

# A MORTE ASSISTIDA EM PORTUGAL

INÊS FERNANDES GODINHO

*Fora das supostas tradições milenares sobre os deveres da  
profissão médica, não há apenas a possibilidade do caos,  
da desumanidade ou do assassinato.  
Há também lugar para uma humanidade maior.  
(Laura Ferreira dos Santos, “A Morte Assistida  
e Outras Questões de Fim-de-Vida”)*

**Resumo:** no presente texto, discute-se a problemática da morte assistida em Portugal a partir da perspectiva da relevância de uma intervenção legislativa nesta matéria e de quais os contornos que a mesma poderá apresentar.

**Palavras-chave:** morte assistida; eutanásia; despenalização; autodeterminação do titular do bem jurídico vida; objecção técnica; objecção de consciência.

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Um dos temas que têm vindo a ganhar espaço progressivo no fórum público português é a problemática da despenalização da morte assistida. Tomando como ponto de partida das nossas reflexões a assunção de que não existe, neste tema, possibilidade de obtenção de um absoluto consenso, torna-se, todavia, de meridiana clareza o facto de que a discussão sobre esta problemática já não pode ser ignorada no nosso país.

Falar sobre a morte assistida em Portugal é ter de responder, necessariamente, a duas questões.

---

<sup>1</sup> O presente texto teve por base a comunicação proferida nas IV Jornadas Açorianas de Direito, subordinadas ao tema “Movimentos Atuais de Criminalização e de Descriminalização”, realizadas nos dias 10 e 11 de Novembro, em Ponta Delgada. Permitimo-nos, aqui, agradecer o convite para participar nas Jornadas que nos foi dirigido pela Comissão Organizadora.

Em primeiro lugar, à questão do “se”, ou, de outra maneira, se deve existir uma intervenção legislativa no sentido de despenalizar a morte assistida em Portugal. Apenas e na medida em que esta primeira questão seja respondida de forma positiva é que poderá passar-se a uma tentativa de resposta a uma segunda questão, designadamente a questão do “como”, ou seja, aceitando-se que deve ou que poderá existir a despenalização da morte assistida em Portugal, quais são os requisitos e pressupostos que a regulamentação desta realidade deverá assumir.

Nesta sequência, as nossas considerações vão ser estruturadas em duas partes. Uma primeira que pretende tornar claras as razões que nos levam a responder afirmativamente à questão do “se” e, em um segundo momento, os limites do “como”, atendendo ao significado de uma intervenção legislativa no âmbito desta problemática.

## §1. O “SE” DA MORTE ASSISTIDA

Coloca-se a questão de saber se, atendendo ao quadro normativo em Portugal, a morte assistida deve ou não vir a ser uma realidade autónoma do ponto de vista da sua regulamentação jurídica. E apenas podemos conceder a necessidade de intervenção legislativa quando existam situações que não sejam tuteladas pelo direito ou que não possam ser enquadradas no espaço livre de direito<sup>2</sup> ou, em uma outra perspectiva, realidades que, não sendo reguladas, o devam ser.

Deste ponto de vista, o quadro normativo que deverá ser convocado a propósito da problemática da morte assistida em Portugal prende-se, fundamentalmente, com cinco normas do Código Penal, as quais poderemos ainda complementar com alguma legislação avulsa. Referimo-nos, no Código Penal, aos arts. 134.º e 135.º relativos, respectivamente, ao homicídio a pedido da vítima e ao incitamento ou ajuda ao suicídio, ao que acrescem os arts. 150.º, 156.º e 157.º daquele mesmo Código, atinentes ao designado direito penal médico. Em termos de legislação avulsa podemos convocar, por um lado, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos<sup>3</sup> e, por outro lado ainda, referir a Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, relativa ao Testamento Vital.

Quanto à questão do “se”, no fundo, o problema que se coloca é o de saber se haverá necessidade de uma regulação da morte assistida em Portugal, na justa medida em que se identifica na legislação acima mencionada uma lacuna que obrigue a essa mesma regulação.

<sup>2</sup> Sobre “espaço livre de direito”, Arthur KAUFMANN, *Filosofia do Direito* (trad. António Ulisses Cortês), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 337 e s.; A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, *Studia Iuridica* 1, BFD, Coimbra, 1993, p. 206 e s.

<sup>3</sup> Aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016 e publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, de 21 de Julho de 2016, doravante, Código Deontológico.

Na discussão sobre esta problemática importa, antes de mais, levar a cabo uma delimitação conceitual das realidades que integram a discussão a propósito da morte assistida.

