



Diana Sofia Ferreira Couto

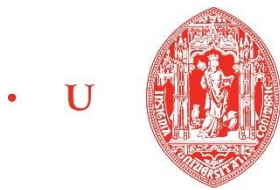
A AUTODETERMINAÇÃO E A EUTANÁSIA: ANÁLISE A PARTIR DAS NEUROCIÊNCIAS

Dissertação em Ciências Jurídico-Criminais

Coimbra, 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Diana Sofia Ferreira Couto

**A AUTODETERMINAÇÃO E A EUTANÁSIA: ANÁLISE A PARTIR
DAS NEUROCIÊNCIAS**

**“SELF-DETERMINATION AND EUTHANASIA: ANALYSIS FROM
NEUROSCIENCES”**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Professora Doutora Inês Fernandes Godinho

Coimbra, 2017

Numa época de tanto desenvolvimento ao nível dos cuidados de saúde, nem sempre é fácil identificar o que é fazer bem ou mal à/ao doente.

Se as minhas convicções sobre a vida e a morte, mesmo laicas, são tão íntimas e importantes quanto o são as convicções religiosas, como não equiparar as minhas últimas vontades ao último capítulo de uma peça de teatro ou à última estrofe de um poema.

Impor a todas as pessoas a necessidade de se pautarem por princípios que não lhes são próprios não pode senão ser uma forma de tirania, obrigando-as a aguentarem o que para elas pode ser uma experiência de horror, tanto mais quanto alguns de nós, a partir de certa altura, «poderão não querer viver mais na sua própria deterioração física e mortalidade».

*A morte e o morrer não são por nós perspetivados como verdadeira antecedência, limitamo-nos a pensar teoricamente que, um dia, teremos de morrer. Por isso, quando somos apanhados por uma doença que nos levará à morte, é no meio dessa nova e perigosa situação não verdadeiramente prevista que começamos a pensar no que nos pode acontecer e nas decisões que urge tomar.
(escolhas de fim-de-vida)*

Laura, Ferreira dos Santos, *A Morte Assistida e Outras Questões de Fim-de-Vida*, Almedina, 2015

Aos meus pais e irmã por todo o amor, carinho e dedicação nesta longa caminhada académica!

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Prof. Inês Godinho, pela orientação, disponibilidade, dedicação, paciência e amizade.

Agradeço aos profissionais de saúde que partilharam o seu saber comigo para a realização desta dissertação.

A toda a minha família pelo apoio, carinho e palavras de incentivo ao longo da minha vida académica.

Aos meus amigos pela atenção, apoio e força na realização desta dissertação. Para não correr o risco de não referir algum não vou identificar ninguém, pois aqueles a quem este agradecimento se dirige sabê-lo-ão.

Aos demais, o meu profundo e verdadeiro agradecimento por terem estimulado a minha cognição emocional no fim desta dissertação.

RESUMO

A presente dissertação aborda a eutanásia, mais concretamente a morte assistida (suicídio assistido e eutanásia), em contexto médico, para a sua admissibilidade no ordenamento jurídico-penal, tendo para tal presente os contributos dos avanços das neurociências.

Portanto, em prol dos desenvolvimentos tecnológicos e avanços da medicina, o legislador passa a reconhecer o direito de autodeterminação do doente nas intervenções médico-cirúrgicas, o que nos permite afirmar que apenas podemos falar em eutanásia como manifestação da autodeterminação do doente.

Nesta medida, a morte assistida será expressão da autodeterminação do doente que pede ao seu médico, enquanto intervenção médica/ato médico, a morte digna de forma livre, consciente, lúcida e esclarecida por viver uma doença ou lesão grave e incurável em sofrimento insuportável. Porém, o seu reconhecimento só será presenciado através de causa de justificação específica de *lege ferenda*, para que a certeza e segurança jurídico-penal sejam garantidas e não caiamos na temida rampa deslizante.

Assim, a decisão pela morte digna em relação à vida é resultado da personalidade da pessoa humana, até da mais enferma, fruto das influências externas adquiridas, como a família, os amigos, a religião e a própria sociedade, bem como, da sua cognição emocional que lhe permite tomar uma decisão racional.

Concluindo, o conceito para autodeterminação: considera-se capaz de se autodeterminar em relação à morte assistida o maior de 16 anos que, no momento da formulação do respetivo pedido, possua o discernimento necessário para perceber, avaliar e ponderar o sentido, alcance e consequências desse pedido.

PALAVRAS-CHAVE: Morte Assistida; Liberdade; Autodeterminação; Capacidade; Neurociências.

ABSTRACT

The present dissertation addresses euthanasia, specifically assisted dying (assisted suicide and euthanasia) in a medical context, for its admissibility in legal order, bearing in mind the contributions of advances in neurosciences.

Therefore, in favour of technological developments and advances in medicine, the legislator recognizes the patient's right to self-determination in medical and surgical interventions, which allows us to state that we can only speak of euthanasia, as a manifestation of the patient's self-determination.

To this extent, assisted dying will be an expression of self-determination of the patient who asks his physician, as a medical intervention/ medical act, a dignified dying in a free, conscious, lucid and enlightened way due to living with a disease or severe injury, incurable and in unbearable suffering. However, its acknowledgement will only be witnessed through the specific justification of *lege ferenda*, so that certainty and legal security are guaranteed and we don't fall into the dreaded sliding ramp.

Therefore, the decision for the dignified dying, in relation to life, is a result of the personality of the human person, even the sickest, because of acquired external influences, such as family, friends, religion and society itself, as well as their emotional cognition, which allows you to make a rational decision.

In conclusion, the concept for self-determination: is considered to be capable of self-determination in relation to assisted dying, the one over 16 years old who, at the time of formulating the request, has the necessary discernment to perceive, evaluate and ponder the meaning, scope and consequences of that request.

KEYWORDS: Assisted Dying; Freedom; Self-Determination; Capacity; Neurosciences.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

BE – Bloco de Esquerda

CACDLG – Comissão de Assuntos

CC – Código Civil

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DAV – Declarações Antecipadas da Vontade

PAN – Pessoas-Animais-Natureza

PCS – Procurador de Cuidados de Saúde

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

ÍNDICE

	Págs.
AGRADECIMENTOS	5
RESUMO	6
ABSTRACT	7
SIGLAS E ABREVIATURAS	8
ÍNDICE	9
INTRODUÇÃO.....	11

PARTE I

CAPACIDADE DA PESSOAS PARA EXERCER O SEU DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO

CAPÍTULO I

O DOENTE E O MÉDICO

I.1. A consagração constitucional do direito de autodeterminação do doente – art.26º CRP	14
I.2. O reconhecimento da autonomia do paciente na relação médico-doente	27
I.3. O ato médico	34
I.4. A prevalência da autodeterminação do doente na eutanásia	39
I.4.1. Passiva	39
I.4.2. Ativa	47
I.4.2.1. Indireta	47
I.4.2.2. Direta	49
I.4.2.2.1. O consentimento expressado através do pedido para a intervenção médica na morte assistida	60

CAPÍTULO II

A CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO NA MORTE ASSISTIDA

	Págs.
II. Quem é livre para decidir?	62
II.1. Doente	62
II.1.1. Menores	71
II.1.2. Pessoas com anomalia psíquica – Doentes mentais	85
II.1.3. Representação legal	92
II.2. Avaliação da capacidade do doente para tomar decisões pelos profissionais de saúde – Capacidade para consentir na intervenção médica	96
II.3. Exigências quanto ao dever de esclarecimento	99
II.3.1. Privilégio terapêutico	103
II.3.2. Direito a não saber	105
II.4. Coação e erro na vontade	106
II.5. Vontade presumida presente nas declarações antecipadas de vontade	108

PARTE II

A DECISÃO PELA MORTE DIGNA

CAPÍTULO III

CONCEITO DE CAPACIDADE PARA A AUTODETERMINAÇÃO

III.1. Critério subjetivo	115
III.1.1. A delimitação subjetiva	115
III.1.2. Quem pode avaliar	119
III.2. Critério objetivo	121
III.2.1. A delimitação objetiva	121
III.3. Conceito	124
CONCLUSÃO.....	125
BIBLIOGRAFIA.....	133

INTRODUÇÃO

A presente dissertação versará sobre a admissibilidade da morte assistida, do suicídio assistido e da eutanásia em sentido estrito, enquanto direito de autodeterminação do doente, nos termos do art. 26º da Constituição da República Portuguesa, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana em decidir pela sua morte digna enquanto libertação do sofrimento insuportável provocado pela doença grave e incurável.

Portanto, cumpre questionar se perante o conflito entre os valores vida humana e autodeterminação do doente, poderá o direito reconhecer a autonomia do doente em relação à vida humana através da “mão” do médico.

Antes de mais, hoje, o mundo da medicina vive a drástica alteração por influência do direito, quer ao nível da relação médico-doente quer do ato médico, com a prevalência do modelo de autodeterminação do doente. Isto significará que poderá a ética e o direito penal admitir o resultado morte dado pelo médico como sendo um ato médico?

Isto porque, atualmente, temos presente que o doente é uma pessoa humana no seu todo, isto é, não é apenas um organismo biológico, é muito mais que isso, é o resultado de uma personalidade livremente construída por si própria ao longo do seu desenvolvimento cognitivo-emocional influenciado pela família, religião e sociedade que lhe permite tomar conscientemente as decisões que o autorrealizem enquanto pessoa.

Neste sentido, quem terá capacidade para se autodeterminar em relação à sua morte, ou para o direito penal consentir e pedir a morte assistida?

Na mesma medida, poderá um menor, pessoa com menos de 18 anos, ser livre para se autodeterminar em relação a si próprio? Isto porque não nos podemos esquecer que são pessoas com dignidade humana, que fazem parte da nossa sociedade, que por serem vulneráveis, por se encontrarem num processo de desenvolvimento cognitivo emocional que lhes permitirá livremente construir a sua personalidade para autonomamente se autodeterminar, leva a que a lei os proteja através da maioridade legal.

Contudo, ao longo do tempo, a sociedade e o legislador foram aceitando os menores como sendo uma pessoa humana detentora de direitos, que a partir do momento que detêm de discernimento verão a sua capacidade para se autodeterminar reconhecida através de lei com as maioridades especiais, pois serão livres e racionais para tomarem decisões sobre si que os autorrealiza enquanto pessoas, tal como os adultos.

Assim sendo, o que significa ter discernimento? Quem são os menores maduros da sociedade? Fará sentido a adoção pelo legislador de um critério misto, idade e discernimento, quando é este último que nos permite afirmar que estamos perante um menor maduro? Será esta capacidade verificável em relação aos cuidados de saúde? Poderemos afirmar que o menor maduro tem capacidade, enquanto ser livre, para decidir racionalmente, conforme a sua personalidade, pela morte assistida? Ou pelo facto de ser menor nos termos da lei e não deter de plena capacidade de exercício de direitos como os adultos, terá de ver ser-lhe negada a sua autodeterminação em relação à sua vida?

Nesta medida, deverão, também, os doentes mentais assistir à negação pela lei da sua autodeterminação em relação à morte assistida e serem rotulados por causa da doença como não serem livres para conscientemente tomar uma decisão em relação à sua própria vida?

Todavia, deixarão todas estas questões de fazer sentido caso as neurociências tenham razão ao afirmarem que o homem não é livre, pois quem decide é o seu cérebro. Será verdade?

Estas são algumas questões a que nos propomos procurar responder com o intuito de contribuir para a posição a ser adotada pelo legislador nacional perante uma sociedade justa e solidária, que reclama a admissibilidade da morte assistida perante o Estado Democrático Português.

PARTE I

***CAPACIDADE DA PESSOA PARA EXERCER O SEU DIREITO DE
AUTODETERMINAÇÃO***

CAPÍTULO I

O DOENTE E O MÉDICO

I.1. A consagração constitucional do direito de autodeterminação do doente – art. 26º CRP

Se olharmos para a Constituição da República Portuguesa¹, concluímos que vivemos num Estado de Direito Democrático baseado na dignidade da pessoa humana, no respeito e garantia da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais².

A Constituição, ao expressar diretamente que a República Portuguesa se baseia no *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, pretende explicitar de forma inequívoca que “o «poder» ou «domínio» da República terá de assentar em dois pressupostos ou precondições: (1) primeiro está a pessoa humana e depois a organização política; (2) a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais. Nestes pressupostos radica a elevação da dignidade da pessoa humana, a trave mestra de sustentação e legitimação da República e da respetiva compreensão da organização do poder político”³.

Assim, a dignidade da pessoa humana é um princípio limite, mas também é um valor de toda a ordem jurídica de qualquer Estado democrático, ou seja, a dignidade da pessoa humana “está na base de concretizações do princípio *antrópico* ou *personicêntrico* inerente a muitos direitos fundamentais”⁴. Nas palavras de GOMES CANOTILHO “trata-se de um princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis*,

¹ Doravante designada pela sigla CRP.

² Conjugando o artigo 1º e o artigo 2º da CRP: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, bem como, “um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais² e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.” (itálico nosso)

³ CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Vol.1, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 198. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 77-78.

⁴ CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 198. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, p. 82 e ss.

ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual”⁵.

Portanto, a Pessoa Humana dotada de direitos constitucionalmente consagrados, fruto da sua dignidade, vê o Estado respeitá-los e protegê-los.

E é neste seguimento que quando confrontados com uma ciência como a medicina, em que o seu objeto de estudo é o Homem, não poderia, o Estado, deixar de proteger este em relação àquela, pois a dignidade da pessoa humana assim o exige, mesmo que aquela tenha como finalidade a procura da saúde para a vida do ser humano.

Porém, a mesma dignidade também reconhece a responsabilização da pessoa enquanto sujeito, isto é, ela é associada à qualidade da pessoa enquanto sujeito autónomo responsável pela sua vida e pelas suas ações, ou melhor, capaz de decidir e de se responsabilizar pelas suas ações⁶. Isto leva-nos a concluir que todo o homem que procura a medicina e se submete à sua prática tenha liberdade para o fazer, bem como, o contrário.

Assim, a arte da medicina ao proporcionar ao Homem “mais vida”, como podemos verificar com o aumento da esperança de vida, fruto das suas descobertas científicas e desenvolvimento tecnológico, faz com que este a procure, mas, ao mesmo tempo, reivindique a sua liberdade em relação aquela.

Isto porque todos nós sabemos que somos “seres para a morte”⁷, mesmo quando proclamamos pela infinitude relativamente a esta ciência. Conforme FARIA COSTA nos elucida, somos “seres da vida” contrariamente “às coisas que só existem, nós somos”⁸.

E é no que diz respeito ao “sermos seres da vida” que temos direito à vida e, por isso, ser um direito fundamental, aliás o primeiro direito consagrado no catálogo dos direitos, liberdades e garantias da CRP, que dispõe que “a vida humana é inviolável” pelo Estado e por terceiros⁹.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 225.

⁶ CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 199. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, p. 88.

⁷ COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», in AA.VV, *Liber Disciplinorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 107.

⁸ COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p.112.

⁹ CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 448.

O que significa que enquanto direito^{10/} valor constitucionalmente consagrado de uma pessoa, apenas esta tem o poder de facto¹¹ sobre a vida, isto é, ao “sermos”, temos liberdade para dispor da nossa vida, daí ser um direito pessoalíssimo que nos permite afirmar que “somos livres de viver”.

Portanto, ao nos encontrarmos num Estado democrático, o direito à liberdade da pessoa humana deriva, antes de mais, tal como o direito à vida, da dignidade da pessoa humana. E nesse sentido, a Constituição consagrar expressamente o direito fundamental à autonomia pessoal, no art.25º CRP, dispondo que “a integridade moral e física das pessoas é inviolável”, isto é, toda a pessoa humana tem direito a não ser ofendida ou agredida, no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais¹². Indo mais longe no seu art.26º, nº1, da CRP consagrando o direito ao desenvolvimento da personalidade que constitui “um direito subjetivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um *direito à formação livre da personalidade ou liberdade de ação* como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um *direito de personalidade* fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da *integridade* desta”¹³.

Isto significa que, com a proteção deste direito fundamental, a Constituição pretende garantir a formação livre da personalidade sem que haja “planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade”, bem como, a proteção da liberdade de personalidade de “acordo com o projeto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias”, e por fim, a proteção da integridade da pessoa, para além da proteção do art.25º da CRP, “tendo sobretudo em vista a garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento”¹⁴.

¹⁰ O direito à vida é um direito pessoalíssimo, mas não é por se tratar de um direito que apenas nos referimos a pessoa já nascida, conforme o art.66º do código civil, refere-se antes ao valor/bem da vida humana e, neste sentido, também à vida pré-natal. CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 448.

¹¹ Expressão utilizada por Faria Costa que entende o direito à vida como um “poder de facto” que cada um de nós tem sobre a sua própria vida. COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p.125.

¹² CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 454. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, p. 552.

¹³ CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 463. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, p. 607-608.

¹⁴ CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 463. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, p. 611 a 616. No mesmo sentido André Dias Pereira afirma “O direito à integridade moral e física e o livre desenvolvimento da personalidade são expressões concretizadas do axioma fundamental que é a *Dignidade Humana* (art.1º CRP)”. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.96. Também em PEREIRA, André Gonçalo Dias, «O Consentimento para Intervenções Médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 76, 2000, p.444.

Assim, para o direito constitucional, conforme afirma FIGUEIREDO DIAS “toda a pessoa (...) tem o indeclinável direito de dar à sua vida o destino que quiser, como e quando quiser”¹⁵.

Depois deste percurso estamos em condições de perceber que mesmo a medicina, por um lado, proporcionando mais vida ao Homem, por outro só atuará de acordo com a vontade daquele.

Logo, o doente¹⁶ que pede ajuda ao médico para curar ou cuidar, está a exercer a sua autonomia pessoal permitindo que um terceiro, neste caso o médico, intervenha sobre o seu corpo e a sua vida, ou, pelo contrário, em nome da mesma, o mesmo é dizer em nome da sua autodeterminação, não permite qualquer atuação.

Portanto, quando estamos perante estas situações, encontramos-nos num conflito de valores constitucionais em que por um lado temos a tutela da vida e saúde do doente e, por outro lado, a tutela da sua autodeterminação conforme o art.26º da CRP.

Assim, de acordo com a Constituição, teremos sempre de chegar a uma concordância prática, nos termos do art.18º, nº2, da CRP o que significa que serão restringidos os direitos fundamentais conflituantes até ao limiar da necessidade. Isto indubitavelmente leva a que o respeito por um dos valores implica necessariamente a violação do outro.

Para além de que “este conflito ocorre relativamente à mesma Pessoa – ou seja, não se trata de ponderar entre o respeito pela vida de uma pessoa e a autodeterminação de outra, mas, situação que confere à ponderação de valores uma fisionomia muito diversa, entre vida e autodeterminação da mesma Pessoa! E talvez se encontre aqui, de facto, a chave para a resolução do problema: o Estado Português é um Estado Democrático, baseado na dignidade da pessoa humana (cf. art.1º da CRP) e, assim, um Estado que preserva a autonomia de cada um, a liberdade de cada pessoa conformar a sua própria vida, não aceitando a

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3949, 2008, p. 205.

¹⁶ Referimo-nos a doente e não a paciente, pois entendemos tal como Faria Costa e Inês Godinho, que devido à atual posição de igualdade que passou a ocupar o doente na relação que estabelece com o médico perdeu a sua passividade, para além, de que o seu direito de autodeterminação passou a condicionar a atuação do médico. COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3954, 2009, p. 133. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 18.

funcionalização de direitos, nem impondo modelos de felicidade, ou seja, um Estado não paternalista, que reconhece a maioria dos seus cidadãos”¹⁷.

Daí que, se por um lado, as intervenções médicas (intervenção de terceiros = médicos) salvam e preservam as vidas, por outro lado, tal intervenção ofende a integridade pessoal do doente e, por ventura, a vida do mesmo, quando o coloca numa situação de risco¹⁸.

Nesta medida, para a intervenção do médico terá de existir vontade do doente, ou seja, terá de existir aquilo a que o direito penal chama de consentimento para a intervenção no corpo e na vida do doente¹⁹. E isto porque, faltando vontade para tal intervenção, será violada a vida, nos termos do art.24º da CRP, a integridade pessoal, nos termos do art.25º da CRP, e o direito de autodeterminação/autonomia pessoal do doente, nos termos do art.26º da CRP.

Imediatamente o legislador constitucional tem presente que deve existir esta liberdade por parte do doente que procura saúde e vida perante a ciência médica em deterioramento da proteção constitucional, por ventura, do bem jurídico Vida Humana e integridade pessoal, que estão aqui em causa, nos termos do artigo 18º, nº2, da CRP.

Da mesma forma, e baseado na lei fundamental, também o ordenamento de *ultima ratio*, ou seja, o direito penal liberal entendeu que a concordância prática para as intervenções médicas só existiria com consentimento do doente/ofendido, e por isso, caso não exista será considerado um crime de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário, nos termos do art.156º do Código Penal²⁰.

De mais a mais, o legislador penal entendeu que as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, nos termos do art.150º do CP, devem ficar de fora, ou seja, serem consideradas condutas atípicas, da área de tutela típica das ofensas corporais e do homicídio²¹, pois toda a intervenção sem consentimento do paciente será um atentado contra a liberdade pessoal. Assim, esclarece-nos COSTA ANDRADE que “o médico tem como seu direito por excelência e, mesmo indeclinável dever, curar e na medida do possível, libertar

¹⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, «Das Omissões Lícitas no Exercício da Medicina», 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.83.

¹⁸ Como por exemplo intervenções ou tratamentos médicos de risco para o doente.

¹⁹ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, ob. cit., p. 110-111.

²⁰ Doravante designado pela sigla CP.

²¹ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.150º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 461.

o paciente do sofrimento. Simplesmente, este direito e este dever encontram a sua fronteira no direito do Homem à livre autodeterminação sobre o seu corpo”²².

Portanto, concordamos com INÊS GODINHO quando nos explica que “se tomarmos o direito de autodeterminação no patamar da autonomia do paciente verificamos que, de acordo com a sua natureza e com o pressuposto do seu livre exercício, esta é precedente em relação ao direito à vida deste paciente”²³.

Assim, em termos de liberdade negativa sobre o próprio corpo a Constituição e o direito penal não deixam dúvidas. Porém, quando olhamos para a liberdade positiva do doente que pretende uma intervenção médica no sentido de terminar com a vida, as coisas já não são assim tão transparentes, isto porque, o doente pede a um terceiro, médico, que não lhe prolongue mais a vida e intervenha no seu corpo e vida, provocando a morte.

Esta atitude por parte do doente é fruto da atual realidade da medicina intensiva, devido ao seu desenvolvimento científico e tecnológico que pretendeu proporcionar mais vida, esquecendo-se da qualidade de vida que o doente entende ser digna de viver²⁴.

E é neste seguimento que, hoje, a palavra eutanásia²⁵ passa a ser pronunciada, não por ser uma discussão nova, mas porque passou a ter um sentido diferente em prol da nova realidade da medicina relativamente ao fim da vida, ou seja, atualmente o “homem passa a ter controlo sobre a morte”²⁶.

²² ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.156º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 599.

²³ A autora reforça a concordância prática existente entre estes dois direitos fundamentais do doente acrescentando que “na justa medida em que a Constituição (e o Código Penal) confere ao paciente o poder de decidir sobre como e durante quanto tempo é que o próprio consente no seu tratamento médico, assiste-lhe, nesta justa medida, o direito de dispor sobre a sua vida”. GODINHO, Inês Fernandes, «autodeterminação e morte assistida na relação médico-paciente», in COSTA, José de Faria/ KINDHÄUSER, Urs, *O sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 121. Assim também, MELO, Helena Pereira de, «Direito a Morrer com Dignidade», *Lex Medicinæ*, nº6, 2006, p. 75-76. RAPOSO, Vera Lúcia, «Entre a Vida e a Morte: Responsabilidade Médica nas Decisões em Fim de Vida», *Lex Medicinæ*, nº3, 2005, p.116-117.

²⁴ COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p.121-123.

²⁵ A palavra eutanásia provém do grego “eu” que quer dizer “boa” e de “thanatos” que significa morte. Assim, o termo eutanásia deve ser referente a uma “boa morte”, a uma “morte tranquila” sem dor nem sofrimento. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 19.

²⁶ Como nos esclarece Inês Godinho: “hoje é possível alguém estar clinicamente morto e, no entanto, esse mesmo alguém apresentar batimentos cardíacos e respirar. A realidade moderna transcende as mais visionárias profecias médicas: o Homem tem controlo sobre a morte”. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 58. HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal: Obras completas*, Tomo II, Rubinzal-culzoni, Buenos Aires, 2000, p.336.

É perante esta realidade que os dois valores constitucionais: Vida Humana e Autodeterminação terão, de novo, de encontrar uma concordância prática, pois a própria sociedade que pode viver mais tempo, reivindica a sua liberdade para morrer²⁷. Isto acontece porque vivemos tempos em que a morte é cada vez mais vivida nos hospitais e não em casa em volta da família, isto significando que a morte passou a ser solitária²⁸. Ao que acresce o sofrimento vivido pelo doente de forma solitária, como é apanágio da morte medicalizada, originando “no sofrimento o desejo de libertação daquele mesmo sofrimento, libertação essa corporizada pela morte”²⁹.

