

A JUSTIÇA PENAL RELATIVAMENTE AO BEM JURÍDICO “VIDA HUMANA”

DIANA FERREIRA COUTO

Finalista do ano lectivo 2014/2015

Mestranda em Direito

Com o presente texto pretendemos abordar, inicialmente, a temática do bem jurídico, para que consigamos entender a sua relevância no ordenamento jurídico-penal, e, de seguida, centrar-nos-emos na questão primordial da relação entre o bem jurídico-penal “Vida” e a Justiça.

É notório que a justiça penal presenciará, ao longo do tempo, modificações significativas conforme a sua comunidade. Contudo, o direito penal será sempre liberal, no sentido em que sanciona apenas os comportamentos desviantes penalmente relevantes, ou seja, comportamentos com um mínimo de dignidade penal em que um agente extravasa a sua liberdade e invade a liberdade de outrem ofendendo um bem jurídico-penal. Daí que onde existe sociedade existe direito penal, melhor, cada sociedade está intimamente ligada a um determinado tipo de criminalidade¹.

Assim, a ordem jurídico-penal é um mal necessário, porque parte do crime (mal) ao qual lhe é atribuída uma pena. Tendo de ser a última, vista como um bem que leva a que o agente perceba que adotou um comportamento desviante com relevância penal². Trata-se de um direito que se estrutura e vive juridicamente através de duas realidades essenciais e inseparáveis: o crime e a pena. Aliás o crime é uma realidade conatural ao modo de ser de uma sociedade³.

Deste modo, a essência do direito criminal é a proteção de bens jurídico-penais, isto é, apenas serão tutelados penalmente os bens jurídicos fundamentais.

Além disso, é de ter presente que não é efetivamente o legislador que cria esses bens, pois eles já pré-existem e, neste sentido, o legislador apenas lhes confere tutela jurídica quando transforma esses bens em bens jurídicos. Daí que os comportamentos

¹ COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª ed., 2015, p. 5.

² COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p.5.

³ COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p.5.

que os violarem, puserem em causa, ou os fizerem perigar, devem ser objeto de uma reação penal por agredirem o bem jurídico protegido penalmente.

O Direito Penal não deve intervir para tutelar todo e qualquer bem jurídico, deve sim, intervir apenas para tutelar bens jurídicos fundamentais (valores, interesses sociais e individuais juridicamente reconhecidos, quer do próprio, quer da coletividade, em virtude do especial significado que assumem para a sociedade e das suas valorações éticas, sociais e populares), e, por outro lado, apenas sancionar as ofensas mais graves a esses, daí o seu carácter subsidiário e fragmentário.

O bem jurídico é, portanto, “pedra angular” do Direito de *ultima ratio* já que manifesta a valoração pessoal ou comunitária que é relevante para o direito⁴. E por isso não podemos negar a sua importância no direito penal, mesmo que a definição de bem jurídico, ainda hoje, não seja unânime. Porém, essa definição torna-se fundamental para continuarmos a interpretar este direito enquanto sistema axiologicamente fundado.

Começemos por esclarecer, que o aparecimento do bem jurídico como objeto do crime dá-se com Birnbaum e, neste sentido, levou-nos a presenciar uma viragem da posituação, normativização e subjetivização sistémico-social⁵.

Desta forma, desde 1834, Johann Michael Franz BIRNBAUM preconizou que o objeto do direito penal seria apenas bens jurídicos materiais, que se limitavam a si mesmos. Dando início à história doutrinal e político-criminal do conceito de bem jurídico que abriu a porta a um novo paradigma geral de compreensão do crime⁶. E assim, a lei penal já não deveria possibilitar apenas a livre coexistência dos indivíduos, mas servir também fins sociais. O bem jurídico seria o bem pré-existente na natureza e em parte resultado da evolução da sociedade, garantindo a todos, de igual forma, o seu bem-estar no Estado.

Contudo, é de salientar que apesar de toda a discussão em que está envolvido o bem jurídico, desde BIRNBAUM, BINDING, LISZT, KESSLER, HERTZ a AMELUNG, a verdade é que, ainda atualmente, mesmo não existindo unanimidade sobre o conceito material de bem jurídico, a doutrina da infração do objeto do crime mantém-se fiel à linha do bem jurídico, isto quer dizer que, mesmo assim, o bem jurídico continua a constituir “pedra angular” da doutrina da infração enquanto objeto

⁴ COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p.169.

⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 37.

⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p. 43.

do crime.

Posto isto, hoje é pacífico que foi com o aparecimento daquele que a normatização e posituação do objeto do crime se consumou. Portanto, o direito penal pretende que a sociedade se desenvolva pacificamente, criando os tipos legais de crime (os comportamentos penalmente relevantes) e determinando, na lei, qual a respetiva sanção (pena) das condutas adotadas que lesaram ou colocaram em perigo o bem jurídico-penal.

O direito de *ultima ratio* visa, primordialmente, garantir o desenvolvimento das relações e da convivência social, mediante a seleção e proteção de bens jurídicos fundamentais que, uma vez que lhes foi reconhecida dignidade penal, passaram a ser bens jurídico-penais.

Portanto, é devido à sua relevância neste ramo do direito, que se impõe um afeiçoamento concreto e material do conceito daquele. Daí que se compreenda o facto de que a evolução do seu conceito tenha sido lenta e, ainda hoje em pleno século XXI, se continue a discutir qual a conceção que melhor se adequa às funções desempenhadas pelo bem jurídico.

Depois de tudo o que foi *supra* referido, podemos compreender que o bem jurídico, num estado democrático de direito, torna-se a essência do direito penal e, por isso, alguns autores tentaram encontrar-lhe uma definição, tal como, FARIA COSTA⁷ ou FIGUEIREDO DIAS⁸.

Porém, esclarece FARIA COSTA que o melhor percurso para a definição universal daquele, assenta na sociedade de hoje porque o bem jurídico protegido pelo tipo penal não pode ser confundido com a manifestação concreta da lesão do agente e, neste sentido, o conceito de bem jurídico dever ser tido em abstrato. Assim como, deverá, também, basear-se numa conceção teleológico-material e racional de bem jurídico, bem como, na sociedade de risco em que vivemos, nos dias de hoje, por causa

⁷ Faria Costa define bem jurídico como “pedaço da realidade com densidade axiológica olhado como relação comunicacional a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”, in COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p. 258.

⁸ Figueiredo Dias vem definir bem jurídico como, “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”, in DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.114.

da globalização⁹.

Para terminar a nossa alusão ao bem jurídico, cabe reforçar que o conceito de bem jurídico que deverá ser adotado, terá de ter presente que os bens jurídico-penais devem partir do indivíduo, pois “apenas com uma superação do individual que arranque do indivíduo podemos continuar a sustentar um direito penal liberal.”¹⁰.

Do que ficou dito, é o momento de esclarecer que atualmente já não se discute “o que”, mas o “como” o direito penal protege os bens jurídicos¹¹. Apesar de a problemática estar em volta do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos não podemos descurar o objeto de proteção, tal como o faz FARIA COSTA, determinando que a opção que melhor racionaliza toda a discussão é a lógica de densificação do bem jurídico¹².