Desde logo, o termo eutanásia, do ponto de vista da relação médico-doente<sup>4</sup>, congrega diversas situações<sup>5</sup>: por um lado, a eutanásia passiva significa a renúncia do doente a medidas de sustentação da vida ou a interrupção do respectivo tratamento, que, sendo atípica<sup>6</sup>, é, portanto, lícita, mais constituindo o desrespeito do médico pela vontade do doente um crime de tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, nos termos do art. 156.º do Código Penal<sup>7</sup>. Aliás, como se refere no art. 67.º, n.º 4, do Código Deontológico, ainda que apenas quanto aos meios extraordinários, *o uso de meios extraordinários de manutenção da vida não deve ser iniciado ou continuado contra a vontade do doente*<sup>8</sup>. Por outro lado, a eutanásia activa pode ser indirecta ou directa. A eutanásia activa indirecta designa a realização de medidas de diminuição da dor (com respeito da indicação terapêutica) com o consentimento do doente<sup>9</sup>. Também esta forma de eutanásia não tem relevância jurídico-criminal,

<sup>4</sup> E não aquela de médico-paciente, em harmonia com as reflexões tecidas por José de FARIA COSTA, “Em redor da noção de acto médico”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 138 (2009), p. 126 e s., que subscrevemos.

<sup>5</sup> FIGUEIREDO DIAS propõe uma alteração de terminologia para aquela de “ajuda à morte”. Todavia, reiterando o sentido do entendimento que já tivemos oportunidade de expor quanto a esta questão, não nos parece a mesma fazer sentido no ordenamento jurídico, político e histórico português. Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, “A «ajuda à morte»: uma consideração jurídico-penal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 137 (2008), p. 202 e s.; *idem*, Antes do Art. 131.º, §§ 26-30, in: Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 1-34, p. 18-20; e o nosso *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 259-262.

<sup>6</sup> Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, Antes do Art. 131.º (cit.), §§ 36-37, p. 23.

<sup>7</sup> Neste sentido, Manuel da COSTA ANDRADE, “Consentimento em Direito Penal Médico — O consentimento presumido”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14 (2004), pp. 117-148, p. 129; *idem*, Art. 156.º, §§ 20-21, in: Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 604-605; Maria da Conceição CUNHA, *Vida Contra Vida. Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, nota 658, p. 262.

<sup>8</sup> Não podemos deixar de, neste contexto, salientar que, nos termos do n.º 5 do mesmo art. 67.º, *não se consideram meios extraordinários de manutenção da vida, mesmo que administrados por via artificial, a hidratação ou a administração por meios simples de pequenos débitos de oxigénio suplementar*. Ora, atendendo ao teor do art. 2.º, n.º 2, al. b), da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho (Regime das Directivas Antecipadas de Vontade — Testamento Vital), em que se prevê expressamente a faculdade de mesmo através de Directiva Antecipada de Vontade (DAV) deixar expressa a vontade de não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais, temos alguma reserva em compreender o teor do citado n.º 5 do art. 67.º do Código Deontológico, na medida em que pretende querer significar que os meios extraordinários ali excepcionados possam ser administrados independentemente da vontade expressa ou manifestada através de DAV do doente.

<sup>9</sup> Não obstante, de acordo com a Declaração contra a Eutanásia assinada pelos cinco últimos Bastonários da Ordem dos Médicos, disponível em [http://www.medicoscatolicos.pt/images/pdf/Eutanasia/Declaracao\\_so-bre\\_eutanasia\\_de\\_5\\_bastonarios.pdf](http://www.medicoscatolicos.pt/images/pdf/Eutanasia/Declaracao_so-bre_eutanasia_de_5_bastonarios.pdf), se considere que “[n]ão é eutanásia a aplicação de medicação ministrada com a intenção de diminuir o sofrimento do doente terminal mesmo que contribua indirectamente para lhe abreviar a vida (mecanismo do duplo efeito)”, a terminologia a que aqui recorremos é, de resto, dominante na doutrina

na medida em que traduz a realização de um acto médico<sup>10</sup> condicionado pela autodeterminação do doente sendo, portanto, atípica<sup>11</sup>. Diferentemente, a eutanásia activa directa significa o encurtamento da vida de um doente que tal pediu, através de uma conduta activa, coincidindo, em termos de actuação, com a designada injeção letal e, em termos jurídico-penais, com o crime de homicídio a pedido da vítima, previsto no art. 134.º do Código Penal<sup>12</sup>. Ressalta desta delimitação conceitual que o traço comum a todas as formas de eutanásia reside, justamente, na existência de uma manifestação de vontade (expressa) do doente de querer deixar de viver.

