último importa valorar que verificada a morte cerebral o médico pode decidir-se em desligar a máquina que assegura as funções vitais, visto que o estado é irreversível e que já se considera morte. Deste modo o médico que desliga as máquinas de um doente que entrou em morte cerebral não está a cometer qualquer tipo de homicídio.

Em suma, no nosso país assume-se este critério da morte cerebral ou encefálica para determinar o momento em que se dá a morte.

Antes de entrar no cerne deste tipo legal de crime, importa fazer alusão à sua história, analisando como aparece esta norma incriminadora no nosso ordenamento jurídico, assim como os motivos pelo seu privilegiamento visto que, por razão desta norma o agente que atuar ao abrigo dela esta abrangido por ma moldura penal menos severa. Mas para estar abrangido por esta norma privilegiadora tem de se verificar certos requisitos legais que irei me debruçar.

1. FONTES

O texto atual do artigo 134º, que enquadra o homicídio a pedido da vítima apresenta algumas alterações relativamente ao texto antecessor.

O Código Penal de 1852, como o Código Penal de 1886 não previam, expressamente o homicídio a pedido da vítima, porém consagravam, ainda que de forma embrionária algumas disposições correspondentes a alguns códigos e projetos modernos. Um destes casos esta contemplado no artigo 354º, de qualquer destes diplomas, cuja fonte foi o Código Penal Espanhol, mas configurando no seu parágrafo único os casos em que o agente executa por si mesmo a ação que o suicida deseja: " Se com o fim de prestar ajuda chegar ele mesmo a executar a morte, será punido com o degredo por toda a vida para a Índia", parece conter também as hipóteses de homicídio a pedido, porém este não se lhe refira *expressis verbis.* [46]

O Código Penal de 1886 manteve este propósito, de incriminar está pratica, contudo durante a sua vigência, a pena que lhe incumbia sofreu sucessivas alterações.

> Como se vê, a incriminação não consistia propriamente numa *heterolesão consentida*, mas na modelação normativa da cooperação *qualificada numa autolesão*. Assim, nas palavras de Silva Ferrão: " se se pratica n´esse caso a violência moral do homicídio. A

[46] Expressão utilizada por ANDRADE, Maria Paula Gouveia, *Algumas Considerações sobre o Regime Jurídico do Artigo 134º do Código Penal,* Usus Editora, Lisboa, pág 9

> intenção é sempre a do suicídio conquanto alheio, e não a do homicídio. Com justa razão portanto desde a pena (…) " (Helena Mourão, 2002, pág 1219)

Na sua versão originária, este artigo é resultante da revisão do Código levada a cabo pelo Decreto-lei n.º 48/95 que corresponde ao antigo artigo 142º do Projeto de Parte Especial do Código Penal de 1966, discutido na 2ª sessão da Comissão Revisora, em 17 de março de 1966.[47]

O Código Penal de 1982, aprovado pelo Decreto-lei 400/82 de 23 de setembro, acabou por receber quase toda a redação do artigo 142º, porém foi alvo de algumas alterações. Este artigo na sua versão anterior sofreu uma omissão, no que toca a respeito da vítima, passando de pessoa maior de dezoito anos e imputável a considerar-se qualquer pessoa, sendo maior ou menos, imputável ou inimputável. Outra alteração refere-se ao pedido, onde se veio acrescentar mais dois requisitos, além do pedido ter de ser instante e expresso, nesta disposição legal também deveria ser livre e consciente.[48]

Após as alterações discutidas na 21ª sessão da Comissão Revisora do Código Penal em 9 de Janeiro de 1990.[49] Em relação ao pedido, importa notar que antes o pedido deveria ser instante, consciente, livre e expresso, enquanto atualmente os adjetivos consciente e livre foram substituídos por um só, pedido sério. Este entendimento serviu também para o legislador abolir a imputabilidade e a maioridade, visto que tais exigências já estavam contempladas nos requisitos determinantes do pedido[50]. A seriedade do pedido tem fonte no artigo 216º do Código Penal Alemão.

Outra notória alteração foi marcada pela introdução do n.º2 que anteriormente era inexistente, que vem a contemplar a tentativa como sendo punível, coisa que anteriormente não era tratado. Relativa a esta complementação, não se pode dizer que se trata de uma alteração fundo, pois apenas ocorreu uma alteração do sistema de punição da tentativa.

[47] GONÇALVES, M Maia, *Código Penal Português – Anotado e comentado e Legislação Complementar*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 1988, pág 466
[48] ANDRADE, M Maia…
[49] GONÇALVES, M Maia, *Código Penal Português – Anotado e comentado e Legislação Complementar*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 1998
[50] Idem

Por último, importa ressalvar que o atual 134º tem como fontes imediatas não só o já visto 142º do Projeto da Parte Especial do Código Penal, como o Código Penal Espanhol mas também o artigo 579º do Código Penal Italiano, pretendendo dar ênfase o já querido com o artigo 354º, no que toca à atenuação especial da pena. Este Código apenas se sedimenta na noção de consentimento simples, prevendo deste modo o homicídio consentido, bastando simplesmente a mera permissão por parte da vítima, descartando a obrigatoriedade de um pedido determinante, nem tão pouco que o agente tenha de se determinar por ele.

Deste modo, importa mencionar que os ordenamentos que se aproximam mais com o nosso, atribuindo ao pedido a importância essencial no preenchimento deste tipo de crime são, o alemão (que é o mais parecido com a redação do nosso artigo 134º), o suíço e o austríaco. Ambos exigem que haja um consentimento qualificado da vítima, vigorando um "modelo legislativo do pedido" por parte da vítima, lhe atribuindo determinadas caraterísticas para o seu preenchimento.[51]

2. FUNDAMENTO DO PRIVILEGIAMENTO

O homicídio a pedido da vítima distancia-se um pouco dos restantes tipos de homicídios pois enquanto a generalidade dos homicídios trata de uma morte não querida para a vítima sendo que a vontade e a decisão de retirar a vida pertence ao autor. Por sua vez, o homicídio a pedido da vítima trata-se de um homicídio *sui generis*, visto que a morte da própria vítima resulta por vontade desta, que através de um dialogo prévio com o homicida exprime a sua vontade de pôr fim à sua vida tornando-o sensível às suas razões, dando-lhe o consentimento, criando desta forma no homicida a vontade de matar[52]. Importa realçar que a vontade homicida resulta

[51] MORÃO, Helena, "Determinação pelo Pedido e Culpa: Notas para a Construção de um Tipo Misto". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* Vol XLIII – Nº2, Coimbra Editora, 2002
[52] SILVA PEREIRA, Margarida, Os homicídios, ed. Pedro Ferreira, 2012

única e exclusivamente deste pedido e é esta a principal característica assenta no consentimento da vítima através do pedido.

Este tipo de homicídio situa-se numa barreira muito ténue entre o incitamento e ajuda ao suicídio, Moos[53] caracteriza-os como irmãos gémeos, dai percebe-se Kienapfel configurar o homicídio a pedido da vítima como uma "infração com o rosto de Jano, visto que se trata de uma forma de suicídio por mão alheia". O homicídio a pedido da vítima contemple uma forma privilegiada de homicídio relativamente ao crime de fundamental de homicídio previsto no 131º, merecendo uma atenuação particular que é verificada pelo legislador, ou seja é um tipo especial privilegiado em relação ao homicídio simples.

O fundamento do privilegiamento encontra-se na substancial diminuição da ilicitude material pois a lesão do bem jurídico afetado, a vida, ocorre devido não só a um consentimento por parte da vítima mas também ao pedido por parte desta sendo a causa determinante da atuação do agente. Assim,

> (…)fundamento do privilégio continua a ser misto: há uma menor ilicitude, na medida que a lesão do bem jurídico vida é feita, não apenas com o consentimento ou o acorda da vítima, mas a seu pedido; há uma menor culpa, porque a vontade do agente é determinada pela vítima, consistindo a sua motivação essencialmente no respeito pela vontade desta. (Costa Andrade, 2012, pág 352)

A menor ilicitude leva a um menor desvalor da ação, devido ao consentimento prévio por parte da vítima onde "renuncia à tutela penal da sua vida"[54], este "consentimento no ordenamento jurídico-penal surge como causa justificante", onde o artigo 38º expressa que "*o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis*", mas aqui encontramos um problema no sentido que o bem jurídico vida não é um bem disponível, logo o homicídio ainda que com consentimento não é suficiente para excluir a ilicitude do facto, todavia a doutrina

[53] COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial, vol.I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2012, pág 353
Reinhard Moos, releva a ínfima ligação, marcando mais uma vez a ideia da heterolesão consentida traduzida através do pedido, a vítima quer morrer mas não o faz por si mesmo quando o podia fazer, havendo assim uma vertente suicida contraditória.
[54] Idem

entendeu que há apenas uma diminuição da ilicitude, ou seja entende-se que o facto é considerado menos ilícito levando a uma atenuação especial da pena.

Este consentimento que leva aplicação do 134º, segundo Otto[55] trata-se de um consentimento qualificado pois este consentimento terá de ir para além da verificação dos requisitos do artigo 38º mas terá, ainda de traduzir-se através de um pedido com uma série de requisitos que vêm ressalvados na disposição do próprio artigo, tratando-se de um pedido *sério, instante e expresso*, sendo este a razão determinante que leva o agente a ceder, a vítima atua como se de um instigador se tratasse.[56] Caso contrário, ou seja, no caso de o agente ter atuado por tentação ou até mesmo por forte solicitação da vítima, estamos perante um consentimento simples contudo nestes casos recorre-se aplicação do homicídio simples (131º) sendo que a pena poderá sofrer uma diminuída atenuação, nos termos do 72º, nº2 alínea b). A diminuição da ilicitude irá determinar também uma culpa "acentuadamente"[57] diminuída.

A menor culpa, deve-se ao facto do agente ser motivado pelo pedido, sendo que foi a própria vitima através do seu pedido, fez nascer no autor a vontade homicida.

> O que significa que, ao contrário da maior parte das situações, a decisão do agente não se funde em motivos egoístas, mas antes numa atitude altruísta, pois mata a vítima porque ela assim o quer, o seu pedido demonstra essa vontade. O juízo de censura é menor em relação ao homicídio simples, a repressão sobre o agente atinge um nível menor. (Fernando Silva, 2011, pág 123)

Diz-se que este tipo de homicídio é desencadeado por motivos altruístas, pois está subordinado ao querer alheio.

Costa Andrade, conceitua que no artigo 134º está presente uma variação autónoma ao nível da culpa, que se assenta na ideia de *quase-estado-de-necessidade*, que leva ao agente ceder ao pedido quebrando as barreiras normativas que protegem a vida.

[55] COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial, vol.I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2012
[56] SILVA DIAS, Augusto, *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2ª ed., AAFDL, 2007
[57] PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal*, 2ª ed., ed. Univ. Católica, 2010

Neste intuito o autor, pretende dar a entender que o agente se encontra aparentemente, numa situação de necessidade que o coloca num conflito de duplo fundamento do privilégio, todavia Helena Morão, chama atenção, para o facto de este entendimento não apresentar qualquer base legal para a construção que desfavorece, na sua óptica, o agente.[58]

Todo este entendimento compreende-se pelo facto de que, se a vítima procura o agente demonstrando através de um pedido sério, instante e expresso que a sua vontade é pôr fim à vida e convence este ajuda-lo não faria sentido punir de igual modo ao que se puniria um individuo que mata outrem por sua própria iniciativa e determinação.

Em geral, não se requer que o pedido da vítima seja baseado em razões especiais. Pouco importa os motivos que impelem a vítima a desejar a morte, bastando que ela o faça, que haja seu consentimento e o seu pedido para tanto.[59]

Margarida Silva Pereira, enfatiza que a doutrina não é unânime na aceitação do argumento da *vontade suicida*, pois se muitos autores da nossa praça aceitam esta solução em nome da dignidade da morte, por seu lado outros consideram a inviolabilidade da vida humana é acenada por aqueles que consideram inconstitucional esta disponibilização assim ressalvada pelo legislador.[60]

Importa mencionar, que há ainda autores que referem que o autor que cede a este pedido de pôr fim à vida terá de ser movido pela compaixão, e só com a existência dessa compaixão conjuntamente com o pedido pode ser aplicado o artigo 134º. Um exemplo desses autores é o Dr. Rui Pereira[61], que enquadra as motivações altruístas como sinonimo de compaixão, sem a qual cai fora do âmbito de aplicação do homicídio a pedido da vítima.

[58] MORÃO, Helena, "Determinação pelo Pedido e Culpa: Notas para a Construção de um Tipo Misto". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* Vol XLIII – Nº2, Coimbra Editora, 2002
[59] NETO, Pedro Camilo de Figueiredo, *Dissertação de Mestrado: Participação de Terceiros na Morte de Outrem – Relevância do Consentimento,* Bahia, 2012
[60] SILVA PEREIRA, Margarida, *Os homicídios*, ed. Pedro Ferreira, 2012, pág 238
[61] PEREIRA, Rui Carlos, *O Dolo de Perigo*, Lex, Lisboa, 1995

Este entendimento questiona nos em saber, se aplicação do 134º requer que seja tutelado pela compaixão, Margarida Silva Pereira responde nos a isso,

> Há quem defenda essa tesa. E, embora não seja necessário seguir esse caminho para fundamentar a especificidade da interação que se verifica no artigo 134º, é ainda de ter em conta que será mais um ponto a reter na argumentação a ser respeito; a depor no sentido da sua autonomia face aos restantes homicídios. (Margarida Silva Pereira, 2012, pág 238)

Logo falar de compaixão como requisito do 134º, pode-se falar do recurso a uma analogia sendo que vai para ale do sentido possível das palavras da lei, que este é como é sabido *contra legem* pois vai contra o principio da legalidade.

A disposição do artigo apenas refere, que para o preenchimento do homicídio a pedido da vítima basta que haja um pedido sério, instante e expresso feito pela vitima ao agente e que este último tenha determinado a sua vontade no pedido.

3. REQUISITOS DO PEDIDO

Artigo 134º

Homicídio a pedido da vítima

1 - Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos.

3.1 SÉRIO

A primeira característica do pedido que encontramos na lei é que este seja sério, a doutrina é unânime em defini-lo como consciente, todavia a vontade de morrer tem assim, de ser manifestada não só de forma consciente mas também definitiva, incondicional e absoluta.[62]

> A vítima tem de formar uma vontade em morrer com conhecimento das consequências do seu ato, tem de haver firmeza no seu pedido, o que significa que a vítima não pode estar sob perturbação psíquica que a comprometa uma clara decisão. Esta vontade definitiva, incondicional e absoluta em morrer tem de ser manifestada de forma livre, sem qualquer vício ou coação que possa pôr em causa que aquela seja efetivamente a vontade da vítima. (Fernando Silva, 2011, pág 124)

Já na versão originária de 1982 se fazia alusão à seriedade do pedido, na medida que este deveria ser livre e consciente porém se compararmos a versão anterior deste preceito, constatamos que uma das exigências era a maioridade da vítima. Deste modo o professor Figueiredo Dias na Comissão Revisora de 95 propôs a restrição desta especificidade visto que o artigo 134º já abrangia uma complexidade de requisitos, relativamente às características do pedido, como a sua seriedade e instância. O problema que atualmente se poderá levantar, é no caso da vítima for menor de 14 anos. Pois, sendo a vítima menor, será que se pode considerar esse pedido sério? A nova lei devolve a decisão à jurisprudência. Segundo a opinião da professora Margarida Silva Pereira, pode em casos muito circunscritos. O pedido em questão deverá ser analisado e articulado com o que está subjacente a ele, no caso de se tratar de uma doença irreversível que acarreta um sofrimento notório e acompanhado de uma consciência plena da situação, cabe no âmbito de aplicação de artigo 134º, contudo se, porventura estiver por detrás deste pedido, apenas tendências suicidas ou neuroses típicas da adolescência não se poderá ter em conta este pedido como sério. [63]

[62] SERRA, Teresa, *Homicídio a Pedido da Vítima (artigo 134º)*, in: Jornadas sobre a revisão do Código Penal, ed Ass Ac FDL, 1998
[63] SILVA PEREIRA, Margarida, *Os homicídios*, ed. Pedro Ferreira, 2012

Este entendimento parece também ser adotado por Teresa Serra, pois quando esta refere a falta de maioridade por parte da vítima, como uma causa que leva à não seriedade do pedido, fá-lo sempre, se referindo à razão da idade entre aspas.[64]

Para Costa Andrade, a vítima deve satisfazer as exigências do número 3 do artigo 38º, fazendo depender a validade e eficácia do consentimento, logo um pedido feito por um menor de 14 anos, não será relevante, todavia como expressa o artigo em questão "tudo dependerá de possuir ou não discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do ato e a liberdade para se decidir de acordo com aquela valoração".

Importa ainda salientar que este pedido pode a todo o tempo ser revogável, este facto é simples de perceber, por exemplo nos casos em que a vítima se encontra em erro acreditando erroneamente que se encontra a padecer de uma doença terminal.

3.2 INSTANTE

Em segundo lugar, o pedido terá de ser instante, ou seja tem de ter força persuasiva suficiente para se demonstrar convincente de tal modo que seja capaz de convencer a outra pessoa que essa é verdadeiramente e inequivocamente a sua vontade, formulada com tal intensidade que cria no agente a vontade de matar cedendo ao pedido. Não é necessário que este pedido seja formulado reiteradamente ou insistentemente, pode inclusive ser deduzido uma única vez, é apenas necessário que seja convincente.
Torna-se imprescindível que o agente se certifique da manutenção do pedido, não podendo afastar-se a hipótese da vítima mudar de ideias, caso aconteça tem sempre o onús de o revogar a todo o tempo, "até ao limite das suas possibilidades. Ou: seja o pedido instante é um pedido atual."[65]

[64] SERRA, Teresa, *Homicídio a Pedido da Vítima (artigo 134º)*, in: Jornadas sobre a revisão do Código Penal, ed Ass Ac FDL, 1998
[65] SILVA PEREIRA, Margarida, *Os homicídios*, ed. Pedro Ferreira, 2012

Importa notar que Fernando Silva considera o pedido instante e atual, como dois requisitos distintos, sendo que define o pedido instante na medida que deve ter força persuasiva bastante de modo a convencer e criar no agente a vontade de matar, atual no sentido que o pedido "tem de estar presente desde o momento em que a vítima o formula até ao agente vir a consumar o facto".[66]

O problema coloca-se quando se verificam alterações na vontade da vítima, quando esta não consegue transmitir ao agente que já não pretende morrer, mas não consegue impedir o resultado, torna-se importante analisar algumas hipóteses:

- No caso de o agente matar a vitima, mesmo depois desta previamente revogar o pedido que formulara, neste sentido não podemos enquadrar este homicídio no âmbito do 134º por fala de atualidade do pedido.