E é nesta perspectiva que a eutanásia, na atualidade, é referenciada à morte medicalizada em prol de mais tempo de vida, esquecendo a medicina e a bioética, que somos um Estado de direito democrático em que o seu pilar é a dignidade da pessoa humana. Ou melhor, a eutanásia apenas pode ser vista como manifestação da autodeterminação do doente³⁰, nos termos do art.26º da CRP³¹. Acrescentado DWORKIN que são as convicções que cada pessoa tem sobre como quer viver que coloram as suas convicções acerca de quando morrer, ou seja, a morte será expressão dos valores que consideram mais importantes das suas vidas no momento de delimitar como terminar a vida³².

Portanto, a Constituição reconhece até um determinado limite, a prevalência do direito de autodeterminação da pessoa doente em relação ao direito à vida³³, como nos elucida INÊS GODINHO, “este ponto é, precisamente, a vontade informada do paciente nos

²⁷ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 376.

²⁸ MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, p. 525-526.. COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p. 119. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 27.

²⁹ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 28.

³⁰ Compartilhamos da afirmação de Inês Godinho quando nos esclarece que a “eutanásia, compreendida como manifestação de autodeterminação no final da vida - em especial, a eutanásia ativa directa – é o expoente máximo que define o limite da própria autodeterminação, ou seja, autodeterminação sobre a morte. E que a discussão actual em torno da eutanásia apenas é possível, com este sentido, em Estados que partilhem do ideário liberal”. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 30-31.

³¹ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.156º, *ob. cit.*, p. 599. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 107. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p.84.

³² Apud ATIENZA, Manuel, «DWORKIN, La Eutanasia y La Idea de Derecho», in SAUCA, José M., *El Legado de DWORKIN a La Filosofía del Derecho : tomando en serio el imperio del erizo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 86.

³³ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 107.

casos da eutanásia passiva e da eutanásia indireta ou, por outras palavras, (pelo menos) até ao homicídio a pedido da vítima. (...) De modo preciso: a autodeterminação sobre a própria vida termina no momento a partir do qual se trate de um homicídio”³⁴.

Assim, percebemos que o bem jurídico Vida Humana embora seja inviolável não é absoluto³⁵.

É por existir, atualmente, a ideia de concordância prática entre o bem jurídico Vida Humana e autodeterminação do doente, que se questiona a admissibilidade do pedido para morrer do doente ao médico, devido ao sofrimento insuportável em que se encontra fruto da doença grave e incurável. Isto é, se o dever de proteção da vida por parte do Estado em relação aos seus indivíduos (interesse da sociedade) deve ser flexível perante a manifestação de vontade da liberdade de um doente em determinadas circunstâncias (interesse individual).

E é nesta medida que, hoje, vivemos tempos em que a sociedade portuguesa já não consegue ficar indiferente a esta realidade, que há muito já se renunciava acerca da eutanásia a pedido, vindo perante o Estado Democrático, o movimento “direito a morrer com dignidade”, através da petição nº103/XII/1³⁶ reivindicar a morte assistida³⁷, ou seja, a despenalização do ato de auxílio médico, como resposta a um pedido, informado, consciente e reiterado pelo próprio doente que se encontra em grande sofrimento e sem esperanças de cura.

Portanto, teremos de nos questionar se será possível perante a Lei Fundamental a morte assistida, já que delimita a nadificação da Vida Humana em prol da autonomia pessoal do doente grave, em sofrimento insuportável e sem esperanças de vida?

Apenas uma certeza a Constituição nos proporciona, que é o caminho para uma resposta perante problemas práticos, como é o caso da morte assistida. E, por isso mesmo, nos clarifica que perante casos concretos terá de existir uma concordância prática, nos termos

³⁴ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, ob. cit., p. 107 a 109.

³⁵ Primeiramente porque é disponível relativamente à própria pessoa, o que conduz a que o suicídio não seja punível, para além, da necessidade da existência de vontade (= consentimento) do paciente para a intervenção e tratamentos que lhe sustentam a vida. Ou noutra perspetiva a admissibilidade da legítima defesa. COSTA, José de Faria, ob. cit., p. 137. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, ob. cit., p. 110.

³⁶ Petição que pretende a despenalização da morte assistida, que pode ser consultada online em <http://www.parlamento.pt>

³⁷ Sempre que mencionarmos Morte assistida estaremos a nos referir à eutanásia ativa direta enquanto ato do médico de administrar o fármaco letal no doente, bem com, ao suicídio assistido, ou seja, o médico apenas receita o fármaco letal e o doente é que o autoadministra.

do art.18º, nº2, da CRP sempre que estejam em conflito dois direitos fundamentais, como é o caso entre o bem jurídico Vida Humana e a Autodeterminação.

É verdade que a vida é inviolável, mas depois de tudo o que já foi explicitado, teremos presente que perante o próprio titular, ou seja, o suicida, a inviolabilidade não se coloca. Apenas a vida é inviolável perante terceiros, quer seja médico ou não. Agora, que é indubitável que havendo consentimento, isto é, vontade do titular do bem jurídico a inviolabilidade seja “menor”, é certo, basta olharmos para o Homicídio privilegiado, nos termos do art.133º do CP, o homicídio a pedido da vítima, nos termos do art.134º do CP e o incitamento ou ajuda ao suicídio, nos termos do art.135º do CP.

Estas incriminações demonstram que o Estado protege os seus cidadãos contra decisões irracionais por parte daquele em relação à sua própria vida, em prol do interesse geral na proteção do bem jurídico vida que compete ao Estado. O que nos leva a questionar que se estivermos perante um doente em sofrimento insuportável e sem esperança de vida, livre e consciente, ou seja, racionalmente capaz de tomar uma decisão acerca da sua morte, mas que vê o Estado democrático, que tem como pilar a dignidade da pessoa humana em que provém a proteção da autonomia pessoal e da vida humana, negar-lhe a morte digna que entende ser a sua, não demonstrará que o interesse geral deve deixar desprotegida a proteção da vida humana em relação a estes cidadãos, ao seu interesse individual?

A resposta atual do Estado democrático português é negativa.

Porém, a realidade que é pedida pela sociedade atualmente, com a petição deve ser vista como uma interferência de um médico na vida de um doente em sofrimento insuportável que pretende pôr termo à sua vida, ou seja, o doente pretende através do médico realizar a sua liberdade de disposição do seu corpo e da sua vida de forma digna para si. E por isso mesmo, no nosso entendimento, a Constituição perante este caso concreto não pode ficar indiferente e terá que repensar a concordância prática^{38 39} entre os valores constitucionais conflitantes⁴⁰.

³⁸ Olhemos para a admissibilidade do aborto como opção da mulher, nos termos do art.142º, nº1, al.e), do código penal, resultado da concordância prática encontrada entre o bem jurídico vida humana e o direito ao desenvolvimento da personalidade da mulher, nos termos do art.18º, nº2, da CRP.

³⁹ E repensar a concordância prática é termos presente que somos um Estado laico.

⁴⁰ E perante a conflitualidade presente Gomes Canotilho e Vital Moreira referem que o dever de proteção do bem jurídico vida humana “coloca, por sua vez, delicadas questões com a *autonomia da pessoa* (...) “liberdade para morrer”). (Itálico dos autores). CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 447. Também Jorge Miranda e Rui Medeiros clarificam que o direito à vida “não sendo um direito ilimitado ou absoluto, imune a situações delicadas de colisão de direitos não deixa entretanto de ser um direito que beneficia *a priori* de uma

Contudo, o relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias⁴¹ deixa claro que “o fim da vida é quase uma “zona livre de Direito” que implica fazer escolhas sobre a abordagem jurídica a adotar. (...) No plano constitucional, ela (controvérsia existente no reconhecimento do direito humano fundamental a não nos sujeitarmos a vivenciar experiências de indignidade), traduz-se na diferente intensidade reconhecida à proteção do direito à vida”⁴².

Porém, nas audições parlamentares da CACDLG, SOUTO DE MOURA pronunciou-se acerca da inconstitucionalidade da morte assistida em defesa da tendencial natureza absoluta do direito à vida conjuntamente com a obrigação de proteção do Estado do indivíduo contra si próprio⁴³.

Contrariamente, COSTA ANDRADE, TERESA BELEZA, LUÍSA NETO, FARIA COSTA E REIS NOVAIS⁴⁴ manifestaram-se relativamente ao direito à vida como não tendo um caráter de “super-direito”, tal como nós já mencionamos anteriormente, e, nesta medida, entenderem uma interpretação da lei constitucional inerente à concordância prática, constitucionalmente exigida pela proteção da vida humana, entre o direito à vida, o princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade de consciência e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Aliás DWORKIN ensina que a legalização da eutanásia ativa é reconhecer a decisão de como deseja morrer o próprio indivíduo, pois o exercício da autonomia pessoal é a única forma de respeitar a santidade da vida, mais ainda, fazer alguém morrer de uma forma que

posição vantajosa na ordem aberta, flexível e não hierárquica da axiologia constitucional”, assim, embora constitua este direito uma “condição *sine qua non* de todos os demais direitos, não decorre de forma necessária a sua permanente superioridade axiológica sobre os restantes direitos, bem podendo entender-se que apenas a vida compatível com a liberdade é objeto de pleno reconhecimento constitucional”. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, p. 502 e 540.

⁴¹ Doravante designado pelas siglas de CACDLG.

⁴²<http://www.parlamento.pt/>

⁴³ In CACDLG, *Relatório Final da Petição nº 103/XII/1.ª “Solicitam a despenalização da morte assistida”*, Lisboa, 2016, in <http://www.parlamento.pt>

⁴⁴ Este constitucionalista afirma, nas audições da ARTV acerca da morte assistida, que “a situação actual é inconstitucional. Isto é, quando penaliza em todas e quaisquer circunstâncias, não poderia fazê-lo porque a Constituição de um Estado de Direito, uma Constituição apoiada na dignidade da pessoa humana, tem que reconhecer a vontade da pessoa decidir as questões mais decisivas e mais íntimas da sua vida, onde eu incluo também as decisões, em alguma medida, sobre as condições da sua própria morte. Na medida em que a lei actual não dá a mínima possibilidade, portanto é uma proibição total e absoluta, a meu ver tenderia a considerar que este limite está ultrapassado, ou seja, este limite constitucional de atender, em alguma medida, à autonomia da pessoa não está a ser respeitado”.

outros aprovam, mas que ele acha que é uma contradição horrorosa com a sua própria vida, constitui uma forma devastadora e odiosa da tirania⁴⁵.

Neste seguimento, concluem os juristas, entendimento do qual compartilhamos, no sentido de que a morte assistida não é inconstitucional porque os valores fundamentais “vida” e “autonomia” são delegados ao legislador ordinário que irá maximizar e compatibilizar estes dois direitos fundamentais, sendo assim, a sua admissibilidade é uma questão de opção legislativa⁴⁶.

Além do mais, também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁴⁷ foi chamado a se pronunciar acerca da admissibilidade da morte assistida de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁴⁸, tendo clarificado que:

1. Não existe um direito à morte consagrado pelo art.2º CEDH porque o direito à vida não tem um sentido oposto para poder atribuir um direito contrário, bem como, não engloba questões como a qualidade de vida ou escolhas acerca da própria vida, apenas se trata de um direito fundamental à vida que o sujeito individual detém na sua esfera jurídica para proteção da sua vida relativamente ao Estado e a terceiros⁴⁹. Assim, um direito de escolha entre a vida e a morte está fora do âmbito de proteção do art.2º CEDH.

Acrescenta que a extensão com que o Estado permite, ou procura regular a possibilidade de lesão no exercício da liberdade do indivíduo pela sua própria mão ou pela de terceiros, suscita considerações conflituantes entre a liberdade pessoal e o interesse público, que só poderão ser resolvidas mediante a ponderação das circunstâncias concretas do caso⁵⁰. Porém, esclarece que os Estados-Membros do Conselho da Europa estão longe de chegar a um consenso quanto ao direito de uma pessoa escolher como e quando terminar a

⁴⁵ Apud ATIENZA, Manuel, *ob. cit.*, p. 87.

⁴⁶ Esta questão será posteriormente tratada no ponto I.4.2.2.

⁴⁷ Doravante designado pela sigla TEDH.

⁴⁸ Doravante designado pela sigla CEDH.

⁴⁹ Como se lê do no Acórdão do TEDH de 29 de Julho de 2002 relativamente ao CASE OF PRETTY v. THE UNITED KINGDOM, “The consistent emphasis in all the cases before the Court has been the obligation of the State to protect life. The Court is not persuaded that “the right to life” guaranteed in Article 2 can be interpreted as involving a negative aspect. Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to selfdetermination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life”. E ponto 40, “The Court accordingly finds that no right to die, whether at the hands of a third person or with the assistance of a public authority, can be derived from Article 2 of the Convention. It is confirmed in this view by the recent Recommendation 1418 (1999) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe”. Disponível em <http://www.unionedirittiumani.it/wp-content/uploads/2014/11/CASE-OF-PRETTY-v.-THE-UNITED-KINGDOM1.pdf>.

⁵⁰ Conforme o ponto 41 do Acórdão CASE OF PRETTY v. THE UNITED KINGDOM.

sua vida⁵¹, pois estão mais preocupados em proteger a vida da pessoa que pretende terminar com a sua vida do que reconhecer o seu direito de escolher uma morte digna.

2. O conceito de vida privada não é um conceito fechado, pois a autonomia pessoal é um importantíssimo princípio para a interpretação do art.8º CEDH, bem como, que o direito ao desenvolvimento da personalidade é protegido pelo mesmo artigo⁵². Mais ainda, tem presente que os avanços tecnológicos da medicina fizeram com que as pessoas se preocupassem, não com a quantidade de vida, mas com a qualidade da sua vida, vindo, por isso, reivindicar o direito a escolher uma morte digna.

Neste sentido o TEDH, no acórdão no *CASE OF PRETTY v. THE UNITED KINGDOM*⁵³, no acórdão *CASE OF HAAS v. SWITZERLAND*⁵⁴ e no acórdão *CASE OF KOCH v. GERMANY*⁵⁵, reconhece que um dos aspetos do direito ao respeito pela vida privada segundo o art.8º da CEDH é o de o individuo ter o direito de decidir quando e de que maneira a sua vida deve terminar, desde que esteja em condições de formar livremente a sua vontade e de agir conforme a sua vontade livremente formada. Assim, reconhece o direito de autodeterminação do doente, que vive um sofrimento insuportável em prol de uma doença grave e incurável, de escolher uma morte digna, desde que seja uma decisão livre e consciente de um doente capaz, tal como vimos defendendo^{56 57}.

⁵¹ Conforme o Acórdão *CASE OF HAAS v. SWITZERLAND* de 20 de Janeiro de 2011 no seu ponto 53, “However, the research conducted by the Court enables it to conclude that the member States of the Council of Europe are far from having reached a consensus with regard to an individual’s right to decide how and when his or her life should end. (...)It should be noted that the vast majority of member States seem to attach more weight to the protection of the individual’s life than to his or her right to terminate it”.

⁵² Acórdão *CASE OF PRETTY v. THE UNITED KINGDOM*, ponto 61. Acórdão *CASE OF HAAS v. SWITZERLAND* no ponto 50. Acórdão *CASE OF KOCH v. GERMANY*, ponto 51.

⁵³ Diane Pretty era uma doente que sofria de uma doença grave neurodegenerativa progressiva, incurável e terminal, que pretendia evitar um fim de vida em enorme sofrimento e sem dignidade colocando fim à sua vida com a ajuda do marido. Embora fosse uma pessoa vulnerável a quem o Estado deve proteger encontrava-se nas suas plenas capacidades intelectuais que lhe permitiam tomar uma decisão consciente e lucida. Daí que devido à sua situação o TEDH conclui, no ponto 67, que “The applicant in this case is prevented by law from exercising her choice to avoid what she considers will be an undignified and distressing end to her life. The Court is not prepared to exclude that this constitutes an interference with her right to respect for private life as guaranteed under Article 8 § 1 of the Convention. It considers below whether this interference conforms with the requirements of the second paragraph of Article 8”. Ver também, GODINHO, Inês Fernandes, «Direito à morte ou liberdade para morrer: revisão do Case of Pretty v. The United Kingdom a respeito da morte assistida em pessoas com VIH/SIDA», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, nº8, 2016, p.169 e ss. GASPAR, António Henriques, «Eutanásia. Não Obrigado?», *Sub Judice*, nº22/23, 2001, p.171 e ss.

⁵⁴ Conforme o ponto 51.

⁵⁵ De acordo com o ponto 52.

⁵⁶ No mesmo sentido CABALLERO, Susana Sanz, «El comienzo y el fin de la vida humana ante el TEDH: el aborto y la eutanásia a debate», *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº31, 2004, p.180-181.

⁵⁷ Acórdão *CASE OF PRETTY v. THE UNITED KINGDOM*, ponto 73 e 74.

Contudo, clarifica que a Convenção e os protocolos devem ser interpretados com base na atualidade⁵⁸, tendo presente que a essência da CEDH é o respeito pela dignidade e liberdade humana⁵⁹.

3. No entanto, entende que é uma obrigação do Estado proteger a vida do seu cidadão e protegê-lo de decisões precipitadas relativamente à sua própria vida, bem como de evitar abusos, principalmente quando a vontade do doente é realizada por terceiros. Todavia, é de ter em conta a necessidade de um terceiro para a realização da vontade do doente por estar impedido pela doença de realizar a sua decisão e, por isso, entende que o doente, em determinadas circunstâncias, tem direito a uma morte digna, segura e sem sofrimento desnecessário porque indigno será obrigar a pessoa a cometer suicídio de forma desumana⁶⁰ ou obrigar a viver.

Contudo, considera que em determinadas situações, até para não cairmos na rampa deslizante⁶¹, deve haver o reconhecimento do direito de doente capaz, livre e consciente a escolher a morte digna, ou seja, a desproteção da vida em determinadas circunstâncias não viola a CEDH. Porém, mesmo não tendo os Estados membros uma obrigação positiva de tomar medidas para facilitar o suicídio com dignidade, a admissibilidade da morte assistida encontra-se na ampla margem de apreciação do legislador nacional de cada Estado-Membro⁶².

Do que foi explicitado, podemos concluir que o TEDH abre a porta para a regulação da morte assistida, mas não obriga os Estados a regular a matéria por considerar que se encontra na liberdade de cada Estado a sua admissibilidade.

⁵⁸ Como se pode ler no ponto 55 do Acórdão *CASE OF HAAS v. SWITZERLAND*.

⁵⁹ Acórdão *CASE OF PRETTY v. THE UNITED KINGDOM*, ponto 65.

⁶⁰ Acórdão *CASE OF HAAS v. SWITZERLAND* ponto 56.

⁶¹ Acórdão *CASE OF HAAS v. SWITZERLAND* ponto 58.

⁶² Como se pode ler no Acórdão *CASE OF HAAS v. SWITZERLAND*, ponto 53, “The Court considers that it is appropriate to examine the applicant’s request to obtain access to sodium pentobarbital without a medical prescription from the perspective of a positive obligation on the State to take the necessary measures to permit a dignified suicide. This presupposes a weighing of the different interests at stake, an exercise in which the State is recognised as enjoying a certain margin of appreciation which varies in accordance with the nature of the issues and the importance of the interests at stake. For its part, the Court has jurisdiction to review in fine whether the domestic decision complies with the requirements of the Convention (see *Pretty*, cited above, § 70)”, bem como no ponto 55, “It follows that the States enjoy a considerable margin of appreciation in this area”. Voltando a repetir no Acórdão *CASE OF KOCH v. GERMANY*, ponto 52. E no caso mais recente, em 2015, que deu origem ao Acórdão *LAMBERT AND OTHERS v. FRANCE*.

Agora, quando um Estado adota uma abordagem mais liberal e admite a morte assistida, são necessárias medidas de execução adequadas para tal abordagem e medidas preventivas para combater a rampa deslizando.

Tal, como o TEDH, entendemos que os Estados tenham que proteger o seu cidadão contra decisões precipitadas ou abusos de terceiros na interferência da vida de outrem, ou seja, deve proteger o interesse geral na proteção da vida humana, porém, compreendemos, que a morte assistida para um doente com doença grave e incurável, sem esperança de vida, e com sofrimento insuportável, mas capaz, livre, consciente e lúcido da sua decisão de querer morrer com a dignidade, deve ser ponderada e admitida por um Estado Democrático que reconhece o direito de autodeterminação do seu cidadão como expressão da sua liberdade.

Por essa razão, tal como INÊS GODINHO e LAURA SANTOS⁶³, defendemos que “terá sempre de se defender a liberdade para morrer uma morte digna”⁶⁴ já que não se pode admitir um “direito a morrer”.

I.2. O reconhecimento da autonomia do paciente na relação médico-doente

Como anteriormente explicitado, a pessoa humana assumiu um “lugar primacial no jogo complexo da construção do ordenamento jurídico”⁶⁵ munido do seu “poder jurídico” de autodeterminação.

Logo, o reconhecimento da autodeterminação da pessoa-doente na ordem jurídica portuguesa influenciou indubitavelmente a sua posição na medicina e, sucessivamente, na relação médico-doente⁶⁶. Isto é, o doente passa a ser reconhecido como um Ser Pessoa com dignidade humana e munida de direitos fundamentais que através do seu consentimento, livre e esclarecido, legitima e limita a intervenção médica⁶⁷.

⁶³ Explicita a autora que “seria uma atitude verdadeiramente democrática deixar-se às e aos cidadãos de um país a liberdade de decidirem se desejam ou não antecipar a sua morte quando ela já pesar sobre elas e eles de forma iminente, ou o seu sofrimento já se tiver tornado apenas uma tortura”, pois “se o interdito continuar a ser a opção das nossas sociedades, não nos deixemos pelo menos enganar pensando que, ao manter-se a proibição da morte assistida, não se está a causar um grave dano às pessoas que desejariam poder recorrer a ela com segurança, mas que são obrigadas a morrer e a sofrer de acordo com as opções dos outros, que de modo algum são as *suas* opções”. SANTOS, Laura Ferreira dos, *Ajudas-me a morrer? A morte assistida na cultura ocidental do século XXI*, Lisboa, Sextante Editora, 2009, p. 361-362.

⁶⁴ GODINHO, Inês Fernandes, «Direito à morte ou liberdade para morrer: revisão do Case of Pretty v. The United Kingdom a respeito da morte assistida em pessoas com VIH/SIDA», *ob.cit.*, p. 178.

⁶⁵ COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p. 127.

⁶⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p.83.

⁶⁷ PEREIRA, André Gonçalves Dias, *A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*,

Antes de mais, cabe esclarecer que a relação médico-doente é orientada pelos princípios bioéticos, baseados na dignidade da pessoa humana⁶⁸, da beneficência, não maleficência e autonomia do doente.

Quanto ao princípio da beneficência, cabe elucidar, que se trata do princípio mais antigo da ética médica, tendo na sua raiz uma cultura paternalista, defendendo uma atuação em benefício de terceiros, mais concretamente, do doente⁶⁹, como nos explicitam BEAUCHAMP e CHILDRESS⁷⁰.

Já o princípio da não maleficência é autonomizável⁷¹ do princípio da beneficência ao se tratar da máxima *primum non nocere*, ou seja, postula a obrigação de não infligir um mal intencionalmente ao ser humano⁷².

E por último, o princípio da autonomia do doente⁷³, que tal como o nome indica, trata-se do princípio que reflete a autonomia pessoal do doente, ou seja, cada doente, desde que esclarecido, consciente e capaz, é livre e responsável de tomar as suas próprias decisões⁷⁴.

Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 199. Clarificando o autor que “a necessidade de obter o consentimento informado assenta na proteção dos *direitos à autodeterminação e à integridade física e moral* da pessoa humana”. PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p.104.

⁶⁸ O homem não pode ser instrumentalizado em prol da era biotecnológica em que vivemos, decorrendo esta proibição da dignidade da pessoa humana, pois este imperativo proíbe que o homem seja visto como uma coisa em benefício dos avanços das ciências humanas. A própria bioética vem defender a melhor utilização do desenvolvimento das ciências médicas para o ser humano, ou seja, pretende contribuir para a promoção do “bom” para a sociedade e para o indivíduo. Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como um denominador basilar na reflexão da bioética, tal como o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida explícita nos seus pareceres: nº 7/CNECV/1994 e nº 26/CNECV/1999 do CNECV, p. 3. Sendo, também, o pilar da CRP conforme o seu art.1º. COSTA, José de Faria, «Bioética e direito penal (reflexões possíveis em tempos de incerteza)», in COSTA, José De Faria/ KINDHÄUSER, Urs, O Sentido e o Conteúdo do bem Jurídico Vida Humana, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 93-96. No mesmo sentido, determina o imperativo moral de Kant que o Homem é um fim em si mesmo e não um meio, pois terá de se respeitar o valor fundamental dignidade humana. Apud BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F., *Princípios de ética Biomédica*, Masson: Barcelona, 2002, p. 55.