A terminologia relacionada com o suicídio é, também ela, dotada de significado próprio. Enquanto que o auxílio ao suicídio corporiza, sinteticamente, o crime de ajuda ao suicídio tipificado no art. 135.º do Código Penal, podendo ser levado a cabo por qualquer pessoa, o suicídio assistido refere-se apenas àqueles casos em que as partes da relação suicida-assistente se situam no âmbito da relação médico-doente, ainda que estes casos possam ser também subsumíveis ao tipo do art. 135.º acima referido. Também aqui encontramos um nódulo coincidente a todas as formas de participação no suicídio, designadamente a circunstância de a manifestação de vontade do doente se traduzir na execução do último acto que conduzirá à morte, ou seja, existe uma indução de uma morte não natural através de uma intervenção consciente do suicida na sua vida. É o suicida que decide o “se”, o “quando” e o “como”<sup>13</sup>.

Finalmente, a assistência na morte pode ser definida como a diminuição da dor sem o encurtamento da vida de um doente moribundo, sendo o campo paradigmático dos cuidados paliativos<sup>14/15</sup>.

---

jurídico-penal da perspectiva de ser considerada como acto médico activo indirecto no pátamar do fim de vida, quer como eutanásia, quer como “ajuda à morte”. Cfr. José de FARIA COSTA, “O fim da vida e o direito penal”, in: *idem*, *Linhas de Direito penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 105-161, p. 132; Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 411; Jorge de FIGUEIREDO DIAS, Antes do Art. 131.º (cit.), § 48, p. 29; Teresa Quintela de BRITO, “Crimes contra a vida: questões preliminares”, in: *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 25-68, p. 43; na doutrina alemã, por todos, Annekatrin HABICHT, *Sterbehilfe — Wandel in der Terminologie*, Frankfurt: Peter Lang, 2009, p. 35 e s.

<sup>10</sup> Com respeito, na falta de outra definição legal, do recorte típico do art. 150.º do Código Penal.

<sup>11</sup> Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, Antes do Art. 131.º (cit.), § 52, p. 31; Manuel da COSTA ANDRADE, Anotação ao Art. 134.º, §§ 37-42, in: Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Coimbraense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 115-119.

<sup>12</sup> Veja-se Manuel da COSTA ANDRADE, Anotação ao Art. 134.º, §§ 25-33, p. 109-113, e o nosso *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 245.

<sup>13</sup> É o suicida que tem o domínio do designado “point of no return”.

<sup>14</sup> Cfr., entre nós, Helena Pereira de MELO/Teresa Pizarro BELEZA, “Uma vida digna até à morte: cuidados paliativos no direito português”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Ad Honorem. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, BFD*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 665 e s.

<sup>15</sup> Aprofundadamente, a propósito da delimitação conceitual destas realidades, veja-se o nosso *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal* (cit.), p. 227 e s.

De outro modo, em termos jurídico-penais a morte assistida liga-se fundamentalmente aos arts. 134.º e 135.º do Código Penal, quando referidos à relação médico-doente. Nesse sentido, existem duas realidades que claramente sobressaem, integrando o horizonte do problema que aqui se pretende analisar da morte assistida, designadamente a eutanásia activa directa e o suicídio (medicamente) assistido.

No patamar da problemática da morte assistida são, contudo, misturados dois campos que, em nosso modo de ver, devem ser vistos separadamente, ou seja, absolutidade da protecção da vida não pode significar dever de viver. Quer isto dizer que uma protecção penal que vá para além da imposição a terceiros da abstenção de ataques à vida determinará uma negação da auto-determinação do próprio titular do bem jurídico. Podemos ilustrar o significado destas considerações através de uma simples hipotização do suicídio como crime<sup>16</sup>. Com efeito, se assim fora — como já aconteceu — o direito à vida seria imposto contra o seu próprio titular<sup>17</sup>. Por outras palavras, mesmo não se podendo falar de um direito ao suicídio, em um Estado secular, liberal, de direito e democrático, também não se pode impor uma obrigação de viver<sup>18</sup>. Ou seja, dito de modo ainda mais claro: o que a absolutidade de protecção da vida significa é que não podem existir valorações externas ou terceiras relativamente à vida do próprio<sup>19</sup>, bem como que do direito à vida não poderá ser inferido um direito à morte<sup>20</sup>.