- Caso a vítima formule o pedido, levando o agente a realizar atos de execução necessários a provocar a morte, mas se porém a vitima não morre imediatamente e pede ao agente para que a salve e se este nada faz, deparamos nos com dois cenários que têm à luz do direito de ser analisados. Se a morte era inevitável, sendo que a participação do agente nada poderia alterar o resultado, o agente é responsabilizado pelo homicídio a pedido da vítima. Todavia, se o agente poderia impedir a concretização do resultado evitando a morte e se não o faz, já não podemos abranger esta atuação no 134º, pois o agente será punido por homicídio simples por omissão, sendo a morte imputada à essa omissão.

- Na situação da vitima pedir ao agente que a mate convencendo-o e levando a praticar atos com esse fim, mas se findos esses atos e mesmo antes da vítima morrer o agente abandonar o local com a convicção de ter acolhido a vontade da vítima e ter consumado o facto mas se após a sua partida a vítima arrepende-se e pretende ser salva

[66] SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: crimes contra as pessoas,* 3ª ed, Quid Júris, 2011

mas caso não consiga comunicar a sua vontade ao agente, não podemos deixar de punir o agente por o homicídio a pedido da vitima.

3.4 EXPRESSO

A vítima ao formular o pedido tem de o formular de forma expressa, isto é de forma clara e inequívoca. Importa salientar que o pedido não tem de ser feito de forma verbal, poderá ser transmitido de forma escrita ou até mesmo por gestos, desde que unívocos ou até mesmo em forma de pergunta. No típico caso apresentado por Costa Andrade, em que um homem cansado de viver opta por pôr fim à sua vida injetando-se com uma substância letal, contudo não confiando que tal seja apta a provocar a sua porta dirige-se ao sobrinho dizendo " se eu não morrer com a injeção que eu próprio me vou aplicar e ficar inconsciente, dás-me uma injeção com uma dose suplementar para assegurar a minha morte?". Em qualquer caso, o agente não se pode basear num "pedido meramente presumido ou deduzido" por indução a circunstancias como crenças religiosas ou filosóficas, comportamento da vítima, entre outros. [67]

Em suma, pode ser escrito, oral, por sinais, formulado por uma asserção positiva ou em sentido interrogativo.[68]

3.5 DETERMINANTE

Vários são os autores que fazem alusão a este requisito como essencial para o pedido, outros integram este requisito como intrínseco à característica vista anterior

[67] COSTA ANDRADE, Manuel, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial,* vol.I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2012
[68] PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal*, 2ª ed., ed. Univ. Católica, 2010

(expresso). Pois o pedido terá de ser determinante, no sentido que terá de ser o pedido a criar no agente a vontade homicida, este é determinante como causa da produção do resultado morte.

O 134º só compreende aqueles casos em que o agente atuou determinado pelo pedido. Mas é de ressalvar que entre o pedido deduzido pela vítima e a decisão em agir do agente terá de medir um "nexo de causalidade" correspondente ao da doutrina da instigação. Não cabendo os casos em que o agente já estava decidido a matar a vítima (omnimodo facturus) ou no caso em que o pedido apenas veio reforçar a sua vontade homicida. Também não cabe, se for o próprio agente instigador, isto é, ele próprio que induz a vitima dolosamente a ter vontade de morrer. É de negar o enquadramento no caso da vítima ter pedido ao agente que este ponha termo à sua vida mas este fica hesitante, sendo que este só se decide após a intromissão de um terceiro que o convence a ceder ao pedido. Não podemos deixar de elencar o caso de o agente não ter tido conhecimento do pedido. Logo não se poderia ter determinado por ele, como requisito do homicídio a pedido da vítima.[69]

Deste modo podemos afirmar que para o agente ser determinado pelo pedido é necessário:

- Que o pedido seja formulado de forma inequívoca

- Que o pedido seja feito diretamente ao agente sem o recurso a intermediários, ou seja imaginemos o caso se A pedir a B, através de um pedido sério, instante e expresso ponha termo à sua vida, B faltando – lhe a coragem para acatar o pedido mas comovido pelo sofrimento de A pede a C que mate A.

[69] COSTA ANDRADE, Manuel, *Comentário Conimbricense…*

C é assim autor de um homicídio, porventura abrangido pelo 133º [70] mas nunca pelo 134º, pois C não estava abrangido pelo pedido apenas foi determinado pelo B, porém é indiscutível que ambos agem por motivos altruístas mas fora do pedido.

↳ Que A pede de modo sério a B que peça a C que ponha fim à sua vida.

Neste caso A continua a ser instigador direto de Carlos, servindo-se de B como emissário, instigação por interposta pessoa"[71]. Não é diferente a situação de A, ser surdo-mudo e chamar um entendido em linguagem gestual para transmitir ao C a sua vontade ou sendo A paraplégico pedir a B que escreva em seu nome uma carta a C. Como podemos configurar em todas estas hipóteses, B é apenas um intermediário que leva o pedido de A a C, que é o seu destinatário.

Este entendimento é acolhido por Costa Andrade, Silva Dias, Margarida Silva Pereira, Paula Andrade, entre outros, defendem que o pedido não tem de ser feito diretamente ao agente podendo ser indireto, feito por intermédia pessoa, "desde que seja dirigido à pessoa escolhida pela vítima e apareça como pedido desta àquela"[72] , não afastando aplicabilidade do artigo 134º. Contrariamente a este entendimento, há autores que entendem que o pedido tem obrigatoriamente de ser feito diretamente ao agente sem possibilidade de recorrer a um intermediário.

A aferição destas características do pedido é feita de acordo com o critério de um homem fiel ao direito colocado na posição do agente, mas munido dos conhecimentos especiais do agente.[73]

[70] Código Penal, artigo 133º Homicídio Privilegiado: "Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de um a cinco anos."
[71] DIAS, Augusto Silva, *Crimes contra a vida e integridade física,* AAFDL, 2005
[72] VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos de Direito Penal II: crimes contra as pessoas: homicídio a pedido da vítima,* Lisboa, 2005
[73] MÁLIA, Carlos Filipe Cândido, *Dissertação de Mestrado: Os estados Passionais dos Homicídios,* Universidade Losofona, Lisboa, 2011

Importa realçar, que é imperativo respeitar a forma como a vítima pede ao agente que a mate, caso a vítima pretenda morrer de uma maneira e o agente não só desrespeita essa vontade como escolhe uma outra, que lhe provoca sofrimento não cabe igualmente no âmbito do artigo 134º do nosso Código Penal.

Em suma, importa realçar que o agente goza de uma efetiva diminuição da culpa quando é determinado pelo pedido, por parte da vítima que anseia por fim à sua vida. A situação em que o agente se encontra é comparada ao estado de necessidade (quase-estado-de-necessidade), todavia a sua determinação não tem, necessariamente ser motivada por razões altruístas, bastando que se comprove que atuou determinado pelo pedido.

O homicídio a pedido da vítima é um crime doloso, ainda que esse dolo seja criado pela vítima, porém neste capítulo importa delimitar como tal se processa.

A verificação de situações de erro ou da desistência são decorrentes, deste modo merecerem uma esmiuçada analise, delimitando os casos concretos e quais as consequências para a aplicação do direito. Conforme se disse anteriormente este tipo de crime é bastante complexo, podendo se verificar várias situações, como havendo comparticipação ou havendo um comportamento omisso também são merecedores do nosso estudo pelas demais consequências jurídicas que podem influenciar ou não aplicação deste tipo.

1. DOLO

É certo que o homicídio a pedido da vítima deriva do homicídio simples previsto pelo 131º, mas o tipo de dolo previsto por estes dois tipos é diferente. Importa mencionar que a delimitação do dolo para o homicídio a pedido sempre representou um problema, não só é necessário que o agente tenha a consciência e querido matar outra pessoa, mas também que a sua atuação derive da existência de um pedido sério, instante e expresso e que seja este a razão determinante da sua vontade. Isto é, que o dolo de morte tenha sido causado pela própria vítima. Se este requisito não se verificar não pode o homicídio cair no âmbito de aplicação do 134º, mas porventura do 131º ou de outro tipo de homicídio consoante as circunstâncias do caso concreto. [74]

Ao falarmos de dolo, não podemos esquecer que o dolo pode assumir três modalidades, são elas: dolo direto, indireto ou eventual. Regra geral, dado que o agente é determinado pelo pedido o dolo que estará em causa é um dolo direto[75], visto que o agente representa o resultado agindo em conformidade com ele, todavia é ainda

[74] COSTA ANDRADE, Manuel, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial,* vol.I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2012

[75] Código Penal, nº1 artigo 14: "Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, atuar com intenção de o realizar."

possível tratar-se de dolo eventual[76] quando o agente representou o resultado como possível, mas embora o admita como possível não está seguro na sua eficácia letal não acreditando que o resultado se produza ainda assim conforma-se com o eventual resultado.

2. ERRO

Em Portugal a solução acolhida pelo nosso sistema jurídico aponta para dois regimes de erro, em função do objeto e da natureza. Assim se o erro tiver subjacente um problema de apreensão intelectual da realidade ou seja, quando o agente representa falsamente uma realidade fática, neste caso dizemos que estamos perante um erro intelectual ou material, onde o problema recai sobre o processo de formação do dolo do agente, estes erros estão previstos no artigo 16º, nºs 1 e 2.[77] Por outro lado, quando o problema consiste numa diferente valoração da realidade, em que o agente faz uma valoração dos factos contrária à valoração da norma, neste caso estamos perante um problema da atitude ético jurídica do agente perante os valores do sistema penal, isto é, problema de culpa. Este tipo de erro está abrangido pelo artigo 17º.[78] [79]

Relativamente ao crime de homicídio a pedido da vítima, não podemos deixar de equacionar algumas situações de erro, em que este pode incidir tanto nas

[76] Código Penal, nº3 artigo 14: " Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente atuar conformando-se com aquela realização."

[77] Código Penal, nº1 artigo 16: "O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo" e nº 2 "O preceituado no número anterior abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente."

[78] Código Penal, artigo 17: "1 - Age sem culpa quem atuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável; 2 - Se o erro lhe for censurável, o agente é punido com a pena aplicável ao crime doloso respetivo, a qual pode ser especialmente atenuada."

[79] VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos de Direito Penal II: crimes contra as pessoas: homicídio a pedido da vítima,* Lisboa, 2005

circunstâncias relativas ao autor, nas características do pedido como na existência ou validade do pedido.

Imaginemos, a título de exemplo:

A, *convence* ***B*** *que padece de uma doença incurável em fase terminal, deste modo pede a* ***B*** *que o mate.* ***B*** *deixa-se determinar pelo pedido, convencido que o pedido é sério. Todavia* ***B*** *estava influenciado por um falso pressuposto pois* ***A*** *gozava de boa saúde.*

Ou

A*, portador de uma anomalia psíquica pede a* ***B*** *que a mate, porém* ***B*** *desconhecia que* ***A*** *era portador de tal doença e deixa-se determinar pelo pedido.*

Ou

A*, surdo – mudo que se encontrava num sofrimento atroz devido a uma doença incurável em estado terminal, pelos gestos e sinais que fazia levou* ***B*** *a convencer-se que* ***A*** *estava pedindo para que ele o matasse, contudo não existia qualquer pedido.*

Ou

Por qualquer motivo ***A****, pediu a* ***B*** *que o matasse através de um pedido que cumpria todos os requisitos abrangidos pelo privilegiamento do 134º, todavia* ***A*** *mudou*

*a sua vontade sem comunicar **B**, ao que **B** mata **A** convencido que **A** mantinha a sua vontade em morrer.*

Em todos estes exemplos estamos perante situações de erro, em que o agente atua julgando que está abrangido por alguma circunstância objetiva privilegiante do artigo 134º. Nesse exemplo, o erro que está em causa é o erro de natureza intelectual pois o agente representou erroneamente uma falsa realidade.

Tendo em conta o regime geral do erro, diríamos que como estamos na presença de uma situação de erro, aplicaríamos o artigo 16º e excluiríamos o dolo do agente, contudo a nossa doutrina e jurisprudência têm um entendimento diferente, excluindo o regime geral do erro na medida em que o nº 1,

> está configurado para resolver situações de erro sobre elementos do tipo básico ou fundamental e sobre circunstâncias típicas agravantes de caráter objetivo e não para elementos acessórios privilegiantes do tipo de crime. E no nº2 solucionam-se casos de erro sobre circunstâncias objetivas que, a existirem, afastariam a ilicitude ou a culpa, não estando, portanto, aqui abrangidas as circunstâncias privilegiantes, uma vez que a verificação destas não exclui a ilicitude nem a culpa; apenas diminui o seu grau. (Conceição Valdágua, 2005)

A razão pela qual seria incorreto excluir o dolo, baseia-se fundamentalmente pelo facto de mesmo o agente estar em erro, ele possui dolo de morte.

Mas na nossa doutrina e jurisprudência encontramos várias posições que passo a expor:

- Não podemos deixar de considerar a posição da não aplicação do artigo 134º por o pedido não reunir todas as características exigidas por este tipo de crime, também pode acontecer faltar um elemento material que

impeça aplicação do tipo, ou seja " materialmente o homicídio a pedido da vítima não estar preenchido, faltando o consentimento, o que impede a sua aplicação"[80] Deste modo, rejeitamos aplicação do privilegiamento do artigo 134º, por exemplo, em casos que falte alguns dos requisitos do pedido que estão expressamente ressalvados na letra da lei, no caso do agente ter pleno conhecimento que está atuar em erro e aproveitar-se desse mesmo erro para matar a vítima, ou seja nos casos que o agente não atua determinado pelo pedido, etc.

- Esta posição é sustentada pela doutrina alemã e italiana, sendo que na nossa doutrina foi amparada por Sousa e Brito no seu ensino oral.

> (…) ao erro sobre o pedido da vítima aplicar-se-á por analogia (legítima, porque *in bonam* partem) o regime do erro sobre os pressupostos de facto de causa de exclusão da ilicitude ou da culpa: erro que, nos termos do nº 2 do artigo 16º, exclui o dolo. Erro referido nestes casos às circunstâncias do homicídio (as circunstâncias do eventual pedido), diminuidoras da ilicitude e da culpa do mesmo. (Margarida Silva Pereira, 2012, pág 271-272)

Atendendo ao exemplo acima transcrito, em que o agente acredita que o pedido da vítima se pressupõe num pedido sério, do qual se deixa determinar matando a vítima, deverá aplicar-se o regime do 134º e não o do 131º[81], pois o dolo do agente deve ser valorado e o dolo que possuía e o qual representou, foi o dolo de matar a vítima a seu pedido pois foi o pedido por parte da vítima que gerou nele a vontade de matar, sendo que o dolo que se exclui por força do recurso analogia do artigo 16º, nº2 é o dolo do 131º.

O dolo traduz-se no conhecimento e vontade de realizar um determinado tipo legal de crime, neste caso não há dúvidas que o agente não quis preencher, nem teve conhecimento que estava a realizar o crime do 131º,

[80] SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: crimes contra as pessoas,* 3ª ed, Quid Júris, 2011, pág 131
[81] Código Penal, artigo 131º: "Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos."

assim não seria justo o punirmos por o crime de homicídio simples, pois por força do princípio da culpa não podemos punir um agente para além do seu dolo. [82]

- Costa Andrade, defende que se deve apenas concentrar no dolo do agente sem fazer uso do recurso à analogia. Isto é, se o dolo do agente se determina num suposto pedido sério, instante e expresso, o agente deve ser punido, também por força do princípio da culpa pelo seu dolo. O seu dolo é apenas formulado por tal pedido logo, não poderíamos deixar de beneficiar o agente pela aplicação do privilegiamento do 134º.[83]

- Outra posição curiosa, é a posição defendida pelo Dr. Rui Pereira. Esta posição é critica da pela professora Maria da Conceição Valdágua pois o Dr. Rui Pereira considera o homicídio a pedido da vitima um caso especial de homicídio por compaixão, sendo o 134º uma norma especial relativamente não só ao 131º como também ao 133º, então nas situações em que ocorra um erro sobre as circunstâncias privilegiantes do artigo 134º, a diminuição da culpa, que é retratada pela motivação altruísta do agente, já contemplada pelo próprio art. 133º por seu turno a inexistência de pedido da vítima impede a diminuição do grau de ilicitude que permite aplicação o artigo 133º.

Deste modo sempre que o agente atue estando em erro quanto à verificação das circunstâncias privilegiantes do artigo 134º, deverá aplicar-se o 133º e não o 134º. Para este autor, o 134º tem de ter como base na sua aplicação a compaixão, vendo neste requisito algo crucial e sem que este se verifique não se poderá aplicar esta disposição legal, contudo e como já foi dito anteriormente, na letra da lei nada nós

[82] VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos de Direito Penal II: crimes contra as pessoas: homicídio a pedido da vítima,* Lisboa, 2005
[83] SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: crimes contra as pessoas,* 3ª ed, Quid Júris, 2011

obriga a aceitar a compaixão como requisito essencial à aplicação desta.[84]

Pois imaginemos a nível de exemplo:

> Aquele que, sabedor de que terceiro sofre muito, pondera as probabilidades que ele tem de sobreviver; conclui que são nulas; e respeita o pedido, numa atitude despedida de sentimentos para com a vítima, tem acolhimento no artigo 134º. O mesmo vale para quem sinta o prazer de ver morrer, quem pretenda experimentar a exaltação que lhe provocará esse estertor, sendo, no entanto, que mata porque a vítima quer morrer, só isso. (Margarida Silva Pereira, 2012, pág 252)

Esta posição da aplicação do 133º, levanta ainda o problema de parecer incompatível com o princípio da culpa, pois se o agente atua com dolo do 134º, aplicação do 133º não parece ser a mais correta.