Nesta perspetiva, teremos de atender à teoria monista-pessoal do bem jurídico que vem esclarecer que todos os indivíduos que aceitaram o contrato social renunciaram a uma parcela da sua liberdade em prol da convivência pacífica, na qual, apenas a violação das liberdades contratualmente asseguradas pode ser considerada como delito. Normalmente, só os bens jurídicos que consagram interesses individuais concretos (por exemplo: vida, integridade física) podem ser tutelados pelo direito penal. E todos os outros bens jurídicos tutelados serão protegidos, de forma excepcional, em favor dos bens jurídicos individuais (por exemplo, os crimes ambientais são tutelados pelo direito penal porque visam assegurar as condições vitais dos indivíduos).

No entendimento de FARIA COSTA, que seguimos, o indivíduo é o ponto de partida e de chegada. A “pessoa humana é o *alfa* e o *ómega* de todo o ordenamento jurídico, e assim, o Estado está ao serviço do cidadão e não o contrário”¹³. É na relação onto-antropológica de cuidado de perigo que surgem os bens individuais, mas também existe o cuidado com o “ser-todos”, no qual dão origem aos bens supra-individuais. Neste sentido, a proteção de bens jurídicos supra-individuais deve ser entendida como tão normal quanto a proteção de bens jurídicos individuais, pois os primeiros nada mais

⁹ COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p. 262 e s.

¹⁰ COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p. 269.

¹¹ COSTA, José de Faria, «Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3978, 2013, p. 159.

¹² COSTA, José de Faria, «Sobre o objecto de protecção do direito penal» (cit.), p. 173.

¹³ COSTA, José de Faria, «Sobre o objecto de protecção do direito penal», (cit.), p. 160.

são do que a projeção do individual.

Dentro do modelo de densificação, temos igualmente a teoria constitucional de bem jurídico para preservar o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, determinando que só os valores dotados de dignidade constitucional podem ser elevados à categoria de bens jurídicos¹⁴.

Concluindo, podemos admitir que o percurso que melhor sustenta o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico (função principal do direito penal) e também o objeto da infração criminal, será o modelo da densificação, tal como defende FARIA COSTA¹⁵. Somente assim conseguiremos continuar perante um direito penal liberal, no qual a sua legítima intervenção será condicionada pelo respeito à autonomia pessoal, pela identificação de um bem jurídico digno de proteção legal e através do princípio da proporcionalidade quanto à necessidade de tutela penal de um bem.

Depois desta introdução acerca do bem jurídico é o momento de refletirmos acerca deste e a justiça penal, desde logo, pela sua importância no direito penal, bem como, a sua relação com aquela. Assim, falar em bem jurídico e justiça penal é ter em consideração a sociedade e o tempo histórico em que nos situamos, isto é, teremos de atender aos valores axiológicos de determinada sociedade em concreto e ao tempo em que se situa. Só assim se conseguirá perceber a justeza relativamente à proteção daqueles bens jurídico-penais.

Para entender a criminalização ou descriminalização por parte do legislador, é fundamental ter em consideração o espaço e o tempo daquela sociedade em questão. As normas penais concebidas num determinado momento pelo legislador não concretizarão eternamente uma justiça penal, porque somente o tempo histórico determinará aquela aos olhos de determinada comunidade¹⁶.

O legislador irá criminalizar, ou seja, considerar uma conduta típica, ilícita e culposa à luz dos valores da sociedade conformes com a ordem axiológica constitucional, e assim, circunscrever que tal conduta adotada pelo agente constitui

¹⁴ COSTA, José de Faria, «Sobre o objecto de protecção do direito penal» (cit.), p. 161.

¹⁵ COSTA, José de Faria, «Sobre o objecto de protecção do direito penal» (cit.), p. 173.

¹⁶ Como sublinha Faria Costa “através da aguda percepção daquilo que constitui o “real” da contemporaneidade, lançar novos modos de realização do direito, para que continue a ser, não só pressupostos para a realização de tantos outros valores, mas também, ele próprio, projecção, no futuro, dos seus valores específicos.”, in: COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 76.

crime. Bem como descriminalizar, isto é, deixar de considerar uma conduta típica, ilícita e culposa, atendendo ao seu impacto e, de novo, aos valores da coletividade naquele momento histórico.

O direito penal considerado justo será, também, resultado da sua relação com a Lei Fundamental de um Estado porque é, esta última, fonte e limite do primeiro.

Após toda a abordagem ao bem jurídico e à justiça penal consignada anteriormente, o presente texto tem como objetivo demonstrar a evolução do sentido de justiça penal historicamente situada, relativamente ao bem jurídico-penal “Vida Humana”.

Logo, a questão primacial que se coloca é: o direito penal dos dias de hoje contemplará a pretendida justiça aclamada pela sociedade atual, em relação ao bem jurídico “Vida Humana”?

Para uma possível resposta refletamos, primeiramente, perante a solução, julgada por muitos, encontrada pelo direito penal para a interrupção voluntária da gravidez, nos termos do artigo 142.º, n.º 1, al. e), do Código Penal¹⁷, tentando perceber se repercute uma solução justa atualmente, assim como, em segundo lugar, perante a problemática da eutanásia em torno do bem jurídico vida, que sensibiliza alguns penalistas e a sociedade atualmente a reclamar do legislador penal uma resposta justa.

I. O Código Penal português dispõe no artigo 142.º, n.º 1, al. e): “não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimentos de saúde oficial ou oficialmente reconhecidos e com o consentimento da mulher grávida, quando for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez”. Assim, à luz dos dias de hoje poderemos admitir como aceitável esta alínea?

Em Portugal o aborto é crime, como decorre do art. 140.º CP, porém o legislador no art. 142º CP vem determinar quando a sua prática é lícita, desde que verificados os pressupostos penalmente exigíveis.

Antes de expor qualquer resposta para reforçar a ideia de modificação da justiça penal conforme o momento histórico e a sociedade em que se situa, tenhamos em consideração, a evolução da norma referida.

O crime de aborto aparece no código penal português, pela primeira vez, em 1852, no art. 358.º do CP como sendo um crime contra a segurança das pessoas. Só no Código

¹⁷ Doravante designado pela sigla CP.

Penal de 1982 é que a incriminação do aborto passa a ser um crime contra a vida intrauterina, assim como, um crime contra a integridade física da mulher. Neste espaço temporal o legislador português definia que somente haveria justiça se o direito penal não admitisse a prática do aborto em momento algum.

Contudo, não podendo o direito penal ser indiferente à realidade que aclamava uma concordância prática entre o interesse do feto e o interesse da mulher grávida, com a Lei n.º 6/84, de 11 de Maio, introduz na ordem jurídica portuguesa as causas de justificação do aborto, somente em casos de aborto terapêutico, eugénico e criminológico.