Com este pano de fundo, actualmente, através da conjugação dos arts. 134.º e 135.º do Código Penal, juntamente com o recorte típico dos tratamentos médico-cirúrgicos do art. 150.º do referido Código<sup>21</sup>, observamos a existência de uma realidade com a qual não podemos concordar. Com efeito, referindo-se o art. 134.º ao homicídio a pedido da vítima e o art. 135.º ao incitamento ou ajuda ao suicídio, a conjugação destas duas proibições deter-

<sup>16</sup> Com efeito, e como sublinha José de FARIA COSTA, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 125 e s., temos um poder de facto de dispor sobre o nosso corpo e sobre a nossa vida.

<sup>17</sup> Cfr. o nosso *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal* (cit.), p. 234 e s.

<sup>18</sup> Assim também, Ulfrid NEUMANN, “Das sogenannte Prinzip der Nichtdispositivität des Rechtsguts Leben“, *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, 2014, pp. 569-583, p. 576 e s.

<sup>19</sup> Ou vida sem valor de vida. Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 450.

<sup>20</sup> Esta questão foi já discutida no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, fundamentalmente, a propósito do seu art. 2.º. Com efeito, a jurisprudência do TEDH que, em especial, quanto ao art. 2.º, afirma peremptoriamente que do direito à vida consagrado nesta norma não pode decorrer o seu direito diametralmente oposto, ou seja, o direito a morrer. Particularmente clara neste aspecto é a decisão do TEDH, *Case of Pretty v. The United Kingdom*, n.º 2346/02, de 29 de Abril. A este propósito, veja-se ainda o nosso “Direito à morte ou liberdade para morrer. Revisitação do *Case of Pretty v. The United Kingdom* a respeito da morte assistida em doentes com VIH/SIDA”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 8, n. 8 (2016), pp. 169-178.

<sup>21</sup> Cfr. Manuel da COSTA ANDRADE, Anotação ao Art. 150.º, §§ 14-16, in: Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 463-464.

mina que um doente que não tenha a capacidade física para pôr fim à sua vida com respeito pelos limites impostos pelo princípio da dignidade da pessoa humana não pode ter assistência para o fazer, pelo que assumirá um dever de viver. Deste modo, conjugando estas duas normas com aquelas referentes ao direito penal médico, o quadro normativo existente é aquele segundo o qual, nas situações em que não se trate de deixar a doença tomar o seu curso, como em situações em que não se trate de diminuição de dor, o médico se torna criminalmente responsável pela sua actuação. Trata-se, outrossim, de uma limitação insustentável da liberdade de autodeterminação do doente, que se vê instrumentalizado — como meio e não como fim da legislação em causa, em clara oposição ao ideário liberal de que o nosso direito penal é herdeiro — com vista à manutenção de um certo quadro legal não compaginado com as possibilidades que a actual técnica médica oferece de prolongamento e sustentação da vida. Dito de forma dolosamente impressiva, se de um direito à vida não pode decorrer um direito à morte, não é também aceitável que do direito à vida decorra um dever de viver.

E o facto é que, neste contexto, a procura de solução justa tem levado a diversas propostas, que tendem a privilegiar aquela de uma solução de dispensa de pena do agente que praticou um acto de morte assistida<sup>22</sup>. Todavia, em nosso modo de ver, a dispersão de propostas conduz, ela também, a um resultado indesejável: ainda que todas elas tenham o mesmo sentido, ou seja, não responsabilizar o médico que pratica morte assistida nos estritos termos de um respeito pela vontade do doente, é também notório que nenhuma delas assegura, verdadeiramente, a possibilitação do exercício da autodeterminação do doente.

Em síntese conclusiva, mesmo não podendo sufragar-se um “direito à morte” como resposta possível, terá sempre de se defender a liberdade para morrer, o que significa, então, face ao quadro legal *supra* referido, a existência de uma necessidade de uma intervenção legislativa<sup>23</sup>, quer da perspectiva da certeza jurídica, quer, também, da perspectiva da segurança jurídica.

## §2. O “COMO” DA MORTE ASSISTIDA

Quanto ao “como” da morte assistida, e tendo em conta diversas objecções que têm sido feitas ao “se”, como, por exemplo, o argumento da “rampa

<sup>22</sup> Teresa Quintela de BRITO, “Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?”, in: *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 69-117, p. 102; Jorge de FIGUEIREDO DIAS, “A «ajuda à morte»: uma consideração jurídico-penal” (cit.), p. 215.