Amadeu Ferreira, chama ainda atenção para a possibilidade de no caso do agente praticar um crime de homicídio a pedido, movido por compaixão no sentido do 133º. Deste modo e estando preenchidas ambas as normas, ou faltando algum requisito do artigo 134º mas subsistindo a compaixão, o problema será de concurso entre uma e outra, porém deverá dar-se primazia da norma especial do 134º, pois entende-se que esta disposição legal é mais benevolente até porque temos de ter em conta que era este o crime que o agente queria praticar e não outro.[85]

Maria da Conceição Valdágua também não concorda com o autor em questão sobre a ideia do grau de ilicitude não estar diminuído pelo facto de não existir pedido, pois para a professora essa tese só estaria correta se a ilicitude assentasse apenas no desvalor do resultado, mas como ela assenta em primeira linha, no desvalor da ação e no dolo do agente, assim sendo visto que o agente atua na pressuposição que existe um

[84] Idem
[85] FERREIRA, Amadeu José, *Homicídio Privilegiado*, Almedina, Coimbra, 1991

pedido e que é determinado por este, é menor o desvalor da ação e portanto a ilicitude do facto.[86]

Maria da Conceição Valdágua faz ainda alusão a outros dois tipos de erro:

- Erro inverso;
- Erro sobre os limites

Para a professora no caso do agente atuar sem o conhecer o pedido ou nos casos deste não ser dirigido ao agente.

Exemplo:

O agente mata a vítima sem saber que ela lhe pediu para o fazer, ou que o pedido que lhe está a fazer é sério.

> Nestes casos não poderá aplicar-se o artigo 134º, porque a vontade do agente não foi determinada pelo pedido, nos termos que a lei exige. Aplicar-se-à o artigo 131º, devendo a existência do pedido que, em todo o caso diminui a ilicitude, ser tomada em consideração na aplicação da pena, nos termos do artigo 71º. (Conceição Valdágua, 2005)

Por outro lado, no erro sobre os limites, o agente mesmo sabendo que não existe um pedido sério, ou expresso, atua nos termos do artigo 134º, neste sentido trata-se de um erro de valoração, de um erro indireto sobre a ilicitude, enquadrável no artigo 17º, não relevante para afastar o tipo base do 131º. Nestes casos, o agente deverá,

[86] VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos de Direito Penal II: crimes contra as pessoas: homicídio a pedido da vítima,* Lisboa, 2005

pois ser punido nos termos do homicídio simples, do artigo 131º, ou, porventura, pelo artigo 132º ou pelo artigo 133º, mas não pelo artigo 134º.[87]

Importa ressalvar que existem outras posições tomadas por outros autores na nossa doutrina, porém apresentam bastante controvérsia e são largamente criticadas, como é o caso da posição de Silva Pereira.

3. REALIZAÇÃO DO TIPO POR OMISSÃO

Esta questão é bastante discutida na nossa doutrina apresentando soluções controversas. Há muitas dúvidas e diversas teorias quando se assume ou não que o crime de homicídio a pedido da vítima poder ser cometido por omissão.

O problema suscita-se em saber se alguém investido na posição de garante sobre a vítima, estando incutido de evitar a sua morte e nada faz para acautelar esse desfecho, por pedido da vítima pratica o tipo legal de crime do 134º por omissão.

Tenhamos como exemplo o *caso wittig*, levado a juízo no tribunal supremo alemão e amplamente debatido na nossa doutrina:

A era médico de família de B, B era uma mulher de 76 anos, que sofria de uma grave e dolorosa doença, porém e para agrava a situação, após a morte do marido perdeu a vontade de viver. B conhecia este desejo de B, pois por diversas vezes já tinha dado conta da sua vontade de pôr termo à vida. A sempre negou ajudar B a satisfazer a sua vontade Até que um dia, conforme acordado A desloca-se a casa de B e encontra-a inconsciente e segurando nas mãos um escrito dirigido a B, pedindo-lhe

[87] Idem

que não fizesse nada para a salvar ou para lhe prolongar a sua vida. A respeitou o desejo de B

Importa ressalvar que não se comprovou que ação de A poderia ter salvo B ou poderia ter-lhe prolongado a vida, tendo o tribunal supremo alemão condenado o médico pelo crime de homicídio a pedido da vítima, a título de omissão imprópria.

Este entendimento funda-se na teoria que todo aquele que tem conhecimento de uma tentativa de suicídio, ainda que se trate de suicídio de modo livre, consciente e responsável, esta obrigado a fazer o que estiver ao seu alcance para impedir o resultado da intenção suicida. Tal deve ocorrer, pelo menos a partir, do instante em que o suicida perca a consciência, deixando de deter o domínio do facto, como tal este passa para terceiro que tem a posição de garante pelo não resultado, é a chamada doutrina da troca do domínio do facto.

Este entendimento é negado por Costa Andrade, como também pela maioria da doutrina alemão por entenderem que quando o doente expressa ao médico que recusa receber qualquer tipo de intervenção, esta tomada de posição por parte da vítima faz cessar o dever de garante do agente, sendo que tal vontade deve ser respeitada e continua a valer mesmo depois do paciente perder a consciência. Para este autor, qualquer que seja a modalidade de omissão não se pode enquadrar na posição de garante. Esta teoria é também defendida por ROXIN que considera que se deve respeitar a vontade livre e responsável do suicida, mesmo depois deste ter ficado inconsciente.[88] [89]

Costa Andrade, considera esta posição mais semelhante com o direito positivo português, sendo uma solução válida não apenas para os casos de omissão pura ou simples como para os casos em que por vontade do paciente, o agente (médico)[90] interrompe o tratamento em questão que tem como finalidade prolongar a vida ou até mesmo desliga a máquina de suporte de vida. Neste caso, ROXIN desenvolveu um estudo pioneiro que é seguido por exemplo por KAUFMANN, ou entre nós por Figueiredo Dias. Segundo esse estudo esta atuação de interromper o tratamento ou de desligar a máquina de suporte de vida, trata-se de uma omissão através da ação, a

[88] SILVA, Fernando, *Direito…*
[89] COSTA ANDRADE, Manuel, *Comentário Conimbricense…*
[90] No caso de ser um terceiro as posições de dentro dos que defendem esta teoria divergem.

generalidade dos autores por razões de construção dogmática recusam esta figura, da omissão através da ação, acabando por convergir na não punição, ou melhor impunidade do médico que por pedido do paciente desliga a máquina, por acharem que o paciente tem direito a escolher e a deliberar sobre tal questão. [91]

Mas como vimos acima a vida é um bem indisponível, o que aqui levanta um contra senso, pois se o dever de garante cessa, concluímos que cessa devido à recusa por parte do paciente em receber tratamentos abrindo aqui a possibilidade a desrespeitarmos a indisponibilidade da vida, ainda que esta seja um bem jurídico próprio. Todavia e apesar de ser um bem jurídico próprio é indisponível, é esta linha de pensamento que faz dar asas a outras teorias.

Maria da Conceição Valdágua, defende o homicídio a pedido da vitima por omissão, em situações em que a vítima através de um pedido sério, instante e expresso, solicita ao agente que tem posição de garante perante ela que não faça nada de modo a interromper o processo causal, porém a professora nega aplicação homicídio a pedido da vítima por omissão ao garante, nos casos em que o processo causal se deva a suicídio, não atua de forma a prevenir o resultado. Mesmo como no caso wittig, não concorda com aplicação deste tipo legal de crime, por considerar que o suicida pode dispor da sua própria vida e a sua oposição à intervenção de terceiros que pretendam impedir o resultado, cessando assim o dever de garante perante a vítima.

Fernando Silva, por exemplo, percorre este mesmo caminho e não aceita que o pedido da vítima faça cessar o dever de garante, se excluindo o dever de ação.

> Uma vez que, por força do caráter indisponível do bem jurídico vida, o agente esta investido de poderes de proteção de um bem, e não da proteção de um direito de outro. O que distingue o sujeito que está investido do dever de garante em relação a outros sujeitos é precisamente o facto dele estar investido desse dever jurídico, ou

[91] COSTA ANDRADE; Manuel, *Comentário Conimbricense* ….

> seja, de perante a sociedade se encontrar vinculado a ter agir para evitar lesões na vida da vítima, o que se mantém mesmo quando ela própria abdica dessa proteção. Pois atitude da vítima nunca pode ser interpretada como uma forma de estar a dispor do bem, por o mesmo ser indisponível. (Fernando Silva, 2011, pág. 131)

Deste modo, não descarta a punibilidade do agente, que esta investido do dever de garante por homicídio a pedido da vítima.

Costa Pinto, por sua vez também aceita o homicídio a pedido da vítima por omissão, nas situações em que alguém tem o domínio do facto e atua com o intuito de matar a vítima, determinado por um pedido da vítima que cumpre os requisitos alancados no artigo 134º e um terceiro que assista a este processo causal, que está investido num papel de garante nada faz para interromper tal processo a pedido da vítima, igualmente através de um pedido sério, instante e expresso. Assim, este terceiro como foi determinado pelo pedido e só por existência dele não atuo, deverá ser abrangido pelo privilegiamento do artigo 134º.[92]

Uma posição um pouco mais controversa, é a posição defendida por Silva Dias, que considera que o homicídio a pedido da vitima não é passível de ser preenchido por omissão, porque o direito não protege uma pessoa, ainda que responsável e livre perante a sua própria morte, isto porque, a vida é um bem que se encontra disponível para o próprio, uma vez que o suicídio é um facto lícito, não no sentido de que é permitido ou legal pelo direito, mas no sentido de que cai numa zona, dita de livre de direito. Logo, ninguém tem o dever de obstar que outrem livremente ponha termo à sua vida. Para Silva Dias, o homicídio a pedido da vítima só compreende a intervenção ativa no direito à vida de outrem, fechando a porta, ao seu preenchimento por omissão. Isto decorre da sua ideia já frisada que considera a vida um bem jurídico disponível para a própria vitima, sendo que o suicídio cai num espaço livre de direito e que ninguém tem o dever de impedir uma pessoa responsável e livre de se suicidar.

[92] VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos…*

Esta posição é criticada pela professora Maria da Conceição Valdágua nos seus escritos, pois não consente o facto do 134º não se aplicar por omissão, apenas pela pela intervenção ativa.

Porém, admite que se caso a vítima, de modo livre e responsável, decide suicidar-se e pedindo a terceiro ainda que detenha a posição de garante, não o impeça, essa pessoa não pode ser punida por homicídio a pedido da vítima por omissão, pois o dever de garante não obriga a impedir que o titular do direito à vida lhe ponha termo.

O dever de garante, obriga a impedir o resultado. Isto é que se verifiquem lesões do bem jurídico vida, provenientes de factos exteriores ao titular do direito à vida, mesmo que essas lesões sejam pedidas pela vítima. Neste âmbito podem, a seu ver, verificar-se situações que permitem a aplicabilidade do tipo de homicídio a pedido por omissão, que, de resto, Silva Dias também acaba por admitir.[93]

Outra nota que importa ter em atenção é quando:

Por exemplo:

A através de um pedido sério, instante e expresso pede a B que a mate, mas no momento em que B cumpria a vontade de A, encontrava-se presente na sala C a quem não lhe foi dirigido qualquer pedido, contudo C nada faz para impedir o resultado.

Neste caso, não podemos punir C por o crime de homicídio a pedido da vítima por omissão, pois não existe qualquer pedido, logo cairia no âmbito de aplicação do 131º, ou porventura se preenchesse os requisitos, eventualmente o 133º ou até mesmo o 132º.

Sobre esta problemática Costa Pinto propõe que o garante seja punido, não como autor, mas com a pena do cúmplice, por analogia com o art. 27º. Deste modo, o

[93] SILVA DIAS in VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos…*

garante estaria numa situação idêntica à do cúmplice que apenas favorece a prática do facto, mas não tem o domínio positivo dele. Costa Pinto, considera ser esta a posição mais justa, pelo facto do garante não ter o domínio positivo da execução que pertence ao autor e não ao garante.[94]

A situação em que o garante não possui o domínio positivo do facto não é justificação, para ele não poder ser punido como autor do crime de homicídio a pedido através de omissão. Destarte, em todos os casos de autoria de um crime por omissão, falta ao autor o domínio do facto, sendo o fundamento da sua autoria a violação do dever de agir.[95]

4. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

No crime de homicídio a pedido da vítima por ação, são admissíveis, todas as formas de autoria mas apenas uma de comparticipação, podendo-se verificar situações configuráveis à coautoria, autoria mediata e cumplicidade.

O autor, é toda e qualquer pessoa que se deixa determinar e atua em consonância com um pedido sério, instante e expresso formulado pela própria vítima.

O problema da autoria e da participação levantam algumas questões que importa valorar.

Imaginemos o seguinte exemplo:

[94] Idem
[95] Idem

A, portador de uma doença incurável, pede a B através de um pedido sério, instante e expresso para que o mate através de uma injeção letal, pondo termo à enfermidade em que vivia. B deixa-se determinar pelo pedido e injeta-lhe a substância. C, que se encontrava na sala é lhe pedido por parte da vítima, igualmente através de um pedido com as mesmas características que nada fizesse para impedir a sua morte e que auxilia-se B no procedimento.

Neste caso, sendo o pedido formulado a ambos, autor e participante e tendo sido ambos determinados pelo pedido, não apresenta qualquer dúvida na aplicação do 134º quer ao autor quer ao participante.

Todavia, em relação à participação, suscita-se a hipótese do pedido ter sido apenas dirigido ao autor e não ao participante. Nesta situação, Paula Andrade entende que o participante não tem que ser determinado pelo pedido é suficiente que tenha conhecimento da existência do pedido e que saiba que o autor age determinado por ele.[96] Assim sendo é notório que o autor seria responsabilizado pelo preenchimento do artigo 134º, por força das regras da acessoriedade limitada, o participante irá aproveitar este facto e seria igualmente responsabilizado pelo facto típico e ilícito do autor. É de notar que o artigo 134º revela um tipo misto de ilicitude e de culpa, sendo que o grau de ilicitude diminuída transmite-se ao participante, desde evidentemente que este conheça o pedido como já mencionei.[97]

Helena Morão rejeita este entendimento, considerando que o agente tem de ser determinado pelo pedido, não sendo bastante o conhecimento da sua existência, esta última vai mais longe e considera que "esta construção encerra, (…) uma certa incoerência em face dos pressupostos em que a própria autora se baseia para construir a sua concepção de homicídio a pedido da vítima"[98].

Importa ressalvar, que poderá acontecer que o dolo do participante pode ir para além do dolo do autor, na sub-hipótese, de C ter uma inimizade com A, ou por qualquer outro motivo que o faria desejar a sua morte, aproveitando-se do pedido feito pela vítima. Como é evidente, neste caso C tem conhecimento da existência do pedido mas a sua atuação foi ditada por *motivos egoístas e não por motivos altruístas* que

[96] ANDRADE, Paula, *Algumas Considerações sobre o Regime Jurídico…*
[97] SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial…*
[98] MORÃO, Helena, "Determinação pelo Pedido e Culpa… pág 1261

regem a atuação do autor. Assim será de excluir aplicação atenuação do privilegiamento concedida pelo artigo 134º. Não sendo punido pelo 134º e tendo patente o disposto do artigo 29º, que expressa que "*cada comparticipante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros comparticipantes"*, punindo o participante ao abrigo do artigo 131º ou até do 132º caso se verifica-se alguma circunstância descrita no artigo.

Agora imaginemos que o pedido foi dirigido ao participante na seguinte hipótese:

A pede a B, através de um pedido sério, instante e expresso que o mate. B deixa-se determinar pelo pedido, mas este por falta de coragem não consegue concretizar o seu pedido. Assim, B motivado pelo pedido, pede a C que este o faça, dando-lhe conhecimento que quer satisfazer a vontade da vítima mas que lhe falta coragem, deste modo convence C a executar o facto.

Perante este caso em hipótese, o autor não vê a sua conduta abrangida pelo privilegiamento do artigo 134º, pois o pedido não foi diretamente formulado a ele não podendo afirmar que se tenha determinado pelo pedido da vítima a B, na medida que foi o participante que o convenceu e que fundou o seu dolo e sua vontade em matar A. Desta forma, cairíamos no âmbito de aplicação do 131º, pois foi este o ilícito praticado pelo autor, mas não transmite ao participante esse grau de ilicitude, pois o participante foi determinado pelo pedido, relembrando o principio da culpa não se pode punir ninguém para além do seu dolo e aplicação do 131º ao agente cairíamos na inconformidade de estarmos a punir não só para além do seu dolo como aplicar-lhe uma punição mais agravada do que ocorreria se ele próprio tivesse executado o homicídio, aplicando-lhe o privilegiamento do 134º.

Voltando ao autor que foi determinado por B, assume-se a posição entendida por Costa de Andrade, que entende bastar que um dos comparticipantes atue determinado

pelo pedido, desde que os outros que com ele colaboram tenham conhecimento de tal, havendo assim uma comunicabilidade, isto ocorre por força das regras de comparticipação criminosas, nomeadamente o artigo 28º[99], este grau de ilicitude diminuída transmite-se ao autor, verificando-se uma inversão da acessoriedade. Só não ocorre esta transmissão, se o autor executar o facto motivado por outras circunstâncias que o façam incorrer noutro tipo de crime.[100]

Ressalvo ainda o caso particular da autoria mediata, suponhamos o exemplo:

A querendo pôr termo à sua vida pois tinha contraído diversas dividas e não queria passar pela humilhação de ver arruinado o seu bom nome mas por falta de coragem em fazê-lo, convence B em mata-lo com a justificação que padecia de uma doença incurável e que para evitar tratamentos dolorosos que apenas lhe prolongariam a vida por algumas semanas, pede a B através de um pedido sério, instante e expresso. B deixa-se determinar pelo pedido.