⁶⁹ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p.72. APARISI, Juan Carlos Siurana, «Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural», *Veritas: revista de filosofía y teología*, nº22, 2010, p. 125.

⁷⁰ BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F., *ob. cit.*, p. 246.

⁷¹ BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F., *ob. cit.*, p. 183-184.

⁷² GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 73. APARISI, Juan Carlos Siurana, *ob.cit.*, p. 124-125.

⁷³ Apenas o princípio da autonomia do doente é legalmente protegido. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 74-73.

⁷⁴ BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F., *ob. cit.*, p. 113 e ss.

Tendo presentes estes princípios, a relação médico-doente ancorou-se num modelo paternalista hipocrático, que vigorou milénios⁷⁵, isto é, de acordo com Hipócrates o princípio da beneficência e não maleficência eram predominantes em relação ao princípio da autonomia. Assim, de acordo com o pai da medicina, o médico através da ciência médica atuava em benefício do doente, de acordo com o princípio da beneficência e nunca em seu prejuízo, como decorrente do princípio da não maleficência. Por sua vez, o paciente apenas concordava ou não com a decisão do médico, de acordo com o entendimento do princípio da autonomia neste modelo hipocrático. Porém, o médico baseava-se na vontade hipotética do paciente, o que conduzia a que atuasse sem consentimento daquele.

Assim, de acordo com o modelo paternalista, o doente ocupa um papel passivo em relação ao médico, pois entende que é o médico que decide o que é melhor para o paciente, de acordo com os conhecimentos da medicina que só ele conhecia e, por isso mesmo, deter de uma posição de superioridade⁷⁶. Por essa razão, ser visto o médico como um “pai” e o doente como um incapaz⁷⁷.

Porém, hoje, este paradigma apenas pode ser justificado em casos de emergência, pois nestas situações o médico atua em benefício do doente de acordo com o seu consentimento, presumido na intervenção médica necessária para a sua vida⁷⁸.

Hodiernamente, os mesmos princípios bioéticos são entendidos de acordo com um modelo de autodeterminação do doente⁷⁹, ou seja, ao doente é reconhecida a sua autonomia decorrente dos seus direitos fundamentais, mais concretamente, do seu direito de autodeterminação que lhe permite de forma livre e consciente tomar a decisão que entende ser para si a melhor.

⁷⁵ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, ob. cit., p. 74.

⁷⁶ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, ob. cit., p. 75. Parecer n.º P/18/APB/10 – Carta dos Direitos do Utente e dos serviços de saúde, p.15-16.

⁷⁷ De acordo com Guilherme de Oliveira “o enfermo, *infirmus*, um ente sem firmeza de julgamento e de vontade. O paciente não decidia nada; obedecia ao médico, com a convicção de que este procuraria, segundo o seu critério técnico, o seu bem”. OLIVEIRA, Guilherme de, «O fim da arte silenciosa», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º3852, 1995, p.102. SERRÃO, Daniel, «Consentimento informado: O mal amado dos médicos», *Revista da Ordem dos Médicos*, n.º38, 2003, p. 22 e ss.

⁷⁸ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, ob. cit., p. 74.

⁷⁹ Também o modelo deliberativo e contratual permitem uma maior autonomia ao doente. Para melhor compreensão destes modelos de relação médico-doente GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, ob. cit., p. 74-75.

Assim, o princípio bioético da autonomia, que rege a relação médico-doente, passa a ser compreendido como o princípio que reconhece o doente como pessoa autónoma dotada de direitos fundamentais, que tem o direito de escolha entre as diversas opções de terapêuticas e, consecutivamente, o direito a recusar qualquer tratamento⁸⁰, isto é, passa a ser incluída a sua vontade na decisão médica⁸¹ e, por isso, ser uma exigência nos dias de hoje o consentimento informado⁸² para a intervenção médica. Logo, nos dias que correm, o princípio bioético da autonomia representa o respeito do médico pela decisão do doente, mesmo que entenda que o melhor para aquele seria a intervenção médica⁸³.

Atualmente, a decisão de atuação do médico no corpo ou na vida do doente apenas cabe a este último. Por essa razão, afirmarmos que só existe ato médico se o doente o decidir⁸⁴. Portanto, o médico, antes de qualquer intervenção médica, passa a ter um dever de esclarecimento/informação para obtenção de um consentimento livre e esclarecido por parte do doente que lhe permite intervir no seu corpo ou vida⁸⁵. Assim se considera a boa prática médica.

Logo, a relação médico-doente passa a ser de igualdade, isto porque num modelo de autodeterminação o médico perde a sua superioridade em relação ao doente, passando a informar e esclarecer o doente relativamente às opções terapêuticas possíveis, para que este escolha a melhor opção das alternativas apresentadas. Assim, passa a ser uma relação dialógica entre ambos que pretendem atingir o melhor benefício para o doente.

⁸⁰ Como podemos verificar no art. 49 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM).

⁸¹ Por isso mesmo é que Sónia Fidalgo clarifica que, nos dias de hoje, devido ao desenvolvimento tecnológico da medicina e da prestação de cuidados por uma multiplicidade de equipas de saúde com um elevado grau de multidisciplinariedade passamos a assistir a uma conflitualidade entre os doentes e os prestadores de cuidados de saúde. Mais ainda, “a despersonalização da atividade médica e a desumanização do doente a que conduziram a evolução da técnica e a especialização da medicina, traduzindo-se numa diminuição da confiança no médico por parte do doente, contribuíram também para esta mudança de mentalidade”. FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.19 a 21, ver também p. 37 e ss.

⁸² Hoje a boa prática médico será apenas aquela em que existe o consentimento informado do doente, nos termos do art. 44º, 45º, 47º e 49º do CDOM. Neste sentido, André Dias Pereira clarifica que o consentimento informado funda-se em três pilares: na capacidade para consentir, na informação adequada à pessoa doente, e, por último, o direito a consentir ou a recusar um tratamento. PEREIRA, André Gonçalo Dias, «Valor do Consentimento num Estado Terminal», in ASCENSÃO, José de Oliveira, *Estudos de Direito da Bioética*, vol.IV, Coimbra: Almedina, 2005, p.41.

⁸³ COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob. cit.*, p. 133. GODINHO, Inês Fernandes, «autodeterminação e morte assistida na relação médico-paciente», *ob. cit.*, p. 128-129.

⁸⁴ Questão a ser tratada no ponto seguinte.

⁸⁵ Neste sentido Guilherme de oliveira evidencia que “agora, para os médicos, o silêncio ... acabou”. OLIVEIRA, Guilherme de, «O fim da arte silenciosa», *ob. cit.*, p.103.

Ademais, esta relação passa a assentar na hospitalidade⁸⁶, ou seja, os desejos e a vontade do doente passam a ser considerados pelo médico que apenas quer o bem daquele. O que nos permite afirmar que a atuação do médico é uma manifestação de hospitalidade por se tratar da realização da vontade do seu doente que confia naquele⁸⁷.

Portanto, tendo presente esta relação, o direito ao consentimento livre e esclarecido passa a ser um postulado axiológico e normativo reconhecido por muitas ordens jurídicas. Logrando distinção as declarações internacionais pioneiras, como o Código de Nuremberga (1948) e a Declaração de Helsínquia (1964) sobre princípios éticos aplicáveis às investigações médicas que incidam sobre sujeitos humanos. Em 1981, a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Doente da Associação Médica Mundial.

E relativamente à Europa, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, assinada em Oviedo, deixa claro no seu art. 1º que a Convenção protege o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garante a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina.

Para além disso, reforça a autonomia e dignidade da pessoa humana no seu art.2º, ao dispor que “o interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência”. E, por isso mesmo, ANDRÉ DIAS PEREIRA esclarece que esta convenção vem sendo declarada como a “Constituição do direito da saúde europeu”⁸⁸. Por essa razão, estipula que o consentimento livre e esclarecido integra a manifestação do princípio da autonomia na relação médico doente, como podemos verificar no seu art.5º⁸⁹.

Neste sentido, também o Código de Ética médica consagra no seu art.45º CDOM o consentimento informado do doente e o dever de esclarecimento, no art.44º CDOM.

⁸⁶ COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 134. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 68.

⁸⁷ Numa medicina exercida em equipa passam a ser convocados os princípios da confiança e o princípio da divisão do trabalho para a responsabilização penal no exercício da medicina. Nos dias de hoje, devido ao novo paradigma, a relação médico doente será baseada na confiança existente entre doente e médico permitindo a intervenção médica. FIDALGO, Sónia, *ob. cit.*, p. 97 e ss.

⁸⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias, «O Consentimento para Intervenções Médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico», *ob. cit.*, p. 443, também PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p.87.

⁸⁹ Dispondo que “Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento”.

Portanto, depois de tudo o que já mencionado e tendo presente o novo paradigma da relação médico-doente, a questão que se coloca é a de saber se a eutanásia praticada por médico a pedido de doente consciente, capaz, livre e esclarecido, que se encontra numa situação de dor e sofrimento insuportáveis devido a uma doença grave e sem esperança de vida será eticamente admissível?

Assim, se a conflitualidade é inerente aos princípios bioéticos, por serem princípios gerais da bioética a aplicar a casos concretos, esta questão, não deixa de ser exceção, isto porque se o médico privilegiar o princípio da autonomia do doente realizando o pedido que lhe é feito deparar-se-á, de imediato, com uma colisão com o princípio da não maleficência e beneficência⁹⁰. Porém, apenas o princípio da autonomia detém de proteção jurídica supraconstitucional, constitucional e infraconstitucional, o que nos permite afirmar que a discussão jurídica acerca da morte assistida também se coloca ao nível da ética médica, isto é, se é eticamente justificável a atuação do médico na morte assistida.

Portanto, tal como o direito, a bioética também baseada na dignidade da pessoa humana e reconhecendo os direitos da pessoa humana⁹¹ responderá às situações éticas conflituantes através do critério da concordância prática.

Assim, a dignidade humana, juntamente com o conceito de pessoa, possui um caráter central na articulação dos critérios a utilizar no âmbito da bioética, pois a especial dignidade do ser humano é o centro da conceção ética e jurídica em que se baseia a cultura ocidental, bem como, o reconhecimento da liberdade do Homem conjuntamente com as consequências da mesma.

Por isso, a ética do século XXI tem que ser uma ética para todos e, nesse sentido, fundamentada basicamente no diálogo. Nesse caso, quando, de acordo com os princípios da bioética, se pede ao médico para atuar em benefício da vida do doente, ao mesmo tempo este princípio vê-se limitado pelo respeito justo à liberdade da pessoa e pela obrigação de cooperar com a sociedade que procura ser mais justa⁹².

Por isso, não pode ser indiferente relativamente à bioética e aos seus princípios reguladores da relação médico-doente a realidade dos dias de hoje, proporcionada pelos

⁹⁰ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, ob. cit., p.73.

⁹¹ APARISI, Juan Carlos Siurana, ob. cit., p. 154-155.

⁹² APARISI, Juan Carlos Siurana, ob. cit., p. 155 a 157.

avanços tecnológicos e pelo desenvolvimento da medicina intensiva, em que o homem pede para que lhe seja reconhecida uma morte digna dada pelo médico, em certas circunstâncias.

Contudo, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida⁹³, no seu parecer 11/CNECV/95, concede uma resposta negativa relativamente à realidade da morte assistida em contexto médico⁹⁴, pois entende que de acordo com os princípios da bioética que gerem a relação do médico-doente, a morte assistida/eutanásia é eticamente censurada. Da mesma opinião compartilha o bastonário da ordem dos médicos⁹⁵.

Porém, TOM L. BEAUCHAMP e JAMES F. CHILDRESS questionam-se se a morte assistida será considerada uma ação prejudicial para o doente, de acordo com o princípio da não maleficência, e por isso, uma ação proibida ao médico, ou se deveria ser considerar uma ação em benefício daquele, conforme o princípio da beneficência⁹⁶?

Mas, logo concluem que mesmo tendo presente a rampa deslizante em que se possa cair com a admissibilidade da morte assistida, a ajuda ao doente que pretende uma morte digna pode ser uma atuação moralmente justificada, devido às razões de força maior em determinadas situações, pois prolongar a vida e negar a ajuda a morrer ao doente que vê a morte como a única solução digna para aliviar a dor e o sofrimento extremo e insuportável, chegando a serem limitantes e inumanos, constitui uma atitude cruel e uma violação ao princípio da não maleficência, já que se está a causar grande sofrimento e, por isso, ser considerada a atuação do médico como beneficente, bem como, respeitando o princípio da autonomia do doente⁹⁷.

Neste sentido, acrescentam os defensores de uma ética consequencialista, do qual compartilhamos, que desde que a regulação legal seja rigorosa e cuidada na definição das situações concretas admite-se a despenalização da morte assistida⁹⁸.

Por fim, cabe esclarecer que mesmo tendo presente o que foi *supra* mencionado, nada invalida a objeção de consciência do médico relativamente à morte assistida, pois

⁹³ Doravante designado pelas siglas de CNECV.

⁹⁴ Para este a realidade vivida no presente quer seja suicídio assistido, quer seja eutanásia ativa direta o juízo ético sobre esta decisão (médica), resultante de manipulação, deve ser de desaprovação”.

⁹⁵ Deixou claro o bastonário nas audições da CACDLG que a rampa deslizante não permite qualquer ponderação de valores para a admissibilidade da morte assistida. In CACDLG, *Relatório Final da Petição nº 103/XII/1.*ª “*Solicitam a despenalização da morte assistida*”.

⁹⁶ BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F., *ob. cit.*, p. 25. LIMA, António Carneiro Torres, *Bioética e Antropologia*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2004, p.268-269.

⁹⁷ BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F., *ob. cit.*, p. 213 e ss.

⁹⁸ In CACDLG, *Relatório Final da Petição nº 103/XII/1.*ª “*Solicitam a despenalização da morte assistida*”.

entendemos, tal como todos os defensores da morte assistida, que o médico não deve estar obrigado a praticar um ato médico que de acordo com as suas convicções seja moralmente inaceitável para si. Assim, à liberdade do doente contrapõe-se a liberdade do médico⁹⁹.

I.3. O ato médico

Embora a Lei de Bases da Saúde¹⁰⁰ na sua base XXXII, nº2, disponha que “é definido por lei o conceito de ato médico”, a verdade é que essa definição legal ainda hoje não existe^{101 102}.

Porém, poderemos compreender o significado de ato médico se observarmos a evolução da medicina e, consecutivamente, a relação médico-doente.

Por termos presente que a nossa condição é de *homines dolentes* e “seres para a morte” fez com que procurássemos no ato médico a cura e o cuidado para tal condição, daí que o ato de curar e o ato de cuidar estejam intrinsecamente ligados ao ato médico¹⁰³. Como FARIA COSTA nos elucida “a indiferenciação era um dado nas comunidades primitivas o que implicava que todos se “curassem” mutuamente”¹⁰⁴. O que mais tarde se veio a alterar quando o ato de curar e cuidar foi atribuído aos sacerdotes, conduzindo à abertura da funcionalização do ato médico¹⁰⁵.

⁹⁹ Conforme o art.41º CRP. BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F., *ob. cit.*, p. 461 a 465. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p.74. Pelo facto de a morte assistida ser uma questão eticamente controversa a objeção de consciência deve ser salvaguardada aos médicos que se confrontam com um pedido de fim de vida. AA.VV, «Physician-Assisted Suicide and Euthanasia in the ICU: A Dialogue on Core Ethical Issues», *Critical care medicine*, nº 2, 2017, p.149 e ss.

¹⁰⁰ Lei nº48/90 de 24 de Agosto

¹⁰¹ COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 131. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 61. GRALHEIRO, João Carlos, «o ato médico é uma empreitada?», *Revista da Ordem dos Advogados*, nº3/4, 2014, p. 813.

¹⁰² Contudo, em 1999, foi aprovado um diploma, que acabou por ser vetado pelo Presidente da República, que definia ato médico como “a actividade de avaliação diagnóstica, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas relativas à saúde das pessoas, grupos ou comunidades” e ainda “ os exames de perícia médico-legal e respetivos relatórios, bem como os actos de declaração do estado de saúde, de doença ou de óbito de uma pessoa”. COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 130-131. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 61.

¹⁰³ Como Faria Costa afirma “a degradação do corpo vital opera-se, sobretudo, pela doença. (...) E é precisamente neste ponto que se intromete o acto de curar, o acto de cuida. (...) “Curar” é lutar contra “Atropos”; é fazer com que esta terrível deusa chegue mais tarde a cortar o fio da vida.”. COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 128-129.

¹⁰⁴ COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 129.

¹⁰⁵ COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 129.

Contudo, a medicina a partir do século XIX, torna-se numa ciência de especialização praticada por médicos, conforme nos elucida SÓNIA FIDALGO¹⁰⁶ o médico perde, totalmente, a sua posição de deus todo sabedor, mágico ou sacerdote, passando a ocupar a de especialista, homem de ciência específica, que presta serviço, tal como os demais profissionais, nos cuidados de saúde.

Portanto, esta ciência ao preservar a saúde humana e lutar contra a doença permitiu ao Homem prolongar a sua vida e, por isso, agir em benefício do doente. Não obstante, viveu séculos e séculos sob o manto da “Arte Silenciosa”¹⁰⁷, pois apenas via o Homem como objeto de estudo e da praxis da ciência médica¹⁰⁸, resultado do juramento de Hipócrates¹⁰⁹ que delimitava que o médico escondesse tudo o que pudesse do doente, aqui, paciente, desviando mesmo a sua atenção do que lhe estava a fazer e omitindo o prognóstico que lhe circunscrevia^{110 111}.

Logo, durante o modelo hipocrático, o ato médico era um ato praticado por médico que existia sempre que aquele, interpretando uma vontade hipotética do paciente, atuasse em benefício do paciente¹¹².

Esta realidade altera-se a partir da segunda metade do século XX¹¹³ até aos dias de hoje, passando o ato médico apenas a existir se o doente o entender, ou seja, apenas existe ato médico se o doente quiser que ele exista¹¹⁴. Imediatamente, o doente passa a incluir-se

¹⁰⁶ FIDALGO, Sónia, *ob. cit.*, p. 15.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, «O fim da arte silenciosa», *ob. cit.*, p.102-103. GRALHEIRO, João Carlos, *ob. cit.*, p. 803. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 24 e ss.

¹⁰⁸ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 64.

¹⁰⁹ Veja-se a mudança do juramento de Hipócrates em GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 62-63.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, «Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3815, 1992, p. 33-34

¹¹¹ A título de exemplo de ato médico neste contexto, embora que possa ser um pouco radical, mas mesmo assim constituindo a realidade, socorremo-nos do relato dado por Guilherme de Oliveira: “Aqui está uma mulher que tem o demónio dentro da cabeça; Rapai-lhe os cabelos! Cumriu-se o que ele disse (...) O seu estado piorou. O médico (...) pegando na navalha (...) golpeou-lhe o crânio em forma de cruz e arrancou-lhe a pele no meio, tão profundamente que os ossos ficaram a descoberto. Em seguida esfregou-lhe a cabeça com sal. A mulher morreu de imediato”. Para este autor este relato do médico do tempo das cruzadas não será exemplar da prática clínica ao longo dos tempos, mas “esta conduta terá assentado sempre, em maior ou menor medida, no exercício de um «paternalismo clínico» favorecido pela ausência de limites jurídicos impostos pelo reconhecimento de um direito fundamental à integridade física e moral”. OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, *ob. cit.*, p. 33-34.

¹¹² COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 133.

¹¹³ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *ob. cit.*, p. 442.

¹¹⁴ COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 133.

na prática médica para a efetivação dos atos médicos, o que nos permite afirmar a fortíssima alteração do significado de ato médico, em prol do reconhecimento da autodeterminação do doente.

E é neste sentido que surge o consentimento informado¹¹⁵, fruto dos direitos fundamentais do doente constitucionalmente consagrados¹¹⁶, pois passa o doente a ocupar o centro de todo o ato médico. Ademais, só perante uma vontade livre, consciente e esclarecida é que podemos falar em ato médico como manifestação da autodeterminação do doente¹¹⁷.

Deste modo, assistimos a uma mudança de paradigma de um modelo paternalista hipocrático para um modelo de autodeterminação do doente. Esclarecendo-nos FARIA COSTA que “a hegemonia que existiu durante milénios quando se pensava as relações entre o médico e o doente – então paciente – foi esfacelada por esta nova centralidade: o ser pessoa em toda a sua plenitude. (...) É agora a pessoa que decide não o que é «ato médico», por certo, mas decide quando é que há ou pode haver «ato médico»”¹¹⁸.

E tendo presente o novo paradigma, INÊS GODINHO explica-nos que a definição de ato médico que possa vir a existir não será nos termos da adotada pela União Europeia de Médicos Especialistas por ser “demasiado abrangente, chegando mesmo a misturar as ideias de “acto médico” – a que corresponde um universo mais limitado de actos – e de “acto praticado por médico” – que corresponderá aos actos funcionais do médico, sendo que nem todos eles integram a realidade mais restrita corporizada pelo conceito de “ato médico”¹¹⁹.

Assim, embora o ato médico tenha sofrido uma grande evolução de sentido ainda não temos uma definição legal, porém, entendemos tal como FARIA COSTA, que “a força do conceito, a espessura e a densidade do conceito de acto médico saem reforçadas pela inexistência de uma sua definição material. (...) Que o acto médico, tal como o ato jurídico tocam e ligam-se à raiz mais funda do humano”¹²⁰.

¹¹⁵ Questão a ser tratada posteriormente no capítulo II.

¹¹⁶ Como já foi explicitado no ponto I.1 a lei reconhece ao doente o seu direito de autodeterminação o que inequivocamente influenciou e modificou o significado de ato médico.

¹¹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.157º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 633.

¹¹⁸ COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 133.

¹¹⁹ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 64.

¹²⁰ COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 134.

Todavia, o legislador penal, mesmo tendo presente esta realidade, não deixou de definir quando considerava ser um ato médico para o ordenamento jurídico-penal. Temos como exemplo o art.150º CP¹²¹ ou o art.142º CP¹²².

Cabe esclarecer que não podemos apenas nos ficar pela definição do art.150º CP, pois foi pensada no âmbito das intervenções médico-cirúrgicas, ou seja, esta definição foi elaborada no sentido da atipicidade da conduta adotada pelo médico em relação ao doente neste contexto¹²³.

A própria realidade do art.142º CP demonstra-nos isso mesmo. A verdade é que esta norma legal vem revelar-nos a “espessura ou relevo que a ordem jurídica portuguesa atribui aos actos médicos praticados por médicos no exercício das suas funções”¹²⁴. Assim, entende o legislador penal que se forem verificadas as circunstâncias enunciadas no art.142º CP, estaremos perante um ato médico lícito aos olhos do direito de *ultima ratio*.

E é através desta norma que podemos afirmar, tal como FARIA COSTA¹²⁵ e INÊS GODINHO¹²⁶, que depois de tudo o que foi *supra* referido, o médico passa a ser visto como um *hospes* (alguém que quer o bem do hóspede) quer para o direito penal, quer para a comunidade, ou seja, a conduta adotada pelo médico é a concretização da vontade do seu doente e por isso, os seus atos serem vistos como manifestações de hospitalidade.

Assim, foi através do médico e do ato médico que a sociedade encontrou o ponto de equilíbrio entre o valor da autodeterminação da maternidade, o valor do feto e a estabilização do domínio dos médicos, tal como pretenderá encontrar o equilíbrio na morte assistida.

¹²¹ Será considerado ato médico, nos termos de uma intervenção médico-cirúrgica do art.150º CP, se for um ato, cumulativamente: 1. Praticado “por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada”; 2. com intenção terapêutica; 3. Indicação médica; 4. Segundo as *leges artis*. ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.150º, *ob. cit.*, p. 457 e ss.

¹²² Entendeu o legislador, baseado na sociedade portuguesa, que o aborto não seria punível, nos termos do art.142º CP, desde que verificadas certas circunstâncias, as que nos são relevantes: praticado por um médico ou sob a sua direção, certificação em atestado médico diferente daquele que realiza a intervenção, em estabelecimento oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, sempre que não se verificar uma situação de urgência. DIAS, Jorge de Figueiredo/BRANDÃO, Nuno, Anotação ao art.142º, *comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 268 e ss

¹²³ COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 134. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 68. FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.19 a 21, ver também p. 38.

¹²⁴ COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 135.

¹²⁵ COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 136.

¹²⁶ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 70.

Portanto, a hospitalidade derivada do modelo de autodeterminação do doente que permite a atuação do médico de “prosseguir a vontade do doente que decide – dentro de certos pressupostos - deixar de viver” assume-se como nada mais do que um “verdadeiro acto médico”^{127 128}.