Será que a vida intrauterina é vida humana protegida constitucionalmente pelo art. 24.º da Constituição da República Portuguesa¹⁸? É que se caso for, então a vida é inviolável e não serão admitidas interrupções voluntárias da gravidez, mas consequentemente, poderá a mulher ser instrumentalizada pelo direito penal para levar uma gravidez até ao fim?

Há quem defenda¹⁹ que a vida intrauterina não é protegida pelo presente artigo, ou seja, não se trata de vida humana constitucionalmente protegida, mas nada impede que esta seja penalmente preservada, todavia, ao admitir os direitos, liberdades e garantias da mulher, o legislador terá de aceitar casos de interrupção lícitos da gravidez, pois só assim estaremos perante um direito penal justo.

Contudo, o recente acórdão do Tribunal Constitucional²⁰ n.º 75/2010 vem clarificar a dúvida existente, definindo que a tutela da vida intrauterina cabe no âmbito de proteção da norma constitucional do art. 24.º da CRP; todavia, este bem jurídico assume autonomia face à proteção da vida humana²¹. Portanto, o bem jurídico protegido é a vida humana, embora, se proteja mais precisamente, a vida humana intrauterina.

Assim sendo, quando é que poderemos falar em início da vida humana?

Numa perspetiva biológico-fisiológica, o início da vida humana encontra-se na fecundação, ou seja, com a fusão entre o espermatozoide e o óvulo, originando um novo

¹⁸ Doravante designado pela sigla CRP.

¹⁹ MAIA COSTA, Eduardo «Despenalização da interrupção voluntária de gravidez: uma perspetiva político-criminal», *Revista do Ministério Público*, n.º 108, 2006, p.30.

²⁰ Doravante designado pela sigla TC.

²¹ CUNHA, Damião da, Anotação ao art.140º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.224.

código genético e processo humano de gestação de vida²².

Já em termos jurídicos estaremos perante vida humana com o nascimento, porque é só neste momento que a vida humana se torna um centro autónomo de imputação de normas jurídicas²³. O Código Civil no seu art. 66.º determina que a personalidade jurídica adquire-se com o nascimento completo e com vida, pois é neste momento, que o direito reconhece a pessoa humana. Contudo, o direito penal, para além de proteger a vida humana de pessoa já nascida nos crimes contra a vida, irá proteger a vida humana de pessoa ainda não nascida através do bem jurídico vida intrauterina. Compreendendo que a vida intrauterina começa no momento da nidificação, ou seja, no momento em que é implantado o óvulo fecundado no útero da mulher²⁴, pois só a partir daqui, começam a formar-se as estruturas embrionárias: a placenta, o cordão umbilical e o saco amniótico que vai conter o líquido com o mesmo nome, que serve de proteção ao novo ser. Outro começo não se poderia entender devido à evolução da medicina em permitir a fecundação *in vitro*.

Neste sentido, afirma INÊS GODINHO, com quem concordamos, que “o direito penal não protege toda a vida humana ou, de outro modo, a vida humana em toda a sua extensão. A mera existência vivente não configura realidade suficiente para a sua relevância jurídico-penal”²⁵.

Assim, a proteção do bem jurídico vida é conforme ao art. 24.º, n.º 1, da CRP, que dispõe que “a vida humana é inviolável”, é por causa, da inviolabilidade que se entende que a vida humana deve ser protegida em todas as suas fases de igual modo. Se a Constituição protege, sem exceção, a vida humana, é necessário concluir que esse dever de proteção legal se estende a todas as formas de vida humana e, por isso, à vida intrauterina. Só assim conseguimos perceber a justeza encontrada pelo legislador com a criminalização do aborto. Contudo, existem limitações a esta proteção e, por isso, se entender que não se deverá impor um grau de igual proteção em todas as formas de

²² GODINHO, Inês Fernandes, «Problemas jurídico-penais em torno da vida humana», in Costa, José de Faria/ Kindhäuser, Urs, *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 60.

²³ GODINHO, Inês Fernandes, «Problemas jurídico-penais em torno da vida humana» (cit.), p. 61.

²⁴ GARCIA, M. Miguez, *Direito passo a passo*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 169.

²⁵ GODINHO, Inês Fernandes, «Problemas jurídico-penais em torno da vida humana» (cit.), p. 62.

vida, daí serem admitidos os casos de interrupção voluntária da gravidez não punível. Aliás, o acórdão do TC n.º 288/98 vem explicar qual o sentido de proteção exposto no art. 24.º CRP, referindo que “o legislador ordinário estará vinculado a estabelecer formas de proteção da vida humana intrauterina, sem prejuízo de, procedendo a uma ponderação de interesses, dever balancear aquele bem jurídico-constitucional protegido com outros direitos, interesses ou valores, de acordo com o princípio da concordância prática”.

Posto isto, o facto de o feto ser tutelado em nome da dignidade da vida humana não significa que haja título idêntico ao reconhecido a partir do nascimento. Afirmando-se, neste sentido, no acórdão do TC n.º 617/2006 que “ser humano não será o mesmo que pessoa humana”²⁶. É a partir desta posição que é concebida pelo legislador uma resposta penalmente admissível com a interrupção voluntária da gravidez, não fazendo mais sentido a absoluta incriminação do aborto.

Expressar que o direito penal, atualmente, é justo, é admitir a proteção penal à vida intrauterina, prevista nos artigos 140.º e 141.º CP, mas também é admitir que a vida humana não é de igual forma protegida em todas as suas fases e, nesse sentido, admitir o aborto nos termos do art.142.º CP²⁷. A própria sociedade que impõe a proteção da vida humana, também impõe que o aborto tenha que ser admitido aquando determinadas realidades.

Chegados aqui, abordemos apenas o art.142.º, n.º 1, al. e), do CP, em que é admissível a realização do aborto por opção da mulher grávida, nas dez semanas de gravidez; tal inovação foi introduzida pela Lei n.º 16/2007, tendo sido resultado do

²⁶ Em suma, nem a inviolabilidade da vida humana nem sequer a necessidade de proteção da vida intrauterina impõem especificamente uma tutela penal idêntica em todas as fases da vida, assim conclui o acórdão n.º 288/98, in GARCIA, M. Miguez, *ob. cit.*, p.168.

²⁷ A interrupção da gravidez não punível constitui uma verdadeira causa de justificação por serem sempre ponderados os interesses do feto e os interesses da sua progenitora, assim, tais interesses são o critério para a admissibilidade de justificação do aborto: a primeira referente a um aborto praticado em condições terapêuticas, isto é, quando a gravidez põe em causa a vida e a integridade física da mulher grávida; a segunda referente a aborto eugénico, ou seja, quando existe perigo para a vida do feto; a terceira referente a um aborto criminológico, isto é, a gravidez foi resultado de um crime sexual; e em quarto referente a um aborto atendendo às condições económicas, ou seja, quando o quadro social e económico da mãe revela a falta de condições para promover o sustento e o desenvolvimento da criança, in DIAS, Jorge De Figueiredo/ BRANDÃO, Nuno, Anotação ao art.142º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 267 e s.

desenvolvimento social que passou a entender o aborto como um ato médico assente num procedimento de consulta e informação da mulher grávida que pretenda realizar a prática abortiva.