Todavia A, não padecia de nenhuma doença como estava em perfeita saúde e tinha total conhecimento disso apenas tinha dado tal justificação pois sabia que se dissesse a verdade jamais B acartaria o seu pedido.

B agiu determinado pelo pedido acreditando que A padecia mesmo de uma enfermidade verídica, estando preenchidos todos os requisitos da validade do pedido, assim, nesta medida B é punido pelo artigo 134º, homicídio a pedido da vítima, sendo que era este crime que julgava que estaria a executar e não outro, nomeadamente o

[99] Código Penal, Artigo 28º (Ilicitude na comparticipação) "1 - Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os comparticipantes a pena respetiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, exceto se outra for a intenção da norma incriminadora. 2 - Sempre que, por efeito da regra prevista no número anterior, resultar para algum dos comparticipantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não interviesse."

[100] SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: crimes contra as pessoas,* 3ª ed, Quid Júris, 2011

do 131º. Neste caso, basta o autor ter se determinado por um pedido que julgava ser sério, sendo irrelevante a verdadeira razão no qual o pedido se fundava.

Todavia, não podemos deixar de pensar no caso contrário, sendo B que induz a própria vítima (A) sobre um erro sobre as circunstância, dizendo que A padecia de uma doença terminal que no entanto não era verdade. Por via disto, A pede a B que a mate, configura neste caso quanto ao B um caso de autoria mediata, sendo punido pelo crime do 131º ou ate do 132º.

Por último Costa Andrade, chama atenção para o caso do pedido ter sido dirigido a um médico, realça que o médico – autor, como um enfermeiro – cúmplice (desde que tenha conhecimento da existência do pedido dirigido ao médico), beneficiarão do regime do privilegiamento do artigo 134º, tal acontece mesmo no caso do medico se decidir agir por insistência dos familiares da vitima e a quem esta tinha feito o pedido.[101]

Em relação à vitima que sobrevive a uma tentativa não consumada pelo crime de homicídio a pedido da vitima, esta não será punida, pois o nosso sistema jurídico não pune ninguém por atentar contra à sua própria vida, ainda que tente instigar um terceiro à pratica do artigo 134º, porém a tentativa, ou seja quem tenta contra a vida de outrem já punível como iremos ver adiante.

Em suma, só podem beneficiar do privilegiamento que incorpora o homicídio a pedido da vítima, caso os agentes, tenham sido individualmente determinados pelo pedido e que tal determinação se concretize, gozando assim de uma culpa diminuta.

[101] COSTA ANDRADE, Manuel, *Comentário Conimbricense …*

5. TENTATIVA E DESISTÊNCIA

Artigo 134º

Homicídio a Pedido da Vítima

(…)

2 - A tentativa é punível

Por força do nº 2 do artigo 134º relativamente à punibilidade da tentativa, esta é expressamente punível. Logo em relação à punibilidade não se verificam quaisquer dúvidas ou questões.

Assim, suponhamos a título de exemplo:

A, através de um pedido sério, instante e expresso pede a B que a mate com um tiro. B determinado por o pedido, satisfaz a vontade de B. Todavia o tiro não matou a vitima que foi socorrida por um vizinho que ia a passar à sua porta.

Neste caso em apreço, B seria punido pela tentativa do crime de homicídio a pedido da vítima em concurso com ofensas corporais (simples ou agravadas).

Estamos perante um concurso aparente, que exclui a punibilidade pelas ofensas corporais, isto ocorre por força do princípio *ne bis idem*, que impede a dupla punição pelo mesmo facto.[102]

Este nº2 só foi inserido no artigo 134º, com a revisão de 95. Tornou-se necessária a menção à punibilidade da tentativa por força da alteração da condição de punibilidade contemplada no art. 23º, nº 1[103], que na versão originária versava sobre a punibilidade da tentativa de ao crime consumado caber pena superior a 2 anos. Assim, na Revisão de 95 a aplicabilidade pela punição da tentativa passou a pender de, se ao crime consumado poder ser aplicada pena superior a 3 anos, salvo disposição em contrário.[104]

Nos crimes de homicídio a tentativa é sempre punível, todavia tratando-se este tipo legal de crime com caraterísticas atenuantes que requerem uma cuidadosa analise na verificação de todos os pressupostos para que decorra a sua aplicabilidade, ao falar da tentativa pede-se esse mesmo rigor.

No que toca à desistência, teremos de equacionar dois cenários. No caso do agente ser determinado pelo pedido mas se antes de dar inicio ao processo causal desistir não temos a consumação de nenhum facto típico, logo não há responsabilidade do agente. Mas se por outro lado, o agente der inicio ao processo causal desistindo a meio o cenário é diferente. Neste caso estamos perante a desistência da tentativa do homicídio a pedido da vítima, que se tiverem verificado ofensas corporais, havendo uma *tentativa qualificada.* A desistência não altera a punibilidade pelas ofensas, tal como resulta, desde logo, da intencionalidade normativa do art. 134º CP, apenas orientado para sancionar uma solução de privilégio relativo ao homicídio a pedido da vítima. Importa notar que as lesões corporais não são cobertas pelo consentimento.

Contudo poderíamos pensar se o consentimento qualificado dado pela própria vítima, que permite a lesão da sua vida permitirá excluir a ilicitude das ofensas corporais, tendo como base de quem consente o mais também não consente o menos.

[102] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – Parte Especial Tomo I,* 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007

[103] Código penal, Artigo 23º (Punibilidade da tentativa) "1 - Salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respetivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão.

[104] VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos…*

A valorização deste raciocino, segundo Costa Andrade é contrária aos bons costumes, pois o pedido mantém-se, mas o pedido consiste em ser morto (era esta a vontade da vitima), sendo a vida um bem indisponível é claramente contrario aos bons costumes, como resulta do nº 2 do artigo 149º[105]. Para relevar o consentimento em sede de ofensas corporais é necessário aferir qual o fim da conduta do agente que se prende, como já vimos pela morte, deste modo permite concluir pela contrariedade com os bons costumes e assim, consequentemente pela irrelevância deste consentimento em sede de exclusão da ilicitude das ofensas corporais, que devem, portanto subsistir.[106]

No caso de optarmos pela exclusão da punibilidade das ofensas corporais, com base no artigo 24, estaríamos a denegar a perigosidade para a vida da vítima resultante da tentativa de homicídio e da qual elas foram resultantes.

Torna-se necessário fazer uma conjugação do artigo 24º nº1[107] com o disposto no nº 2 do artigo 149º que se retira que em caso de desistência, o agente será punido pelo crime que efetivamente praticado, e este será o de ofensas corporais (simples ou graves), mas que estas se diriam sempre por privilegiadas. Isto decorre, do pressuposto do agente ter atuado impulsionado por sentimento altruístas que cingiram a sua atuação, sendo a punição feita nos termos do artigo 147º. [108][109]

Ainda em relação às ofensas corporais, ainda que de forma privilegiada, importa notar que o artigo 147º faz remissão para o artigo 133º (acima analisado), esta solução prende-se pelo duplo fundamento do artigo 134º, que atribui menor ilicitude e menor culpa do agente, que atua determinado pelo pedido da vítima respeitando a sua vontade, podendo afirmar que esta motivação altruísta fica preenchido pelo sentimento de compaixão, que fundamenta o artigo 133º que foi a base do seu comportamento.

[105] Código Penal, Artigo 149º (Consentimento), nº2 "Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa."
[106] ANDRADE, Maria Paula Gouveia, *Algumas Considerações sobre o Regime Jurídico do Artigo 134º do Código Penal,* Usus Editora, Lisboa
[107] Código Penal, Artigo 24º (Desistência), nº1 "A tentativa deixa de ser punível quando o agente voluntariamente desistir de prosseguir na execução do crime, ou impedir a consumação, ou, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime."
[108] Código Penal, Artigo 147º (Ofensas à Integridade Física Privilegiada) "A pena aplicável à ofensa à integridade física é especialmente atenuada quando se verificarem as circunstâncias previstas no artigo 133º.
[109] ANDRADE; Maria Paula…

RUDOLPHI, defende nesta matéria a existência de uma relação de subsidiariedade entre o artigo 147º e o 134º, sob forma tentada, que funciona, como já vimos nos termos gerais do concurso de normas, responsabilizando o agente apenas pelas ofensas subsidiárias da tentativa.[110]

6. CONCURSO

O concurso de crimes aplica-se quando o agente foi responsável por uma pluralidade de infrações.

Um dos concursos que ocorre mais neste tipo legal de crime é o concurso entre o próprio homicídio a pedido da vítima e o crime de ofensas corporais. Como será fácil compreender, facilmente o crime de homicídio a pedido da vítima pressupõe um crime de ofensas corporais. Nestes casos, valem as regras gerais relativas aos crimes de homicídio em concurso com o crime de ofensas à integridade física, em que o crime de homicídio absorve o crime de ofensas.

Não esquecer as especificidades recorrentes da tentativa qualificada analisada anteriormente.

Importa ainda constatar que o crime de homicídio a pedido da vítima, funciona em concurso aparente com as demais formas de homicídio, por ser uma forma privilegiada de homicídio que comporta características especiais em relação aos demais. Assim caso se opte pela aplicabilidade do 134º, afasta-se aplicação do 131º, 132º e 133º.

[110] Idem

7. MEDIDA DA PENA

O artigo 134º, já por si dispõe de uma norma privilegiadora devido que estamos a falar de um crime em que a vontade dolosa de matar é criada pela própria vitima, que através de um pedido sério, instante e expresso persuade a vitima levando-a a determinar – se pelo pedido e consequentemente a satisfazer a vítima, pondo termo à sua vida. Apenas nestes casos, em que estão verificados os pressupostos legais exigidos se concretiza a diminuição simultânea da ilicitude e da culpa do agente, sendo punido pelo nº1 do 134. Não podem ser ressalvadas, nem levadas a consideração, atenuantes que já estejam contidas no próprio corpo do artigo na determinação da pena. Isto é, nos casos em que há um pedido mas que o agente não se deixe determinar por ele, ou nos casos em que a determinação do agente pelo pedido não se reflita uma efetiva diminuição da sua culpa, a deterioração ao nível da ilicitude mantém-se, pelo que se deve, nestes casos, ter em consideração a atenuação prevista pelo nº2 do artigo 72, a título de forte solicitação da vítima, por menção à medida legal da pena disposta pelo tipo base do homicídio simples.[111]

Verificando-se apenas a ilicitude diminuta, e não a culpa, a medida concreta da pena de prisão situa-se, sensivelmente entre 1 ano e meio a 1ª anos e meio, como dispõe o nº1 do artigo 73, por base à moldura penal apresentada pelo artigo 131º. Helena Morão considera que:

> isto mostra uma moldura particularmente elástica, nomeadamente atendendo ao seu limite mínimo, o que prova que as ideias que se defenderam não são excessivamente rigorosas, antes permitem uma diferenciação correta das diversas situações dentro dos limites legais (Helena Morão, 2002, pág 1267)

[111] MORÃO, Helena, "Determinação pelo pedido…

Importa enfatizar, que nestes casos em que se verifique apenas a diminuição da ilicitude desacompanhada da diminuição da culpa, a moldura penal que se tem de ter por referência é a disposta pelo artigo 131º, respetivo ao homicídio simples.

Se olharmos para a moldura penal do artigo 134º, constatamos que o homicídio a pedido da vítima apresenta uma moldura penal mais reduzida, punindo o agente, que praticar este com uma pena de prisão que vai até aos 3 anos.

Porventura pode caber todas as circunstâncias, sejam elas atenuantes ou agravantes, que o tipo não contemple, e estas sim deverão ser valoradas na determinação da pena aplicar ao agente.

Todas estas problemáticas, que serão retratadas posteriormente, estão infimamente ligadas pela sua afinidade relacionadas ao homicídio a pedido da vítima, como será analisado neste presente capítulo:

Este capítulo irá versar pelo estudo de figuras afins ao Homicídio a Pedido da Vítima. Começando numa análise, interpretação de dois tipos legais de crime (Homicídio Privilegiado e o Incitamento ou Ajudo ao Suicídio), que pelo seu entendimento podem gerar dúvidas mas também pela afinidade que apresentam em relação ao crime do artigo 134º. Ao tratar de figuras afins, não se poderia descartar o instituto do Testamento Vital, lei nova e tão polémica o nosso ordenamento jurídico, sendo também inevitável falar da Eutanásia, até porque a maioria da nossa população confunde o Homicídio a Pedido da Vítima com este, e são essas diferenças, também que irá abordar.

1. HOMICIDIO PRIVILEGIADO

Artigo 133º

(Homicídio Privilegiado)

Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

O homicídio privilegiado assim como o homicídio a pedido de a vítima têm como base sentimentos altruístas, de compaixão e de piedade e tal se percebe devido às circunstâncias abrangentes que envolvem este tipo de crimes. O homicídio privilegiado previsto no artigo 133º do código penal, assenta não só nestes sentimentos acima referidos como vai mais alem deles.

O próprio artigo considera como requisito que o agente que pratica este tipo de ilícito criminal fá-lo *dominado por uma compreensível emoção violenta compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral* que pode funcionar como circunstâncias privilegiantes desse homicídio quando tais circunstâncias conduzam a uma culpa sensivelmente diminuídas.

Neste sentido, é ainda necessário olhar para o caso concreto para avaliar se tais circunstâncias que levaram o agente a praticar o facto são plausíveis para diminuir a culpa, pois só com a averiguação e verificação dessas circunstâncias podemos aplicar o privilegiamento do 133º. Importa ainda chegar à conclusão que o agente agiu afetado sobre uma forte perturbação emocional que se apoderou dele, condicionando a sua capacidade determinação e de raciocínio, influenciando decisivamente a vontade de cometer um facto[112], todavia essa emoção violenta terá de ser *compreensível*.

Teresa Quintela de Brito, sobre a *compreensível emoção violenta* ressalva que:

> A compreensibilidade da emoção pressupõe a identificação de um observador do mesmo tipo social do agente com a emoção por este experimentada no momento do homicídio, tal identificação só se alcança por via do conhecimento das causas ou razões de tal emoção, nas concretas condições endógenas e exógenas em que se encontrava o autor, porque o conhecimento das causas de emoção apenas visa averiguar da possibilidade de um homem do mesmo tipo social do autor experimentar idêntico estado de espírito, neste plano, não releva o valor jurídico, social ou moral das motivações subjetivas do agente.

[112] FERREIRA, Amadeu José, *Homicídio Privilegiado*, Almedina, Coimbra, 1991

> O valor humano, jurídico moral ou social das motivações subjetivas do agente apenas interessa para determinar a sensível diminuição da culpa. Assim se impede se impede que emoções violentas devidas a motivos torpes ou fúteis desencadeiem o privilegiamento do artigo 133º.
>
> O privilegiamento não assenta apenas na não reprovabilidade da motivação do agente ou na sua relevância social ou moral e nos efeitos de tal motivação sobre a libré determinação do autor. Implica, ainda, a correspondência de tais motivos a um quadro de vida – já que se averigua de uma exigibilidade diminuída. Logo, é sempre necessária uma certa sintonia entre a explicação que o agente dá do seu facto e a que apresenta um observador externo. Nisto – e apenas nisto – consiste a compreensibilidade da emoção violenta, da compaixão, do desespero e do motivo de relevante valor social ou moral.
>
> Só deixará de aplicar-se o art. 133.º, se o agente do homicídio
>
> Pré-ordenou a ofensa da vítima à criação em si de um estado emocional que lhe permitisse cometer o homicídio e, ainda por cima, beneficiar do privilégio do art. 133.º (Teresa Quintela de Brito, 2007, pág 339 e ss)

Importa referir um último aspeto que funciona como elemento diferenciador entre o homicídio a pedido da vítima e o homicídio privilegiado, que assenta num pedido feito por parte da vítima expressando notoriamente a sua vontade de morrer, em que o agente só mata a pedido da própria vitima, já no 133º não existe qualquer pedido, sendo que o autor atua dominado por sentimentos altruístas, de compaixão, piedade, é esse estado de perturbação emocional (*estado de afeto*[113]) que o conduz à pratica do facto. Contudo Margarida Silva Pereira, entende que ao não constar no 134º a palavra compaixão o agente pode não atuar compaixão (porém em regra terá).[114]

2. INCITAMENTO E AJUDA AO SUICIDIO

[113] VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos…*
[114] SILVA PEREIRA, Margarida, *Os homicídios*, ed. Pedro Ferreira, 2012

Artigo 135º

(Incitamento ou ajuda ao suicídio)

1- Quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efetivamente a ser tentado ou a consumar-se.

(…)

No 135º tal como no 134º, o bem jurídico típico é a vida e também este *delictum sui generis* apresenta, no ponto de vista ético-sociológico o estigma de Jano"[115], onde o homicídio e o suicídio aparecem de mãos dadas embora que numa perspetiva jurídico -penal a conduta não transcende o ilícito do homicídio.

A distinção crucial entre o 134º e o 135º, situa-se no domínio do facto. Enquanto no primeiro é o agente que provoca a morte da vítima que possui o domínio do facto, isto é, o homicida é convencido a praticar a ação pretendida pelo suicida através de um pedido sério, expresso e determinante, e só se convence a matar por este medido formulado pela vítima. Na prática a vítima procede como se fosse instigadora da própria morte [116], no 135º é a própria vítima que detém esse domínio sendo ela a última a praticar o facto, que por sua iniciativa conduz à morte, neste caso o autor apenas funciona como cúmplice[117] do suicida.

Para ROXIN, existem duas linhas divisórias que separam o homicídio do suicídio (autoria mediata), traduz estas linhas em duas fronteiras[118]:

[115] COSTA ANDRADE, Manuel, *Comentário Conimbricense …*
[116] ANDRADE, Maria Paula Gouveia…
[117] *Idem*
[118] COSTA ANDRADE, Manuel, *Comentário Conimbricense…*

- Fronteira externa – neste ponto ROXIN, separa *o Incitamento e Ajuda ao Suicídio e o Homicídio a Pedido Da Vítima* através da definição e valoração dos contributos da vítima e do terceiro, vistos no seu perfil exterior.