<sup>23</sup> Até mesmo para clarificar o enquadramento da actuação do médico, problema, aliás, que ainda hoje se faz sentir na Alemanha. Veja-se o recente texto de Michael KAHLO, “Sterbehilfe und Menschenwürde”, *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, pp. 711-738, p. 713.

deslizante” (*slippery slope*)<sup>24</sup> — e que pensamos, permita-se-nos, deverem antes ser consideradas no “como” —, importa ter como horizonte compreensivo do “como” os eixos principais que nos permitiram chegar ao “se”:

- a) assegurar que se trata do exercício de autodeterminação do doente;
- b) no contexto de situações-limite (em que não é possível ao doente exercer essa mesma autodeterminação)<sup>25</sup>; e
- c) estar em causa a possibilitação de liberdade e não a imposição de um dever de agir.

Apenas com este horizonte compreensivo pensamos ser possível uma proposta de regulação de morte assistida que, por um lado, se afigure como justa na afirmação do “eu”<sup>26</sup> e, por outro lado, não materialize os principais argumentos contrários à sua existência, *maxime*, a rampa deslizante<sup>27</sup>. Ao que acresce, sublinhe-se, que a regulação da morte assistida terá sempre de arrancar de uma noção de acto médico que assente em um paradigma de hospitalidade, proposto, entre nós, por FARIA COSTA<sup>28</sup>, no qual médico e doente se afirmam como iguais.

Assim, a consagração normativa da morte assistida em Portugal deverá, em nosso modo de ver, obedecer a apertados critérios<sup>29</sup>, que procuraremos integrar nos seguintes pontos: (1) inserção sistemática da intervenção legal no ordenamento jurídico-penal português; (2) aspectos que devem ser regulados — *i*) condições e critérios que devem ser cumpridos pelos candidatos positivos à norma; *ii*) forma de apresentação do pedido de assistência; *iii*) modo de avaliação do pedido; e *iv*) a objecção técnica e a objecção de consciência.

<sup>24</sup> Cfr. Hans Joachim HIRSCH, “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe”, *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p. 613; e o nosso *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal* (cit.), p. 344 e s.

<sup>25</sup> A este propósito, veja-se o nosso “Der Tod als «Grenzsituation» und die Strafbarkeit der aktiven direkten Sterbehilfe nach § 216 StGB und Art. 134 des portugiesischen StGB”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, ano 162 (2015), p. 329 e s.

<sup>26</sup> Como refere José de FARIA COSTA, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 133, a consagração e a “aceitação da eutanásia — da eutanásia activa consentida e pedida — corresponde a uma alteração substancial, radical, do paradigma daquilo que se considera um absoluto, um *definitional stop*. Ao absoluto da vida contrapõe-se o absoluto de um “eu” que assume a autodeterminação na plenitude da sua própria nadificação”.

<sup>27</sup> Não obstante a sua natureza circular. Cfr. Michael KAHLO, “Sterbehilfe und Menschenwürde” (cit.), p. 727.

<sup>28</sup> José de FARIA COSTA, “Em redor da noção de acto médico” (cit.), p. 126 e s.

<sup>29</sup> Em que se torna incontornável a proposta integrada por seis pontos axiais que foi apresentada, entre nós, por José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 149, nos quais se incluem a excepcionalidade da eutanásia activa, o carácter extremo da doença, a imposição da prática por médico, a maioria e capacidade do doente, a oferta de cuidados paliativos e o direito de objecção de consciência do médico.

## 1. Inserção sistemática

Quanto ao primeiro ponto indicado, coloca-se a questão de saber se a intervenção legislativa deve assumir a forma de uma lei especial, ainda que podendo ser aditado um n.º 3 aos arts. 134.º e 135.º do Código Penal<sup>30</sup> remetendo para essa lei ou se deverá, antes, tratar-se de um aditamento ao Código Penal, um pouco à semelhança do que acontece com o art. 142.º do Código Penal, relativo à interrupção da gravidez não punível.

Temos para nós que, no ponto que ora nos ocupa, a força simbólica de exclusão da intervenção legislativa directamente no Código Penal, mantendo o mesmo (quase) inalterado justifica que esse deva ser o caminho seguido, aliás, em harmonia com exemplos que podemos encontrar no espaço europeu<sup>31</sup>.

Com efeito, o simbolismo associado à protecção de tendência absoluta da vida determina que neste patamar sejam encontradas soluções normativas que o refractem. Na verdade, o princípio da protecção absoluta da vida humana refere-se às formas de heterolesão daquele mesmo bem jurídico, tendo sido a — digamo-lo em termos gerais — ajuda ao suicídio sempre um ponto fracturante na compreensão da extensão daquele mesmo princípio e um exemplo de uma manifestação do simbolismo dogmaticamente sustentado no patamar da protecção penal da vida<sup>32</sup>. Daí que, repitamo-lo, esta protecção conferida pelo Código Penal deva encontrar conformação com uma lei extravagante e não no próprio Código.