Logo, não poderíamos deixar de citar as palavras de FARIA COSTA, “o médico deve ser encarado como um *hospes* e nunca como um *hostis*. (...) O médico já não está amarrado ao verbo do juramento hipocrático mas antes atado à nobre missão de assumir a igualdade – o médico e doente são iguais – tudo se torna mais fácil para se conseguir, não a morte do “outro” que é seu “hóspede”, mas antes para prosseguir a vontade do “outro” que bem ou mal pouco monta nesta circunstância, decidiu, desde que rigidamente cumpridos os pressupostos que a lei determinar, deixar de viver”¹²⁹.

Assim, a função de “hospitalidade única” será atribuída ao médico, para além de que o homem que procurou no ato médico “mais vida”, atualmente procura no mesmo a morte devido aos avanços da ciência médica, como *supra* referido.

É por isso que entendemos, tal como os autores citados, que o médico ao querer o bem do seu doente e atuando em nome dos seus desejos e da sua vontade, deve ser considerado como um agente legítimo para a concretização humanitária da vontade do

¹²⁷ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 70.

¹²⁸ Diferentemente entende Teresa Quintela de Brito que o ato praticado pelo médico na eutanásia ativa direta é apenas um “acto-meio para atingir - mediatamente, portanto - a supressão da dor e do sofrimento. (...) Há uma intervenção directa sobre a vida do doente, por intermédio da qual se chega depois à eliminação da dor e do sofrimento e se satisfaz a autodeterminação do paciente. Logo, *não basta que uma das finalidades do art.150º CP constitua o móbil último de uma qualquer conduta do médico. É imprescindível que esta, social e medicamente, se identifique com a prevenção ou diagnose de uma patologia, com a própria debelação ou minoração da doença, do sofrimento, de uma lesão, fadiga corporal ou perturbação mental*”. BRITO, Teresa Quintela de, «Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?», *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 80, 2004, p. 271-272. Também Mauricio Rollero explica que existem atos que o médico pode realizar tendo em conta os seus conhecimentos e que muitas vezes esses atos são solicitados pela sociedade, mas que violentam radicalmente o que é o ato médico, que é o caso da atuação do médico que provoca a morte. ROLLERO, Mauricio Besio, «Sobre el Acto Médico», *Cadernos de Bioética*, n.º50, 2003, p. 33- 34 e 38. Embora o bastonário da ordem dos médicos entenda que a morte assistida não é compaginável com o conceito de ato médico. Contudo Lobo Antunes, presidente do CNECV, a bastonária da ordem dos enfermeiros e os médicos que assinaram a petição entendem que tudo o que se encontra antes e durante do pedido de morte assistida se inscreve na relação médico doente e, por isso, ser um ato médico, e não um tratamento médico. Lobo Antunes reforça a sua posição, bem como, a dos restantes afirmando que “ a eutanásia é um ato médico, nem podia deixar de o ser!”. In CACDLG, *Relatório Final da Petição n.º 103/XII/1.ª “Solicitam a despenalização da morte assistida”*.

¹²⁹ Acrescentando o autor que “se for este for o caminho que as comunidades do futuro vão seguir o acréscimo deste novo acto ao já vasto, denso e profundo repositório funcional que o Estado atribui aos médicos em nada os vai diminuir ou degradar na importância da sua profissão mas antes e definitivamente vai juntar património espiritual, nobilitação e valoração axiológica que só as coisas únicas e definitivas podem dar ou trazer”. COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *ob.cit.*, p. 136-137.

doente, em certas circunstâncias, no fim da vida. Compreendemos que depois de tudo o que já foi dito e tendo presente o modelo de autodeterminação do doente, vivido hodiernamente, na medicina e na relação médico-doente não poderíamos deixar de entender que a atuação do médico em realizar a vontade de deixar de viver possa ser considerada um ato médico, tal como no art.142º CP.

E para terminar, entendemos de acordo com INÊS GODINHO que “segundo de perto este raciocínio, se o direito penal estabelece como *topos* a punibilidade de um acto médico levado a cabo sem o consentimento do doente, temos no lugar inverso a este uma não punibilidade de um acto médico que, obedecendo à verificação de certos requisitos – tal como acontece na interrupção voluntária da gravidez- respeita a vontade do doente”¹³⁰. Isto para significar que, a nosso ver, deverá o legislador penal ponderar a vontade do doente que efetiva o ato médico, que em certas condições pretende ter uma “última voz” relativamente à dignidade da sua própria vida.

Mais ainda, o doente e a sociedade encontram no médico a confiança necessária para a realização do ato de “deixar de viver”, já que se trata de um terceiro imparcial que apenas pretende realizar a vontade do seu doente¹³¹.

I.4. A Prevalência da autodeterminação do doente na eutanásia

I.4.1. Passiva

Primeiramente, se nos é permitido, iremos fazer uma pequena introdução à proteção da vida humana em termos penais, para que posteriormente possamos referir-nos à eutanásia.

Portanto, a vida humana protegida pelo direito penal não se confunde com a vida humana em termos biológico-fisiológicos. Para além do mais, a noção de vida humana hoje, não pode ser mais compreendida como “algo naturalmente determinado e condicionado”¹³² face aos incríveis avanços da tecnologia e das ciências médicas.

¹³⁰ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 71.

¹³¹ Foi neste sentido que um médico português veio a público confessar e testemunhar a sua prática de eutanásia em quatro pessoas. Notícia de Cecília Galha, Revista Sábado, 9.12.2015 in <http://www.sabado.pt/vida/detalhe/sim-matei-quatro-pessoas-e-defendo-a-eutanasia> (acedido em 27.01.2017).

¹³² 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.57, também em GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os

Neste sentido, o direito penal não protege toda a vida humana¹³³ e, por isso, mesmo, ter sido necessário definir a concreta realidade em que começa e termina a proteção penal.

Assim, o início da proteção do bem jurídico-penal Vida Humana, constitucionalmente exigida, começa no momento da nidação, ou seja, no momento em que é implantado o óvulo fecundado no útero da mulher¹³⁴ e não na fecundação, como para a realidade biológica¹³⁵. Por este motivo, o direito penal proteger o bem jurídico vida humana intrauterina e regular os crimes contra esta vida, nos termos do art.140º, 141º e 142º do CP.

Contudo, esta termina com o nascimento, pois a partir deste momento passamos a proteger outra dimensão da vida humana, a de pessoa já nascida, que com o início do ato de nascimento se torna um centro autónomo de imputação de normas jurídicas¹³⁶. Assim, deixamos de estar perante uma vida fetal e passamos a estar perante a vida do ser humano, protegida pelos crimes contra a vida, nos termos dos art. 131º a 139º do CP.

Todavia, a proteção do bem jurídico-penal Vida humana termina quando acontecer o fenómeno morte, ou seja, a cessação irreversível das funções do tronco cerebral, isto porque o direito penal adota o critério de morte cerebral¹³⁷, tal como a ciência médica¹³⁸, para que seja assegurado o igual valor de todas as vidas até ao seu fim.

problemas de comparticipação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 93. COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», *ob. cit.*, p.116.

¹³³ Esclarece Inês Godinho que “a mera existência vivente não configura realidade suficiente para a sua relevância jurídico-penal”. GODINHO, Inês Fernandes, «Problemas jurídico-penais em torno da vida humana», *ob.cit.*, p. 62.

¹³⁴ Só a partir deste momento se começam a formar 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*. BRITO, Teresa Quintela de, «O crime de aborto», in AA.VV, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.426. GODINHO, Inês Fernandes, «Problemas jurídico-penais em torno da vida humana», *ob. cit.*, p. 70-71. GARCIA, M. Miguez, *Direito passo a passo*, 2º ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 34.

¹³⁵ GODINHO, Inês Fernandes, «Problemas jurídico-penais em torno da vida humana», *ob.cit.*, p. 62.

¹³⁶ GODINHO, Inês Fernandes, «Problemas jurídico-penais em torno da vida humana», *ob.cit.*, p. 61.

¹³⁷ Conforme o art.2º da Lei da verificação da morte, Lei nº141/99 de 28 de Agosto. Na verdade, a ciência média determina até que momento o direito poderá falar em proteção da vida humana, isto porque, dado o conhecimento das ciências médicas o critério de determinação da morte representa o limite das possibilidades de manutenção e prolongamento da vida permitidas pela ciência médica. Aliás, é com o surgimento das técnicas de ressuscitação que se abandona o critério da morte cardiorrespiratória. GODINHO, Inês Fernandes, «Problemas jurídico-penais em torno da vida humana», *ob.cit.*, p. 65. CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 448-449. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, p. 527 a 530.

¹³⁸ Explicando o CNECV as razões para a adoção do critério da morte cerebral no seu parecer 10/CNECV/95. Para mais esclarecimentos, veja-se 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 perspetiva integrada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 179 e ss.

Portanto, para o direito penal Vida Humana não significa apenas “estar vivo” em termos biológico-fisiológicos, significa vida de Pessoa Humana. Daí que vida humana não é igual a ser Pessoa^{139 140}. Por esta razão, o primeiro bem jurídico-penal protegido enquanto conceito jurídico para uma segurança e certeza da ordem jurídica é algo mais do que a mera existência biológica, é antes uma valoração axiológico-normativa¹⁴¹, que nos permite afirmar que a Pessoa humana é “o alfa e o ómega de todo o ordenamento jurídico”¹⁴².

Daí que, enquanto não ocorrer o fenómeno morte, qualquer encurtamento do tempo de vida será uma violação ao bem jurídico máximo protegido constitucionalmente.

E nesta medida surge o dilema da eutanásia, pois se por um lado o bem jurídico vida humana conhece duas formas de ofensa no início da vida, ou seja, a vida intrauterina é diferenciada da vida de pessoa já nascida, por outro lado, o mesmo não acontece relativamente ao bem jurídico no fim da vida, isto é, o direito penal apenas distingue entre a “realidade de estar vivo e a realidade de estar morto”¹⁴³ e não autonomiza o processo de fim da vida da vida plena protegida.

¹³⁹ Conforme Inês Godinho “o Homem tornou-se, no patamar da investigação científica, um indivíduo. Indivíduo que, neste contexto, nada tem que ver com individualidade, com aquelas qualidades que tornam cada ser humano único. E, verdadeiramente, os problemas que nos colocamos situam-se no patamar do cruzamento entre as ciências médicas, a investigação científica e o direito penal. Razão fundante para que nos querermos dolosamente, afastar da ideia de indivíduo. Motivo ainda para entendermos como pilar de uma reflexão jurídico-penal neste contexto a noção de pessoa. O indivíduo permanecerá o sujeito biológico da investigação; pessoa o titular de bens jurídicos”. Acrescentando que “a noção de Pessoa, assente nas ideias de liberdade e de responsabilidade, em que se alicerça e para que existe o direito penal, manifestam os limites da intervenção penal em que terá se assentar a verdadeira proteção de bens jurídicos”. GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 52 e 56-57.

¹⁴⁰ Neste sentido, Inês Godinho afirmar que para efeitos-jurídicos vida humana e pessoa são duas realidades diferentes, pois o direito penal ao considerar que só existe vida humana a partir da nidação determina que só a partir deste momento estamos perante uma Pessoa Humana digna de proteção jurídico-penal. Que consecutivamente terminará com o acontecimento morte, ou seja, com a cessação irreversível das funções do tronco cerebral. GODINHO, Inês Fernandes, «Problemas jurídico-penais em torno da vida humana», *ob.cit.*, p. 70 a 72. Também Figueiredo Dias nos esclarece que “a qualidade de pessoa para efeito do tipo de ilícito objetivo do homicídio termina com a morte: o cadáver não é mais pessoa para este efeito”. DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao art.131º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 12.

¹⁴¹ COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 164 e ss. GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 94-95.

¹⁴² 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. 160.

¹⁴³ Esclarece-nos Inês Godinho que o processo do fim da vida deveria ter eco no patamar jurídico-penal, tal como o tem o processo do início da vida, porque o facto é que o fim da vida pode ser mais do que, apenas, a cessação irreversível das funções do tronco cerebral, pode ser um longo e ininterrupto processo de deterioração das funções vitais e psíquicas. Porém a realidade de hoje é que este fim da vida não é autonomizável da vida plena em termos jurídico-penais. GODINHO, Inês Fernandes, «Problemas jurídico-penais em torno da vida humana», *ob.cit.*, p. 66 a 69. DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao art.131º, *ob. cit.*, p. 13.

Esta realidade lacunosa, por parte do direito penal, é resultado do atual desenvolvimento extraordinário da ciência médica, que permitem sustentar e prolongar a vida, e por isso mesmo, FARIA COSTA¹⁴⁴ advertir para a autonomização de um novo bem jurídico que se situe entre a vida humana e o cadáver. Ou seja, o longo e ininterrupto processo de deterioração das funções vitais no fim da vida, pois hoje este não pode ser mais entendido apenas como um acontecimento único, mas antes como um processo que ainda faz parte da realidade jurídico-penal de pessoa¹⁴⁵.

Assim sendo, a eutanásia volta a ser palco de discussão porque enquanto não existir o fenómeno morte todo o encurtamento do período natural de vida, proporcionado pelo auxílio médico à morte, será uma conduta objetivamente integrante do tipo de ilícito do homicídio.

Todavia teremos de nos questionar se o médico estará obrigado a adotar todas as medidas de prolongamento do tempo de vida do seu doente?

E é relativamente a esta questão que passamos a falar de eutanásia nas suas várias modalidades, porém, relativamente a este ponto, iremos apenas focar-nos na eutanásia passiva ou “ajuda à morte passiva” de acordo com FIGUEIREDO DIAS¹⁴⁶.

Antes de mais, CLAUS ROXIN esclarece-nos que devemos entender por “eutanásia” “a ajuda que se presta a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou ao menos levando em conta a sua vontade presumida, no sentido de proporcionar-lhe uma morte em consonância com a sua noção de dignidade humana”^{147 148}.

¹⁴⁴ Clarifica o autor que esta realidade proporcionou a existência de uma zona cinzenta, uma zona para a qual não queremos olhar, porque nos arrepiamos até ao mais fundo do nosso ser, que fica entre a vida e a morte. Daí que parecem obrigar-nos, a partir de agora, a pôr, ao menos como hipótese, a existência de um novo bem jurídico-penal: a integridade pessoal, pois foi violado, foi tocado, foi desintegrado um pedaço substancial do ser pessoa, que jamais poderá ser reprimado. COSTA, José de Faria, «Vida e Morte em direito penal (esquissos de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», Revista Portuguesa de Ciência Criminal, nº1/2, 2004, p. 171 e ss.

¹⁴⁵ COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», *ob. cit.*, p.146-147. GODINHO, Inês Fernandes, «Problemas jurídico-penais em torno da vida humana», *ob. cit.*, p. 66 a 69.

¹⁴⁶ Figueiredo Dias entende que é preferível falar em “ajuda à morte” porque “imputa ao comportamento uma finalidade precisa: a de contribuir para a morte de um enfermo, segundo a sua vontade real ou presumida, “em paz e com dignidade”, mais ainda, através desta expressão pretende evitar as hipóteses de eutanásia que são consideradas proibidas, daquelas que são permitidas por se reportar a um auxílio médico à morte de acordo com a vontade do doente. DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob. cit.*, p. 204-205.

¹⁴⁷ ROXIN, Claus, “A proteção da vida humana através do Direito Penal”, disponível em (<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>). (10.02.2017).

¹⁴⁸ No mesmo sentido Figueiredo Dias elucida que “por ajuda à morte no enquadramento jurídico-penal deve entender-se o auxílio prestado, de acordo com a sua vontade, real ou presumida, a uma pessoa severa e irrecuperavelmente enferma, frequentemente em insuportável sofrimento, no sentido de lhe permitir uma morte

Portanto, inerente à ideia de eutanásia encontra-se o auxílio médico à morte de acordo com a autodeterminação de uma pessoa gravemente e incuravelmente doente, que se encontra num sofrimento insuportável e pretende uma morte digna.

Com efeito, concordamos com INÊS GODINHO quando nos clarifica que em qualquer definição de eutanásia, para além da questão da morte, a “ideia de sofrimento assume um papel nuclear”, aliás convoca “para si a matriz do fundamento da vontade de morrer, o conceito de sofrimento assume-se pois como um dos pontos nevrálgicos da discussão em redor da eutanásia”¹⁴⁹.

Ademais, o conceito de eutanásia, depois de tudo o que foi mencionado, que sufragamos é indissociável da manifestação de autodeterminação do doente no final da vida, ou melhor, de autodeterminação sobre a morte¹⁵⁰, segundo a autora citada o “consentimento do paciente – *rectius*, a autodeterminação do doente – é parte integrante do próprio conceito de eutanásia, logo, também do conceito de eutanásia passiva”¹⁵¹, no mesmo sentido NUNO FERREIRA¹⁵².

em condições que o enfermo reputa, ou há razões para presumir que repute, humanamente dignas” DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao art.131º, *ob. cit.*, p. 19, também em DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 203. Do mesmo modo, Teresa Quintela define eutanásia como “auxílio médico à morte de um paciente que, segundo um fundado juízo de prognose médica, já se encontra num processo que, inevitavelmente, conduzirá à morte”, porém são distinguidas várias espécies de eutanásia de acordo com as suas valorações jurídico-penais. BRITO, Teresa Quintela de, «Responsabilidade penal dos médicos análise dos principais tipos incriminadores», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº1, 2002, p.399.

¹⁴⁹ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 28.

¹⁵⁰ Todos os penalistas que defendem a eutanásia entendem que é um ato de liberdade do próprio doente em dispor da sua própria vida. Nas palavras de Inês Godinho a eutanásia é “entendida, nos dias de hoje, enquanto conceito que designa uma ação ou uma omissão que – na sua finalidade- procura a morte com o objetivo de eliminar a dor física e/ou psicológica, em termos reais, trata-se do processo através do qual o agente causa dolosamente a morte de outrem a pedido deste”. Mais ainda “ a eutanásia, compreendida como manifestação de uma autodeterminação no final da vida – em especial, a eutanásia ativa direta- é o expoente máximo que define o limite da própria autodeterminação, ou seja, a autodeterminação sobre a morte. E que a discussão atual em torno da eutanásia apenas é possível, com este sentido, em Estados que partilhem do ideário liberal. Ora, mor do princípio da *ultima ratio*, o direito penal afirma-se como a área normativa onde se estabelecem os limites máximos do comportamento humano permitido. Se quisermos, os limites da liberdade em uma comunidade de homens e mulheres historicamente situada”. Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 19 e 30-31.

¹⁵¹ Concluindo que “esta forma de eutanásia, sendo atípica, é lícita e, portanto, admissível no ordenamento jurídico-penal português”. GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 241-242 e 244.

¹⁵² Clarifica o autor que “ainda que salvar vidas continue a ser o princípio condutor máximo, este deve dar precedência à compaixão e ao respeito pelo direito à autodeterminação do paciente”. FERREIRA, Nuno, «A Eutanásia: entre o Debate Jurídico e a Evolução da Opinião Pública», *Lex Medicinæ*, nº6, 2006, p. 151.

Nesta medida, eutanásia passiva trata-se da renúncia a medidas de prolongamento ou sustentação da vida¹⁵³. Ou por outras palavras, citando FIGUEIREDO DIAS, “a não realização de um tratamento ou a sua interrupção, quando tal se traduza num encurtamento do tempo de vida que ao paciente poderia ser artificialmente concedido”¹⁵⁴.

Todavia, esta não será criminalmente punida, resultado da conjugação do art.131º CP com o art.156º CP, sempre que estiver em consonância com a vontade do doente, ou seja, sempre que a vontade do titular do bem jurídico vida é a de que o médico se abstenha ou interrompa¹⁵⁵ os tratamentos médicos que mantêm a sua existência, pois o seu direito de autodeterminação de dispor do seu corpo e da sua vida¹⁵⁶ prevalecerá relativamente ao direito à vida protegido pelo Estado. Isto porque não é permitida pela lei qualquer intervenção médica forçada, sob pena de incorrer num crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, nos termos do art.156º CP^{157 158}.

Assim, concordamos com COSTA ANDRADE quando nos explicita que a proteção penal da liberdade do doente, através da autonomização de um bem jurídico-penal relativamente às intervenções médicas, trata-se de um caso de acordo-que-exclui-a-

¹⁵³ MORÃO, Helena, «Eutanásia passiva e Dever Médico de Agir ou omitir em face do Exercício da Autonomia ética do Paciente», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº1, 2006, p.36. GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 238. BRITO, Teresa Quintela de, «Responsabilidade penal dos médicos análise dos principais tipos incriminadores», *ob. cit.*, p.407. DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao art.131º, *ob. cit.*, p. 19.

¹⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 22.

¹⁵⁵ Esclarece-nos Figueiredo Dias que a interrupção de tratamentos técnicos por desejo do doente, essencialmente, o desligar da máquina de respiração assistida pelo médico ou outra pessoa garante, deve ser “jurídico-penalmente considerada como *omissão*, sendo praticamente irrelevante que dela seja elemento, de um ponto de vista naturalístico, um comportamento activo: o que está em causa é, em definitivo, a não continuação (*omissão de continuação*) de um tratamento”. DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 207-208. No mesmo sentido Claus Roxin elucida-nos, baseado no Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH), que a interrupção do tratamento por meio de uma conduta ativa deve considerar-se como uma *omissão de continuar* um tratamento contra a vontade do doente, pois o médico, de acordo com o direito, está obrigado a respeitar a vontade do doente. ROXIN, Claus, «Homicidio y participación en el suicidio: Derecho vigente y propuestas de reforma», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVI, 2013, p.18.

¹⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 205.

¹⁵⁷ Relativamente às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos esclarece-nos Costa Andrade que o art. 150º, 156º e 157º do CP devem ser lidos numa “relação de integração e de complementaridade normativa” pois estes três preceitos, “no seu conjunto, dão corpo positivado ao regime jurídico-penal *das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*”. ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.150º, *ob. cit.*, p. 457.

¹⁵⁸ A importância do direito de autodeterminação do doente levou a que o legislador português admitisse e regulasse as Declarações Antecipadas de Vontade, nos termos da Portaria n.º 96/2014 e pela Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho. Isto porque para que a intervenção seja legítima deverá o médico recorrer à vontade presumida do seu doente nos casos em que se encontre inconsciente, quer seja através da vontade presumida derivada, por exemplo, das conversas ou afirmações anteriores, quer seja através das declarações antecipadas de vontade. Ponto a ser explorado posteriormente.

tipicidade¹⁵⁹, ou seja, um caso de acordo que irá excluir a tipicidade porque reporta-se à “manifestação de vontade que dá expressão e realização ao bem jurídico tipicamente protegido”¹⁶⁰, daí que nem sequer chega a existir danosidade social pelo facto de a liberdade pessoal protegida através do bem jurídico não ser afetada quando em concordância com a vontade do titular do bem jurídico e, por isso, “o acordo assegura a continuidade entre a autonomia pessoal e o bem jurídico protegido e, reflexamente, a congruência entre a mesma autonomia e o programa sistémico-social de tutela penal. O que exclui, por definição, os coeficientes de conflitualidade próprios do consentimento”¹⁶¹.

Nesta medida, apenas constituirá homicídio por omissão a renúncia do médico de prolongamento ou sustentação da vida sem qualquer manifestação da vontade do seu doente, pois o dever de garante que recai sobre ele obriga-o a atuar em benefício da vida daquele.

Assim, o médico apenas verá o seu dever de garante cessar, bem como, a obrigação de tratar para salvaguarda da vida do seu doente sempre que se defrontar com uma decisão livre, consciente e informada, por parte do seu doente que opta por morrer de “morte natural”¹⁶². Aliás a boa prática médica será considerada a que respeita a vontade do doente.

Assim como o legislador português entendeu que o médico tem o direito e o dever de curar e libertar, na medida do possível o doente do sofrimento.

Porém, estes encontram a sua fronteira no direito do Homem à livre autodeterminação sobre o próprio corpo e sobre a própria vida, daí que a intervenção médica não acordada, mesmo que medicamente indicada, será “uma agressão ilícita contra a liberdade e dignidade da pessoa humana”¹⁶³.

¹⁵⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.156º, *ob. cit.*, p. 601.

¹⁶⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob.cit.*, p. 400-401.

¹⁶¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob.cit.*, p. 517. Veja-se também 507 e ss.

¹⁶² Entende assim a doutrina maioritária que o dever de garante do médico termina com a vontade do doente na recusa ou interrupção dos tratamentos médico-cirúrgicos. DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 207. ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 456. MORÃO, Helena, *ob. cit.*, p.78. GARCIA, M. Miguez, *ob. cit.*, p. 40. Diferentemente, Teresa Quintela de Brito, que embora reconheça a prevalência do direito de autodeterminação do doente, entende a autora que a eutanásia passiva constitui sempre uma conduta típica de homicídio por omissão, porém “se o médico optar por nada fazer, respeitando a vontade expressa, livre e actual do moribundo nesse sentido, a sua conduta típica de homicídio também estará justificada por conflito de deveres (art.36º), já que opta por cumprir os deveres (mais adstringentes) de omitir o prolongamento do sofrimento do moribundo e de omitir o desrespeito pela sua autodeterminação, violando o dever de agir para preservar a vida”. BRITO, Teresa Quintela de, «Responsabilidade penal dos médicos análise dos principais tipos incriminadores», *ob. cit.*, p.407 e 409 e também em BRITO, Teresa Quintela de, «Crimes contra a Vida: Questões Preliminares», in AA.VV, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.55 e ss.