Assim, toda a mulher que cometer o aborto de acordo com os seguintes pressupostos não será punida penalmente:

1. Ser realizada a Intervenção Voluntária da Gravidez²⁸ por um médico ou sob a sua direção. A razão desta exigência prende-se com o interesse da grávida, pois é afastada a possibilidade de a intervenção ser feita por qualquer pessoa, tendo de ter especial capacidade para levar a cabo diagnósticos e intervenções médicas particularmente delicadas.

2. A IVG ser efetuada num estabelecimento oficial ou oficialmente reconhecido. Com este pressuposto, pretende-se proteger o interesse da grávida assegurando-lhe um serviço com garantias de qualidade e de responsabilização, mas também, o interesse do Estado em confiar em determinados estabelecimentos para a intervenção.

3. A prática da IVG tem de ser certificada por atestado médico, antes da intervenção, comprovando que a grávida se encontra nas 10 semanas de gravidez.

4. O consentimento da mulher grávida.

5. Somente até às 10 semanas de gravidez.

Desde logo, coloca-se a questão de saber se esta despenalização do crime de aborto não será inconstitucional, de acordo com o art. 24.º, n.º 1, da CRP, já que o direito penal protege a vida humana intrauterina, e nesta situação, permite que a mulher opte pelo aborto. Depois do que já foi *supra* explicitado, e indicado através dos referidos acórdãos do TC, cabe concluir que a inconstitucionalidade não é fundamento para a não admissibilidade da presente alínea, pois a vida humana não é protegida de forma igual em todas as suas fases²⁹. E por isso mesmo, ao serem considerados outros

²⁸ Doravante designado pela sigla IVG.

²⁹ Assim admite o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/2006, que o art. 24º CRP não é fundamento para a inconstitucionalidade da al. e) do n.º 1 do art. 142º CP: “o pressuposto da essencial igualdade entre todas as fases da vida levaria a considerar que uma despenalização da interrupção voluntária da gravidez implica a violabilidade da vida humana através de um tratamento do feto diverso do que se concede à pessoa já nascida. Esta apresentação da tese da inconstitucionalidade é, no entanto, rejeitável por várias considerações. Da inviolabilidade da vida humana como fórmula de tutela jurídica não deriva, desde logo, que a protecção contra agressões postule um direito subjectivo do feto ou que não seja de distinguir um direito subjectivo à vida de uma protecção objectiva da vida intra-uterina, como resulta da jurisprudência constitucional portuguesa e de outros países europeus. O facto de o feto ser

valores constitucionais, a vida humana será ponderada, como por exemplo, o direito à mulher de dispor do seu corpo ou o direito a uma gravidez consciente, foram uns dos direitos que determinaram a solução encontrada pelo legislador, como sendo justa perante o momento histórico que a sociedade vivencia.

A IVG admitida supra é resultado do conflito entre o bem jurídico vida intrauterina e o direito a uma maternidade consciente, assim como, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher grávida. A solução dada pelo legislador penal, perante a atual sociedade, é aprovada pelo TC no seu acórdão n.º 288/98 admitindo-se que a ponderação equilibrada entre o interesse do feto e o interesse da mulher determinará a admissibilidade, numa fase inicial do período de gestação, da IVG fruto da decisão da própria mulher.

De acordo com o art. 18.º, n.º 2, da CRP os direitos liberdades e garantias apenas poderão ser restringidos no limiar necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses, constitucionalmente protegidos. Logo, não se poderia não acolher a al. e) do n.º 1 do art. 142.º do CP, porquanto consagra a ponderação de interesses legítimos que fazem com que o direito à vida, plasmado no art. 24.º CRP, seja restringido proporcionalmente de acordo com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, do art. 26.º da CRP, e com o direito a uma maternidade consciente, plasmado no art. 67.º, n.º 2, al. d), da CRP.

Já o limite temporal das 10 semanas é apenas um meio para assegurar a concordância prática entre o direito à vida intrauterina e o direito da mulher grávida ao desenvolvimento da sua personalidade e maternidade consciente. Assim, o prazo estipulado foi a forma encontrada pelo legislador para concretizar a liberdade da mulher em dispor sobre o seu corpo, e permitindo-lhe unilateralmente, e sem necessidade de invocação de motivos (pressuposto que tem de estar preenchido nos restantes casos do presente artigo) em determinar se prossegue ou não com a gravidez. Conjuntamente, o limite temporal fortalece a posição de que a vida intrauterina tem diferentes níveis de desenvolvimento, e por isso, diferentes níveis de valor em termos quantitativos e

tutelado em nome da dignidade da vida humana não significa que haja título idêntico ao reconhecido a partir do nascimento. Por outro lado, nem a inviolabilidade da vida humana nem sequer a necessidade de protecção da vida intra-uterina impõem especificamente uma tutela penal idêntica em todas as fases da vida, tal como concluiu o Acórdão n.º 288/98. A própria história do Direito Penal revela-o, ao ter feito quase sempre a distinção entre homicídio e aborto. Conclui-se assim que a perspectiva de inconstitucionalidade não encontra fundamento no artigo 24º da Constituição”.

qualitativos, dispensando-se a tutela penal enquanto o feto não tem a sua estrutura cerebral totalmente formada³⁰. Assim, considera-se que em determinado momento do desenvolvimento do feto não deve o direito penal proteger a vida intrauterina, permitindo à mulher grávida que possa dispor do seu corpo. Só assim se concebe a concordância prática conforme um direito liberal justo.

Para além de que a realidade do aborto clandestino motivou o aditamento da alínea e) ao n.º 1 do art. 142.º CP, pois a mulher grávida realizava o aborto em condições precárias, cujo risco para a sua vida era demasiado elevado. Ainda que o aborto seja crime em Portugal, esta prática é constante. Daí o legislador ponderar os interesses da mulher grávida e do feto. Chegando à conclusão de que os riscos de vida, a disposição do corpo, a maternidade consciente e a livre disposição da personalidade da mulher teriam de ser ponderados com o direito à vida do feto, para que, se esteja perante a justiça penal.

Só uma lei que consagre estes princípios permite enfrentar com coragem a realidade do aborto clandestino. O legislador tem consciência desta prática ilegal, mas mesmo proibindo o aborto, terá de admiti-lo em determinadas condições, para proteger a saúde e a vida da mulher grávida que se sujeita à prática do aborto, com risco para a sua vida e sem condições de segurança. É neste sentido que se concebe a disposição da al. e) do n.º 1 do art. 142.º do CP como sendo, também, protetora da vida da mulher grávida.