Aliás, tendo em consideração os aspectos que deverão ser regulados — e tomando como base, por ora e em um primeiro momento, os exemplos que nos são oferecidos pelos países do Benelux<sup>33</sup> — seria estulto procurar inseri-los no Código Penal, dado que assim se perderia, necessariamente, a força simbólica e a sistematização da protecção penal da vida humana do Código Penal português<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> No patamar da ajuda ao suicídio, foi já proposta, entre nós, uma nova redacção ao art. 135.º do Código Penal por Teresa Quintela de BRITO, “Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?” (cit.), p. 116-117.

<sup>31</sup> Tendo esse, desde logo, sido o modelo adoptado na Holanda, que, como Portugal, tem no seu Código Penal as incriminações relativas tanto ao homicídio a pedido da vítima (art. 293.º), como à ajuda e incitamento ao suicídio (art. 294.º), diferentemente do que sucede, por exemplo, na Alemanha, onde apenas podemos encontrar a incriminação relativa ao homicídio a pedido da vítima (§ 216) no Código Penal e já não aquela de ajuda ou incitamento ao suicídio, ainda que o novel § 217 do Código Penal alemão tenha já, a este propósito, suscitado aceso debate. Quanto a este último, veja-se Torsten VERREL, “Vereine und Ärzte helfen nicht, nimm Dir selbst den Strick!”, *Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag*, 2015, p. 331 s. e o nosso “O justo e o simbólico em Direito Penal. Considerações a propósito da protecção penal da vida humana”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCII, Tomo I (2016), pp. 73-89.

<sup>32</sup> Por todos, Cfr. Manuel da COSTA ANDRADE, Anotação ao Art. 135.º, §§ 9-13, in: Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 133-167.

<sup>33</sup> Designadamente, a lei holandesa de 2001, a lei belga de 2002 e a lei luxemburguesa de 2009.

<sup>34</sup> De salientar, ademais, que tal intervenção legislativa relativa à morte assistida terá ainda implicações, por exemplo, no Código Deontológico, dado que aí se dispõe, em termos expres-

## 2. Aspectos a regular

Em uma despenalização da morte assistida em Portugal, por forma a respeitar o horizonte compreensivo dos três grandes eixos que nos permitiram chegar ao “se” — recorde-se, o exercício de autodeterminação no quadro de situações-limite, como forma de possibilitação de liberdade — terão, necessariamente, de se incluir como aspectos a regular a condição de saúde, *rectius*, o estado de doença, em que terão de estar os candidatos positivos à norma e a verificação dessa condição ou estado, o procedimento que permita garantir que se trata de uma vontade livre e séria e quais os limites de cumprimento dessa vontade.

Procuraremos, ainda que de modo sucinto, referir-nos a cada um destes problemas.

### ***i) Condições a cumprir pelos candidatos positivos à norma***

Quando nos referimos às condições a cumprir pelos candidatos positivos à norma, procuramos tornar claro que apenas em casos excepcionais poderá existir morte assistida. Casos que reflectam a impossibilidade de exercício de autodeterminação com respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana como expressão de uma vontade que é manifestação dessa mesma autodeterminação e autonomia.

Desta perspectiva, aqueles que poderão beneficiar da intervenção legislativa serão, em inteligência inversa, os que, no quadro legal vigente, se encontram sujeitos a um dever de viver juridicamente imposto.

O que nos leva à identificação de dois pressupostos: a condição doente (ou de doença) e a capacidade de autodeterminação.

Em termos das condições de doença a cumprir pelos candidatos positivos à norma, terá de se convocar, aqui, o problema dos casos que designamos como situações-limite. Com efeito, tratando-se de intervenção legislativa com sentido de permitir o exercício de autodeterminação, apenas poderão beneficiar desta intervenção legislativa aqueles doentes que não tenham possibilidade de a exercer. Dito de outro modo, aquelas situações-limite “caracterizadas pela impossibilidade do doente de pôr termo à própria vida”<sup>35</sup>. E, neste aspecto, não poderemos, naturalmente, aceitar como candidatos positivos à norma os doentes que ainda tenham possibilidade de — em um quadro sempre dominado pelos limites da dignidade humana — se autodeterminarem sem necessidade de intervenção (assistência) de terceiros (médico). Assim, parece-nos que apenas poderão ser equacionados como

---

— ainda, que, atendendo à delimitação conceitual feita *supra*, melhor se compreenda o verdadeiro alcance da norma — no art. 65.º, n.º 2, que *ao médico é vedada a ajuda ao suicídio, a eutanásia e a distanásia*.