¹⁶³ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.156º, *ob. cit.*, p. 599.

Logo, o respeito pela vontade do doente pelo médico não pode ser considerado um homicídio a pedido da vítima, nos termos do art.134º do CP, pois caso considerássemos a sua aplicação à eutanásia passiva estaríamos a converter, sem mais, “a incriminação numa legitimação legal dos tratamentos coativamente impostos pelo médico”¹⁶⁴.

E é nesta sequência que HIRSCH considera que em caso de vontade contrária do paciente (para nós doente) extingue-se, sem mais, o dever de garante do médico. Não há nenhuma possibilidade de cura coerciva. O dever de tratamento do médico deixa de existir quando, por decisão livre, o doente o recusa. Justamente no domínio do prolongamento médico da vida, tal recusa há de respeitar-se como expressão da autodeterminação do paciente¹⁶⁵.

Neste sentido, SOWADA defende que a ordem jurídica ao reconhecer a autodeterminação, a autorresponsabilização do doente “não pode ser substituída pela *razão* ou *aprovação moral*”¹⁶⁶.

Portanto, conclui COSTA ANDRADE, do qual compartilhamos, que “o sentido material-axiológico e a projeção normativa do direito de autodeterminação do paciente, como bem jurídico digno de tutela penal, oferece assim um *topos* decisivo para a resposta ao problema jurídico-penal da eutanásia passiva: uma resposta abertamente no sentido da não punibilidade. Na medida em que o legislador (tanto constitucional como ordinário) se propõe afirmar e promover a integridade deste bem jurídico (liberdade pessoal), ilegítima por princípio as intervenções médicas que com ele contendem, *maxime* as que caem na malha de uma incriminação dos *tratamentos arbitrários*”. Dado que “proíbe – e pune! – a intervenção”, pois ao denegar “o *direito* de intervenção, a ordem jurídica preclude *eo ipso* qualquer *dever* de intervenção”¹⁶⁷ e, nesta medida, o *legislador decide-se pelo primado da autodeterminação sobre a própria vida*”¹⁶⁸.

¹⁶⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob.cit.*, p.438.

¹⁶⁵ HIRSCH, Hans Joachim, *ob. cit.*, p. 338-339. JAKOBS, Günther, *Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 61.

¹⁶⁶ Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p.438.

¹⁶⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p.440.

¹⁶⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p.440 e 456.

I.4.2. Ativa

I.4.2.1. Indireta

A eutanásia ativa indireta ou ortotanásia consiste numa intervenção médica ativa, que é solicitada pelo doente, com o intuito de minorar a dor e o sofrimento no decorrer da doença, mas que pode acarretar como consequência indesejada da conduta do médico um encurtar o período de vida¹⁶⁹. E por isso mesmo, a atuação do médico preencher o tipo de ilícito do homicídio.

No entanto, FIGUEIREDO DIAS elucida que a ajuda à morte ativa indireta é “tida generalizadamente, nos círculos jurídico-penais e médicos, como não constituindo nem homicídio, nem homicídio a pedido desde que corresponda à vontade real ou presumida do paciente”¹⁷⁰. Assim, mais uma vez entende-se que deve prevalecer a autodeterminação do doente em relação à vida, pois como JAKOBS nos elucida, o valor principal não é a vida como um fenómeno biológico, mas a sua qualidade ou mesmo a sua suportabilidade, já que viver não significa preocupar-se incessantemente com a saúde¹⁷¹.

De mais a mais, de acordo com a doutrina dominante a atuação do médico será justificada pela sua intenção¹⁷², porquanto o médico apenas tem a intenção de auxiliar o seu doente, com o seu consentimento, para diminuição das dores ou sofrimento e não o dolo de morte¹⁷³.

¹⁶⁹ BRITO, Teresa Quintela de, «Crimes contra a Vida: Questões Preliminares», *ob. cit.*, p.43 também em BRITO, Teresa Quintela de, «Responsabilidade penal dos médicos análise dos principais tipos incriminadores», *ob. cit.*, p 400. GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 247. DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao art.131º, *ob. cit.*, p. 20.

¹⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao art.131º, *ob. cit.*, p. 29, também em DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 211. No mesmo sentido Claus Roxin clarifica que “a eutanásia indireta, na qual é dada ao paciente uma substância anestésica que possa, eventualmente, acelerar-lhe a morte, não só é permitida, como mesmo obrigatória”. ROXIN, Claus, «Homicidio a petición y participación en el suicidio: Derecho vigente y propuestas de reforma», *ob. cit.*, p.15-16, também em ROXIN, Claus, A proteção da vida humana através do Direito Penal, *ob. cit.*, p. HIRSCH, Hans Joachim, *ob. cit.*, p.348-349.

¹⁷¹ JAKOBS, Günther, *ob. cit.*, p. 58.

¹⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao art.131º, *ob. cit.*, p. 32. GODINHO, Inês Fernandes, «autodeterminação e morte assistida na relação médico-paciente», *ob. cit.*, p. 115.

¹⁷³ Para BOCKELMANN a ausência de dolo permite a admissibilidade da eutanásia ativa indireta. Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p.411.

Assim, SOUSA BRITO¹⁷⁴ e COSTA ANDRADE¹⁷⁵ defendem que a conduta do médico é atípica ao crime de homicídio, isto porque o médico ao prescrever “a medicação necessária para atenuar o sofrimento dá origem a um *circulus vitiosus* entre a acostumação e a intensificação das doses, em termos de não poder excluir-se a provocação, como efeito secundário, de lesões tóxicas”¹⁷⁶. Por essa razão a conduta é atípica ao crime de homicídio por se tratar de um tratamento e intervenção médico-cirúrgico com o intuito curativo, nos termos do art.150º CP.

No entanto, FIGUEIREDO DIAS¹⁷⁷ e MIGUEZ GARCIA¹⁷⁸ depreendem que a justificação da eutanásia ativa indireta será em virtude do risco permitido, porque o médico ao prescrever a medicação para o alívio da dor e do sofrimento vai ao encontro do desejo, expresso ou presumido daquele que sofre, mesmo tendo consciência dos efeitos secundários da medicação de poder encurtar o tempo de vida e apressar a morte, põe na sua administração o cuidado devido face às circunstâncias concretas. Logo, exclui-se a tipicidade do caso pelo facto de o resultado da ação do médico não merecer desaprovação social por ser considerado um risco permitido¹⁷⁹.

No nosso entendimento, independentemente da justificação que se possa encontrar para a não punibilidade da eutanásia ativa indireta, a verdade é que a autodeterminação do

¹⁷⁴ Apud BRITO, Teresa Quintela de, «Crimes contra a Vida: Questões Preliminares», *ob. cit.*, p.44.

¹⁷⁵ Costa Andrade compreende, do qual compartilhamos, que as práticas médicas de eutanásia ativa indireta, são jurídico-penalmente lícitas em prol do necessário recurso a doses cada vez maiores de analgésicos que pode redundar num encurtamento da fase terminal da vida do doente, nesta medida “reclamam um regime específico em matéria de acordo e, sobretudo, de esclarecimento”. ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p.411. ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.134º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 105.

¹⁷⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p.411.

¹⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 213.

¹⁷⁸ GARCIA, M. Míguez, *ob. cit.*, p. 43.

¹⁷⁹ Há quem adiante outras soluções. Para Teresa Quintela de Brito a “solução mais correta para o problema da eutanásia ativa indireta parece residir no conflito de deveres” porque “colidem um dever de agir no sentido de aliviar o sofrimento e um dever de omitir o encurtamento ou aceleração da morte. O médico opta por cumprir o dever de agir, violando o dever de omitir, porque essa é a actuação que melhor corresponde ao interesse real ou presumido do paciente na supressão das dores e do sofrimento”. BRITO, Teresa Quintela de, «Responsabilidade penal dos médicos análise dos principais tipos incriminadores», *ob. cit.*, p 402, também em BRITO, Teresa Quintela de, «Crimes contra a Vida: Questões Preliminares», *ob. cit.*, p.49 e ss. Já a doutrina maioritária alemã propende para justificar a conduta do médico nos termos do estado de necessidade justificante prevalecendo o interesse do doente no alívio da dor e do sofrimento, neste sentido Claus Roxin. Ou melhor, é permitida a eutanásia ativa indireta “em virtude não só da vontade real ou presumida do paciente, como também, de uma ponderação objetiva: pois uma vida um pouco mais curta sem dor vale mais do que uma vida não muito mais longa sob dores dificilmente suportáveis”. ROXIN, Claus, «Homicidio a petición y participación en el suicidio: Derecho vigente y propuestas de reforma», *ob. cit.*, p.16, também em ROXIN, Claus, A proteção da vida humana através do Direito Penal, *ob. cit.*, p. HIRSCH, Hans Joachim, *ob. cit.*, p. 349.

doente, expressa ou presumida, pela administração por parte do médico de uma medicação que lhe alivie as dores e o sofrimento em que se encontra, volta a prevalecer relativamente ao direito à vida. Mais uma vez esta espécie de eutanásia tem presente no seu conceito a autodeterminação do doente para que seja admitida pelo direito penal.

No entanto, INÊS GODINHO considera que “nas constelações de casos de eutanásia, a certeza jurídica é fundamental e, através da formulação – por melhores “intenções” que lhe possam estar subjacentes – da “falta de intenção” não é lograda a garantia desta mesma certeza. Aqui deve antes ser encontrado um critério objetivo”¹⁸⁰.

Neste sentido a autora acrescenta, tal como FIGUEIREDO DIAS¹⁸¹, relativamente à distinção que se opera face à eutanásia ativa direta e indireta, que “seria provavelmente mais exato falar no âmbito da relação médico-doente, não tanto em eutanásia direta ou indireta, mas antes apenas de diminuição da dor. E aqui, nesta formulação, o consentimento do doente seria já razão decisiva para a justificação da conduta do médico. (...) O que está em causa na eutanásia ativa indireta é a realização de um ato médico (de acordo com o seu sentido social) condicionado pela autodeterminação do paciente. O que não traduz, *in toto*, nem o fim nem o âmbito de proteção dos tipos de homicídio, até porque o resultado da conduta não é “a morte”, mas antes a “diminuição da dor”. Ou seja, resultado este não contido na proibição visada pela norma”. Finalizando, “torna-se pelo menos mais claro designá-la de “medidas de diminuição da dor”, sendo que deverão sempre pressupor o consentimento do paciente, ainda que possa existir (apenas) o risco de encurtamento da vida”¹⁸².

I.4.2.2. Direta

Se relativamente às formas de eutanásia mencionadas não existem dúvidas quanto à sua não punibilidade penal em nome da autodeterminação do doente, o mesmo não acontece comparativamente à eutanásia ativa direta. Ou por outras palavras: os casos de eutanásia ativa direta são internacionalmente os mais controvertidos e difíceis quanto à sua

¹⁸⁰ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 254.

¹⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 212-213.

¹⁸² GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 255 e 257.

admissibilidade penal, pelo facto da atuação ativa do terceiro ter como intenção a provocação da morte de outrem, mesmo que estejamos perante uma relação médico-doente.

Portanto, a eutanásia ativa direta¹⁸³ deve ser entendida como o “ato de provocar a morte a alguém gravemente doente que para tanto deu o seu consentimento (presumido), por forma a evitar mais dores e sofrimento”¹⁸⁴. Daí que este encurtamento intencional da vida do doente, que não só consente como também pede, por parte de um terceiro (médico), preenche o tipo-ilícito doloso do crime de homicídio a pedido da vítima, nos termos do art.134º CP¹⁸⁵.

Atualmente, o direito penal não admite qualquer intervenção de um terceiro com a finalidade de provocar a morte a um doente no fim da vida, pois, como *supra* mencionado, protege a vida de pessoa que se encontra no fim da vida com a mesma intensidade da pessoa que não se encontra num processo de morte. Como poderemos ver através do homicídio a pedido da vítima, ou também quando o agente atua, inexistindo qualquer pedido da vítima, por misericórdia com o intuito de libertar o doente da dor e sofrimento em que se encontra até ao acontecimento morte, mas já a título de homicídio privilegiado nos termos do art.133º CP. E não se verificando qualquer destas situações estaremos sempre no âmbito do homicídio simples, nos termos do art.131º CP.

Ademais, também será punido o agente, mas já a título do crime de incitamento ou ajuda ao suicídio, de acordo como art.135º CP, que apenas auxilia na morte o doente que pretende ele próprio provocar a sua morte, isto porque o domínio do facto é controlado pela vítima, diferentemente, acontece no homicídio em que é controlado pelo agente.

¹⁸³ Figueiredo Dias denomina de “ajuda à morte ativa direta”. DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 214. E Faria Costa de “ajuda ao deixar de viver”. COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», *ob. cit.*, p. 146.

¹⁸⁴ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 246. Também em GODINHO, Inês Fernandes, «autodeterminação e morte assistida na relação médico-paciente», *ob. cit.*, p. 114. Acrescenta Cláudia Neves Casal que aliviar o sofrimento de um doente incurável atormentado por dores insuportáveis não é uma atitude bárbara ou cruel, antes é uma ação humanitária”, pois visa o respeito pela autodeterminação dos doentes competentes que escolhem por uma morte pacífica e mais humana em substituição de uma morte prolongada ou com recurso a formas indignas de provocação da morte pelo doente. CASAL, Maria Cláudia Socorro Lima Neves, *Homicídio Privilegiado por Compaixão*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 165 e ss.

¹⁸⁵ Também na Alemanha tal atuação do médico será considerada um homicídio a pedido da vítima, nos termos do art.216 do Código Penal Alemão (StGB). Porém a ajuda ao suicídio não é crime, pois quem decide e detém o domínio do facto é a vítima que livremente decide conscientemente pelo suicídio, sendo o agente apenas um cúmplice. ROXIN, Claus, «Homicidio a petición y participación en el suicidio: Derecho vigente y propuestas de reforma», *ob. cit.*, p. 21. HIRSCH, Hans Joachim, *ob. cit.*, p. 346. JAKOBS, *ob. cit.*, p.24-25 e 40 e ss.

Hodiernamente, como temos vindo a demonstrar ao longo do texto, a autodeterminação do doente tem vindo a derrubar barreiras e prevalecendo, em certas circunstâncias, sobre o direito à vida protegido constitucionalmente e penalmente.

Por esta razão, hoje a grande questão é saber se será possível num Estado de Direito Democrático como Portugal, admitir um auxílio médico ativo com a intenção de provocar a morte de doente que consente e pede uma morte digna?

Como *supra* explicitado¹⁸⁶, quando dois direitos fundamentais se encontram em conflito, como acontece relativamente à eutanásia ativa direta/morte assistida, de acordo com o art.18º, nº2, da CRP, deve ser alcançada uma concordância prática entre o direito à vida e o direito à autodeterminação, decorrentes da dignidade da pessoa humana. E é neste sentido que concordamos com os autores que foram citados, relativamente à constitucionalidade da eutanásia ativa direta.

Ou por outras palavras, segundo a Constituição da República Portuguesa, a morte assistida é constitucional, tendo o legislador ordinário de maximizar e compatibilizar, ou seja, encontrar a concordância prática exigida constitucionalmente entre os valores fundamentais “vida” e “autonomia/liberdade”.

Reforçando o TEDH dizendo que o indivíduo, de acordo com o art.8º da CEDH, tem o direito a decidir¹⁸⁷ de que modo e em que momento deve a sua vida terminar, desde que esteja em condições de formar livremente a sua vontade e de agir conforme a sua vontade livremente formada¹⁸⁸, isto é, o direito a evitar uma morte indigna.

Isto significa que quando estejamos perante uma pessoa que toma uma decisão livre, consciente, lúcida e esclarecida de morrer com dignidade e, por isso, pede a outrem que a auxilie na sua morte deverá ser ponderada, para não dizermos admitida, pelo Estado que tem o dever de proteger a vida das pessoas vulneráveis contra si e contra terceiros. Porém

¹⁸⁶ No ponto I.1.

¹⁸⁷ E não um direito à morte de acordo com o art.2º da CEDH como *supra* explicitado no ponto I.1. Também Inês Godinho nos explicita que “os direitos fundamentais – e, consecutivamente, também o direito à vida – são colocados na esfera jurídica do seu titular para que este deles possa dispor de acordo com os seus fins subjetivos. O que significa, em última instância, que o indivíduo tem em relação ao Estado a liberdade de, inclusivamente, se matar”. E na questão da morte assistida ao invocar-se um direito a uma morte digna “não se pretende, tanto, a consagração formal de um direito à morte, mas antes invocar o valor da dignidade humana como horizonte para permitir pugnar por uma justificação das realidades que pretendem possibilitar ao doente uma forma indolor e humana de eliminação da própria vida”. GODINHO, Inês Fernandes, «Direito à morte ou liberdade para morrer: revisão do Case of Pretty v. The United Kingdom a respeito da morte assistida em pessoas com VIH/SIDA», *ob.cit.*, 175-176.

¹⁸⁸ Conforme explicitado nos acórdãos *CASE OF PRETTY v. THE UNITED KINGDOM*, ponto 67. Acórdão *CASE OF HAAS v. SWITZERLAND* no ponto 51. Acórdão *CASE OF KOCH v. GERMANY*, ponto 52.

aqui, como nos referimos a eutanásia ativa direta voluntária, apenas estará em causa o dever de proteger a vida das pessoas contra si próprias¹⁸⁹.

Assim, a possibilidade da admissibilidade da morte dada por outra pessoa a pedido desta, suscita conflitualidade entre a liberdade pessoal e o interesse público em proteger a vida de pessoa contra si, que apenas pode ser resolvida segundo a margem de apreciação no que respeita à amplitude reconhecida à liberdade de cada cidadão num Estado.

Nesta medida, hodiernamente, o Estado Português assiste à petição nº103/XII/1 para a despenalização da morte assistida em Portugal reivindicada pelos seus cidadãos em prol do reconhecimento da autodeterminação do doente sobre a sua própria vida face ao direito à vida humana.

Também os penalistas face aos avanços da tecnologia e desenvolvimento das ciências médicas já vinham reivindicando e lutando pelo reconhecimento da admissibilidade da morte assistida, tal como FIGUEIREDO DIAS¹⁹⁰ ensina dizendo que qualquer pessoa enquanto pessoa humana tem o “direito a dar à sua vida o destino que quiser, como e quando quiser”¹⁹¹ porque tal direito decorre da eminente dignidade da pessoa humana.

Porém, o legislador penal até aos nossos dias nunca se pronunciou em relação à sua ponderação, considerando-a como um crime contra a vida de pessoa já nascida.

Nesta medida, o autor citado tem presente que, ainda que deva ser permitida como uma terapia de dor¹⁹², a sua admissibilidade apenas será possível através de uma intervenção legislativa¹⁹³.

¹⁸⁹ Como podemos ler no acórdão *CASE OF HAAS v. SWITZERLAND*.

¹⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 215.

¹⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 205. Aliás em prol do direito de autodeterminação da pessoa humana, o suicídio não é punido pelo CP português porque o considera um ato atípico no sentido do crime de homicídio, significando que cada pessoa humana tem um poder de facto relativamente à sua própria vida, como já aludido.

¹⁹² No seu entendimento nos casos em que o “mortalmente enfermo manifeste a sua vontade séria e esclarecida (ou ela se deva presumir, quando aquela manifestação não seja possível) de que ponham termo, por ação positiva direta, à sua vida, um acompanhamento compreensivo e humano da morte, aliado a uma terapia da dor tão eficiente quanto possível, conforma uma actuação 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 os mais rigorosos pressupostos procedimentais, da ajuda à morte ativa direta”. DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao art.131º, *ob. cit.*, p. 33-34, também em DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 215.

¹⁹³ Para o autor a solução preconizada para a permissibilidade da ajuda à morte ativa direta de ser o aditamento de um número ao art.134º CP com a seguinte redação: “O tribunal pode isentar de pena quando a morte servir para pôr termo a um estado de sofrimento insuportável para o atingido, que não pode ser eliminado ou atenuado por outras medidas”. Também deverá ser isento de pena o agente que apenas auxilia na morte de acordo com o art.135º CP. Assim, defende o autor uma causa de exculpação. DIAS, Jorge de Figueiredo, Anotação ao

Também FARIA COSTA defende a admissibilidade da morte assistida, ou “ajuda ao deixar de viver”, como um ato médico de “curar para além da cura”¹⁹⁴, devido ao novo paradigma da autodeterminação do doente presente na relação médico-doente e, consecutivamente, no ato médico.

Aliás, considera o autor que hoje o mais relevante é a qualidade de vida, já que a quantidade passou a ser uma realidade permitida pelos avanços da medicina, mas por outro lado proporcionou que a morte da perspectiva do doente fosse considerada “mais um “deixar de viver”, sobretudo se é ele próprio que se “desinteressa” de viver, do que um termo, um fim”¹⁹⁵. Acrescentando, que quando “a esperança de vida é nula, segundo os dados da ciência, a qualidade de vida atinge níveis de humilhação, o sofrimento é para lá do razoável, então o “deixar de viver” não é indigno de ser visto como uma alternativa, uma saída”¹⁹⁶.

Por esta razão, FARIA COSTA enuncia seis pontos que têm de estar presentes para a admissibilidade da eutanásia ativa direta sustentada em pedido sério, instante e expreso praticada por médico, nomeadamente: “ a) a eutanásia ativa, sustentada em pedido sério, instante e expreso, não pode ser senão praticada em circunstâncias inequivocamente excepcionais e justificadas; b) tal prática só se justifica na fase terminal de uma doença grave e incurável; c) a oferta de reais e verdadeiros cuidados paliativos é um procedimento absolutamente indispensável; d) o ato de eutanásia em caso algum pode ser praticado em menor, mesmo que emancipado, nem em doente mental, mesmo que tenha expreso essa vontade em momento lúcido; e) só um médico pode praticar a eutanásia; f) o médico pode sempre fazer valer o direito de objeção de consciência”¹⁹⁷.

Assim, verificamos que o doente que de forma livre, consciente e esclarecida toma a decisão racionalmente livre de “deixar de viver” pela mão de um médico, tendo como razão a dor e sofrimento insuportáveis provocados por doença grave e incurável em fase terminal, deve poder presenciar a uma primazia da sua autodeterminação em relação à vida, tal como já acontece em relação a todas as outras eutanásias enunciadas.

art.131º, *ob. cit.*, p. 34, também em DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 215.

¹⁹⁴ COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», in AA.VV, *ob. cit.*, p. 158-159.

¹⁹⁵ COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», in AA.VV, *ob. cit.*, p. 147.

¹⁹⁶ COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», *ob. cit.*, p.147.

¹⁹⁷ COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», *ob. cit.*, p.149.

Posto isto, o autor entende que a solução para a admissibilidade da “ajuda a deixar de viver” passa por “considerar que perante as situações definidas pela lei, o médico que leve a cabo uma tal conduta está a coberto definitivamente por uma causa de exclusão do ilícito”, pois se admitíssemos a solução encontrada através da exclusão da responsabilidade penal por causa pessoal¹⁹⁸ “mostrar-se-ia pouco convincente em termos de afirmação de dignidade para com aqueles que praticassem tais atos médicos”, pois “recairia sempre o anátema de estarem a praticar ações que a ordem jurídico-penal não deixava de considerar ilicitamente típicas e suscetíveis de censura”. Aliás, vai mais longe e determina que a eutanásia ativa praticada por médico enquanto executor de acto médico de curar para além da cura, “não deveria sequer preencher o tipo legal de crime”¹⁹⁹, pois trata-se de um ato médico nos termos do art.150º CP, logo, não é considerado uma ofensa à integridade física e à vida. Diferentemente TERESA QUINTELA DE BRITO²⁰⁰.

Na mesma linha de pensamento do autor, INÊS GODINHO explicita que a posição de FARIA COSTA é “inovadora no panorama doutrinário português e chega a um resultado – a não punibilidade da eutanásia ativa direta em contexto médico mediante certos e apertados pressupostos - com o qual apenas podemos manifestar o nosso total acordo”,

¹⁹⁸ Como defende HIRSCH nos casos de eutanásia ativa direta em que o médico atende ao pedido de doente terminal, que vê na morte a solução para o término do sofrimento insuportável em que vive devido à doença, deve a sua conduta estar ao abrigo de uma causa de exculpação, ou seja, a intervenção do médico não deve ser censurada, mas sempre ilícita. Acrescentando que a opinião dominante na doutrina penal alemã é no sentido de *lege ferenda* de despenalização excepcional ancorada em causa de exculpação, já que se pretende admitir esta prática médica, atualmente, segundo um estado de necessidade desculpante. HIRSCH, Hans Joachim, *ob. cit.*, p. 355 e ss. No mesmo sentido, Claus Roxin defende que a distinção entre a ajuda ao suicídio e o homicídio a pedido deve permanecer no direito penal liberal, podendo existir nas situações limite a dispensa de pena do agente do crime, assim na sua linha Figueiredo Dias. AA.VV, *Eutanasia y Suicidio: Cuestioes dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, p.34-35. Também em ROXIN, Claus, «Homicidio a petición y participación en el suicidio: Derecho vigente y propuestas de reforma», *ob. cit.*, p. 31-32.