- Fronteira interna – é nesse ponto que o critério essencial se baseia sobre o domínio do facto, ou seja que detém o domínio do facto no ato que produz a morte. Neste item procura-se, ainda valorar a situação psíquica e espiritual da vítima analisando em que medida estes aspetos contribuíram ou não para a prática do ilícito.

Artigo 135º

Incitamento e ajuda ao suicídio

(…)

2 - Se a pessoa incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

O nº2 do 135º coloca o problema do incitamento ou ajuda ao suicídio a menor de 16 anos ou a pessoa com imputabilidade diminuída. O legislador nesta epígrafe quis claramente fazer uma distinção óbvia, de modo a salvaguardar os menores agravando a moldura penal a quem deste se aproveita, esta agravação deve-se à maior vulnerabilidade destas vítimas face a eventuais atitudes maliciosas por parte do autor, configurando um maior desvalor da ação. É unânime pela doutrina que o legislador apresentou um desvio em relação à solução da culpa, pois não poderá haver um suicídio quando o suicida, face às regras gerais do direito penal excluem a culpa do

suicida, a própria lei não o considera como autor. Esta tese é corroborada pela professora Margarida Silva Pereira pelo conceito do domínio do facto lho permitir, porém apresenta algumas reservas, considerando ser essencial fazer-se uma leitura restrita das normas, pois " a menoridade que a lei pode ter em conta é a que se acompanha da maturidade que justifica um pedido sério no homicídio a pedido." Sendo importante olhar para as perturbações provocadas pelas circunstâncias da situação e não pela perturbação causadora pela própria situação do suicídio. [119]

Costa Andrade, adverte que é necessário haver uma maior plasticidade do regime, devendo haver uma maior abertura, tendo em conta as particularidades do caso concreto. Para este é crucial averiguar a capacidade para representar o caráter auto destrutivo da sua conduta e assim como a liberdade para se decidir naquele sentido, estando essa capacidade diminuída deve-se aplicar o agravamento da pena.[120]

Relativamente a ambos os crimes (homicídio a pedido da vítima e incitamento ou ajuda ao suicídio) pode haver um concurso real. Este ocorre quando o agente apesar de ter incitado ou ajudado a vítima a tentar se suicidar e por qualquer motivo, a vítima não conseguir se suicidar pede, através de um pedido sério, expresso e determinante ao agente para a matar num "golpe de misericórdia".[121]

Anteriormente analisámos alguns casos, onde poderíamos encontrar situações de erro, relativamente ao Homicídio a Pedido da Vítima. Todavia, importa notar que também neste tipo legal de crime (Incitamento ou Auxilio ao Suicídio) poderemos nos deparar com casos de erro. Não de erro sobre a natureza, isto é, não se põe em causa a finalidade que é a morte consentida ou auto-provocada, mas situações de erro sobre os motivos pelo qual a vítima tenciona pôr fim à sua vida.

[119] SILVA PEREIRA, Margarida, *Os homicídios*…
[120] Idem
[121] COSTA ANDRADE, Manuel, *Comentário Conimbricense*…

Um dos casos que apaixonou a opinião pública foi o caso "*Sírius":*

> Tratou-se de alguém, A, que, depois de conseguir que a namorada fizesse um seguro de vida a seu favor; a convenceu a suicidar-se, e num lago, junto de uma escultura belíssima, garantindo-lhe que reencarnaria, a bela e jovem como a personagem da estátua, no Planeta Sírius. Aí ele próprio, afinal um extra-terrestre, estaria já, esperando-a ansiosamente.[122] (Margarida Silva Pereira, 2012, pág 270)

(Contudo a vítima sobreviveu…)

Numa breve análise deste caso concreto, constatamos que estamos perante um erro sobre os motivos pelos quais se pretende morrer. Sendo evidente que o namorado instigou a namorada a se suicidar com o intuito de se apoderar do dinheiro da mesma, por virtude do seguro de vida que a tinha convencido a realizar.

Pela sua complexidade, facilmente se percebe que muitos foram os que discordaram do seu primeiro veredicto jurisprudencial que apontou para uma autoria mediata de homicídio qualificado, assim argumentou-se que houvera autonomia por parte da namorada, pois ela própria, de modo livre e consciente se pôs na posição de candidata a suicida estando disposta, livremente a pôr fim à sua vida. Este entendimento foi mais longe, e negam o facto da jovem estar instrumentalizada por outrem pois o erro não era sobre o sentido dos seus atos, logo era irrelevante.

Ao analisar este caso, torna-se imperativo constar que na Alemanha a participação ao suicídio não é punível criminalmente, logo poderia-se especular, que o namorado, tendo em conta todos os factos que antecederam a este episódio, tinha um plano estruturado tendo como finalidade apoderar-se do dinheiro da jovem, razão pela qual a persuade a fazer um seguro de vida. Destarte, perante este entendimento a Dra Margarida Silva Pereira apresenta uma visão consolidada e bastante explicativa:

[122] (O caso foi apreciado judicialmente em 5 de Julho de 1983 - Alemanha)

> …E actuando o imaginoso autor do plano com perfídia, por cobiça (ou mesmo outras mais circunstâncias tipificadas no *Mord*, pois que um comportamento assim é um verdadeiro repositório de quase todas elas), a pena aplicável seria a prisão perpétua. A decisão judicial representa um manuseamento claro de figura ampla como é a autoria mediata, ao serviço de uma justiça material que a lei parecia haver ignorado, aceitando a impunidade. E persistia em ignorar a justiça material mesmo solução encontrada, pois a pena era a mais pesada do ordenamento, de constitucionalidade duvidosa, e ainda assim aplicável a um agente que para todos os efeitos não matara, e que, sobretudo, deixara a decisão última sobre a morte e a execução da mesma ao alvedrio da "vítima".
>
> Não concebo que o erro sobre o motivo da morte retire a liberdade de decisão ao agente, e inquine a sua vontade suicida. Este agente continua a ser titular de tal vontade, ainda que tenha incorrido em erro. Mas esse erro, quando provocado terceiro, ou do seu conhecimento, fará deste último destinatário de pedido não sério de homicídio. O ocasionador do primeiro erro pode ser punido como colaborador em suicídio, se depois colaborar de facto; o ocasionador da morte sustentada por tal pedido não é um homicida "do" art. 134º; pratica um outro homicídio. (Margarida Silva Pereira, 2012, pág 271)

3. TESTAMENTO VITAL

O testamento vital surge da mão de Luís Kutner em 1969, tendo escrito um artigo pioneiro onde desenvolvendo a conceção do "living will", esse artigo tinha como título o *devido processo da eutanásia: O testamento Vital, uma proposta*, esse artigo foi publicado no *Indiana Law Journal*. A sua preocupação prendia-se no facto de o paciente não poder, de livre vontade dar o seu consentimento prévio, de modo aceitar ou não a ser submetido a tratamentos médicos. Assim, estas questões poderiam ser asseguradas por um documento a que designa de living will, documento esse onde, estando a pessoa em pleno uso de todas as suas faculdades e capaz de exprimir a sua vontade, em relação como gostaria de ser tratando, na eventualidade de entrar num estado vegetativo ou, no caso de um crente de determinada religião, que deseja se resguardar contra intervenções cirúrgicas ou tratamentos contrários à sua profissão

de fé. Todavia importa realçar que Luís Kutner, restringe a elaboração de “living wiil” a pessoas maiores e capazes de deliberar sobre o seu futuro.[123]

De todas as definições de testamento vital, destaco a do Professor Daniel Serrão que segundo este, o testamento vital é um documento. Este documento, deve ser redigido de forma livre e consciente, devido à importância do seu teor, exige-se que a pessoa ao efetua-lo deve encontrar-se em plena posse das suas capacidades de decisão. A sua finalidade é dar um consentimento prévio da sua vontade, instruindo ao médico os tratamentos que aceita serem lhe aplicados caso, por alguma fatalidade, se depare numa situação que não tenha condições de exercer a sua autonomia e o direito de consentir ou não algum tipo de tratamento em particular ou que simplesmente rejeite ser tratado.[124]

Neste documento, a pessoa específica, com exatidão os tanto os tratamentos, como os procedimentos que se pressupõe que o médico irá realizar em futuras situações de doença, justificados pelo juramento que o médico está abrangido pela sua deontologia e ética profissional, pois não se pode olvidar que estes profissionais da saúde estão vinculados ao *Juramento de Hipócrates.*[125]

Decidir previamente, numa hipótese de doença sobre os eventuais tratamentos que rejeita, comporta alguns riscos.

Vejamos a seguinte situação:

A, sofreu um acidente com bastante gravidade, que o colocou numa situação de coma. Todavia, A previu que se porventura entrasse em tal situação, prescindia de tratamentos cruciais à continuação da sua vida, através do Testamento Vital.

Neste caso, é evidente que A, devido à situação em que se encontra não possui a

[123] http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Mjg3OQ==&filtro=&Data=
[124] http://amcp.com.sapo.pt/textos/testamento_vital_Daniel_Serrao.pdf
[125] Anexo A

capacidade de entendimento sobre a sua real situação médica. Pressuponha-se que a sua situação não é tão gravosa ou que com recentes avanços da medicina, teria algumas probabilidades de recuperação, o que perante este cenário se poderia entender que, possivelmente se pudesse ser informado sobre a sua real situação, a sua decisão seria diferente da qual expressou no seu testamento vital.

Deste documento, também podemos tirar outras ilações, pode-se pressupor que a sua feitura apenas tem como objetivo, que no caso de eventual infortúnio que coloque a pessoa em alguma situação que comporte tratamentos fúteis ou inúteis que apenas tendem a prolongar o sofrimento, através de cuidados paliativos, possam expressar a sua decisão de os interromperem, com o intuito de viverem todo o processo morte, com maior dignidade e menor sofrimento.

A professora, Dra Margarida também aborda esta temática, definindo-a como sendo:

> A formalização de vontade por meio da qual alguém, em estado atual ou na antevisão de um estado iminente, de perigo de vida causador de sofrimento que rejeita, decide solicitar que lhe seja dada a morte, clarificando as condições em que a mesma ocorrerá segundo pretende. (Margarida Silva Pereira, 2012, pág 241)

Sem tal documento, a decisão cabe ao médico, que perante tal o estado do paciente e segundo o seu entendimento e avaliação, baseados nos seus conhecimentos e experiência decide se continua ou suspende os tratamentos.[126]

Em Portugal a proposta de lei que defendia as diretivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde – sob a forma de testamento vital, bem como a nomeação de procurador de cuidados de saúde e a criação do Registo Nacional do Testamento Vital (Rentev), foi apresentada à Assembleia da República em 2005, porém e apesar da possibilidade existir desde 2012[127][128], só neste presente ano (2014)

[126] SILVA PEREIRA, Margarida, *Os homicídios*…
[127] Lei n.º 25/2012 de 16 de Julho
[128] Anexo B

vai passar a existir uma plataforma informática onde os médicos podem aceder e conhecer a vontade dos pacientes em fim de vida e respeitarem a sua vontade.[129]

Importa reter que, na prática esta lei já existia desde 2012, contudo, quem quisesse expressar a sua vontade através de um testamento vital, teria de redigir um documento e apresenta-lo ao notário para ter validade jurídica, o que teria aproximadamente um custo de 100 euros. Esta plataforma da Rentev, veio a possibilitar o acesso a todos os pacientes pois não apresenta custos e a facilitar o acesso à vontade do paciente.[130]

Esta lei é um passo decisivo para a evolução ética e social do nosso País, pois permite a possibilidade, a quem assim o entenda, determinar os cuidados de saúde que pretende receber, e poder tomar uma decisão clara, objetiva e esclarecida antecipadamente, dando liberdade de escolha e mais autonomia ao indivíduo quanto a um aspeto da sua vida que, antes, se encontrava no arbítrio de terceiro, que tomava a referida decisão por si.

Esta lei constitui uma mais valia e valoriza a autodeterminação e autonomia da vontade, bem como a liberdade ética. Quanto aos médicos basta, respeitarem a vontade do paciente, abstendo-se de ter de tomar decisões tão sensíveis como aplicação ou não de tratamentos inúteis que apenas retardam o processo da morte.[131]

Este documento tem um prazo validade de 5 anos a contar desde a sua assinatura. O legislador determinou este prazo, para precaver que a vontade não se encontra desatualizada. Esta é uma questão puramente ética, mas que causa alguma discordância na nossa doutrina, onde alguns juristas[132] defendem que este prazo é demasiado extenso argumentando:

> é árdua a tarefa de estabelecer critérios objetivos quanto às situações em que não deverá ser tido em conta o Testamento Vital, que deverão ser suficientemente flexíveis

[129] Esta lei vai ainda ao encontro do artigo 9º da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina: (Vontade anteriormente manifestada) "A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta"

[130] http://www.publico.pt/sociedade/noticia/registo-de-testamento-vital-passa-a-ser-possivel-a-partir-de-hoje1660785?page=-1

[131] Artigo elaborado por Joana Gomes dos Santos (advogada) e Madalena Coelho Ferreira (advogada estagiária), da Caiado Guerreiro & Associados in: http://www.advocatus.pt/opini%C3%A3o/6143-testamento-vital,-uma-lei-necess%C3%A1ria.html

[132] Idem

> para se determinar a real vontade do outorgante mas não demasiado para não serem utilizados para deturpar a mesma, consoante as crenças e ideologias de quem vai aplicar o Testamento Vital. (Joana Santos e Madalena Ferreira, 2012)

Por outro lado, parte da doutrina considera este prazo razoável. Não se põe em causa, nem se deixa de conceber que a vontade humana está em constante mutação, bem como não se deixa de reconhecer a sensibilidade desta problemática, compreendendo que deva recair sobre ela um cuidado redobrado. Não obstante, não se pode deixar de valorar a doutrina, que considera que esse cuidado foi salvaguardado pelo legislador, ao determinar um prazo de 5 anos para a renovação do testamento.

Aprovação da lei do testamento vital, causou bastante controvérsia de opiniões, o que se compreende pela sensibilidade deste tema, em tudo o que abrange. Antes de mais, porque o que está em causa, é a escolha pela ausência de tratamentos que podem levar à morte. Desta maneira, pode considerar-se que, é uma porta aberta à eutanásia, estando categoricamente, subjacente a vida. Como se referiu anteriormente, a vida humana é indisponível e é neste sentido que se baseia toda a proteção jurídica que é alvo. Todavia, nos dias de hoje, cada vez mais se discute o valor da liberdade e da autonomia.

> Tendo em consideração que o Homem é dotado de vontade – poder de querer – e de consciência moral, ou seja capacidade de avaliação dos próprios atos e do mundo exterior, é importante ter a noção, igualmente, que o Homem é livre na determinação dos seus atos e orientação que dá à sua vida. (Rui Januário, 2009, pág 242)

Aparentemente, através desta lei, pode deduzir-se que a autonomia prevalece em relação ao direito à vida. Este pensamento deverá ser afastado desde logo, pois se prevalecesse, não seria punível o homicídio a pedido da vítima ou o incitamento/auxílio ao suicídio. Seria um contra senso invocar a autonomia para pôr termo, findar a fonte da autonomia. Não olvidando que o direito à vida, é o pressuposto de todos os outros direitos, incluindo-se a autonomia.

É indiscutível que vida é indisponível, mas “a disponibilidade de vida não conduz, porém, a legitimidade de intervenções ou tratamentos médicos forçados, contrários à

vontade de um doente capaz de exprimir de forma atual seu consentimento."[133] Este entendimento, justifica-se pelo respeito pela integridade física, como da dignidade da vida.

O problema surge quando, no momento em que há que decidir a respeito de uma intervenção ou tratamento médico, não é possível obter o consentimento atual do doente, por este se encontrar incapacitado para tal, devido ao evoluir da própria doença ou por motivo de acidente.[134] [135]

---

[133] PATTO, Pedro Vaz, *Testamento Vital, Porta Aberta para a Eutanásia?* in http://federacao-vida.com.pt/index.php/index.php?option=com_content&view=article&id=352:pedro-vaz-patto-testamento-vital-porta-aberta-para-a-eutanasia&catid=6:noticias&Itemid=8

134 http://federacaovida.com.pt/index.php/index.phpoption=com_content&view=article&id=352:pedro-vaz-patto-testamento-vital-porta-aberta-para-a-eutanasia&catid=6:noticias&Itemid=8

[135] Parecer sobre os aspectos éticos dos cuidados de saúde relacionados com o final da vida (11/CNECV/95) 1. A história natural de muitas doenças, a agressividade da vida moderna, em especial a do tráfego motorizado, sobre as pessoas, e o envelhecimento aproximam os seres humanos do período final da sua vida biológica. Também se refere, para tal, nas sociedades modernas, alguma perda ou desvalorização do sentido da vida quando esta não é agradável para a pessoa.

Neste período os médicos são chamados a desenvolver um aspecto muito delicado da sua actividade profissional, que não é a prática da medicina curativa, mas da medicina de acompanhamento (à qual se chama também medicina "paliativa").

Esta nova vertente da actividade médica tem já, hoje, as suas "leges artis", tão bem estabelecidas quanto as da medicina preventiva e curativa.

A primeira regra é que, enquanto há uma esperança razoável de obter cura ou melhoria do estado mórbido, com qualidade de vida aceite pela pessoa doente, são as regras da medicina curativa, científicas e éticas, que devem ser seguidas pelo médico; com ênfase no consentimento informado e nos princípios da beneficência e da não-maleficência, no plano ético, e na rigorosa avaliação clínica da situação, no plano científico.

Quando não há esperança razoável de cura e as melhorias presumidas dependem de pesados sacrifícios físicos, impostos à pessoa doente pelos tratamentos a efectuar, são as regras da medicina de acompanhamento que devem prevalecer.

O objectivo primordial desta forma de cuidado médico é o de conseguir para a pessoa doente, em fase de incurabilidade, o maior conforto e bem-estar, tanto físico como psíquico e afectivo.