Vários autores³¹, que determinam que o aborto não deve ser legalizado nestas condições, referem que passará a ser um método contraceptivo. O que não faz qualquer sentido porque, mesmo sendo esta prática proibida, é realizado na mesma pela mulher grávida, e com a legalização nas condições da al. e) do n.º 1 do art. 142.º CP, só se pretende proteger a vida da mulher. Estes não têm em consideração as consequências que podem advir ao forçarem a mulher a levar uma gravidez até ao fim. Além disso, não tem em consideração a situação económica, dos dias de hoje, que se torna um fundamento para a interrupção voluntária da gravidez.

Se o legislador não tivesse em consideração tudo o que já foi em cima explicitado, e não possibilitasse à mulher a opção do aborto, seria negar-lhe os seus direitos

³⁰ SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: Crimes contra as Pessoas*, 2ª ed., Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 204.

³¹ Designadamente CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, Parte Geral - Pessoas*, vol. IV, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2011, p. 326 e ss.

constitucionais. É verdade que a vida humana é inviolável, mas, também, é verdade que até mesmo o mais importante bem jurídico (vida humana) protegido pelo direito penal, não é absoluto. A dignidade da mulher, na opção que lhe é admitida, é fruto de uma sociedade atual que vive tempos difíceis e que assiste à emancipação feminina. Neste sentido, o direito penal terá de possibilitar tal liberdade porque não pode impor à mulher que tenha filhos, pois caso o fizesse, estaria a instrumentalizar o corpo da mulher, o que seria proibido pelo princípio da dignidade humana.

Estaremos, agora, em condições de responder à questão inicial, à qual somente admitindo o legislador penal a opção da mulher como causa de justificação da ilicitude da prática do aborto, nos permitirá afirmar que o direito penal da atual sociedade, em relação ao bem jurídico “vida humana”, contempla uma resposta conducente à justiça penal.

II. A problemática da eutanásia em torno do bem jurídico vida. Poderá o direito penal, hoje, admitir como justa a “eutanásia ativa direta”³² com base na autodeterminação do paciente e limitar o direito fundamental à vida?

A eutanásia já era título de discussão antes das novas ciências médicas, contudo tornou-se uma questão nova face à atual realidade da medicina intensiva, ou seja, “o homem passa a ter controlo sobre a morte”^{33 34}. Presenciamos, hoje, a um prolongamento da vida fruto do desenvolvimento da medicina, e por isso mesmo, terá o direito penal de repensar a sua justeza face à sociedade que reivindica uma resposta à questão: Será que um médico está obrigado a adotar todas as medidas para prolongar o tempo de vida do seu paciente?³⁵

Os penalistas têm vindo a discutir a “ajuda à morte” (eutanásia), enquanto aguardam por uma intervenção inovadora do legislador. Este terá de conceder uma resposta aclamada, atualmente, entre a bioética e o direito penal porque, este último, não

³² Definindo Figueiredo Dias por “ajuda à morte activa directa”, in DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3949, 2008, p. 202.

³³ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*, Dissertação de Doutoramento, (3º Ciclo), Coimbra, 2012, p. 47.

³⁴ COSTA, José de Faria, «Bioética e direito penal (reflexões possíveis em tempos de incerteza)», in Costa, José De Faria/ Kindhauser, URS, *O Sentido e o Conteúdo do bem Jurídico Vida Humana*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 93-94.

³⁵ GARCIA, M. Miguez, *ob. cit.*, p. 38.

pode ficar indiferente perante a nova realidade proporcionada pela primeira³⁶. Mais do que uma resposta existe, hoje, a necessidade de o direito penal acolher, face às necessidades dos tempos, a relação entre a medicina e o direito.

Convém esclarecer que não está aqui em causa, o verdadeiro auxílio médico, ou seja, aquele que não conduz ao encurtamento da vida porque não preenche o tipo de ilícito conducente ao crime de homicídio, mas sim, o auxílio médico que leva ao encurtamento do período natural da vida. Daí que neste âmbito se fale de eutanásia ativa (direta ou indireta) e passiva.

Antes de começar a desenvolver toda a problemática a que a eutanásia conduz, não poderíamos deixar de aludir ao fim da vida, para que percebamos o problema que se levanta em torno do mais importante bem jurídico do direito de *ultima ratio*.

Como já tivemos oportunidade de observar anteriormente, perante a interrupção voluntária da gravidez, também aqui teremos de considerar a proteção da vida pelo art. 24.º CRP para podermos conceder uma resposta penalmente justa perante as formas de eutanásia. As consequências advindas dos avanços tecnológicos e dos avanços das ciências médicas não nos permitem ter uma noção de vida humana como algo naturalmente determinado e condicionado³⁷.

Considera, assim, FARIA COSTA que o “art. 24.º, n.º 1 da Lei Fundamental representa uma pedra de toque em todo o plano arquitetural do ordenamento jurídico”³⁸ porque determina que “a vida humana é inviolável”, querendo assim, que seja fundamental a proteção ao bem jurídico vida pelo ordenamento jurídico-penal.

O direito apenas deixará de proteger o bem jurídico vida quando acontecer o fenómeno morte. Daí que, enquanto não ocorrer tal momento, qualquer encurtamento do tempo de vida será uma violação ao bem jurídico máximo protegido

³⁶ O mesmo sublinha Faria Costa: “aquelas questões são interpelantes. Do nosso tempo e para com o nosso tempo. Delas, por isso mesmo, não nos é possível nem legítimo escapar ou querer escapar. Pensamos que o direito penal é uma dimensão irreduzível, neste sentido, constituinte do nosso modo de ser individual e coletivo, não temos a menor dúvida em nos empenharmos, enquanto seres inteiros, na argumentação e defesa daquilo que racionalmente consideramos ser justo porque neste está também uma certa forma de perceber o direito penal enquanto manifestação civilizacional que não deve retroceder”, in COSTA, José De Faria, «Bioética e direito penal» (cit.), p. 92.

³⁷ GODINHO, Inês Fernandes, «Problemas jurídico-penais em torno da vida humana» (cit.), p. 57.

³⁸ COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal» (cit.), p. 786.

constitucionalmente³⁹.

O direito penal português adota um critério de morte para que seja assegurado o igual valor de todas as vidas até ao seu fim. Logo, deixaremos de estar perante uma pessoa humana quando ocorrer a cessação irreversível das funções do tronco cerebral, ou seja, a dita morte cerebral⁴⁰.

O dilema da eutanásia prende-se exatamente, com estas duas questões, ou seja, o direito penal apenas distingue entre a realidade de estar vivo e a realidade de estar morto, não distinguindo o bem jurídico no fim da vida, diferentemente acontece, com o início da vida, ao qual, é distinta a vida intrauterina e a vida de pessoa já nascida.

Portanto, é face à realidade do fim da vida, ou seja, ao longo e ininterrupto processo de deterioração das funções vitais e psíquicas que FARIA COSTA adverte para a autonomização de um novo bem jurídico que se situa entre a vida humana e o cadáver⁴¹.