¹⁹⁹ Acrescentando que a consideração como ato médico de “deixar de viver” não se circunscreve apenas ao jurídico mas também ao próprio pensamento médico, pois o seu entendimento é no sentido de que o ato de “deixar de viver” é ainda e sempre um ato médico. COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», *ob. cit.*, p.154 a 159.

²⁰⁰ A autora concorda com Carmen Lanuza em permitir o suicídio assistido, ou seja, a justificação da ajuda ativa ao suicídio através do art.38º CP, pois existe um perigo de autolesão devida à intromissão de terceiro na concretização da decisão de “deixar de viver” tomada por iniciativa do próprio, desde que o facto não ofenda os bons costumes, mas já não admite a eutanásia ativa direta enquanto homicídio a pedido da vítima, para doente incurável, em fase terminal, que se “encontra «para lá de toda a ajuda possível» e que séria e racionalmente vê a morte a sua libertação”, pois “sem o auxílio de terceiro o titular do bem vida não tem acesso a meios que lhe proporcionem uma morte não violenta, rápida e indolor”. Assim, a autora defende uma morte humana e não inumana produzida pelo titular do bem jurídico, daí que a ajuda ativa de terceiro no suicídio deveria ser eticamente legítima e juridicamente aceitável, em contexto eutanásico, porque o doente não só tomou uma decisão séria, definitiva e intersubjetivamente “verdadeira” de “deixar de viver”, como pretende e pode executá-la por si mesmo. BRITO, Teresa Quintela de, «Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?», *ob. cit.*, p. 598 e ss.

porém deixará de manifestar a sua concordância relativamente aos argumentos aduzidos, pois considera que a fundamentação para a não punibilidade da morte assistida se funda na autodeterminação e na própria liberdade do doente em querer uma morte digna já que se encontra numa “situação-limite”, ou seja, perante uma doença grave e incurável²⁰¹ e em sofrimento insuportável²⁰². Isto significa que a admissibilidade da morte assistida, em contexto médico, passa pelo reconhecimento do princípio *volenti non injuria*, ou seja, “da mesma maneira que a autodeterminação é restringida por razões de interesse público ou da comunidade (com a criminalização do homicídio a pedido da vítima), deverá ser a mesma autodeterminação que se impõe no sentido da não punibilidade”²⁰³.

Assim, determina que o tipo de homicídio a pedido da vítima porque fundamentado no interesse geral da manutenção do tabu de ofensa à vida de outra pessoa, ou melhor, no “interesse partilhado pela comunidade de homens e mulheres de que a vida humana (de outras pessoas) se mantenha como intangível”²⁰⁴, é mais lato do que a realidade corporizada por situações de eutanásia ativa direta²⁰⁵.

Logo, quando a punibilidade do crime de homicídio a pedido da vítima retire a esta última a possibilidade de suicídio põe em causa a autodeterminação²⁰⁶, pois resulta uma imposição de permanecer vivo”²⁰⁷, que conduz a uma instrumentalização da vítima devido ao interesse público do *tabu* e ao direito à vida, o que é contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana²⁰⁸.

²⁰¹ A autora clarifique que o “acento tónico deve situar-se na gravidade da doença e no prolongamento do sofrimento”, pois a exigência incurável, mesmo visando assegurar o “caráter de exceção-limite da não punibilidade”, é “mais uma forma de limitação da autodeterminação do doente”. GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 363-364.

²⁰² GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 361-362. HIRSCH, Hans Joachim, *ob. cit.*, p. 352.

²⁰³ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 363.

²⁰⁴ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 350, ver também páginas 321 e ss. MONTEIRO, Cristina Líbano, «Sobre o problema da «Eutanásia a Pedido»», *Estudos: Revista do Centro Académico de Democracia Cristã*, nº6, 2006, p.141 e ss. HIRSCH, Hans Joachim, *ob. cit.*, p. 352. JAKOBS, Günther, *ob. cit.*, p. 47 e ss.

²⁰⁵ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 365-366. HIRSCH, Hans Joachim, *ob. cit.*, p. 350.

²⁰⁶ HIRSCH, Hans Joachim, *ob. cit.*, p. 353-354.

²⁰⁷ Inês Godinho profere mesmo “um dever de permanecer vivo”. GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 366-367.

²⁰⁸ A autora coloca como possibilidade a inconstitucionalidade do art.134º CP perante as situações-limite porque desrespeita o princípio da proporcionalidade subjacente ao art.18º, nº2, da CRP. GODINHO, Inês

Portanto conclui a autora que estamos perante um conflito de normas em que o modelo da coordenação de interesses surge como um caminho possível²⁰⁹.

Assim, “de *lege lata*, a não punibilidade de determinadas situações-limite, classificadas de eutanásia ativa direta, encontra-se justificada normativamente pelo livre exercício da autodeterminação e dogmaticamente pela consideração do comportamento em causa como um suicídio mediato (por mão alheia)”²¹⁰.

Todavia, INÊS GODINHO clarifica que a solução para a admissibilidade da morte assistida passa pela *lege ferenda* para que a certeza e segurança jurídico-penal sejam garantidas e porque “novas realidades determinam novas soluções”²¹¹, mais uma vez, elucida que “mesmo não podendo sufragar-se um “direito a morrer”, terá sempre de se defender a liberdade para morrer”²¹².

Portanto, tal como CLAUS ROXIN²¹³, entendemos que relativamente à eutanásia ativa direta deverá ter primazia a autodeterminação do doente em morrer com dignidade, mais, não defendemos a prevalência da autodeterminação de qualquer doente em relação à vida, pois concordamos com a criminalização do homicídio a pedido da vítima, mas da autodeterminação de doente grave e incurável que se encontra numa situação de dor e sofrimento insuportável que através do ato médico pretende realizar a sua escolha pela morte. Assim, deverá este poder ver o seu direito de autodeterminação sobre o seu corpo e a sua vida reconhecido pelo legislador, prevalecer mais uma vez em relação ao dever do legislador de proteção da vida humana.

Por esta razão, defendermos a solução de *lege ferenda* para a admissibilidade da morte assistida, isto porque, através de uma causa de justificação específica criada pelo legislador ordinário, com a finalidade de solucionar a conflitualidade existente entre o valor

Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p.369.

²⁰⁹ Clarificando Inês Godinho que “nos casos em que a norma determine uma obrigação de viver da vítima, somos confrontados com um problema de colisão de normas, devendo dar-se prevalência à norma constitucional”. GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 370.

²¹⁰ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 371. JAKOBS, Günther, *ob. cit.*, p. 40 e ss.

²¹¹ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p.370-371. No mesmo sentido FERREIRA, Nuno, *ob. cit.*, p. 150.

²¹² GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 376.

²¹³ ROXIN, Claus, «A Apreciação Jurídico-Penal da Eutanásia», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº32, 2000, p. 34-35 e 38.

Vida e o valor Autodeterminação/Autonomia pessoal, tal como já assistimos no art.142º, nº1, al.e), do CP, poderemos presenciar uma desproteção da vida em prol do livre exercício de autodeterminação do doente, desde que observados determinados e rigorosos pressupostos procedimentais, especificados pelo legislador que determinará como elemento de justificação o consentimento/pedido do doente na heterolesão consentida²¹⁴.

Assim, o consentimento como expressão do direito de autodeterminação do doente no ordenamento jurídico-penal como causa de justificação²¹⁵, poderá eficazmente justificar a conduta do médico desde que o sistema social reconheça a autorrealização do titular do bem jurídico protegido que consente, mais do que pede, para lhe auxiliarem na sua morte. Por isso, estarmos perante um consentimento-justificativo²¹⁶ devido ao conflito existente entre a autonomia pessoal e a lesão efetiva do bem jurídico protegido²¹⁷, ou seja, COSTA

²¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, Nótula antes do art.142, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.262 a 265. Também, JAKOBS defende que a autodeterminação também aqui deverá prevalecer tal como nas outras formas de eutanásia, pois o homicídio a pedido da vítima apenas tem como finalidade proteger decisões irracionais de morte, ou seja, a proibição do homicídio a pedido só se aplica aqueles casos em que a morte a pedido não pode ser considerada objetivamente razoável, pois não teremos consistência e maturidade suficiente para decidir deixar de viver. Daí defender a despenalização limitada do homicídio a pedido da vítima para que o pedido não seja um mero capricho individual, mas objetivamente razoável, pois caso não o seja haverá preenchimento do tipo de homicídio a pedido, ou como apelida um suicídio organizado em divisão de tarefas, isto é, a vítima como autora mediata e o terceiro como mero instrumento da vítima para a persecução do seu suicídio. Assim, a licitude da eutanásia direta não depende do capricho individual do que pede, mas da razoabilidade objetiva do seu pedido que é controlada pelo direito. JAKOBS, Günther, *ob. cit.*, p. 61 e ss.

²¹⁵ Para uma melhor compreensão das causas de justificação CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, II, Coimbra: Almedina, 2014, p. 3 e ss. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 384 e ss. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português: Teoria do crime*, Universidade Católica, Lisboa, 2015, p.150 e ss. GARCIA, M. Miguez/ RIO, J. M. Castela, *Código Penal – Parte Geral e Especial*, Coimbra: Almedina, 2015, p.289 e ss. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de direito penal. Parte Geral*, Verbo, 1988, p.100 a 104. AA.VV, *Noções Elementares de Direito Penal*, Reis dos livros, Lisboa, 2009, p.88-89.

²¹⁶ Figueiredo Dias esclarece que “a legitimação da força justificante do consentimento provém da intenção político-criminal de fazer com que em certos casos, perante a vontade de auto-realização do titular do bem jurídico, o direito penal permita que essa vontade se sobreponha ao interesse comunitário de preservação do bem jurídico e acabe por conferir prevalência. (...) O consentimento surge como um caso de colisão de interesses em si mesmos dignos de tutela penal. De um lado está o interesse jurídico-penal na preservação de *bens jurídicos*; o qual não desaparece ou não é eliminado por força do consentimento do titular. Os casos de consentimento são, em definitivo, casos de lesão *efectiva* de bens jurídicos; Do outro lado, porém, está o interesse, também jurídico-penalmente relevante, de preservação da *auto-realização* do titular do bem jurídico lesado, da sua *autonomia* pessoal. Em certos casos e sob certos pressupostos a lei penal resolve o conflito concedendo prevalência à realização do “sistema pessoal” do agente sobre a perda ao nível do “sistema social” e confere a consequente justificação do facto típico praticado”. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*, *ob. cit.*, p. 471-472.

²¹⁷ Diferentemente defendem os autores da tese monista por considerarem que quando existe consentimento ou, mesmo, acordo do titular do bem jurídico protegido deixará de existir uma lesão ao bem jurídico-penal porque o titular declara uma renúncia ao bem jurídico protegido e, por isso, excluir-se a tipicidade da conduta adotada. Neste sentido autolesão e heterolesão consentida serem parificadas. Mais ainda, o consentimento

ANDRADE esclarece-nos que diferentemente dos casos de acordo, como já *supra* mencionado, ao consentimento subjaz um conflito de interesses entre a “autonomia do sistema pessoal individual e a heteronomia do sistema social”, ou melhor, entre o exercício da liberdade do titular do bem jurídico lesado e a preservação dos bens jurídicos²¹⁸ em que será aplicado o princípio da ponderação de interesses subjacente das causas de justificação perante os casos concretos.

Daí que conclua que a expressão da autonomia e da liberdade presente no consentimento não afastará a lesão do bem jurídico protegido e, nessa medida, a danosidade social correspondente à factualidade típica²¹⁹, pois existem bem jurídicos que são penalmente tutelados em si e de per si, como o bem jurídico vida humana, que põe entre parênteses a atitude do portador concreto do bem jurídico protegido, cujas incriminações “originam uma *relação de descontinuidade entre a autonomia pessoal e o bem jurídico típico*: a autonomia não esgota o bem jurídico, não podendo identificar-se a livre disposição do bem jurídico com a sua plena realização”²²⁰, como acontece quando estamos perante uma heterolesão consentida na morte assistida.

Logo, para que a autodeterminação do doente seja reconhecida terá o direito penal de legitimar o consentimento-justificativo do doente em relação ao bem jurídico vida humana através de uma causa de justificação específica, pois apenas observados determinados e rigorosos pressupostos procedimentais é que o legislador afastará a ilicitude à heterolesão consentida e reconhecerá o consentimento e pedido do doente para o auxílio a uma morte digna por terceiro, neste seguimento a petição defender a despenalização da morte assistida²²¹. Caso contrário, o consentimento do doente, ou melhor o pedido sério, instante e expresso, que conduz à atuação do médico que realiza o desejo de morrer com dignidade do seu doente, que se encontra numa situação-limite, enquanto causa de justificação geral da ilicitude, de acordo com o art.38º CP, não exclui a ilicitude do homicídio, pois a vida é um bem indisponível relativamente a lesões praticadas por

passa a ser um corpo estranho às causas de justificação por não lhe estar subjacente qualquer conflitualidade de interesses. ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p. 176 e ss.

²¹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p. 258. Ver também páginas 228 e ss

²¹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p. 512-513 e 516.

²²⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p. 516.

²²¹ Tal como defenderam como resposta mais adequada desde que cumpridos um conjunto de requisitos legais imperativos, nas audições parlamentares da CACDLG, Teresa Pizarro Beleza, Reis Novais, Luís Neto e Faria Costa.

terceiros²²², apenas disponível em relação ao próprio, daí o teor do homicídio a pedido da vítima que defendemos, bem como do incitamento ou ajuda ao suicídio.

Assim, Portugal deveria tomar de exemplo o ordenamento jurídico Holandês²²³ que continua a punir o crime de homicídio a pedido da vítima e de incitamento ou ajuda ao suicídio, mas que através de lei avulsa regulamenta a permissibilidade da morte assistida aditando um número aos artigos para fazer referencia à lei que estabelece critérios de justificação da conduta adotada pelo médico²²⁴. Isto porque, o código penal com as incriminações do art.134º e 135º CP determina a indisponibilidade do bem jurídico vida e a ineficácia justificativa do consentimento, nos termos do art.38º CP, daí que seria abalar a estrutura sistemático-social regular a morte assistida na parte especial, já que o legislador penal entende que a vida humana de pessoa já nascida é por excelência tutelada juridicamente contra a lesão de terceiros²²⁵.

A grande questão a ser colocada, neste momento e que nos ocupará o próximo capítulo, é quem será livre para expressar a sua vontade de morrer com dignidade na morte assistida?

²²² CORREIA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 22 e ss. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, ob. cit.*, p. 479-480. SILVA, Germano Marques da, *ob. cit.*, p. 217-218. AA.VV, Código Penal – Parte Geral e Especial, *ob. cit.*, p.292. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *ob. cit.*, p. 175-176. AA.VV, *Noções Elementares de Direito Penal, ob. cit.*, p. 102.

²²³ Na Holanda a jurisprudência contribui para a lei da eutanásia, pois foram os primeiros a criar critérios para a não punibilidade do médico que ajudasse o seu doente a colocar fim à sua vida devido ao sofrimento insuportável no decurso de uma doença grave e incurável. CANO, Ana María Marcos del, «Legislacion Eutanásica y Realidad Social: La Experiencia de Holanda» in ROIG, Francisco Javier Ansuátegui, *Problemas de la Eutanasia*, Madrid, Editorial Dykinson, 1999, p.73 e ss. TAK, Peter J. P., «A discussão sobre a legislação relativa à Eutanásia na Holanda», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, 1994, p.135 e ss. A Holanda foi o primeiro país a admitir a morte assistida enquanto ato médico, isto em consequência da mentalidade da sociedade holandesa em discutir abertamente os tabus em relação à morte e os ideais da autodeterminação pessoal e a sua responsabilidade. Mais ainda, para lidar com o pluralismo cultural e moral despenalizou a morte assistida como uma liberdade de escolha pela última alternativa, mesmo se referindo a um direito. LEGET, Carlo, «The relation between cultural values, euthanasia and spiritual care in the Netherlands», *Polish archives of internal medicine*, nº4 2017, p. 261 e ss, disponível em (<http://pamw.pl/en/issue/article/28400548>). (acedido em 18.05.20017).

²²⁴ No mesmo sentido o anteprojeto de lei da despenalização da morte assistida apresentado pelo Bloco de Esquerda. Também, o projeto de lei nº 418/XII/2ª do Partido Pessoas-Animais-Natureza.

²²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, ob. cit.*, p. 480.

I.4.2.2.1. O consentimento expressado através do pedido para a intervenção médica na morte assistida

Tal como o consentimento, o pedido é uma forma de manifestação da liberdade de decisão ou autodeterminação do titular do bem jurídico²²⁶ penalmente protegido que privilegia o crime de homicídio a pedido da vítima, isto porque o legislador penal ao reconhecer a autodeterminação da vítima, mesmo que limitando o princípio *volenti non fit injuria*, por estarmos perante uma heterolesão consentida, determina a redução do ilícito e da culpa do agente que mata outra pessoa a pedido²²⁷.

Ademais, COSTA ANDRADE elucida que com as exigências do pedido “ quer a lei significar que não basta o *simples consentimento* da vítima ou qualquer atitude passiva equivalente (tolerar, suportar, aceitar, concordar, etc). O pedido, só por si, significa que a *vítima tem de intervir ativamente no processo de formação da decisão do agente*. Com o pedido, a vítima tem de dar a conhecer a sua *vontade de morrer* e de receber a morte das mãos da pessoa *concretamente indicada*”²²⁸.

Assim, a vontade manifestada pelo doente através do pedido ao médico demonstra a maior intensidade da sua decisão livre, consciente, lúcida e esclarecida em morrer com dignidade e, por isso, tenha de ser:

1. Sério, ou seja, o pedido terá de traduzir uma “*vontade verdadeira, não influenciada e amadurecida*”. Com a seriedade pretende-se assegurar um pedido sustentado por uma vontade *livre, consciente do fim-de-produção-da-morte* e para ele *finalisticamente orientada*”²²⁹. Assim, a seriedade do pedido excluirá os vícios da vontade, bem como, determinará quem terá capacidade para consentir, nos termos do art.38º, nº3, do CP²³⁰.

²²⁶ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 356.

²²⁷ Como esclarece Costa Andrade “no pedido atualiza-se a autonomia e a autodeterminação da vítima bem como a sua renúncia à tutela (penal) do bem jurídico. Com a conseqüente redução do conteúdo do ilícito – ao menos na vertente do *desvalor de ação*”. Já relativamente ao desvalor de resultado assistimos a um menor peso do interesse comunitário na preservação do tabu do homicídio. ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.134º, *ob. cit.*, p. 96

²²⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.134º, *ob. cit.*, p. 110.

²²⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.134º, *ob. cit.*, p. 111.

²³⁰ Costa Andrade esclarece relativamente à capacidade para consentir que “tudo dependerá de a vítima possuir ou não *discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance* do acto e a *liberdade para decidir de acordo com aquela valoração*. Não estando em causa um problema de imputabilidade, não serão aqui decisivos os *critérios da (in)imputabilidade* a que caberá apenas um relevo meramente indiciário”. Isto porque a pessoa que pede auxílio para a sua morte tem de possuir a capacidade para avaliar e compreender o sentido e o alcance da sua decisão de “deixar de viver”. ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.134º, *ob. cit.*, p. 112. Claux Roxin já determina que a liberdade de decisão no suicídio deve determinar-se a partir dos critérios da

2. Instante, isto é, tem de “revestir *intensidade* – e se necessário a *insistência* – bastantes para despertar no agente o dolo e induzir o encontro de vontades do agente e da vítima em torno da produção da morte”. É relativamente a esta exigência do pedido que o diferencia qualitativamente do consentimento²³¹, isto porque é através dela que o médico irá atuar determinado pela vontade do doente.

3. E por último, expresso, ou seja, inequívoco²³², pois não pode despertar qualquer dúvida quanto ao seu sentido no destinatário-médico.

Portanto, explicita-nos INÊS GODINHO que “o pedido é um *aliud* ou se quisermos, um “consentimento qualificado”, mas apenas no estrito sentido de a sua eficácia depender da verificação de pressupostos do consentimento acrescidos de pressupostos próprios do pedido”²³³, conforme COSTA ANDRADE²³⁴.

Logo, chegados aqui, a questão que se coloca é a de saber que doente terá capacidade para formular um pedido sério, instante e expresso na intervenção médica da morte assistida?

(in)imputabilidade. ROXIN, Claus, «Homicidio a petición y participación en el suicidio: Derecho vigente y propuestas de reforma», *ob. cit.*, p.23.

²³¹ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 353.

²³² ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.134º, *ob. cit.*, p. 111.

²³³ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 356.

²³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.134º, *ob. cit.*, p. 128.

CAPÍTULO II

A CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO NA MORTE ASSISTIDA

II. Quem é livre para decidir?

II.1. Doente

Antes de mais, um doente é uma pessoa humana no seu todo, ou seja, uma pessoa que não é apenas um organismo biológico, é mais que isso, é o resultado de uma personalidade livremente construída pela própria, devido ao seu desenvolvimento cognitivo-emocional, bem como, às várias influências externas que pode adquirir, provenientes de um ambiente que lhe é próprio, de uma família, de uma educação, de uma sociedade, que lhe permitirá no percurso da sua vida conscientemente tomar as suas próprias decisões.

Assim, a pessoa transcende a sua condição de indivíduo da espécie humana e torna-se um ser único, original e incomparável que encara a sua saúde, a sua vida e a sua morte não apenas como fenómenos biológicos, mas como acontecimentos que o afetam e o envolvem enquanto pessoa.

Daí que a morte digna reclamada pelo doente, que se encontra em sofrimento físico e/ou psicológico insuportável devido à sua doença grave e incurável, não possa ser entendida apenas como uma morte biologicamente observada, mas também como um fenómeno pessoal, isto é, a morte é um fenómeno semelhante em todas as pessoas, mas humanamente muito diverso de pessoa para pessoa²³⁵.

Portanto, a pessoa humana que se encontra num processo de morte, cada vez mais vivido sozinho nos hospitais, não é por ser uma pessoa vulnerável que deixará de ser menos

²³⁵ Conforme M. Patrão Neves “o que nos importa sublinhar é que a morte aparece sempre ao homem sob dois aspectos distintos: numa dimensão objectiva, como fenómeno natural, biológico e, por isso, inevitável e idêntico para todos os seres; numa dimensão subjectiva, como evento que se dá no homem, que é da ordem existencial ou vivida e, por isso, tornado humano e diferentemente experienciado por cada homem”. NEVES, M. Patrão, «O Sentido da Morte na Vida dos Homens», *Cadernos de Bioética*, nº12, 1996, p. 15. Neste sentido, Susana Pacheco afirma que “toda a morte é única, solitária, pessoal e intransmissível” pois “a forma como cada um pensa e vive a morte irá depender da idade, do tipo de personalidade, do ambiente familiar, do meio social em que está inserido, da cultura a que pertence, dos costumes e traduções e dos valores em que acredita, entre outros”. PACHECO, Susana, *Cuidar a Pessoa em Fase Terminal: Perspetiva Ética*, Loures, Lusodidacta, 2014, p. 5 e 7.

pessoa, pois se continua a ser capaz de livremente tomar conscientemente²³⁶ as suas decisões, conforme lhe é reconhecido pelo seu direito de autodeterminação, nos termos do art.26º da CRP, perante uma morte anunciada²³⁷ deverá poder optar livremente pela sua morte humanamente digna. Já que não é por se confrontar com o fim da vida que deixará de ser um cidadão, em pleno, detentor de direitos fundamentais e principalmente livre para conscientemente tomar a decisão que lhe auto-realiza.

Assim, uma pessoa será sempre livre quando lhe é proporcionada uma possibilidade de escolha para que racionalmente possa exercer a sua liberdade de decidir relativamente a um determinado problema, no nosso caso pelo seu fim de vida. Isto significa que toda a pessoa é livre de decidir desde que detenha de uma cognição emocional que lhe permita perceber o alcance e as consequências da decisão pela morte.

Portanto, a tomada de decisão conscientemente livre de uma pessoa-doente envolve um desenvolvimento intelectual/cognitivo que vê-se indissociável das emoções do doente e, que por seu turno, será o reflexo da sua personalidade influenciada pelo sistema social, isto é, a decisão livremente consciente será o resultado de um complexo desenvolvimento intelectual/emocional influenciado pelos seus valores adquiridos ao longo do seu desenvolvimento no sistema social.

Assim, SILVEIRA DE BRITO explicita-nos que ser livre significa ter liberdade de escolha ou livre arbítrio, ou seja, exercer a autodeterminação do ser humano através das escolhas que o sujeito faz em ordem à sua realização, daí que tenhamos “que afirmar a existência da liberdade sob pena de negarmos o que nos parece mais humano: o agir moral!”, pois é através do agir livre, do livre arbítrio, que a pessoa se auto-constrói e que a liberdade no sentido ontológico se realiza²³⁸.