Os tratamentos a efectuar destinam-se a actuar sobre os sintomas que traduzem sofrimento e sobre situações agudas, curáveis por intervenções, médicas ou cirúrgicas, imediatas (pneumonia, apendicite aguda).

As decisões médicas tomadas no âmbito da medicina de acompanhamento têm um suporte científico, mas têm, principalmente, uma muito significativa estrutura ética. Não é apenas o técnico que decide sobre o que fazer com um corpo cuja vida biológica está a extinguir-se; é o médico, enquanto pessoa humana, com uma longa tradição de respeito pelo doente, codificada desde Hipócrates, o médico como membro de uma certa sociedade e, ainda, como portador de uma determinada cultura, historicamente construída, quem enfrenta a situação de acompanhar o seu semelhante num tempo, mais ou menos breve, que o levará à morte.

A prestação de cuidados de saúde no período final da vida reveste-se, em consequência, de um exemplar carácter ético.

2. É este carácter ético das decisões médicas que o presente relatório vai analisar, como fundamento de um parecer, fazendo-o à luz da doutrina já exposta no Relatório - Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida deste Conselho que aqui se reproduz no essencial:

"Este Conselho pretende desenvolver uma reflexão ética que, por um lado, seja partilhada por todos os cidadãos da nossa sociedade pluralista, mas que, por outro, não se limite a um pragmaticismo ético, a uma deontologia sem fundamentação crítica, ou à aceitação passiva de práticas ou posições comummente defendidas no nosso ou outros países.

Nesta perspectiva, o Conselho pensa que a fundamentação ética deve apoiar-se num conceito de natureza humana, sem limitar esta à vertente puramente biológica, nem a alargar indevidamente, a ponto de a não distinguir da natureza não humana. Pertencem à natureza do ser humano as dimensões de racionalidade, de temporalidade, de historicidade, de finalidade em si e de liberdade, que fazem dele um

ente em permanente desenvolvimento, na procura da realização de si próprio, com a possibilidade de recorrer às ajudas externas, bem como às intervenções médicas que não contrariem essencialmente a sua natureza, assim entendida.

Nesse sentido, é ético o comportamento que visa, promove ou respeita a realização de si próprio, na relação constitutiva com e para os outros, no quadro de instituições justas.

Essa necessidade ética de auto-realização pessoal e social (que se revela na consciência do direito e da responsabilidade de cada pessoa na construção da vida, própria e do outros) exige a liberdade necessária para o seu pleno exercício. Essa liberdade obriga a que nenhuma pessoa seja usada como meio ou instrumento, para o que quer que seja.

Cada pessoa humana deve ser tratada como um fim em si mesma (...).

O reconhecimento deste valor não instrumental de cada pessoa é uma importante conquista da nossa civilização e tem sido proclamado numa variedade de formas: a abolição de todo o tipo de escravatura (incluindo a de crianças); a declaração universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais; o reconhecimento do direito à objecção de consciência e à liberdade religiosa, etc.

Liberdade ética não significa escolha arbitrária, permissividade ou relativismo moral.

Significa, sim, a possibilidade de realização de todas as potencialidades da pessoa humana.

Nesse sentido, a liberdade ética não se refere somente à ausência de coacção externa, mas exige também a liberdade de pressões interiores, desde as que provêm de interesses científicos, económicos ou políticos até às que se baseiam em preconceitos culturais ou positivismos religiosos não livremente integrados. Exige igualmente a liberdade interior de bens menores, vícios ou egoísmos autodestrutivos, assim como de absolutismos económicos ou "hedonistas".

B. ANÁLISE TIPOLÓGICA

1. Doente terminal tratado com compreensão afectiva e respeito, sem terapêuticas fúteis, no domicílio, em ambiente familiar, tudo conduzindo a uma morte digna, socializada, reconhecida e aceite:

É a situação comum com as pessoas de idade muito avançada, com apoio familiar ou de um equipamento social de boa qualidade, que não têm nenhuma doença tratável, mas apenas senilidade ou sequelas irreversíveis de acidentes vasculares cerebrais ou cardíacos.

A decisão médica de praticar medicina de acompanhamento, satisfaz aos princípios éticos citados.

2. Doente grave, hospitalizado, que entra em fase terminal:

A equipa de saúde, dedicada e competente, decide interromper tratamentos que se tornaram claramente ineficazes segundo o melhor juízo clínico, recusando a obstinação terapêutica por ser má prática médica, mas utilizando todos os meios necessários para assegurar o conforto e bem-estar do doente, de modo a que o processo de morte decorra com respeito pela dignidade da pessoa humana.

Para que esta decisão médica seja eticamente correcta é necessário que:

- o atendimento da pessoa em período final seja personalizado e constante, por parte da equipa de saúde;
- seja permitida a presença de familiares durante 24 horas, bem como de outras pessoas que o doente terminal deseje ver, incluindo ministros religiosos;
- seja facilitada a "alta", na fase final, se o doente ou a família o desejar.

Cumpridos estes requisitos, a morte em ambiente hospitalar (ou já fora dele) pode ocorrer com respeito pela dignidade humana e as decisões médicas serão eticamente correctas e de boa prática médica.

É eticamente inaceitável, à luz dos princípios já citados, que o doente terminal hospitalizado seja isolado e abandonado até que ocorra a morte na mais completa solidão.

3. Doente que se considera terminal ou incurável, ou humilhado pela sua doença ou que perdeu a vontade de viver, que pede ao seu médico ou a outro membro da equipa de saúde ou a outra pessoa, familiar ou não, que lhe forneça uma substância que ele possa aplicar a si próprio e seja seguramente mortal:

A decisão, neste caso, seria a de ajuda ao suicídio.

Eticamente não temos que avaliar agora a decisão da pessoa que pede para ser morta, pois ela radica no seu foro íntimo e pessoal.

A decisão de aceder ao pedido da pessoa, fornecendo-lhe os meios para ela se matar, não tem jurisdição ética. Quem recebe o pedido, não deve, pois, aceitar que a pessoa deva matar-se, nem contribuir para que ela satisfaça uma vontade a que o solicitado é alheio e que tem, como consequência, a destruição de uma vida humana.

4. Doente que não deseja viver, porque considera intolerável, para si, a qualidade de vida de que pode dispor, está psiquicamente competente para exercer a sua autonomia pessoal e pede, insistentemente, ao médico (ou a outra pessoa) que o mate com meios farmacológicos, ou outros:

Se o médico (ou outra pessoa) aceder a este pedido e matar o doente por causa do pedido pratica eutanásia voluntária activa.

Tal como no caso anterior, não devemos formar juízos éticos sobre a decisão da pessoa que exerce, com liberdade, a sua autonomia pessoal, ao formular o pedido.

Já merece cuidadosa reflexão ética a forma como se constitui, na consciência profissional e moral do médico, a vontade de aceder ou não ao pedido insistente do doente.

Para muitos médicos, em Portugal, o facto de ser um homicídio, punido pela lei penal, e de o Código Deontológico vedar aos médicos, expressamente, a prática de eutanásia (sem qualificativos) é razão suficiente para não considerar atendível o pedido do doente.
Outros, porém, nas situações em que o estar vivo é, para a pessoa, causa de profundo sofrimento, que eles, médicos, não podem (ou não sabem) tornar tolerável para essa pessoa, questionam-se se, nestas situações limite, aceder à vontade do doente não deve ser considerado o melhor procedimento e, portanto, eticamente justificado pelo princípio da beneficência.
Com todo o respeito pelos casos particulares, que merecem ser analisados com sensibilidade e lucidez para lhes descobrir as motivações profundas e a natureza pontual e evitável, deve a reflexão ética exercer-se, contudo, sobre o enquadramento geral da situação. Caso contrário, estaríamos a usar uma "ética pragmaticista ou meramente casuística", formalmente rejeitada na fundamentação atrás transcrita.
E o enquadramento geral é o de existir manipulação da vontade do médico (ou outra pessoa) por parte do doente que pede, quase exige, ser morto, por uma acção positiva praticada pelo próprio médico (ou por outra pessoa). Tenha-se presente que, a nível legal, é na circunstância de se tratar de uma vontade dominada por impulso relacionado com o estado do "doente" que reside a principal característica do crime.
O juízo ético sobre esta decisão (médica), resultante de manipulação, deve ser de desaprovação.
5. Doente em situação terminal, inconsciente e, portanto, incapaz de exprimir a sua vontade. O médico (ou outra pessoa), dominado, psicologicamente, pelo que ele considera ser a situação intolerável do doente, para a qual não tem nenhum tratamento, decide matá-lo por meios farmacológicos ou outros.
Esta decisão (médica) configura o acto de eutanásia activa, involuntária (porque o doente não manifestou a sua vontade).
Objectivamente, é uma decisão médica inaceitável porque o médico, por compaixão real ou suposta, arroga-se o direito de dispor da vida de uma pessoa humana; e não tem esse direito na perspectiva ética em que se fundamenta esta análise.
Idêntico juízo ético negativo se formula na situação em que o doente terminal está consciente, não manifesta a vontade de ser morto e o médico decide matá-lo.
A possibilidade de o médico poder tomar esta decisão cria as condições para a manipulação e instrumentalização da sua vontade por parte de terceiros, com interesse pessoal nessa decisão, e por parte do poder político de que há exemplos históricos bem conhecidos, alguns neste século.
Para além deste risco real e comprovado, semelhante decisão médica ofende os princípios éticos e deontológicos geralmente aceites na prática médica (com excepção da
Holanda [2]).
6. Doente que, em circunstâncias normais e em perfeita consciência, elaborou instruções proibindo a aplicação de certos tratamentos quando em situações em que não possa exprimir a sua vontade, (o chamado "Testamento de
Vida"), mesmo que estas situações ameacem gravemente a sua vida:
Quando uma destas situações se apresenta, o médico tem de decidir se obedece ou não à vontade livremente expressa por pessoa autónoma, em tempo anterior.
A análise ética é difícil [3]. Deve obedecer?
À luz do princípio da autonomia parecia que sim; mas pode ter-se a certeza de que a decisão tomada pela pessoa, quando estava de saúde, é a sua vontade genuína, agora que está gravemente doente? Se ela pudesse ser informada da situação real não daria o consentimento para um tratamento que, no passado e sem esta informação, recusou?
A maior parte dos eticistas opina que, na dúvida e não se tratando de tratamentos fúteis, ou tratamentos "heróicos" mas com pouca probabilidade de sucesso, ou causadores de grande sofrimento, desproporcionado aos benefícios esperados, - nos quais, na prática, a vontade do doente coincide com a decisão médica de não tratar – o médico não está eticamente obrigado a seguir essas instruções prévias; "maxime" se existe uma probabilidade razoável de que a vida do doente seja salva com o uso das medidas terapêuticas proporcionadas, mas que o doente, por antecipação, tinha recusado. Toma em conta, designadamente, que a vontade formulada não é nem "actual" nem "esclarecida".
No caso do médico decidir acatar a vontade do doente, não iniciando, ou suspendendo, medidas terapêuticas cujo único efeito é alongar o processo de morte, que o doente expressamente recusou por documento anterior ou recusou antes de ficar inconsciente (em coma irreversível, por exemplo), esta decisão é eticamente sustentável se for acompanhada de todas as medidas necessárias a assegurar o conforto e bem-estar da pessoa em processo de morte e mesmo que estas medidas possam, presumivelmente, e não havendo alternativa, reduzir a duração do processo de morte. É ilegítimo alcunhar esta decisão de eutanásia passiva porque se trata apenas de boa prática médica.
7. O mesmo juízo ético favorável merece a decisão médica de não iniciar medidas extraordinárias de suporte ventilatório ou cardíaco, quando elas são medicamente inúteis, bem como a decisão médica de as suspender logo que foi verificada a morte do tronco cerebral.
8. Como síntese final desta análise tipológica direi que é necessário, na perspectiva ética, traçar uma linha clara de distinção entre decisões médicas que constituem formas activas de produzir a morte dos

Outra forma que me parece que não pode ser descuidada, é a componente da informação. Esta lei, devido ao seu curto período de vigência no nosso ordenamento jurídico, e à sua falta de abordagem, leva ao desconhecimento por parte de muitos pacientes e população em geral. Torna-se um imperativo que se faça uma maior sensibilização através de campanhas intensas de informação e sensibilização para que, quem quiser recorrer a este instrumento, o faça livremente e de forma informada. Ou seja, faz-se um apelo ao consentimento informado. Esta informação deveria ser incutida a todo os profissionais do sector médico pois é este que, por estar mais familiarizado com estas questões, poderá dar um esclarecimento mais informado aos seus pacientes aconselhando-os da melhor maneira. Porém creio que esse aconselhamento jamais deverá ser vinculativo, pois o ser humano goza de liberdade para poder escolher se aceita tais tratamentos ou se os rejeita por completo.

No meu entender, este aconselhamento médico é apropriado, sendo que ajuda a colmatar a iliteracia que ainda hoje perdura na nossa população e que, segundo o princípio da igualdade, jamais poderá ser deixada de ressalvar, ainda mais em matérias sensíveis com esta em análise.

Em suma, estou certa que esta lei constitui um grande passo para o campo do penal médico em Portugal, como abre caminho para a discussão da implementação da eutanásia, tema esse tão controverso na nossa doutrina. Mas esta lei, que já está em vigor, é ainda desconhecida de grande parte da população portuguesa. A sua importância, por nos permitir poder escolher os tratamentos de que queremos ou não ser alvo, através de uma vontade antecipada, caso nos venhamos a encontrar numa situação em que nos vejamos impossibilitados de exprimir a nossa vontade.

Como se disse anteriormente, esta lei, foi sem dúvida um grande passo também pelo facto de Portugal ser um país onde a religião predominante é o cristianismo. Estima-se que pouco mais de 80% da população portuguesa é católica,[136] tendo a

doentes – a “morte médica”, como lhe chama Siegler – e as decisões de manter ou suspender meios artificiais de manutenção de vida, quando esteja medicamente indicado, bem como a decisão de aplicar todas as técnicas que atenuem as dores e produzam conforto e bem estar nos doentes moribundos [3].
A avaliação ética destas decisões leva a propor que os médicos recusem as primeiras – nenhum médico jamais matará o seu doente – e se empenhem activamente nas segundas – nenhum médico será indiferente ao sofrimento de uma pessoa doente, até ao último instante de vida, para que a morte humana, inevitável, possa ser dignamente vivida por cada um.

[136] Censos de 2011

Igreja uma forte influência na mentalidade e aceitação de certas modificações na sociedade, importa notar o seu parecer em relação a este novo instituto que hoje vigora no nosso país. Todavia, e para surpresa de muitos, a sua receptividade foi bastante positiva: "é legítimo, segundo a doutrina da Igreja, renunciar a tratamentos desproporcionados, dos quais não se espera uma melhoria ou, até, que trazem sofrimentos maiores para a pessoa, sem esperança de recuperação",[137] contudo e mesmo admitindo a recusa de um paciente, no caso, aos cuidados paliativos, a Igreja continua achar, nas palavras de D. António Marto "mais aconselháveis"[138] para fases terminais.

Esta aceitação, deve-se porventura à nova fase que a Igreja está a passar, através do chefe máximo da Igreja Católica, que demonstra nos seus discursos e atitudes ser promovido de uma mentalidade mais aberta, tendendo acompanhar os novos tempos.

Todavia, o presidente do CEP (Conferência Episcopal Portuguesa), nos poucos esclarecimento que deu sobre esta temática, deixa claro de forma inequívoca, que apesar da Igreja admitir a existência do Testamento Vital, não consente e afasta por completo o entendimento da implementação do Testamento Vital, ser encarado como "uma porta aberta à eutanásia".[139]

4. EUTANÁSIA

Kant:

"A Humanidade é ela própria uma dignidade. O homem não pode ser tratado como um simples meio mas deve ser tratado sempre como um fim."[140]

[137] D. António Marto in http://rr.sapo.pt/informacao_detalhe.aspx?fid=29&did=73853
[138] Idem
[139] Feytor Pinto in http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1413049
[140] *Fondements de la métaphisique des moeurs, Oeuvres Philosophiques,* Bibliotèque de la Plêiade, vol. II, Ed Gallimard, 1985, setion2 in SILVA PEREIRA, Margarida, *Os homicídios*, ed. Pedro Ferreira, 2012

Declaração do Conselho da Europa:

"O desejo de morrer expresso por um doente incurável ou por um moribundo não poderá nunca constituir fundamento jurídico para a sua morte outorgada por terceiro"[141]

A eutanásia não é um tema recente, é tão antiga como a vida em sociedade. Desde tempos antigos, recuando à Grécia antiga, encontramos grandes figuras como Platão, Sócrates e Epicuro que se debateram a favor desta pratica enquanto outras figuras, também elas incontornáveis da nossa história como, Aristóteles, Pitágoras e Hipócrates combatiam-na.