<sup>35</sup> Cfr. o nosso *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal* (cit.), p. 376.

candidatos positivos à norma os candidatos portadores de doença terminal ou lesão incurável que seja causadora de sofrimento insustentável sem perspectivas de ser debelada para níveis suportáveis por medidas terapêuticas aceites pelo candidato.

No que toca ao segundo pressuposto enunciado, estes candidatos deverão ter capacidade de autodeterminação de modo a ser possível considerar o pedido de assistência como manifestação de vontade livre, séria e esclarecida, o que excluirá os candidatos menores<sup>36</sup>, aqueles portadores de anomalia psíquica e ainda os que não estejam conscientes ou lúcidos.

Em relação a todos estes, não deverá ser possível afirmar a capacidade para autodeterminação para a morte, dado que, em relação a eles, não se poderá fazer sustentar o pedido de assistência em uma manifestação de vontade suficientemente densa como efectivo discernimento para a avaliação do seu sentido e alcance para assumir a natureza de autodeterminação para a morte<sup>37</sup>.

### **ii) Avaliação do pedido**

Quanto à forma de apresentação do pedido e o modo como deve o mesmo ser avaliado, trata-se de pontos que apenas podem ser equacionados a partir da consideração de que o pedido tenha sido formulado por um efectivo candidato positivo à norma. Não obstante, a verificação do pedido serve também o propósito de assegurar que esse pressuposto se encontra cumprido.

Assim, o pedido deve ser dirigido a um médico e, ainda que, no momento de formulação, o possa ter sido feito inicialmente de forma oral, deverá ser reduzido a escrito. Aqui, importa ter em atenção, uma vez mais, a excepcionalidade do procedimento, o que, também levando em linha de conta alguns argumentos desfavoráveis aduzidos quanto a uma intervenção legislativa<sup>38</sup>, determina o cuidado que deve ser colocado na transparência desse mesmo procedimento.

---

<sup>36</sup> É certo que, em termos gerais, a manifestação de vontade sob forma de consentimento pode assumir relevância jurídico-penal a partir dos 16 anos, nos termos do art. 38.º, n.º 3, do Código Penal. Todavia, não obstante algumas legislações estrangeiras incluírem menores no âmbito dos candidatos positivos à norma, somos de opinião que a excepcionalidade dos casos e a sua matriz centrada na autonomia (autodeterminação) do doente justificam que a intervenção legislativa neste ponto seja restritiva, concordando com o eixo proposto neste particular por José de FARIA COSTA, "O fim da vida e o direito penal" (cit.), p. 149, excluindo-se, assim, os menores emancipados do universo da manifestação de vontade relevante enquanto pedido de assistência.

<sup>37</sup> Aqui poderemos fazer um símile com o pedido do art. 134.º do Código Penal, no sentido de poder este pedido ser também compreendido como um "consentimento qualificado", em que aos pressupostos do consentimento deverão acrescer os pressupostos específicos do pedido, *in casu*, de assistência. Cfr. ainda o nosso *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal* (cit.), p. 52 e s., *maxime*, p. 356.

<sup>38</sup> Herbert TRÖNDLE, "Sterbehilfe als rechtliches Problem", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 99 (1987), p. 25 e s., p. 38.

Por outro lado, a circunstância de o doente assumir a condição de doente relevante para a sua consideração no âmbito dos candidatos positivos à norma deverá ser, desde logo, avaliada pelo médico a quem o pedido é dirigido.

Todavia, tendo em atenção os dois vectores em causa — em suma, patologia e capacidade do doente — a avaliação isolada pode apresentar sérias desvantagens. Na verdade, mesmo aceitando que o médico a quem é dirigido o pedido possa ser especialista na patologia que afecta o doente, dificilmente poderá fazer uma avaliação conjugada da patologia e da capacidade do doente, atendendo à situação em causa. Consequentemente, parece-nos ser de impor uma avaliação que inclua um médico especialista na patologia que afecta o doente e, mesmo no caso de o médico a quem foi dirigido o pedido ser especialista na patologia, deverá sempre considerar-se necessária a intervenção de, pelo menos, um segundo médico, que permita a realização de uma avaliação não isolada, tanto relativamente à capacidade do doente para formular o pedido, como quanto à inclusão do doente no quadro das patologias relevantes para a sua consideração como candidato positivo à norma.