As exigências da realidade dos novos meios médicos que preservam, prolongam e mantêm as funções vitais do paciente, suscitam, a partir de agora, a hipótese de um novo bem jurídico-penal: integridade pessoal, pois não poderemos deixar de admitir que foi violado um pedaço substancial do seu ser, que não se pode confundir com a integridade física porque jamais poderá ser completado. Esta autonomização, no nosso entendimento, é necessária para que o direito penal consiga ser justo, moderno e sempre liberal em relação à sua finalidade⁴².

Tal como já explicitado anteriormente, também aqui, o princípio da ofensividade ao bem jurídico vida, terá de ser ponderado perante a sociedade que reclama uma resposta do legislador penal que traduza uma justiça penal, coisa que, atualmente não

³⁹ GODINHO, Inês Fernandes, «Implicações jurídico-penais do critério de morte», in Costa, José de Faria/ Godinho, Inês Fernandes, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma perspectiva integrada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 370.

⁴⁰ Disposto no art. 2.º da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto.

⁴¹ Salientando que não se poderá deixar de considerar a existência de uma zona cinzenta, para o qual não queremos olhar, porque nos arrepia até ao mais fundo do nosso ser. Questionando onde se situarão os doentes que se encontram em coma largos meses ou em estado vegetativo persistente, dando logo de seguida resposta de que no mundo dos vivos. E assim merecendo todo o respeito e consideração por todos nós. Veja-se COSTA, José de Faria, «Vida e Morte em direito penal (esquisto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2004, N.º1/2, p. 186.

⁴² COSTA, José de Faria, «Vida e Morte em direito penal» (cit.), p.191-192.

poderemos afirmar.

Foquemo-nos, agora sim, nas formas de eutanásia e como o direito penal atual as cuida, quando o titular do bem jurídico “Vida Humana” pretende “deixar de viver”⁴³.

Portanto, estaremos perante eutanásia passiva quando o doente renuncia às medidas de prolongamento ou sustentação da vida, ou seja, a vontade do titular do bem jurídico vida é a de que o médico se abstenha ou interrompa os tratamentos médicos que mantêm a sua existência. Mesmo que o médico detenha o dever de garante⁴⁴ de salvaguarda da vida do seu paciente, o direito penal não o punirá em nome do direito de autodeterminação e dignidade humana do seu doente⁴⁵, que tomou tal decisão livremente, depois de devidamente informado e pretendendo morrer de “morte natural”.

A declaração de Lisboa, da Associação Internacional de Médicos, determina isto mesmo, que “o paciente tem o direito de consentir ou recusar um tratamento na base de esclarecimento adequado”; assim, o esclarecimento na tomada de decisão dimana diretamente do direito à autodeterminação e da dignidade do doente⁴⁶. Face ao que já foi referido, se o direito penal punisse os médicos que respeitam a decisão do seu paciente deixaríamos de estar perante uma justa solução penal.

Apenas o médico verá a sua conduta ser crime, e punível como homicídio⁴⁷, se não manifestando o enfermo qualquer vontade, este omitir o seu dever imposto penalmente em relação a este último.

Quando tal não aconteça, a conduta adotada pelo médico não será considerada crime à luz do direito penal, pois a oposição do paciente faz cessar o dever de garante e, com ele, a obrigação de cuidar^{48 49}. Esta perspetiva, conjugada com o art.131º CP e com o art.156º CP, permite afirmar que a eutanásia passiva, quando em conformidade com a vontade do enfermo não é criminalmente punida. Se pelo contrário, o médico que

⁴³ Expressão de José de Faria Costa, in COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal» (cit.), p. 796.

⁴⁴ Disposto no art. 10.º CP.

⁴⁵ GARCIA, M. MIGUEZ, *ob. cit.*, p. 40.

⁴⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal* (cit.), p. 421.

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao art.131º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 22.

⁴⁸ Disposição do art. 156.º CP.

⁴⁹ Para Kienapfel “o bem jurídico protegido é a livre decisão sobre a realização ou a permissão de um tratamento, e não a integridade física como tal”, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.* [n. 46], p. 452.

conhece a oposição do seu paciente e prossegue com o tratamento será punido pelo art. 156.º CP. Perante esta forma de eutanásia, o direito penal determina que o direito de autodeterminação do titular do bem jurídico “Vida Humana” se sobreporá ao direito à vida protegido pelo Estado. Na nossa opinião, outra solução não poderia ser dada, depois do que já foi *supra* referido, diante de um direito liberal, como o nosso, que pretende chegar à justa decisão penal. Assim, compartilhamos a afirmação de FIGUEIREDO DIAS quando define que esta opção do paciente é reflexo da liberdade de dispor do seu corpo e da sua própria vida⁵⁰, ao qual o direito penal não pode ser alheio. Quando o paciente já se encontra num estado em que não tem condições de manifestar a sua vontade, deverá o médico recorrer à vontade presumida derivada, por exemplo, das conversas ou afirmações anteriores ou de determinadas referências escritas, como as declarações antecipadas de vontade. Estas passaram a ser admitidas e reguladas, em Portugal, através da Portaria n.º 96/2014 e pela Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho.

O testamento vital é um documento onde o cidadão pode inscrever os cuidados de saúde que pretende ou não receber, como também, a nomeação de um procurador de cuidados de saúde. Será neste, onde se encontram as declarações antecipadas da vontade do doente, que periodicamente reiteradas, se pode basear o médico para a sua atuação clínica, já que o testamento constitui o mais forte indício da vontade presumida do declarante, sendo que, só poderá ser desobedecido se forem conhecidas razões que definam que a sua vontade se alterou⁵¹. O respeito por este representa a dignidade atribuída a cada cidadão de ver a sua decisão, livre e informada, honrada⁵².

Totalmente diferente da eutanásia referida teremos a eutanásia ativa indireta, porquanto esta levará ao encurtamento do período da vida, como consequência indesejada da conduta adotada pelo médico que tem como objetivo minorar a dor ou o sofrimento do enfermo.

Não podemos descurar que tal atuação do médico preenche o tipo-ilícito do

⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao art. 131º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.27

⁵¹ O art. 6.º da Portaria dispõe da eficácia e condições de admissibilidade do testamento vital.

⁵² PEREIRA, André Gonçalves Dias, «Declarações antecipadas de vontade: meramente indicativas ou vinculativas?», in Costa, José de Faria/ Godinho, Inês Fernandes, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma perspectiva integrada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 59.

homicídio porque conduz à morte de outra pessoa, contudo, a sua conduta será justificada pela intenção do médico, ou seja, o médico apenas tem a intenção de ajudar o seu paciente, tendo o seu consentimento, para diminuição das dores ou sofrimento e não o dolo de o matar. E neste sentido, o direito penal justo face à realidade social tenha de possibilitar a ação produzida por aquele.

Entende, então, a maioria da doutrina que a sua conduta é atípica ao crime de homicídio, para além de ser uma ação permitida pelo risco⁵³, e não punida penalmente, já que o médico ao prescrever a medicação vai ao encontro do desejo expresso ou presumido do paciente, que quer o alívio das dores e do sofrimento, tendo consciência dos efeitos secundários da medicação (que podem encurtar o tempo de vida e apressar a morte), mas põe na sua administração o cuidado face às circunstâncias concretas^{54 55}.