Acrescente-se que o que torna o homem livre para decidir é o seu pensamento racional, ou seja, é o agir humano de acordo com a sua vontade, razão, emoções e valores, que tendo presente os benefícios e as consequências das suas decisões, conscientemente opta

²³⁶ A regra para qualquer profissional de saúde é a de que todo o doente está consciente para exercer a sua autonomia.

²³⁷ Expressão utilizada por Walter Osswald para se referir ao fim da vida, ou seja, ao “privado confronto com o facto de a própria vida estar a aproximar-se do seu termo, dada a existência de doença inexorável, rebelde às terapêuticas e previsivelmente fatal a curto prazo.” Querendo dizer o autor, perante uma doença incurável, no estado atual da ciência, que conduzirá inevitavelmente à morte do doente. OSSWALD, Walter, «A Morte Anunciada», *Cadernos de Bioética*, nº12, 1996, p. 55.

²³⁸ BRITO, José Henrique Silveira de, «Pessoa Dependente-que Liberdade?», *Cadernos de Bioética*, nº36, 2004, p. 32 e 34.

pela que lhe realiza enquanto pessoa livre/autónoma (autodeterminada). Assim, o exercício da vontade da pessoa é nada mais do que o exercício da sua racionalidade, pois se a pessoa atua em determinação da sua vontade, em função do exercício da sua racionalidade, resultado do seu desenvolvimento integrado no meio social, então ela é livre, “é liberdade, enquanto indeterminação do seu ser através do seu agir”²³⁹.

Por isso, se escolhermos mediante a avaliação e ponderação sensitiva da nossa realidade, prevendo através do raciocínio qual poderá ser a melhor solução perante cada caso, então o resultado dos nossos comportamentos ou decisões terão de ser assumidos como nossa responsabilidade pela decisão livre que tomamos. O homem escolhe mediante a previsão do que poderá ser melhor dentro da realidade existente com o propósito de atingir os seus objetivos pessoais, o que faz do Homem um ser inteiramente livre. E livre porque escolhe em função da sua própria avaliação e ponderação perante uma decisão que necessite de tomar no âmbito de uma situação concreta, o que lhe permite ser livre de qualquer determinismo²⁴⁰, que se encontra em outros animais, pois é a razão do agir humano que o torna um ser livre. Isto significa que é a racionalidade que torna a liberdade inquestionável e inevitável porque o Homem através do exercício do seu pensamento racional (emotivo) irá decidir o que considera ser melhor para si.

Portanto, é o exercício da vontade consciente ou racional da pessoa que dá origem ao princípio da autonomia pessoal, que como *supra* explicitado, se concretiza na autonomia de escolha para o agir ou decidir determinada pela “autêntica liberdade pessoal do Homem, e a sua irrenunciável característica: este, no seu concreto existir, é sempre ser-livre”²⁴¹.

²³⁹ NEVES, Maria Patrão, «Repensar o Homem», *Revista Brotéria*, vol.142, nº5/6, 1996, p. 606.

²⁴⁰ Edgar Morin explicita que “não obstante todas atividades humanas serem geneticamente dependentes, fisiologicamente dependentes, cerebralmente dependentes é no diálogo destas múltiplas dependências que emerge a autonomia mental do ser humano, capaz de efetuar escolhas e de conceber estratégias”, assim ocorre “o desenvolvimento em cada ser humano da aptidão inata de elaborar estratégias múltiplas que permite abrir-lhe espaços de liberdade. É nos pois possível agir de forma autónoma porque dispomos da aptidão inata de praticar comportamentos não inatos, da aptidão inata de escolher e decidir. E esta autonomia do ser humano afirma-se na sua qualidade de sujeito, na sua qualidade que lhe permite auto-afirmar-se ocupando o centro do seu mundo”. Apud MELO, Helena Pereira de, «O Genoma Humano e o Direito: Determinismo vs. Liberdade», in AA.VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 540.

²⁴¹ Como explicita Figueiredo Dias “um ente é livre, não na medida em que é independente de outros entes ou de leis, mas na medida em que é dependente de si próprio, em que se possui a si mesmo, e nesta relação consigo mesmo encontra o fundamento bastante do seu ser e do seu comportamento”, por isso, “o ser-livre como característica irrenunciável do concreto existir humano, significa pura e simplesmente a *maneira de ser própria* de todas as funções do existir humano. (...) Liberdade do homem é concretamente *liberdade de decisão*”, de ele e sobre ele. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 144, 147, 148 e 151.

Daí que DAMÁSIO nos clarifique que a “consciência não se refere unicamente a um processo mental simples, sem a função do “eu” porque considera que uma decisão conscientemente livre é aquela tomada pelo homem que pensa e sente, que através das emoções sente vontade e desejos e através da razão pondera e avalia a melhor decisão para si²⁴², no nosso caso, o doente através do sofrimento insuportável devido à sua doença grave e incurável sente vontade e através da racionalidade pondera e avalia os benefícios e consequências da decisão morte, o que lhe permite ser livre para decidir conscientemente pela morte digna reclamada ao médico.

Portanto, a “consciência é o resultado da junção de uma função do eu à mente”²⁴³, querendo com isto dizer que o “homem consciente para agir livremente de acordo com a sua vontade e razão não basta estar num estado de vigília ou ter uma mente/cérebro, mas o próprio pensamento de si”²⁴⁴. Daí que uma deliberação consciente “pouco tem a ver com a capacidade de controlar ações no momento, e tem tudo a ver com a capacidade de planear e decidir quais as ações que queremos ou não levar a cabo. A deliberação consciente prende-se, em grande medida, com decisões tomadas no decurso de longos períodos de tempo, dias ou semanas no caso de algumas decisões, e raramente menos de minutos ou segundos”²⁴⁵.

Por isso, sejam consideradas as decisões instantâneas como irrefletidas, automáticas e não conscientes porque toda a decisão consciente relativamente a questões importantes na nossa vida, como a morte, terá de ser refletidamente ponderada²⁴⁶.

Neste sentido, estaremos perante uma decisão livremente consciente pela morte desde que aquela pessoa apresente um desenvolvimento cognitivo-emocional, indubitavelmente influenciado pelo sistema social, ou seja, a pessoa que se encontra num processo de morte, vivendo as emoções de tal situação e que sente que aquela é a melhor escolha, terá, ainda, de compreender a irreversibilidade da morte, bem como, ponderar os benefícios e as consequências futuras de tal escolha de acordo com toda a informação que

²⁴² Nas palavras do autor “os estados mentais conscientes são *sentidos*”. DAMÁSIO, António, *O Livro da Consciência: A construção do Cérebro Consciente*, Temas e Debates, Lisboa, 2010, p. 201.

²⁴³ DAMÁSIO, António, *ob. cit.*, p. 209.

²⁴⁴ DAMÁSIO, António, *ob. cit.*, p. 204 e ss.

²⁴⁵ DAMÁSIO, António, *ob. cit.*, p. 334.

²⁴⁶ Damásio acrescenta que toda a maioria das decisões importantes são tomadas muito antes do momento da execução, na mente consciente, na altura em que é possível simulá-las e testá-las, e onde o controlo consciente possibilita, potencialmente, minimizar o efeito das predisposições não-conscientes. DAMÁSIO, António, *ob. cit.*, p. 334-335.

lhe foi prestada²⁴⁷. Por outras palavras, a escolha voluntária e consciente será o resultado da vontade, do desejo, da razão e dos valores que lhe levam a escolher pela morte e, por isso, terá capacidade de autodeterminação de acordo com o princípio da dignidade humana.

Assim, a tomada de decisão é um processo de decisão que começa antes do momento da escolha, é um processo dinâmico, flexível e contínuo, que envolve fenómenos individuais e sociais, baseados em factos, valores, crenças e desejos que culminam numa escolha, ou seja, na decisão livre e consciente resultado da personalidade do doente que decide pela libertação do sofrimento insuportável proporcionado pela doença através da morte²⁴⁸.

Portanto, será de excluir a tese de que toda a pessoa, mesmo a enferma, age sempre sem liberdade porque todos os seus atos são totalmente determinados por causas ou motivos que não controla, ou seja, referimo-nos ao determinismo suscitado pelas neurociências que pretendem tratar a realidade humana e social da liberdade e responsabilidade humana de um

²⁴⁷ A “morte humana é sempre a morte da pessoa”, daí que a sua decisão seja o resultado do homem enquanto “organismo biológico e humano que pensa, sente, faz escolhas e, portanto, um ser livre e autoconsciente”, isto é, enquanto pessoa humana dotada de razão, vontade, liberdade e consciência moral decide não segundo os seus impulsos, mas segundo a razão e a consciência pela morte que considera ser digna. Isto porque “todos nós nascemos seres humanos – biologicamente idênticos – e vamos desenvolvendo como pessoas – singulares e únicas – através dos contactos com os outros e com o mundo que nos rodeia, o que nos vai dando a consciência de nós próprios e das outras pessoas. O ser humano vai assim integrando no seu “eu” tudo o que o rodeia pelo que se torna uma pessoa única, irrepitível e com características específica” que o levam a fazer escolhas que o autodeterminem enquanto pessoa. Aliás “o homem na sua dignidade originária e irreduzível, toda e qualquer situação de fragilidade nunca poderá corresponder a uma condição de inferioridade. Assim, será inaceitável considerar o processo da morte com a paralela redução das capacidades da pessoa (...) pelo contrário, a fragilização do humano só poderá e deverá corresponder a uma intensificação do cuidar”. PACHECO, Susana, *ob. cit.*, p. 19 e ss. BARBOZA, Heloísa Helena, «Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?», in AA.VV, *Vida, Morte e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010, p. 46-47.

²⁴⁸ Neste sentido, Laura Santos clarifica que “é precisamente em nome da noção que têm de santidade da vida que podem pedir para que a sua morte seja antecipada ou que lhes dêem os meios para que isso aconteça. A vida seria para estas pessoas demasiadamente «sagrada» para suportarem a ideia de a verem degradar-se em si próprias de um modo tão intenso e penoso. Assim é em nome dessa mesma santidade que pedem para morrer, pois a sua existência física, como terá dito Freud a Max Schur, já só contém uma tortura sem sentido. Como se, neste caso, a morte assistida pudesse ser condição para poderem amar a vida até ao fim, sem começarem a amaldiçoá-la pelo sofrimento irreversível que lhes provoca. Deste modo, uma morte mais rápida seria para elas uma forma de mostrarem mais respeito pela vida e pela sua santidade do que uma morte que se fosse arrastando penosamente no tempo, numa degradação cada vez mais difícil de suportar”. SANTOS, Laura Ferreira dos, *ob. cit.*, p. 356. Assim, se um “sujeito autónomo é capaz de tomar inúmeras decisões ao longo da própria existência, torna-se plenamente justificável que tal indivíduo possa, igualmente, ter a possibilidade de decidir sobre o fim da sua vida, quer para mante-la, quer para extingui-la, quiçá em prol de uma boa-morte” quando a vida for demasiado sagrada para mante-la naquele sofrimento insuportável devido à doença. BATISTA, Rodrigo Siqueira, «A Boa Morte à luz da ética para todos os seres: O lugar da Compaixão Laica», in AA.VV, *Vida, Morte e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010, p.348-349 e 358-359. MENEZES, Rachel Aisengart, «Autonomia e Decisões ao Final da Vida: notas sobre o debate internacional contemporâneo», in AA.VV, *Vida, Morte e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010, p. 26.

ser maduro e mentalmente consciente para decidir entre as escolhas possíveis como se fosse um fenómeno natural determinado pelo cérebro²⁴⁹.

Assim, esclarece-nos LUZÓN PEÑA que a liberdade de decisão consiste na capacidade que se adquire progressivamente no processo de maturação, educação e socialização devido à capacidade racional de motivação e do auto-controle, que permitem ao homem ser “dono” das suas decisões e atuações, salvo nos casos de perturbações da sua capacidade de vontade consciente²⁵⁰, como por exemplo, a depressão *major*²⁵¹ que os psiquiatras e psicólogos apontam como incapacitando a liberdade de decisão por ultrapassar o nível de sofrimento natural do homem médio. Acrescentando, o autor, que o livre arbítrio do ser humano em concreto por ser uma decisão de uma pessoa, inteligente e racionalmente

²⁴⁹ PEÑA, Diego Manuel Luzón, «Libertad, Culpabilidad y Neurociencias», *Revista para el Análisis del Derecho*, nº3, 2012, p. 33. MICHAEL S. GAZZANIGA / MEGAN S. STEVEN, «Free Will in the Twenty-first Century: A Discussion of Neuroscience and the Law», in: Brent Garland (Ed.), *Neuroscience and the Law: Brain, Mind, and the Scales of Justice*, New York / Washington DC: Dana Press, 2004, p. 53. Como Eduardo Demitrio-Crespo nos elucida, atualmente, à luz das últimas investigações levadas a cabo no campo da neurobiologia/neurociência, cujo estudo é o sistema nervoso com a finalidade de compreender as raízes físicas dos comportamentos animais e humanos, concluem que nenhum ser humano tem diante de si a escolha entre agir moralmente certo ou errado, porque a liberdade de vontade é uma ilusão, e o mal um fenómeno biológico que reside no cérebro. Assim, através do seu desenvolvimento tecnológico as neurociências entendem que a liberdade de vontade é uma capacidade totalmente inexistente não porque não possa ser provada, mas porque se pode provar que não existe. CRESPO, Eduardo Demitrio, «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal», *Revista para el Análise del Derecho*, nº2, 2011, p.3 e 5. As investigações dos neurocientistas tem demonstrado que a atividade neural precede ao ato voluntário considerado consciente, o que conduz de novo à tese do determinismo. ARANA, Andrés Felipe Días, «Las Mentes Libres en el Derecho Penal», *Revista para el Análise del Derecho*, nº1, 2016, p.27-30. Nesta medida, Miguel Patrício elucida-nos que “uma das formas mais inquietantes (se não a mais inquietante) de intromissão da neurociência na área do direito e, em particular, na área do direito penal, tenha resultado do impacto produzido por experiências como as realizadas por Benjamin Libet, nas décadas de 1960 e 1970, para provar a existência de processos elétricos cerebrais inconscientes. Com efeito, nas experiências levadas a cabo por Libet foi detetada atividade cerebral reativa até, pelo menos, 500 milissegundos antes da tomada de consciência da decisão que se quer realizar. Por outras palavras, parece que existem respostas espontâneas que precedem decisões conscientes, determinando-as – o que implica a existência de processos neuronais inconscientes que podem servir como causa primeira para a ocorrência dos actos volitivos. A ser assim, tal desafiaria as nossas crenças a respeito do livre arbítrio, pois os estados mentais conscientes que explicam as decisões e ações humanas são causalmente determinados por processos neuronais que escapam à percepção e controlo da própria pessoa”. PATRÍCIO, Miguel, «Notas sobre as Implicações da Neurociência no Direito Penal», *Revista Jurídica Luso Brasileira*, nº5, ano 2, 2016, p.1104-1105. FRANCK, Juliana/JUNIOR, Wilson Franck, «“Ilusão da Vontade”? Considerações sobre o atual debate entre as neurociências e o direito penal», *Arquivo Jurídico*, v.1, nº5, 2013, p.81-82. Nesta perspetiva, o neurocientífico, Gerhard Roth, tendo presente Libet, afirma que o ato de vontade consciente de nenhum modo pode ser a causa do movimento, porque este movimento está definido previamente pelos processos neuronais. E, nesta medida, Singer e Roth através das descobertas levadas a cabo pela inovação tecnológica das neurociências concluem que podem provar que não existe liberdade de vontade e de decisão. Ou por outras palavras: que o homem não é livre para decidir conscientemente, pois quem gera as decisões conscientes é o seu cérebro. Apud CRESPO, Eduardo Demitrio, *ob. cit.*, p. 6. ARANA, Andrés Felipe Días, *ob. cit.*, p.28.

²⁵⁰ PEÑA, Diego Manuel Luzón, *ob.cit.*, p. 36.

²⁵¹ O diagnóstico de depressão *major* é nos dado pelo DSM. American Psychiatric Association, *DSM-5: guia de referência rápida para os critérios de diagnóstico*, Lisboa, Climepsi Editores, 2015, p. 94 a 96.

emotiva, relativamente a uma determinada situação, é única, para além, de se basear na avaliação e ponderação da mesma e, por isso, indemonstrável em laboratório através de experiências.

Logo a afirmação de SINGER de que as neurociências permitem evidenciar cada vez mais que o cérebro humano é praticamente equivalente ao dos animais porque obedece às leis deterministas da natureza, isto é, a ação e decisão humana é determinada/imposta pelo cérebro, por se encontrarem aqui a consciência e a vontade, e, nessa medida, o homem não é livre para decidir, deve ser negada²⁵².

Ademais, esta tese não se baseia em provas irrefutáveis e comprovadas em todos os humanos em comparação com todos os animais, aliás, simplesmente partem de um pré-juízo através das suas experimentações e generalizam, pois a verdade é que os seres humanos, diferentemente dos outros animais ou de outras forças naturais, detêm de razão, inteligência, excetuando os casos de distúrbios e desvios graves, e de consciência moral que lhes permite

²⁵² Tal afirmação de acordo com ciências sociais é excessivamente reducionista pois não tem os neurocientista em conta a complexidade envolvente na decisão do Homem. SANCHÉZ, Bernardo José Feijoo, «Derecho Penal y Neurociencias ¿Una relación tormentosa?», *Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2011, p. 10. PEÑA, Diego Manuel Luzón, *ob.cit.*, p. 34. Aliás Winfried Hassemer esclarece que as neurociências são apenas uma ciência, no meio de muitas outras, que não afirmam o mesmo que esta e, também, lidam com a liberdade do homem, assim como a psicologia, antropologia filosófica, as ciências da história, a teologia, a ciência do direito ou todas as demais atividades, disciplinas e instituições. Portanto as ciências empíricas não são as únicas chamadas a debruçar-se sobre a liberdade, e muito menos, a proferir a última palavra, pois esta não existe neste mundo. Aliás salienta o autor que “hay un pecado mortal en el campo de la teoría del conocimiento y de la ciencia. Lo denomino “error categorial” y veo que es frecuentemente cometido por biólogos humanos arrogantes, pero también, en no pocas ocasiones, por penalistas asustados. Los biólogos humanos incurrir en este pecado mortal mediante su convicción de que los resultados por ellos alcanzados falsan la posibilidad del libre albedrío y de la responsabilidad; los científicos del Derecho Penal cometen ese pecado mediante su convicción de que los biólogos humanos tienen razón, por lo que habría de remodelar el Derecho Penal”, isto porque “Este error consiste en la suposición de que las ciencias de método empírico podrían enjuiciar científicamente si otras ciencias están autorizadas a desarrollar un concepto de libertad o no, es decir: si “existe” la libertad o no. Tal suposición tiene como presupuesto necesario afirmar la existencia de hegemonía entre las ciencias, y esta hegemonía no existe. Tampoco existe un concepto general de libertad que flote encima de todas las ciencias, y mucho menos habría capacidad de disposición a favor de las ciencias empíricas si tal concepto existiera. Sin embargo, lo que sí existe es la libertad de toda ciencia para determinar su estructura, es la posibilidad de una disputa científica de esa ciencia sobre esa estructura y la oportunidad de hacer el ridículo ante la objeción de otras ciencias de que eso no es ciencia. La ciencia del Derecho penal está muy lejos de hacer el ridículo en su disputa con otras ciencias acerca de su estructura; su estructura es rica, bien ordenada y de probada valía”. HASSEMER, Winfried, «Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal», *Revista para el Análise del Derecho*, nº2, 2011, p.6 e 8, também HASSEMER, Winfried, «Neurociências e culpabilidade em Direito Penal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, 2013, p. 217. Também Günther Jakobs argumenta que “o direito penal constrói os seus próprios conceitos de forma independente dos processos que guiam o conhecimento científico, de tal modo que o uso da liberdade que sustenta a formulação do juízo de censurabilidade ou consentimento eficaz não é definido por via empírica mas, tão só, por via normativa”. PATRÍCIO, Miguel, *ob. cit.*, p. 1106. MICHAEL S. GAZZANIGA / MEGAN S. STEVEN, *ob. cit.*, p. 67-68.

avaliar uma decisão boa ou má, o que lhes permitiu desenvolver a capacidade de escapar à lei causal cega da natureza, que é defendida pelas neurociências com SINGER e ROTH.

Já a convicção social dominante, reforçada através da antropologia e psicologia²⁵³, entende e entendia que é no “eu” consciente que radica a inteligência, consciência, os valores, a vontade e a capacidade de controlar os impulsos, os desejos, as escolhas e as decisões que prefere tomar, o que nos permite afirmar que o homem é livre, no mesmo sentido BERNARDO SÁNCHEZ²⁵⁴ e DEMETRIO CRESPO²⁵⁵.

²⁵³ Como Peña afirma, refutando as neurociências, “las investigaciones de la moderna antropología y psicología comparando la conducta humana con la animal ponen de manifiesto que el hombre, con el desarrollo de su razón, valores y conciencia ética, es capaz de controlar sus impulsos e instintos mediante su inteligencia y voluntad y por ello que no hay determinación biológica general del hombre”, mais ainda, “los seres humanos, a diferencia de los restantes animales y de las fuerzas naturales, al tener inteligencia y razón, y además poseer, salvo perturbaciones o desviaciones graves, también conciencia moral, que les hace valorar el significado de los actos como bueno o malo, han desarrollado la capacidad de sustraerse a la ley causal ciega de la naturaleza, incluyendo en gran medida a sus instintos e impulsos profundos y a su disposición y modo de ser.” PEÑA, Diego Manuel Luzón, *ob.cit.*, p. 24 e 34-35.

²⁵⁴ Conforme o autor os dados oferecidos pelas neurociências, agora e futuramente, são insuficientes para mudar a compreensão da vida social de que Homem é livre porque existem várias condicionantes, reconhecidas mesmo até pelos próprios neurocientistas, pelo facto de as experimentações serem maioritariamente referentes a movimentações básicas do corpo humano, como por exemplo mover um dedo ou uma mão, e não existirem experimentações relativamente à complexidade valorativa e moral das decisões que o Homem adota na sua vida em sociedade, na medida em que a experimentação dos neurocientistas se encontram necessariamente cingidas a tarefas muito simples e pouco representativas da maior parte da atividade humana, pois o facto de as pessoas que participam nestas experiências ao terem consciência de que estão a participar numa experimentação condiciona os processos neurológicos. Para além do mais, afirma este autor, que a tomografia por emissão de positrões ou a ressonância magnética funcional ainda fornecem pouca informação pois a localização da atividade neuronal não diz realmente como o cérebro funciona, mas apenas permite formular hipóteses. SANCHÉZ, Bernardo José Feijoo, *ob. cit.*, p. 14-15.

²⁵⁵ O autor defende uma solução harmoniosa entre as ciências biológicas, em especial as neurociências, e o direito penal sobre a base de um “compatibilismo humanista” porque parte “de la compatibilidad o el entendimiento entre ciencias empíricas (y biológicas) y Derecho, particularmente el Derecho Penal. "Humanista", porque reposa y encuentra su única razón de ser en la dignidad del ser humano”. Portanto “en caso de que nuevos conocimientos empíricos, obtenidos por ejemplo a través de las modernas técnicas de neuroimagen, demuestren que se venían imponiendo penas en supuestos en los que ahora sabemos que la conducta delictiva se debía a déficits cerebrales, ello debe ser tenido en cuenta a favor del autor. En particular, es muy probable que los nuevos conocimientos den lugar a una ampliación de los casos de inirnutabilidad y semiirnutabilidad”, logo, também contribuirão para a capacidade para consentir necessária às intervenções médicas. CRESPO, Eduardo Demetrio, «“Compatibilismo Humanista”: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal», in CRESPO, Eduardo Demetrio, *Neurociencias y Derecho Penal*, Madrid, Edisofer, 2013, p. 39. Aliás as neurociências podem contribuir como um meio para o direito penal atingir a sua finalidade, no nosso caso, para a capacidade do doente em consentir nas intervenções médicas, isto porque as várias neurociências tem suscitado uma reflexão mais densa sobre os conceitos básicos do direito penal, como a capacidade mental para a tomada de decisões, ou na qualidade de peritos nas avaliações dos estados mentais. Mais ainda as neurociências podem dar um contributo ao direito penal ao detetar anomalias estruturais que condicionam a pessoa de tomar uma decisão livre e racional, ou podem as suas técnicas de intervenção craniana fazer com que os sujeitos menos capazes passem a ser mais capazes. Nicole Vicent, afirma que “é necessário perceber que, ainda que a neurociência possa ajudar a aumentar a capacidade dos indivíduos, não explica nem, muito menos, resolve os seus problemas de carácter. (...) A distinção entre a avaliação do carácter e a capacidade dos indivíduos, e a avaliação dos rastros neurológicos do carácter que podem ser derivados dos rastros neurológicos da capacidade. Para a primeira avaliação, os juízes são os bons julgadores; para a segunda, os neurocientistas, como peritos, serão bons coadjuvantes”. Apud PATRÍCIO, Miguel, *ob. cit.*, p. 1108 e ss. Aliás

Por isso, afirmamos que o cérebro pode ser determinado, mas a pessoa é livre, e será tão mais livre quanto maior for o seu conhecimento sobre si própria.