Nos dias de hoje, continua a ser um tema de larga discussão e controvérsia, levantando problemas no campo ético, moral e jurídico. Rui Januário releva ainda a os problemas relacionados com a questão da *bioética* e do *biodireito*, pois enquanto o "Estado tem como princípio a proteção da vida dos seus cidadãos, existem aqueles, que devido ao seu estado de saúde (e por vezes social) precário, desejam colocar um termo antecipado à sua vida, evitando o sofrimento."[142]

A origem da palavra *Eutanásia,* é grega, significa etimologicamente *boa morte*, contudo é recorrente encontrar-se na nossa doutrina, outras denominações como *morte doce*, *morte serena* e sem sofrimento que é precisamente o oposto da distanásia, que significa uma morte lenta, ansiosa e com sofrimento.[143]

Porém, quando se fala de eutanásia face à lei portuguesa nomeadamente em relação ao nosso texto constitucional, acatamos a definição que nos é dada pelo

[141]http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http...//assmbly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta99/FREC1418.htmwww.cne-ethique.org in SILVA PEREIRA, Marg...
[142] JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André, *Crime de Homicídio a Pedido Eutanásia: Direito a Morrer ou Dever de Viver,* Quid Júri Sociedade Editora, Lisboa, 2009, pág 22
[143] Idem

direito belga que a define como "o ato praticado por terceiro que põe termo, intencionalmente, à vida de uma pessoa a pedido desta".[144]

> Na conceção moderna essa ausência de sofrimento é provocada pela antecipação voluntária da morte de uma pessoa que sofre além do normalmente suportável (concedendo à expressão seu peso de subjetivismo). A eutanásia é realizada com a ajuda de auxiliares benevolentes (único sentido que em um país onde reina o estado de direito possa discutir sua descriminalização) ou antecipação do óbito, por compaixão, ocasionada por ação ou omissão de outra pessoa. (…) Uma das características desse assunto é que pouco discutido friamente, com avaliação serena dos prós e contras, porque a resposta é quase sempre categórica, inexpugnável, emotivamente sedimentada, ou seja, pouco aberta ao intercâmbio de ideias, normas em assuntos que não envolvem a crença pessoal. Se a eutanásia é a morte de acordo com as aspirações do sujeito, reconheçamos nela um lugar privilegiado da aplicação do princípio-mor da bioética de cunho norte-americano: a autonomia do sujeito humano, o que Engelhardt traduziu pela necessidade do consentimento. Assim, este conceito de eutanásia é contrário à imposição de condições não necessárias na ótica do paciente, por parte de uma pessoa da família ou da equipe médica que o atendeu os últimos momentos. (Hubert Lepargneur, 2009)

Independente da forma de eutanásia, esta pratica é sem dúvida um tema controverso pelas razões que se percebem e como tal encontramos sempre inúmeros argumentos de prós e contras. Uma das questões que acompanha esta discussão é a colisão de dois direitos fundamentais, o direito à vida[145] e a dignidade humana[146].

O direito à vida como o próprio texto constitucional expressa é inviolável, sendo visto como o direito dos direitos, o que se percebe pois todo o direito tem como base o homem, baseia-se e assenta nele, devendo o direito à vida ter primazia em relação aos demais direitos. Mas não podemos ignorar que o direito constitucional fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, logo até que ponto deve-se dar primazia ao direito à vida negando a dignidade há vida? Até que ponto, será justo manter vivo, um doente incurável em fase terminal, num sofrimento atroz, contra a sua vontade? A dignidade humana não deveria ser um direito norteador dos demais direitos, inclusive do direito à vida?

---

[144] PATTO, Pedro Vaz, *No Cruzamento do Direito e da Ética,* Almedina, Coimbra, 2008

[145] Constituição da Republica Portuguesa, artigo 24º (Direito à vida) "1 – A vida humana é inviolável. 2 - Em caso algum haverá pena de morte."

[146] Constituição da Republica Portuguesa, artigo 25º (Direito à integridade pessoal) "1 - A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 2 - Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

> "Devem considerar-se doentes terminais aqueles que têm uma doença incurável em fase irreversível, encontrando-se em estado de grande sofrimento (físico, psicológico e/ou espiritual) e têm uma esperança de vida, fundamentada nos dados da ciência médica disponíveis, não superior a um ano (neste sentido, se pronunciou um Grupo de Trabalho para Estudo da Eutanásia, da Associação Médica Britânica – o BMA Euthanasia report, Londres, 1988). Incluem-se aqui não só os doentes lúcidos em que lhes foi detetada doença incurável, como também aqueles que estão em estado de coma vegetativo persistente, aparentando sono profundo, ou com a consciência alterada, e acentuada diminuição de respostas aos estímulos exteriores: o chamado estado de estupor psiquiátrico. Em ambos os casos de coma vegetativo persistente, os doentes mantêm autónomas as suas funções vegetativas (nomeadamente a circulatória e respiratória), não obstante terem perdido as funções cognitivas, sendo a probabilidade de recuperação diminui com o tempo, passando a ser muito baixa a percentagem de doentes que recuperem o estado de coma vegetativo com duração superior a um mês (e, mesmo nestes casos, quase sempre com graves sequelas). Porém, os doentes em coma vegetativo persistente podem manter-se neste estado por períodos de tempo muito prolongados (meses ou anos), o que leva, muitas vezes, a que os próprios familiares dos doentes solicitem aos médicos a suspensão dos cuidados, de forma que a morte se consume, nomeadamente quando o estado de coma persistente se arrasta por muito tempo. (António Brito e José Rijo, 2000, pág 23)

"Se a vida é um pressuposto fundamental, premissa maior, a dignidade se absolutiza em razão de uma vida que somente é significativa, se digna"[147]

Deste modo, compreende-se o sentido da doutrina alemã que entende que se deve valorar o princípio do Estado de Direito para delimitar as condições mínimas, necessárias para a existência de uma vida digna. A eutanásia tem como tópico essencial da sua existência, o zelo pela dignidade da pessoa humana, partindo do pressuposto que todo o individuo deve viver dignamente.

Não se pode conceituar que, a mera sobrevivência abranja a garantia das condições mínimas exigidas. "Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência."[148] Neste campo importa ter bem presente o valor da dignidade humana, nomeadamente no contexto da vida, Heinrich Scholler entende que a vida só tem sentido "quando for possível uma existência que permita a

[147] FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, pág 275
[148] NEUMANN, Volker In: http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28

plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade".[149]

Todavia, é importante ter em conta que nenhum direito fundamental é absoluto pois não há direitos com caráter absoluto, porém não podemos considerar o instituto do estado de necessidade justificante[150] pelo simples facto da nossa lei rejeitar esta solução.

> Não tanto por o núcleo desta causa de exclusão da ilicitude pressupor a diversidade entre titulares do interesse preservado e do interesse sacrificado. Mas, por, no caso da eutanásia ativa indireta, ser impossível sustentar a sensível superioridade da supressão ou da diminuição do sofrimento relativamente à vida do paciente. (Teresa Quintela de Brito, 2007, pág 45)

Em síntese e segundo Rui Januário[151], existem doutrinalmente várias conceções do conceito de eutanásia.

- Do ponto de vista da vítima, podemos falar de duas modalidades de eutanásia:

a) *Voluntária,* a pedido da vítima;

b) *Involuntária,* livre iniciativa do agente, sem que tenha sido a vítima a dar o ímpeto de morte

[149] ISENSEE-KIRCHHOF (Org.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR). Heidelberg: C. F. Muller, 1987. v. 1. p. 1062 e ss. http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28

[150] Código Penal, artigo 34º: "Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo atual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado."

[151] JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André, *Crime de Homicídio a Pedido…* pág 60 e ss

Em adenda, poderá ser:

a) *Perinatal*, no caso de tal se aplicar a recém-nascidos;

b) *Agónica*, se estivermos perante deformados, doentes terminais, deficientes, portadores de lesões cerebrais irreversíveis;

c) *Psíquica ou social*, aplicada a ansiãos ou outras pessoas socialmente consideradas improdutivas, tidas como um encargo/dependência para outros.

- Numa perspetiva, tendo em conta o ponto de vista de quem pratica, encontramos na nossa doutrina modalidades distintas de eutanásia:

a) *Ativa*: no caso do agente provocar a morte do terceiro por ação;

b) *Passiva:* se no caso da ativa a morte é provocada por ação, na passiva a morte é provocada por um comportamento omisso. Entende-se como eutanásia passiva, a recusa ou paragem de um tratamento que esteja a ser ministrado a um doente.

A Eutanásia poderá ainda ser classificada como:

a) *Direta*: consiste em encurtar a vida de outrem de forma intencional, impondo a morte;

b) *Indireta*: este procedimento, em rigor, não visa necessariamente o encurtamento da vida, mas indiretamente poderá ter esse efeito. Isto é, há uma pretensão tão-só de mitigar a dor física, embora tendo consciência dos efeitos laterais, alguns autores afastam, nestes casos de reportar a eutanásia.

Figueiredo Dias e Sousa e Brito, defendem que nestas situações não há uma ação típica homicida, pelo facto de à luz do art.150º, nº1[152], os tratamentos e intervenções cirúrgicas não constituem ofensas à integridade física.

Sousa Brito, ressalva ainda que nas hipóteses de eutanásia indireta, colidem dói deveres, o dever do médico em agir no sentido de aliviar o sofrimento do doente e o dever de omitir o encurtamento da vida ou aceleração da morte, pois um medido que opte pelo cumprimento do dever de agir e que o seu agir tenha causado a morte do paciente deverá falar-se em eutanásia? A maioria dos autores acha que não.[153]

A diferença dogmática penal é muito ténue, pois que o comportamento de privar da vida, dar a morte, pode ser cometido por ação e por omissão. A eutanásia, tal qual surge na cultura ocidental, levanta a possibilidade de duas consequências jurídicas alternativas.

Uma será a despenalização do instituto, sem que seja cometida qualquer outra consequência alternativa à anterior incriminação.

A segunda (Mireille Delmas-Marty), traduz-se na aplicação de medidas administrativas, cíveis, de mediação: medidas que ainda coloquem o problema dentro da esfera jurídica. (Margarida Silva Pereira, 2012, pág 243)

[152] Código Penal, artigo 150º "1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leges artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física"

[153] BRITO, Teresa Quintela de; MORÃO, Helena; NEVES, João Curado de; MATA, Paulo Saragoça da, *Direito Penal – Parte Especial: lições, estudos e casos*, Coimbra Editora, 2007

Importa ressalvar que, o conceito de eutanásia não pode ser confundido como o de suicídio assistido.

> Muitas vezes o conceito eutanásia confunde-se com outras ideias, o que aumenta a complexidade do tema *sub júdice*, tal como sucede com o suicídio assistido. A eutanásia diferencia-se do suicídio assistido, pois que se define como ato mediante o qual uma pessoa retira a vida a outra – por exemplo, seu um médico der uma injeção letal a um paciente -, enquanto que o termo de suicídio assistido, se define como sendo o ato mediante o qual alguém ajuda terceiro a colocar termo à sua vida, por exemplo, se o médico prescreve ou aconselha um qualquer veneno a um paciente, ou coloca no paciente uma máscara ligada a uma botija de monóxido de carbono e lhe dá instruções sobre como ligar o gás, de forma a morrer. (Rui Januário, 2009, pág 23)

A eutanásia consiste em tirar deliberadamente a vida a uma pessoa, contudo é tirada para benefício da pessoa a quem essa vida pertence, tal ocorre, normalmente porque ela sofre de uma doença terminal ou incurável.

Em suma, não restam dúvidas que a eutanásia é ilícita no nosso ordenamento jurídico sendo que tal crime corresponde ao preenchimento do crime de homicídio. Dentro do crime de homicídio será necessário olhar as circunstâncias em que o agente atuou e como atuou. Assim, podemos nestes casos aplicar o homicídio a pedido da vitima, quando a morte é querida e pedida pela vítima, homicídio privilegiado, auxilio ao suicídio até mesmo se pode aplicar simplesmente o 131º[154] (homicídio simples), porém este ultimo pode sofrer atenuação do art. 73º, nº2[155] quando se revele que apesar de haver a intenção dolosa a sua motivação não é particularmente censurável.

O homicídio a pedido não se confunde, porém com a eutanásia. O fator determinante da distinção se encontra nos motivos da vítima que deseja pôr termo à sua vida.

Destarte, enquanto na eutanásia a pessoa procura a morte porque, de modo geral, padece de uma doença incurável ou sofre de mal intenso e considerado

[154] Código Penal, artigo 131º (Homicídio Simples): "Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos."
[155] Código Penal, artigo 73º (Termos da Atenuação Especial) "2 - A pena especialmente atenuada que tiver sido em concreto fixada é passível de substituição, incluída a suspensão, nos termos gerais."

insuportável, no homicídio a pedido as razões para a morte podem ser as mais diversas. Assim, matar alguém que pede para morrer por estar vitimado por um câncer incurável configuraria eutanásia, ao passo que matar alguém que simplesmente resolveu deixar de viver, por cansar-se da vida, configuraria um homicídio a pedido. Pode-se aduzir, e com razão, que tanto em uma como em outra possibilidade existiria um pedido por parte da vítima, que consente e quer a própria morte, o que as caracterizaria como homicídio a pedido. Tal raciocínio é correto. Todavia, pode-se caracterizar a eutanásia como uma espécie de homicídio a pedido, peculiar em face dos motivos determinantes de quem quer e busca a própria morte. [156]

[156] NETO, Pedro Camilo de Figueiredo, *Dissertação de Mestrado: Participação de Terceiros na Morte de Outrem – Relevância do Consentimento,* Bahia, 2012

CONCLUSÃO

"Somos todos iguais mas todos diferentes" esta frase deveria nortear, todos os estudos que versam sobre o Homem. Apesar de sermos todos iguais, em direitos e obrigações, somos todos diferentes, daí estar tipificado este comportamento (homicídio a pedido da vítima).

Perante muitas adversidades da vida, ou simplesmente porque não queremos mais viver, algumas pessoas decidem abrir mão da sua própria vida. Porém por alguma razão, não o conseguem fazer sozinhas, de modo autónomo (ex: por falta de coragem) ou por que ambicionam ter um certo e determinado fim, recorrem a um terceiro como este fundamento, de pôr termo à vida. Basicamente, no homicídio a pedido da vítima é perante este cenário que se desenrola, deste modo advém, a necessidade desta modalidade de homicídio ser tipificada pelo Código Penal, que dispõe: "*quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos"*.

O homicídio a pedido da vítima, trata-se de um homicídio "sui generis", visto que a morte da vítima resulta de uma pretensão querida pela própria, através de um diálogo prévio com o agente que formula um pedido sério, instante e expresso, de tal modo persuasivo e convincente que acaba por convencer o agente, criando nele a vontade homicida de satisfazer do seu pedido. Estes requisitos impostos pelo legislador são feitos à luz do critério de um "homem fiel ao direito colocado na posição do agente, mas munido dos conhecimentos especiais do agente".[157] De todo o modo, e apesar de estar a respeitar a vontade, inequívoca da vítima, a vida é um bem indisponível tanto pelo próprio como por terceiro, logo é justificável esta tipificação.

Desde logo, por o nosso ordenamento jurídico consagrar a indisponibilidade e inviolável do bem jurídico vida, se veda qualquer tipo de ação que tenha como fim a morte.

[157] MÁLIA, Carlos Filipe…

Todavia não seria assertivo meter no mesmo saco este tipo de homicídio, com os demais, pela particularidade do dolo existente deste tipo criminal ser criado pela própria vítima que o induz, instiga de modo a convence-lo a causar a sua morte.

Assim, o legislador prevê o privilegiamento, conceituando que está configurada uma menor ilicitude acompanhada por uma culpa sensivelmente diminuída, que se traduz numa punição atenuada da pena em relação aos outros tipos de homicídio. Importa mencionar que para ter lugar este privilegiamento deve estar preenchido os requisitos do pedido elencados pelo artigo 134º, o pedido corrobora a razão determinante da prática do facto danoso. Note-se, caso o homicídio se fundar em motivos pessoais do agente (cobiça, vingança, etc.) não se subsume ao tipo do artigo 134º, porque o agente não é determinado pelo pedido, mas por interesses egoístas e não altruístas, deixando assim de se revelar uma culpa diminuta.

A doutrina não é unânime na aceitação do argumento da vontade suicida, pois se muitos autores da nossa praça aceitam esta solução em nome da dignidade da morte, por seu lado outros, consideram que a inviolabilidade da vida humana deve ser elevada ao seu máximo expoente.

A tentativa vem ressalvada no nº2 desta disposição legal, sendo punível nos termos gerais. Relativamente à desistência, isto é nos casos que o agente determinado pelo pedido venha a desistir da consumação do facto, mas que já tenha dado inicio ao processo causal, deverá ser punido pelas ofensas corporais consumadas, que tenham resultado do seu comportamento. Pode ainda verificar-se casos de comparticipação que geram alguma complexidade, importa nota que tal pode-se verificar, sendo que, de modo geral é regida pelo regime do nº1 do artigo 28º CP, isto é o grau de ilicitude depende de certas qualidades ou de uma relação especial entre o agente e a vítima. A doutrina dominante, entende que os agentes só serão beneficiados pela norma de privilegiamento, caso tenham sido individualmente determinados pelo pedido, e como não poderia deixar de ser, que tal se concretize direccionado a cada um deles.

Em caso de concurso, o homicídio a pedido da vítima, por se tratar de uma norma especial afasta aplicação dos demais tipos de homicídio.

Em suma, teremos de evidenciar que este tipo de crime nunca foi aplicado em Portugal não havendo qualquer jurisprudência aplicada pelos nossos tribunais,

possivelmente devido a toda a sua complexidade devido às questões que comporta. Todavia, não poderia deixar de ressalvar que, na minha óptica, o acolhimento da Lei do Testamento Vital evidência uma clara “porta aberta” à discussão futura de temas

Constato com agrado que, o dever social do Mundo dos nossos dias tem justificado mudanças de fundo no campo da ciência jurídica que se têm vindo a afirmar de forma vertiginosa. O Direito Penal, mais que não fosse, pelas suas idiossincrasias, não pode ser exceção.

O Direito está em constante mudança, e ainda bem que assim é, pois o Direito deve acompanhar a evolução dos tempos e das mentalidades, deve, assim o Direito acompanhar a evolução do Homem enquanto ser social e não o contrário!

BIBLIOGRAFIA

Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial, Lisboa 1979

ACTAS e Projecto da Comissão Revisora, ed. Ministério da Justiça, 1993

ASCENSÃO, José Oliveira, *Direito Penal I – Sumários,* Lisboa, 1997

CONDE, Francisco Muñoz, *Derecho Penal – Parte Especial*, Tirant lo Blanc Livros, 2009

FERRÃO, Silva, Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Portuguêz, vols. IV a VIII, Imprensa Nacional, Lisboa, 1857

JORDÃO, Levy Maria, Comentario ao Codigo Penal Portuguez, tomos III e IV, J.B. Morando, Lisboa, 1854.