Perante a evolução da medicina, não se entenderia que também esta forma de eutanásia constituísse crime já que corresponde à escolha do paciente. De acordo com FIGUEIREDO DIAS, opinião que partilhamos, estamos perante mais uma situação em que o direito de autodeterminação do enfermo prevalecerá em relação ao direito à vida⁵⁶.

Depois de tudo o que já foi mencionado, o problema central sobre a eutanásia, coloca-se em relação à eutanásia ativa direta, ao qual FARIA COSTA entende por “ajuda ao deixar de viver”⁵⁷. Isto é, a conduta adotada pelo médico tem como finalidade

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao art. 131º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 29-32.

⁵⁴ Sublinha Costa Andrade que esta conduta é reconhecida jurídico-penalmente como sendo lícita, reclamando estas práticas médicas um específico regime em matéria de acordo e esclarecimento, in ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.* [n. 46], p. 411.

⁵⁵ Porém existe quem determine outras soluções, ainda que, reconheça que o dolo eventual homicida seja difícil de afastar. A maioria da doutrina alemã aponta a solução à eutanásia indireta, como sendo, um estado de necessidade justificante pois pondera a mais-valia de um dos interesses opostos. Assim o interesse no alívio das dores insuportáveis ultrapassa o risco de um ligeiro encurtamento da vida. O médico tanto tem a obrigação de preservar a vida do paciente como o dever de minorar os sofrimentos físicos e psíquicos do mesmo “A própria ação dolosa não contém qualquer risco socialmente desaprovado que se possa refletir no resultado.”, in GARCIA, M. Miguez, *ob. cit.*, p. 43.

⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao art.131º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 29.

⁵⁷ Expressão utilizada por Faria Costa para a eutanásia ativa direta consentida e pedida dentro dos limites previamente definidos levada a cabo por médico, COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», in AA.VV, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra

o encurtamento da vida do doente, e neste sentido, preenche o tipo-ilícito doloso do crime de homicídio.

Será que este auxílio médico, respeitando o direito de autodeterminação do enfermo, não deveria ter a mesma primazia que vimos possuir nas outras formas de eutanásia?

A resposta à pergunta pelo direito penal, atualmente, é negativa. Aliás qualquer pessoa, independentemente de estarmos perante um ato médico, que adotar a conduta homicida poderá ser punida conforme três tipos de ilícitos penais: primeiro, estando verificados os requisitos do art. 134.º CP, estaremos perante um homicídio a pedido da vítima; segundo, perante a inexistência de pedido da vítima e havendo atuação do agente por misericórdia, a conduta será punida pelo art. 133.º CP, ou seja, enquanto homicídio privilegiado; terceiro, não se verificando nenhuma das circunstâncias anteriormente mencionadas, estaremos perante um homicídio simples, previsto no art. 131.º CP. Nalguns casos poderemos estar perante o crime de ajuda ao suicídio, previsto no art. 135.º CP, mas somente se a morte for provocada pelo próprio detentor do bem jurídico vida, sendo que o terceiro só auxilia na morte. Aqui o domínio do facto é controlado pela vítima, diferentemente dos casos de homicídio em que é controlado pelo agente. E, neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO defender a não punibilidade da ajuda ativa ao suicídio em “contexto eutanásico” porque apenas o agente ajuda o titular do bem jurídico “vida” a pôr termo à sua vida, desde que o facto não ofenda os bons costumes.⁵⁸

Editora, 2003, p.776.

⁵⁸ Esclarece-nos que “será preferível autorizar a interferência de terceiro na concretização da decisão séria, livre e “verdadeira” de “deixar de viver”, a impor à pessoa em contexto eutanásico um dever incompatível com a liberdade de suicídio ou, em alternativa, uma forma cruel, humana indigna e desnecessariamente violenta de execução da decisão de morrer”, acrescentando que à luz do princípio da solidariedade social o titular do bem “vida” determina a legitimidade do auxílio à morte (ajuda ao suicídio), ou seja, o médico apenas proporcionará ao paciente uma morte mais humana do que aquela que ele poderia por si mesmo produzir. Assim, “uma vez que a lesão da vida propriamente dita é executada pelo seu titular a ajuda ativa ao suicídio traduz-se num acréscimo do perigo de autolesão, por via da intromissão de terceiro na concretização da decisão de “deixar de viver” tomada por livre iniciativa do próprio”. Daí que não corresponda a um ataque ao bem jurídico vida praticado por terceiro, mas sim a uma autolesão, que, embora preenchendo o tipo-ilícito do art. 135.º CP, o consentimento do titular do bem vida afastará a punibilidade do que auxilia o suicídio, desde que o facto não ofenda os bons

FIGUEIREDO DIAS responde afirmativamente e sublinha que somente uma intervenção legislativa que contenha pressupostos rigorosos fará com que a conduta típica, ilícita e culposa deixe de ser criminalizada⁵⁹.

A nossa resposta será, tal como o autor, afirmativa, bem como a de FARIA COSTA⁶⁰ e INÊS GODINHO⁶¹, mas cabe ressaltar que apenas quando verificados os pressupostos determinados por lei para a conduta justificante, para que sejam garantidas a certeza e segurança jurídico-penal.

Tal como acontece com a inovadora solução da IVG, também aqui terá o direito penal que admitir uma solução concretizadora de uma concordância prática entre os dois direitos em conflito: direito à autodeterminação/integridade pessoal e o direito à vida⁶².

Poderíamos admitir que o argumento primário, para a resolução da discussão jurídico-penal sobre a ajuda à morte ativa direta, seria a dignidade da pessoa humana, já que a República Portuguesa se baseia neste princípio, consagrado no art.1º da CRP. Aliás qualquer intervenção jurídica, seja ela penal ou não, deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Quando se diz que uma vida já não é digna de ser vivida pretende-se legitimar o direito à morte. Contudo, o critério da dignidade humana não

costumes. BRITO, Teresa Quintela de, «Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?», *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 80, 2004, p. 599 e s.

⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte» (cit.), p. 214 e s.: “Nos casos – que a medicina afirma serem hoje pouco frequentes – em que o mortalmente enfermo manifesta a sua vontade séria e esclarecida (ou ela se deva presumir, quando aquela manifestação não seja possível) de que ponham termo, por ação passiva direta, à sua vida, um acompanhamento compreensivo e humano da morte, aliado a uma terapia da dor tão eficiente quando possível (mesmo que atinja a natureza de ajuda à morte ativa indireta) confirma uma atuação que, devendo ainda ser considerada como “tratamento”, cabe precipuamente na função do médico e tem vantagens de toda a ordem sobre a permissão jurídica, ainda que sob rigorosos pressupostos procedimentais, da ajuda à morte ativa direta”.

⁶⁰ Afirma que a aceitação ativa consentida e pedida ao médico pelo doente corresponde a uma alteração substancial, radical, do paradigma daquilo que se considera *definitional stop*. Ao absoluto da vida contrapõe-se o absoluto de um “eu” que assume a autodeterminação na plenitude da sua própria autodeterminação. COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal» (cit.), p. 783.