### ***iii) Procedimento a seguir para garantia da vontade livre e séria***

Como já antecipámos no ponto anterior, deverá existir a convocação de, pelo menos, um segundo parecer de médico, por forma a fazer a avaliação do pedido.

Mas tal não chega.

Pretendendo-se assegurar que a vontade é livre, séria e esclarecida, existem dois outros aspectos que, em nosso modo de ver, deverão figurar como vinculativos do procedimento a adoptar.

Em primeiro lugar, o médico a quem o doente dirija o pedido deverá prestar toda a informação necessária ao doente, onde se incluirá necessariamente aquela relativa aos cuidados paliativos<sup>39</sup>, como sustenta FÁRIA COSTA<sup>40</sup>, para que o doente possa reflectir sobre o pedido inicialmente formulado e, querendo, reiterá-lo, considerando-se que deve aqui ser restringido o privilégio terapêutico previsto na segunda parte do art. 157.º do Código Penal<sup>41</sup>, atendendo ao teor da decisão do destinatário do esclarecimento que está em causa.

<sup>39</sup> Na verdade, a relação entre os cuidados paliativos e a morte assistida que aqui se concebe não é uma relação alternativa, mas antes cumulativa: o doente poderá poder beneficiar tanto dos primeiros como da segunda.

<sup>40</sup> José de FÁRIA COSTA, “O fim da vida e o direito penal” (cit.), p. 149.

<sup>41</sup> Sobre a extensão deste privilégio, veja-se Manuel da COSTA ANDRADE, Anotação ao Art. 150.º, §§ 15-16, in: Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 639-640. Na verdade, trata-se, nas situações de que ora curamos, de casos em que o esclarecimento se dirige a um doente em uma “situação-limite”, pelo que a sua incompletude, atendendo às razões enunciadas no referido artigo, se afirmaria como obstáculo da formação de uma vontade séria e livre.

Em segundo lugar, o pedido deverá ser reiterado e, em pelo menos um dos momentos de reiteração, como já mencionado, deverá assumir a forma escrita, para que possa ser incluído, também, no dossier clínico do doente<sup>42</sup>.

Finalmente, tratando-se, como referido à saciedade, de assegurar a autodeterminação do doente, possibilitando a sua liberdade, a vontade manifestada não é vinculativa ou irrevogável, pelo que a mesma deverá poder ser revogada a qualquer momento até ao instante imediatamente anterior ao seu cumprimento, não tendo essa revogação, inversamente à formulação positiva de vontade, de obedecer a qualquer forma específica.

#### ***iv) Limites de cumprimento da vontade***

Convocando o eixo de que se trata de possibilitar a liberdade para morrer e não de impor um dever de agir, o médico destinatário do pedido, assim como qualquer médico chamado a intervir no processo, poderá sempre invocar objecção de consciência<sup>43</sup> — a qual entendemos que deverá ficar registada —, assim como objecção técnica para realização do pedido<sup>44</sup>.

Não se trata, afinal, de afrontar a profissão médica<sup>45</sup>, nem de a instrumentalizar para a realização de propósitos outros que não a afirmação de um paradigma de hospitalidade, pelo que ao médico não poderá ser imposto um dever de agir.

## **REFLEXÃO FINAL**

Naturalmente que o debate sobre a concretização legal de uma possível despenalização da morte assistida em Portugal não pode ficar exaurido nestas breves linhas.

Pretendemos, tão-só, convocar os pontos — ainda que, em alguns casos, de forma tópica — que nos parecem cruciais em qualquer debate sério e comprometido sobre esta problemática, tendo como pano de fundo os três eixos apontados.

A verdade é que, nesta matéria, todas as propostas que possamos apresentar serão sempre o corpo de uma tentativa impossível de solução de uma questão que, afinal, continua a constituir o grande mistério da vida: a morte.

Daí que a tentativa possível possa apenas passar por um caminho iluminado pela estrela polar que nos guia: a liberdade.

<sup>42</sup> Contribuindo para assegurar a já mencionada transparência do procedimento.

<sup>43</sup> Cfr. Augusto SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 130 e s.

<sup>44</sup> Neste ponto, veja-se ainda os arts. 12.º e 13.º do Código Deontológico.

<sup>45</sup> Como parece, por último, ser o entendimento de Lawrence R. HUNTOON, “Physician-Assisted Suicide and Euthanasia: The destruction of Morals, Ethics, and Medicine”, *Journal of American Physicians and Surgeons*, Vol. 21 (2016), p. 98 e s. que considera, p. 101, que a confiança nos médicos está a ser irreparavelmente prejudicada pelas iniciativas favoráveis à morte assistida.