PEREIRA, Rui, "Justificação do facto e erro em direito Penal", in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro Ferreira,* Lisboa, 1995

OSÓRIO, Luis, Notas ao Código Penal Português, vols. II, III e IV, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1923

Reforma do Código Penal: trabalhos preparatórios, 4 vols., AR, 1995

REFERÊNCIAS

ALVARES, Sílvio Carlos, Doutoramento em Direito: Revisão Criminal Compulsória em Defesa Dativa – a Dignidade da Pessoa Humana e a Ampla Definição Constitucional, São Paulo, 2008

AMARAL, Maria Lúcia, *A Forma da República – Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional,* Coimbra Editora, 2005

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de, *Principio Fundamental da Dignidade Humana e a sua Concretização Judicial* in Banco do Conhecimento em 18 de Agosto de 2008

ANDRADE, Manuel da Costa; FARIA COSTA, José de; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João, *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003

ANDRADE, Maria Paula Gouveia, *Algumas Considerações sobre o Regime Jurídico do Artigo 134º do Código Penal,* Usus Editora, Lisboa

ANDRADE, José Carlos Vieira de, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Almedina, Coimbra 1983.

BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes*. Estudo jurídico da eutanásia em Portugal: direito sobre a vida ou direito de viver?*, Coimbra: Almedina, 2000

BRITO, Teresa Quintela de; MORÃO, Helena; NEVES, João Crurado de; MATA, Paulo Saragoça da, *Direito Penal – Parte Especial: lições, estudos e casos*, Coimbra Editora, 2007

CANO, Ana María Marcos del; CID, Benito de Castro. Eutanasia y debate sobra la jerarquia de los valores jurídicos. Revista Derecho y Persona, 1999

CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* Almedina, Coimbra, 2002

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada,* 1º Vol, 4ªed, Coimbra, 2007

COSTA ANDRADE, Manuel, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial,* Tomo I, Coimbra Editora, 1999

COSTA ANDRADE, Manuel, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial,* vol.I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2012

FABRIZ, Daury Cesar. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003

FARIA COSTA, José de, Vida e Morte em Direito Penal (Esquisso de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico) in Revista Portuguesa de Ciência Criminal Nº 1 e 2, Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Coimbra Editora, 2004

FERNANDES, Luís Carvalho, *A Definição de morte. Transplantes e outras utilizações do cadáver. Estudos de Direito da Bioética.* Almedina, Coimbra, 2005

FERREIRA, Amadeu José, *Homicídio Privilegiado*, Almedina, Coimbra, 1991

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – Parte Especial Tomo I,* 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007

GODINHO, Inês Fernandes, *Doutoramento em Direito Problemas jurídico-Penais em torno da Vida Humana,* Coimbra Disponível em: http://www.uc.pt/fduc/projectos_investigacao/PTDC_CPJ_JUR_111289_2009/pdf/Problemas_vida_humana.pdf [acedido em Março de 2014]

GONÇALVES, M Maia, *Código Penaal Português – Anotado e comentado e Legislação Complementar*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 1988

GONÇALVES, M Maia, *Código Penaal Português – Anotado e comentado e Legislação Complementar*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 1998

JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André, *Crime de Homicídio a Pedido Eutanásia: Direito a Morrer ou Dever de Viver,* Quid Júri Sociedade Editora, Lisboa, 2009

KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes,* 2003

LEPARGNEUR, Hubert. Bioética da eutanásia: argumentos éticos em torno da eutanásia in: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/292/431

PATTO, Pedro Vaz, *No Cruzamento do Direito e da Ética*, Almedina, Coimbra, 2008

PATTO, Pedro Vaz, *Testamento Vital, Porta Aberta para a Eutanásia?*, 2009 Disponível em: http://federacao-vida.com.pt/index.php/index.php?option=com_content&view=article&id=352:pedro-vaz-patto-testamento-vital-porta-aberta-para-a-eutanasia&catid=6:noticias&Itemid=8 [acedido em 12 Maio de 2014]

PEREIRA, Rui Carlos, *O Dolo de Perigo*, Lex, Lisboa, 1995

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal*, 2ª ed., ed. Univ. Católica, 2010

MÁLIA, Carlos Filipe Cândido, *Dissertação de Mestrado: Os estados Passionais dos Homicídios,* Universidade Losofona, Lisboa, 2011

MORÃO, Helena, "Determinação pelo Pedido e Culpa: Notas para a Construção de um Tipo Misto". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* Vol XLIII – Nº2, Coimbra Editora, 2002

NETO, Pedro Camilo de Figueiredo, *Dissertação de Mestrado: Participação de Terceiros na Morte de Outrem – Relevância do Consentimento,* Bahia, 2012

Relatório da CNECV sobre a Procriação Medicamente Assistida, julho de 2004 Disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf [acedido em Maio de 2014]

Relatório sobre o Estado Vegetativo Persistente 2005 Disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf [acedido em Dezembro 2013]

RODRIGUES,Carlos Frederico Almeida; STYCHNICKI, Adriano Seikiti; BOCCALON, Bernardo; CEZAR, Guilherme da Silva*, Revista: Morte encefálica, uma certeza? O conceito de "morte cerebral" como critério de morte*, 2013 Disponível em http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1811.pdf [acedido em Agosto de 2014]

SCHOPENHAUER, Artur, *Sobre o Fundamento da Moral*, 2001

SILVA DIAS, Augusto, *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2ª ed., AAFDL, 2007

SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: crimes contra as pessoas,* 3ª ed, Quid Júris, 2011

SILVA PEREIRA, Margarida, Os homicídios, ed. Pedro Ferreira, 2012

SERRA, Teresa, *Homicídio a Pedido da Vítima (artigo 134º)*, in: Jornadas sobre a revisão do Código Penal, ed Ass Ac FDL, 1998

VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Apontamentos de Direito Penal II: crimes contra as pessoas: homicídio a pedido da vítima,* Lisboa, 2005

http://www.dgsi.pt.

http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1413049

http://rr.sapo.pt/informacao_detalhe.aspx?fid=29&did=73853

Site de busca: www.google.pt

ANEXOS

LISTA DE ANEXOS

Anexo A - Juramento de Hipócrates.

Anexo B - Lei 25/2012 Testamento Vital.

ANEXO A

Juramento de Hipócrates

Ano: 1771

Prefácio

São estes os estatutos da arte médica que o aluno deve aceitar e confirmar por juramento, Contêm os preceitos sobre a gratidão para com o professor; sobre a integridade do doente e sobre os mais graves casos cirúrgicos não curáveis, como a extracção de cálculos da bexiga, como se debus pela divisão da medicina em três partes,

Os antigos aceitavam-na, os Mercuriales rejeitam-na,

Argumento:

Os deveres que o médico deve ter para com o professor e para com a profissão são: a integridade de vida, a assistência aos doentes e o desprezo pela sua própria pessoa,

"Juro por Apolo Médico, por Esculápio por Hígia (ou Hygéia, ou ainda Higeia) por Panaceia e por todos os Deuses e Deusas que acato este juramento e que o procurarei cumprir com todas as minhas forças físicas e intelectuais,

Honrarei o professor que me ensinar esta arte como os meus próprios pais; partilharei com ele os alimentos e auxiliá-lo-ei nas suas carências,

Estimarei os filhos dele como irmãos e, se quiserem aprender esta arte, ensiná-la-ei sem contrato ou remuneração.

A partir de regras, lições e outros processos ensinarei o conhecimento global da medicina, tanto aos meus filhos e aos daquele que me ensinar, como aos alunos abrangidos por contrato e por juramento médico, mas a mais ninguém.

A vida que professar será para benefício dos doentes e para o meu próprio bem, nunca para prejuízo deles ou com malévolos propósitos.

Mesmo instado, não darei droga mortífera nem a aconselharei; também não darei pessário abortivo às mulheres.

Guardarei castidade e santidade na minha vida e na minha profissão.

Operarei os que sofrem de cálculos, mas só em condições especiais; porém, permitirei que esta operação seja feita pelos praticantes nos cadáveres,

Em todas as casas em que entrar, fá-lo-ei apenas para benefício dos doentes, evitando todo o mal voluntário e a corrupção, especialmente a sedução das mulheres, dos homens, das crianças e dos servos,

Sobre aquilo que vir ou ouvir respeitante à vida dos doentes, no exercício da minha profissão ou fora dela, e que não convenha que seja divulgado, guardarei silêncio como um segredo religioso,

Se eu respeitar este juramento e não o violar, serei digno de gozar de reputação entre os homens em todos os tempos; se o transgredir ou violar que me aconteça o contrário."

HIPOCRATIS OPERA VERA ET ADSCRIPTA

Tomus Quartus, pág: 197-198-199, Lausanne MDCCLXXI

FÓRMULA DE GENEBRA

Adoptado pela Associação Médica Mundial, em 1983

No momento de ser admitido como Membro da Profissão Médica:

"Prometo solenemente consagrar a minha vida ao serviço da Humanidade.

Darei aos meus Mestres o respeito e o reconhecimento que lhes são devidos.

Exercerei a minha arte com consciência e dignidade.

A Saúde do meu Doente será a minha primeira preocupação.

Mesmo após a morte do doente respeitarei os segredos que me tiver confiado.

Manterei por todos os meios ao meu alcance, a honra e as nobres tradições da profissão médica.

Os meus Colegas serão meus irmãos. Não permitirei que considerações de religjão, nacionalidade, raça, partido político, ou posição social se interponham entre o meu dever e o meu Doente.

Guardarei respeito absoluto pela Vida Humana desde o seu início, mesmo sob ameaça e não farei uso dos meus conhecimentos Médicos contra as leis da Humanidade.

Faço estas promessas solenemente, livremente e sob a minha honra."

ANEXO B

Lei 25/2012 Testamento Vital

3728 *Diário da República, 1.ª série — N.º 136 — 16 de julho de 2012*

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Lei n.º 25/2012

de 16 de julho

Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea *c*) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital (TV), regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

CAPÍTULO II

Diretivas antecipadas de vontade

Artigo 2.º

Definição e conteúdo do documento

1 — As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

2 — Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente:

a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;

b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte;

c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada;

d) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;

e) Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.

Artigo 3.º

Forma do documento

1 — As diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário, do qual conste:

a) A identificação completa do outorgante;

b) O lugar, a data e a hora da sua assinatura;

c) As situações clínicas em que as diretivas antecipadas de vontade produzem efeitos;

d) As opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber, no caso de se encontrar em alguma das situações referidas na alínea anterior;

e) As declarações de renovação, alteração ou revogação das diretivas antecipadas de vontade, caso existam.

2 — No caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico.

3 — O ministério com a tutela da área da saúde aprova, mediante pareceres prévios do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) e da Comissão Nacional de Proteção de Dados, um modelo de diretivas antecipadas de vontade, de utilização facultativa pelo outorgante.

Artigo 4.º

Requisitos de capacidade

Podem outorgar um documento de diretivas antecipadas de vontade as pessoas que, cumulativamente:

a) Sejam maiores de idade;

b) Não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica;

c) Se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido.

Artigo 5.º

Limites das diretivas antecipadas de vontade

São juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, as diretivas antecipadas de vontade:

a) Que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas;

b) Cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal;

c) Em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.

Artigo 6.º

Eficácia do documento

1 — Se constar do RENTEV um documento de diretivas antecipadas de vontade, ou se este for entregue à equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde, esta deve respeitar o seu conteúdo, sem prejuízo do disposto na presente lei.

2 — As diretivas antecipadas de vontade não devem ser respeitadas quando:

a) Se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las;

b) Se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado;

c) Não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura.

3 — O responsável pelos cuidados de saúde regista no processo clínico qualquer dos factos previstos nos números anteriores, dando conhecimento dos mesmos ao procurador de cuidados de saúde, quando exista, bem como ao RENTEV.

4 — Em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não tem o dever de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante.

5 — A decisão fundada no documento de diretivas antecipadas de vontade de iniciar, não iniciar ou de interromper a prestação de um cuidado de saúde, deve ser inscrita no processo clínico do outorgante.

Artigo 7.º

Prazo de eficácia do documento

1 — O documento de diretivas antecipadas de vontade é eficaz por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura.

2 — O prazo referido no número anterior é sucessivamente renovável mediante declaração de confirmação do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 3.º

3 — O documento de diretivas antecipadas de vontade mantém-se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo referido no n.º 1.

4 — Os serviços de RENTEV devem informar por escrito o outorgante de DAV, e, caso exista, o seu procurador, da data de caducidade do documento, até 60 dias antes de concluído o prazo referido no n.º 1.

Artigo 8.º

Modificação ou revogação do documento

1 — O documento de diretivas antecipadas de vontade é revogável ou modificável, no todo ou em parte, em qualquer momento, pelo seu autor.

2 — Sem prejuízo do disposto no n.º 4, a modificação do documento de diretivas antecipadas de vontade está sujeita à forma prevista no artigo 3.º

3 — O prazo de eficácia do documento de diretivas antecipadas de vontade é renovado sempre que nele seja introduzida uma modificação.

4 — O outorgante pode, a qualquer momento e através de simples declaração oral ao responsável pela prestação de cuidados de saúde, modificar ou revogar o seu documento de diretivas antecipadas de vontade, devendo esse facto ser inscrito no processo clínico, no RENTEV, quando aí esteja registado, e comunicado ao procurador de cuidados de saúde, quando exista.

Artigo 9.º

Direito à objeção de consciência

1 — É assegurado aos profissionais de saúde que prestam cuidados de saúde ao outorgante o direito à objeção de consciência quando solicitados para o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade.

2 — O profissional de saúde que recorrer ao direito de objeção de consciência deve indicar a que disposição ou disposições das diretivas antecipadas de vontade se refere.

3 — Os estabelecimentos de saúde em que a existência de objetores de consciência impossibilite o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade devem providenciar pela garantia do cumprimento do mesmo, adotando as formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados.

Artigo 10.º

Não discriminação

Ninguém pode ser discriminado no acesso a cuidados de saúde ou na subscrição de um contrato de seguro, em virtude de ter ou não outorgado um documento de diretivas antecipadas de vontade.

CAPÍTULO III

Procurador e procuração de cuidados de saúde

Artigo 11.º

Procurador de cuidados de saúde

1 — Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

2 — Só podem nomear e ser nomeadas procurador de cuidados de saúde as pessoas que preencham os requisitos do artigo 4.º, com exceção dos casos previstos no número seguinte.

3 — Não podem ser nomeados procurador de cuidados de saúde:

a) Os funcionários do Registo previsto no artigo 1.º e os do cartório notarial que intervenham nos atos regulados pela presente lei;

b) Os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde.

4 — Excetuam-se da alínea *b*) do número anterior as pessoas que tenham uma relação familiar com o outorgante.

5 — O outorgante pode nomear um segundo procurador de cuidados de saúde, para o caso de impedimento do indicado.

Artigo 12.º

Procuração de cuidados de saúde

1 — A procuração de cuidados de saúde é o documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de

forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade.

2 — É aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 262.º, 264.º e nos n.os 1 e 2 do artigo 265.º do Código Civil.

Artigo 13.º

Efeitos da representação

1 — As decisões tomadas pelo procurador de cuidados de saúde, dentro dos limites dos poderes representativos que lhe competem, devem ser respeitadas pelos profissionais que prestam cuidados de saúde ao outorgante, nos termos da presente lei.

2 — Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de diretivas antecipadas de vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento.

Artigo 14.º

Extinção da procuração

1 — A procuração de cuidados de saúde é livremente revogável pelo seu outorgante.

2 — A procuração de cuidados de saúde extingue-se por renúncia do procurador, que deve informar, por escrito, o outorgante.

CAPÍTULO IV

Registo Nacional de Testamento Vital (RENTEV)

Artigo 15.º

Criação do Registo Nacional de Testamento Vital

1 — É criado no ministério com a tutela da área da saúde o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV), com a finalidade de rececionar, registar, organizar e manter atualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao documento de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde.

2 — O tratamento dos dados pessoais contidos no RENTEV processa-se de acordo com o disposto na legislação que regula a proteção de dados pessoais.

3 — A organização e funcionamento do RENTEV são regulamentados pelo Governo.

4 — Compete ao Governo atribuir ao RENTEV os recursos humanos, técnicos e financeiros necessários ao seu funcionamento.

Artigo 16.º

Registo de testamento vital/procuração no RENTEV

1 — O registo no RENTEV tem valor meramente declarativo, sendo as diretivas antecipadas de vontade ou procuração de cuidados de saúde nele não inscritas igualmente eficazes, desde que tenham sido formalizadas de acordo com o disposto na presente lei, designadamente no que concerne à expressão clara e inequívoca da vontade do outorgante.

2 — Para proceder ao registo das diretivas antecipadas de vontade e ou procuração dos cuidados de saúde, o outorgante pode apresentar presencialmente o respetivo documento no RENTEV, ou enviá-lo por correio registado, devendo, neste caso, a assinatura do outorgante ser reconhecida.

3 — O RENTEV informa por escrito o outorgante e, caso exista, o seu procurador, da conclusão do processo de registo do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração, enviando a cópia respetiva.

Artigo 17.º

Consulta do RENTEV

1 — O médico responsável pela prestação de cuidados de saúde a pessoa incapaz de expressar de forma livre e autónoma a sua vontade, assegura da existência de documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde registados no RENTEV.

2 — Caso se verifique a sua existência, o documento de diretivas antecipadas de vontade, e ou procuração de cuidados de saúde, são anexados ao processo clínico do outorgante.

3 — O outorgante do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde, ou o seu procurador, podem solicitar ao RENTEV, a qualquer momento, a consulta ou a entrega de cópia da DAV do outorgante.

Artigo 18.º

Confidencialidade

1 — Todos aqueles que no exercício das suas funções tomem conhecimento de dados pessoais constantes do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde ficam obrigados a observar sigilo profissional, mesmo após o termo das respetivas funções.

2 — A violação do dever a que se refere o número anterior constitui ilícito disciplinar, civil e penal, nos termos da lei.

CAPÍTULO V

Disposições finais

Artigo 19.º

Regulamentação

O Governo regulamenta a presente lei no prazo de 180 dias a partir da entrada em vigor.

Artigo 20.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor 30 dias após a sua publicação.

Aprovada em 1 de junho de 2012.

A Presidente da Assembleia da República, *Maria da Assunção A. Esteves.*

Promulgada em 5 de julho de 2012.

Publique-se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Referendada em 6 de julho de 2012.

O Primeiro-Ministro, *Pedro Passos Coelho.*