⁶¹ Sublinha que a atual realidade médica exige uma interpretação historicamente situada do art.134.º CP. O que conduz, necessariamente, ao tratamento diferenciado dos casos de eutanásia em contexto médico, em nome, do exercício da autodeterminação do paciente e porque dogmaticamente considera-se o comportamento em causa como um suicídio mediato (por mão alheia). GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p.413.

⁶² Resultado da aplicação do art. 18.º, n.º 2, da CRP.

permite uma discussão racional sobre a eutanásia, por se tratar de um conceito bastante abstrato e dificilmente poder fornecer critérios racionais para a admissibilidade da morte de um paciente em concreto⁶³.

Diferentemente, e sendo um argumento consistente, no nosso entendimento, para a defesa da Eutanásia, assim como defendido por FARIA COSTA⁶⁴ e INÊS GODINHO⁶⁵, no âmbito da relação médico-paciente, a autodeterminação/autonomia do enfermo, consagrada no art. 26.º, n.º 1, da CRP, que conduz à prevalência do direito de decidir sobre a intervenção e tratamentos médicos, admitido pela Lei Fundamental, deve, também, admitir o direito a dispor sobre a sua própria vida. Isto quer dizer que até determinado ponto deve a autodeterminação prevalecer sobre o direito à vida. Tal limite é determinado pela vontade informada do paciente como nos casos da eutanásia passiva, ativa indireta e homicídio a pedido da vítima.

Cabe esclarecer que não defendemos que o homicídio a pedido da vítima deva ser despenalizado, já que se trata de eutanásia ativa direta em sentido estrito, pelo contrário, o interesse geral em que a vida humana (de outras pessoas) se mantenha intocável deve ser protegido, e visto como um limite à admissibilidade da posição que se defende.

Atualmente poderemos admitir que, em casos excepcionais, atuando o médico com o consentimento do doente, para além do pedido sério, instante e expresso, veja esta sua conduta ser lícita já que o ato médico é o resultado apenas da afirmação indiscutível da ideia de autodeterminação do paciente, ou seja, apenas existe ato médico se o paciente quiser que ele exista. Ora, a alteração de paradigma das relações entre o médico e o agora doente faz com que o centro do ato médico deixe de estar materialmente naquele que tem o *status* de médico, mas antes e definitivamente no próprio doente⁶⁶. Aliás poderemos admitir, assim como INÊS GODINHO⁶⁷, que estes casos configuram um

⁶³ MONTE, Mário Ferreira, «Da relevância penal de aspectos onto-axiológicos-normativos na eutanásia – análise problemática», in Costa, José de Faria/ Godinho, Inês Fernandes, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma perspectiva integrada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 331.

⁶⁴ COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal» (cit.), p. 777-779.

⁶⁵ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*, ob. cit., p.413-415.

⁶⁶ COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de ato médico», in Costa, José de Faria/ Godinho, Inês Fernandes, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma perspectiva integrada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 392.

⁶⁷ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de*

suicídio (por mão alheia), cometido de forma mediata, pelo que o comportamento em causa deverá ser lícito. Deverá, aqui também, ser encontrado um ponto de equilíbrio entre a autodeterminação do paciente, o direito à vida e a consolidação da pertença dos médicos, como os únicos intervenientes legítimos, para que a eutanásia ativa direta seja tida como não punível criminalmente, como aconteceu com a IVG.

Portanto, o reconhecimento da morte assistida será o resultado do desenvolvimento da sociedade dos dias de hoje, que através de uma regulamentação específica pela lei, garantirá a certeza e segurança jurídicas, sem colocar em causa a proteção plena da vida humana. Veja-se a Holanda, que foi o primeiro Estado europeu a legalizar a eutanásia em contexto médico, em 2001, constituindo, atualmente, justiça penal a lei da Terminação da Vida a Pedido e Suicídio Assistido. Tal como este país, também, a Bélgica, Luxemburgo e Austrália⁶⁸ passaram a admitir a eutanásia ativa direta como uma solução penalmente justa em nome da sua sociedade.

Resta-nos finalizar dando a resposta à pergunta suprema que terá de ser, no nosso entendimento, depois da posição que adotamos, negativa, cabendo a nós lutar pela liberdade para morrer, tal como, defende INÊS GODINHO⁶⁹, pois sem atender à autodeterminação do paciente que permite a atuação do médico, não contemplará o direito penal a pretendida justiça que a sociedade dos nossos tempos reclama, em relação ao bem jurídico vida nos casos de eutanásia ativa direta como um ato médico.

O mesmo acontece relativamente à IVG, porque, se hoje o legislador penal não admitisse o aborto nos termos do art.142º/1/e) CP não estaria a ir de encontro à sociedade atual, ou melhor, estaria a desconsiderar o momento e o tempo de hoje que reivindicam uma justiça penal diferente da vivenciada anteriormente. Aliás, a dignidade da mulher reflete-se na opção que lhe é permitida em relação ao aborto, ou seja, é uma opção fruto de uma sociedade de hoje, ao qual, o direito penal não poderia ser indiferente e, por isso mesmo, permitir que a mulher tenha liberdade na sua decisão para

Comparticipação em Direito Penal, ob. cit., p. 413.

⁶⁸ RAIMUNDO, Ângela Oliveira Narciso, *O Direito a uma Boa Morte: a Procura da Justificação para a não Punibilidade da Eutanásia Activa Directa*, Dissertação de Mestrado (2º Ciclo), Coimbra, 2014, p. 29, GARCIA, M. Miguez, *ob.cit.*, p.39

⁶⁹ Expressão utilizada por Inês Fernandes Godinho para afirmar que “mesmo não podendo sufragar-se um “direito a morrer”, terá sempre de se defender a liberdade para morrer”, in GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal, ob. cit.*, p.424.

a prática do aborto, já que não seria admissível impor à mulher uma gravidez não desejada, pois se tal fosse possível estaríamos a permitir que o direito penal instrumentalizasse o corpo da mulher e violasse, descaradamente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Daí que o bem jurídico vida humana não seja um bem jurídico absoluto, mas sim ponderado de acordo com o art. 18º, n.º 2, da CRP, quando choça com os direitos fundamentais da mulher.

Assim, o bem jurídico-penal “vida humana”, mesmo não tendo qualquer definição, deve partir do indivíduo para que possamos claramente afirmar que o direito penal é liberal, pois apenas a pessoa humana deverá ser o ponto de partida e de chegada e, por isso, deverá ser ponderado à luz do critério da proporcionalidade quando colida com os demais direitos fundamentais.

Portanto, o direito penal, a justiça e o bem jurídico vida humana estarão sempre lado a lado, ao longo dos tempos, numa luta em que a sociedade verá a sua voz ponderada. Daí a solução, hoje, encontrada para o aborto em Portugal e a discussão atual da admissibilidade da eutanásia ativa direta, como *supra* manifestado.