Portanto, concordamos com a afirmação de ORLANDO LOURENÇO de que seria um “erro reduzir a vida psicológica e o desenvolvimento cognitivo a uma simples neurologia da racionalidade” porque é a pessoa que pensa e se emociona e não o cérebro, para além, de que “precisamos do cérebro para pensar e nos emocionar, mas o cérebro é uma condição, não a causa de certos tipos de pensamento e de emoção” que determinam as nossas decisões conscientemente livres²⁵⁶.

Concluindo, é livre e detém de capacidade para decidir todo o doente, até mesmo o mais enfermo, que pondera e avaliada de acordo com a razão, inteligência, valores/moral e vontade os efeitos abstratamente das consequências futuras das suas decisões e opta de acordo com a sua autodeterminação individual. Por essa razão, defendemos que se o doente detém de capacidade de autodeterminação individual porque racionalmente e lucidamente, livre de qualquer incapacidade momentânea ou permanente²⁵⁷, decide pela morte assistida, esta é nada mais do que uma plena decisão livre protegida constitucionalmente pelo direito fundamental de autodeterminação e valorada pelo ordenamento jurídico-penal através do

as neuroimagens podem auxiliar o direito penal na aferição da capacidade da pessoa para consentir na intervenção médica pela constatação de traumas cerebrais, vícios em drogas ou transtorno mental, nestes casos, este teste neurocientífico deve ser apenas um meio a mais de constatação desses factos, pois jamais excluiria os testes clínicos, psicológicos e a reflexão teórica, apenas seria mais uma grande valia para o ordenamento jurídico. As neuroimagens funcionais poderão ser utilizadas também no auxílio da solução de litígios que envolvem a existência ou não de determinada atividade cerebral ou de perda total ou parcial da consciência para decidir nos casos da morte assistida, porém, voltamos a reforçar que será apenas um teste no meio de muitos outros que permitirão avaliar a capacidade da pessoa para tomar uma decisão consciente. Assim, o direito ao lidar com as intenções humanas, capacidade, culpabilidade e responsabilidade pode-se auxiliar das descobertas das neurociências para a prossecução do seu fim. FREITAS, Márcia Araújo Sabino de, «Neurodireito: as implicações das descobertas da neurociência», in FERRAZ, Anna Cândida da Cunha/LEISTER, Margareth Anne, *II Colóquio*, Brasil, Edifício, 2012, p. 66-67, disponível em (http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31627104/Coloquio_Volume_2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1497341629&Signature=naGCHc0bKx3V2atKywXkIyZ2Oe0%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DPanorama_de_pesquisa_em_direito.pdf). (acedido em 23.03.2017). As contribuições das neurociências para o direito penal devem ser apenas aquelas que possibilitam um melhor e mais humanitário direito penal. ARANA, Andrés Felipe Días, *ob. cit.*, p. 7 e 44. HASSEMER, Winfried, *ob. cit.*, p. 12.

²⁵⁶ LOURENÇO, Orlando Martins, *Psicologia de Desenvolvimento Cognitivo: Teoria, dados e implicações*, Coimbra: Almedina, 2002, p.140. Se nos é permitido, depois de tudo o que foi mencionado, podemos afirmar que não foi o nosso cérebro que nos levou a optar pelo direito, mas simplesmente a nossa autodeterminação individual.

²⁵⁷ Nos casos em que o doente com sofrimento insuportável devido à sua doença grave e incurável se encontre em delírio, por exemplo, por causa de febres altas deixará de estar lúcido naquele momento, embora continue a ser consciente para se autodeterminar livremente por ser imputável.

consentimento do ofendido. Isto significando que se é livre para se autodeterminar então perante o direito penal tem capacidade para consentir na morte assistida.

II.1.1. Menores

A questão que se coloca neste momento é a de saber se os menores, pessoas com menos de 18 anos de idade, crianças e adolescentes, poderão exercer a sua liberdade para se autodeterminarem na intervenção médica da morte assistida? Ou se pelo contrário, somente os maiores de 18 anos, ou seja, os jovens adultos e os adultos, detêm desta capacidade, já que só com esta idade é que a lei lhes reconhece plena capacidade de exercício de direitos²⁵⁸?

As crianças e os adolescentes, os menores, sempre viveram na nossa sociedade, mas só quando os adultos os passaram a reconhecer é que começaram a ser estudados e reconhecidos enquanto pessoa humana em desenvolvimento físico e psicológico até chegarem à fase adulta. E, nessa medida, foram criadas leis protetoras para o bem-estar e saúde dos menores devido às suas fragilidades decorrentes do processo de desenvolvimento humano em que se encontram²⁵⁹.

Por essa razão, a lei considera os menores incapazes de exercer os seus direitos fundamentais decorridos da dignidade da pessoa humana, conforme o art. 122º e ss do Código Civil²⁶⁰, pois cabe-lhe proteger e assegurar o processo de desenvolvimento cognitivo e emocional da criança para que livremente construa a sua personalidade permitindo-lhe ser livre para decidir.

Contudo, ao mesmo tempo, o ordenamento jurídico reconhece que determinados menores terão capacidade para livremente se autodeterminarem por deterem de discernimento para tomar uma decisão racional, ou seja, por deterem de capacidade para decidir livremente de acordo com a sua vontade, razão, emoções e valores ponderando e

²⁵⁸ Conforme o art.130º do Código Civil, “aquele que perfizer dezoito anos de idade adquire plena capacidade de exercício de direitos, ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens”, isto é, apenas os maiores de 18 anos serão capazes de se autodeterminarem pessoalmente.

²⁵⁹ Um pequeno exemplo, em Inglaterra, quando se passou a reconhecer os menores como pessoa humana foi abandonada a prática de colocação de rédeas às crianças, como faziam com as mulas, para puxarem vagões carregados de carvão para fora das minas, pois passam a reconhecer que os menores são pessoas em desenvolvimento, que ocupam um período de vida, e não animais. A lei passa a proteger as crianças dos abusos dos adultos para que possam se desenvolver cognitivamente e socialmente, já que um dia ocuparão a posição de adultos. SPINTHALL, Norman A./COLLINS, W. Andrews, *Psicologia do Adolescente: Uma Abordagem Desenvolvimentista*, Fundação Galouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, p. 7.

²⁶⁰ Doravante designado pela sigla CC.

avaliando abstratamente as consequências e benefícios das possíveis escolhas apresentadas e optarem pela decisão racional de acordo com a sua autodeterminação individual, como posteriormente será exemplificado.

Isto acontece porque, como NORMAN SPRINTHALL e ANDREWS COLLINS nos clarificam, o “processo de maturação, por si próprio, não leva a um completo desenvolvimento do ser humano” pois depende indubitavelmente, também, da cultura²⁶¹, isto é, o desenvolvimento humano não é, unicamente, determinado pelas capacidades inatas é, também, influenciado pelo estabelecimento de interações com outras pessoas. O que determina que, em algumas idades, o discernimento, o mesmo é dizer, a capacidade para tomar uma decisão racional, seja reconhecido pela lei, pois se o menor é livre para decidir autonomamente de acordo com a sua vontade, razão, desejos, valores, emoções, personalidade, então, detém de capacidade de raciocínio/cognição para livremente decidir conscientemente acerca de um acontecimento na sua vida, nunca podendo a lei negar-lhe a sua autodeterminação individual enquanto pessoa humana, que no nosso caso, tal decisão traduzir-se-á no consentimento qualificado através do pedido para a intervenção médica da morte assistida, ou seja, apenas poderá ser atendido o pedido de quem tiver capacidade para consentir.

Nesta medida, os psicólogos desenvolvimentistas afirmam que o “ser humano possui capacidade de pensar, de refletir, de examinar e de raciocinar permitindo-lhe criar a sua personalidade a partir de si próprio, pois os seres humanos processam ativamente o conhecimento que é adquirido pela prática, ou seja, não somos recipientes vazios ou indivíduos passivos, (...) somos participantes ativos na vida, procurando tornar significativas todas as nossas experiências”. Portanto, “a cognição, o ato de pensar – ou, de um modo geral, o processamento do conhecimento – é, inerentemente, uma capacidade humana” que lhe permite tomar uma decisão livre e consciente²⁶².

Logo, as modificações físicas dos menores são um indicador para a família e para a sociedade de que a criança está a tornar-se um adulto, mas serão as modificações cognitivas, muitas vezes menos óbvias, que realmente permitiram reconhecer que o menor é um adulto, pois desde que detenha de capacidade para pensar, raciocinar e revolver os seus

²⁶¹ SPRINTHALL, Norman A./COLLINS, W. Andrews, *ob. cit.*, p. 25.

²⁶² SPRINTHALL, Norman A./COLLINS, W. Andrews, *ob. cit.*, p. 27. PAPPÁMIKAIL, Lia, *Adolescência e Autonomia: negociações familiares e construções de si*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2013, p.16 e ss.

problemas, conforme a sua inteligência, razão, valores, emoções, vontade, desejos, é livre para decidir e, por isso mesmo, passa a ser reconhecido pela sociedade como um menor maduro²⁶³ capaz de exercer livremente os seus direitos, ou melhor, capaz de autodeterminar a sua vida de acordo com a sua personalidade e, nessa medida, deter de capacidade para consentir numa intervenção médica. Mas quem serão os menores maduros?

A psicologia e a antropologia, enquanto ciências sociais que estudam a mente e o comportamento do ser humano, demonstra-nos que o adolescente será o menor maduro da sociedade por pensar nas possibilidades, testar hipóteses e ser capaz de planificar, o que significa que pensam e raciocinam de forma mais abstrata, especulativa e flexível como os adultos e, por isso, deixam de ser consideradas crianças por não estarem limitados ao que percebem ou ao que já viram no passado. Por outras palavras: é na adolescência que o menor passa a deter do pensamento formal característico dos adultos que lhes permite ser livres para decidir²⁶⁴.

Por outro lado, ALDERSON também nos afirmam que poderemos encontrar crianças mais novas com um pensamento racional, ou seja, discernimento para atuar livremente e conscientemente relativamente a uma determinada situação/problema, pois o meio social em que se inserem permitiu-lhes esse desenvolvimento cognitivo²⁶⁵.

Daí que ORLANDO LOURENÇO clarifique que ao desenvolvimento do ser humano se associa a mudança e só depois a idade, pois “em vez de mudanças associadas à idade, é mais correto falar de mudanças à passagem do tempo”, sendo este “considerado num contexto global onde ocorrem os fatores de desenvolvimento, como a maturação nervosa, a atividade do sujeito e as influências sociais”²⁶⁶.

É pela sociedade ter presente que as capacidades de pensar e raciocinar, ou seja, a capacidade de cognição, que desde o primeiro dia de vida se vão desenvolvendo até à fase adulta, que JEAN PIAGET através dos seus estádios de desenvolvimento cognitivo dos menores nos permitiu observar quando poderemos afirmar que estamos perante um

²⁶³ SPRINTHALL, Norman A./COLLINS, W. Andrews, *ob. cit.*, p. 87

²⁶⁴ SPRINTHALL, Norman A./COLLINS, W. Andrews, *ob. cit.*, p. 93.

²⁶⁵ A competência das crianças para consentir numa intervenção médica ou tomar uma decisão consciente que envolva o seu corpo ou vida na intervenção médica será sempre o resultado da sua personalidade livre e autónoma decorrente do seu desenvolvimento interno (genes) e das suas influências externas (estrelas). ALDERSON, Priscilla, «In the Genes or in the Stars? Children's competence to consent», *journal of medical ethics*, nº 18, 1992, p. 121.

²⁶⁶ SPRINTHALL, Norman A./COLLINS, W. Andrews, *ob. cit.*, p. 30.

pensamento formal/racional, o mesmo é, discernimento, num menor maduro. Acrescentando que a idade não é um critério de desenvolvimento psicológico, mas apenas um forte indicador²⁶⁷.

Assim, para o psicólogo desenvolvimentista existem quatro períodos principais do desenvolvimento cognitivo, o mesmo é dizer, de desenvolvimento intelectual (emocional)²⁶⁸, em que “cada um deles representa um período na vida da criança, durante o qual as estruturas psicológicas que tornam possível a capacidade para pensar e raciocinar vão sendo cada vez mais complexas e abstratas” demonstrando as modificações qualitativas do pensamento no processo de desenvolvimento cognitivo das crianças e jovens.

Portanto, a “mudança de estágio para estágio envolve transformações nas estruturas psicológicas que estão subjacentes ao pensamento e ao raciocínio em cada um dos sucessivos estádios”, de mais a mais, as alterações nas estruturas mentais decorrem do confronto com aspetos novos que permitirão a equilíbrio, isto é, as experiências novas da vida provocam um desequilíbrio no funcionamento das estruturas mentais, facto que motiva o indivíduo a elaborar estruturas mais complexas e mais aplicáveis a abstrações²⁶⁹.

Logo, o ato de pensar e de raciocinar resulta do funcionamento em conjunto da assimilação (abordar a questão de acordo com as estruturas mentais atuais) e da acomodação (adaptar as estruturas mentais atuais às novas experiências).

E nesta perspectiva, PIAGET demonstra com a sua teoria que o ser humano entre os zero anos e os dois anos ocupa o estágio sensório-motor porque apenas a sua inteligência se circunscreve a ações concretas que só são capazes de realizar através das suas capacidades sensoriais e motoras²⁷⁰. Dos dois aos sete anos ocupa o estágio intuitivo ou pré-operacional, pois com o aparecimento da linguagem as condutas são profundamente modificadas no aspeto afetivo e intelectual passando a reconstruir intuitivamente a sua ação, bem como, passando a socializar²⁷¹. Sendo este estágio uma etapa de transição e de preparação para as

²⁶⁷ LOURENÇO, Orlando Martins, *ob. cit.*, p. 31.

²⁶⁸ Piaget esclarece que as “estruturas variáveis do desenvolvimento cognitivo serão, então, as formas de organização da atividade mental sob um duplo aspeto: intelectual, de uma parte, e afetivo, de outra, com as suas duas dimensões individual e social (interindividual)”. PIAGET, Jean, *Seis Estudos de Psicologia*, Forense Universitária, Brasil, 1999, p. 15.

²⁶⁹ SPRINTHALL, Norman A./COLLINS, W. Andrews, *ob. cit.*, p. 103.

²⁷⁰ No início da vida o eu está no “centro da realidade, porque é inconsciente de si mesmo, e à medida que se constrói como uma realidade interna ou subjetiva o mundo exterior vai-se objetivando”, ou seja, a consciência começa por um egocentrismo inconsciente e integral. PIAGET, Jean, *ob. cit.*, p. 20.

²⁷¹ PIAGET, Jean, *ob. cit.*, p. 24.

capacidades cognitivas do pensamento operacional, ou seja, do pensamento que envolve padrões lógicos generalizados, os quais são aplicados a diferentes tipos de relações entre as pessoas e os objetos no mundo das crianças por mentalmente organizarem e reorganizarem as coisas no processo de pensamento. Dos sete aos doze anos ocupam o estágio das operações concretas em que pensar deixa de ser uma ação feita passo a passo mas, antes, torna-se um processo mais abstrato que envolve o raciocínio lógico e a resolução de problemas e, consecutivamente, deixam para trás o seu egocentrismo²⁷². E, finalmente só a partir dos doze anos, com a adolescência, é que chegamos ao último estágio de desenvolvimento cognitivo, ou estágio maduro, com as operações formais próprias dos adultos, ou seja, passam a deter de uma maior capacidade de abstração e de reflexão racional relativamente às possibilidades e à realidade. Ou por outras palavras, o pensamento característico do período das operações formais refere-se ao modo abstrato, flexível e complexo, pelo qual as ideias, os objetos, as situações e os problemas são analisados e compreendidos permitindo o adolescente atuar racionalmente²⁷³.

Assim, de acordo com a teoria desenvolvimentista a partir dos 12 anos já poderemos afirmar estar perante um adolescente livre para tomar uma decisão racional tal como os adultos.

Nesta medida, concluímos que a idade apenas é um indicador de maturidade, isto é, permite afirmar que a maioria dos menores daquela idade apresentam um desenvolvimento cognitivo com determinadas características que lhe permite pensar e raciocinar de forma consciente durante a construção da sua personalidade, pois o que realmente permite aos psicólogos afirmar que o menor é livre para conscientemente tomar uma decisão é o seu discernimento, ou seja, a sua capacidade intelectual e emocional, influenciada pelo sistema social, de avaliar e ponderar as consequências e os benefícios futuros de uma escolha, optando pela decisão racional que o autodetermina enquanto pessoa humana.

²⁷² PIAGET, Jean, *ob. cit.*, p. 40.

²⁷³ Este pensamento formal é “hipotético-dedutivo”, isto significa que passa a ser capaz de deduzir as conclusões de puras hipóteses e não somente através de uma observação real. Passam os adolescentes através das operações formais a fornecer ao pensamento um novo poder, que consiste em destaca-lo e libertá-lo do real, permitindo-lhe construir por si próprio as suas reflexões e teorias. A inteligência formal marca a libertação do pensamento. Ou seja, passam a decidir baseados na razão que reúne inteligência e afetividade/emoções. PIAGET, Jean, *ob. cit.*, p. 60 e 65. SPRINTHALL, Norman A./COLLINS, W. Andrews, *ob. cit.*, p. 96 e ss.

Posto isto, para sabermos se estamos perante um menor maduro teremos de proceder a uma avaliação psicológica, isto é, uma avaliação tendo em conta o desenvolvimento cognitivo-emocional (capacidade de pensar e compreender o alcance da escolha que pretende tomar no meio de muitas outras possíveis), e a influência do sistema social (família ou religião).

Daí que, os profissionais de saúde esclareçam que a maturidade ou discernimento/racionalidade das crianças e adolescentes variam de pessoa para pessoa e o indicador da idade apenas ajuda a ter mais certezas relativamente à livre autodeterminação individual dos menores.

Por esta razão, assistimos atualmente a um reconhecimento por parte do direito de uma autonomia progressiva dos menores e, nesta perspetiva, ANDRÉ DIAS PEREIRA clarifica que o art.26º da CRP ao consagrar o *direito ao desenvolvimento da personalidade* do qual, também, os menores possuem, por acima de tudo, serem titulares de direitos fundamentais, é natural a criação pela própria lei de maioridades especiais²⁷⁴ que garantam condições para que cada pessoa, desde a mais tenra idade, possa ir “escrevendo a sua biografia”²⁷⁵.

Nesta medida, o legislador tem presente a realidade do processo de maturação dos menores antes de atingir a maioridade de acordo com o que nos proporcionam as ciências sociais. Ou por outras palavras: O legislador tem presente que a criança e o adolescente necessitam de proteção legal pela inaptidão para defender os seus interesses quer relativamente à sua vida, quer relativamente aos seus bens, em virtude da vulnerabilidade intelectual (emocional)²⁷⁶, mas ao mesmo tempo, quando este deixa de ser vulnerável porque racional passa a reconhecer-lhe a sua autodeterminação individual.

Posto isto, a realidade de que os menores são livres para decidir permite-nos assistir a instrumentos internacionais, como a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos

²⁷⁴ Designação atribuída por Guilherme de Oliveira às disposições legais que concedem plena capacidade de decisão aos menores, ou melhor, de capacidade de exercício de direitos. Como por exemplo, o art.127º CC dispondo que tem plena capacidade de exercício de direitos os menores que realizem os atos patrimoniais elencados na lei, ou o art.1601º CC que estabelece que só os maiores de 16 anos possuem capacidade para contrair casamento. OLIVEIRA, Guilherme de, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3898, 1999, p. 16.

²⁷⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p.305.

²⁷⁶ MARTINS, Rosa Cândido, *A Criança, o Adolescente e o Ato Médico. O Problema do Consentimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 811.

das Crianças²⁷⁷, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças²⁷⁸ e a Convenção de Oviedo²⁷⁹ que vêm dispor que quando o menor detenha de capacidade de discernimento deve ser a sua opinião tomada em consideração como um fator cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.

Isto significa que a lei, atualmente, reconhece a autonomia decisória do menor que de forma livre e consciente porque detentor de discernimento/racionalidade tem capacidade para decidir relativamente às situações que o envolvem. Aliás, quanto maior for a sua idade e capacidade de discernimento maior será o reconhecimento pela lei da autonomia pessoal do menor.

Assim, no que concerne ao direito português, como *supra* referido, o legislador determinou que toda a pessoa que não tiver completado a idade de 18 anos será considerada menor e, por isso, incapaz de exercer os seus direitos, sendo suprida a incapacidade pela representação legal, conforme os art.122º a 129º CC. Isto é, o legislador cria uma presunção de maturidade e autonomia da pessoa relativamente aos adultos considerando-os capazes para livremente decidir de acordo com a sua autodeterminação individual²⁸⁰.

Contudo, e relativamente aos cuidados de saúde, o legislador nacional reconhece os menores maduros através da lei nas intervenções médicas, como por exemplo, o acesso livre às consultas e outros meios de planeamento familiar²⁸¹, isto é, o legislador demonstrase favorável à autonomia e privacidade dos menores ao nível da sua saúde sexual e reprodutiva, independentemente da idade.

O mesmo acontece, segundo o regime da interrupção voluntária da gravidez onde legislador concede aos maiores de 16 anos o poder de autonomamente decidir pela interrupção da gravidez devido ao reconhecimento do direito de autodeterminação individual em relação ao bem jurídico vida intrauterina, o mesmo é dizer, que o legislador nacional legitima a capacidade para consentir à mulher psiquicamente capaz de idade igual ou superior a 16 anos que escolhe de forma livre e consciente pela interrupção da gravidez, de acordo com o art.142º, nº5, do CP *a contrario*.

²⁷⁷ Art.3º da Convenção.

²⁷⁸ De acordo com o art.12º e 13º da Convenção.

²⁷⁹ Nos termos do art.6º/2 da Convenção.

²⁸⁰ RIBEIRO, Geraldo Rocha, «Quem Decide pelos Menores? (Algumas Notas Sobre o Regime Jurídico do Consentimento Informado para Actos Médicos)», *Lex Medicinæ*, nº14, 2010, p. 106 e 112.

²⁸¹ Lei nº3/84 de 24 de Março.

Assim, a lei ao referir-se, especialmente, ao maior de 16 anos e psiquicamente capaz pretende clarificar que apenas têm capacidade para consentir na intervenção médica da interrupção voluntária da gravidez o maior de 16 anos com discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance do consentimento no momento em que o presta, isto é, através de lei pretende adotar os critérios cumulativos referentes ao consentimento-justificativo, nos termos do art.38º, nº3º, do CP.

Posto isto, com esta norma da parte geral do CP, determina o legislador que os menores maduros têm capacidade para consentir nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, nos termos do art.156º CP.

E por isso, GUILHERME DE OLIVEIRA, acompanhando a doutrina dominante²⁸², vem afirmar que devemos dar um “relevo geral à norma do Código Penal que reconhece a autonomia dos jovens com 16 anos²⁸³ e com o discernimento suficiente”, pois “seria muito

²⁸² CORREIA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 26. DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal. Parte Geral, *ob. cit.*, p. 483-484. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *ob. cit.*, p. 253. CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 183-184. DIAS, Figueiredo/MONTEIRO, Sínde, «Responsabilidade Médica em Portugal», *Boletim do Ministério da Justiça*, nº332, 1984, p. 53 e 71. SOUSA, Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 411. PEREIRA, André Gonçalo Dias, A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica, *ob. cit.*, p. 242, também, PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 315. RIBEIRO, Geraldo Rocha, *ob. cit.*, p. 124-125. MARTINS, Rosa Cândido, *ob. cit.*, p. 820. RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 203. Apresentando justificação diferente SANTOS, André Teixeira dos, «Do Consentimento dos Menores para a realização de Atos Médicos Terapêuticos», *Revista do Ministério Público*, nº118, 2009, p. 140-141 e 147-148. RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 176.

²⁸³ O legislador fixa como critério de idade-fronteira os 16 anos, para o consentimento justificante, com a lei 59/2007 deixando para trás os 14 anos, isto porque, de acordo com a exposição de motivos da proposta de lei nº98/X, sentiu necessidade de proteger mais intensivamente as crianças e adolescentes. Como se pode ler: “não se entende que uma pessoa com catorze ou quinze anos de idade deva consentir relevantemente em sofrer ofensas contra bens jurídicos disponíveis, como a integridade física. E aproxima-se o regime do consentimento das orientações que têm vindo a ser preconizadas pela União Europeia, sobretudo quanto a crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores”. Contudo, Ana Amorim não compreende o aumento da idade-fronteira por parte do legislador, pois não aceita que “haja um retrocesso nos direitos atribuídos aos menores, à medida que a sociedade que os rodeia se desenvolve – sociedade e capacidade dos menores não se podem desenvolver em sentido inverso”, mais, entende que o legislador está a proteger em demasia o menor, e consequentemente, a impossibilitar o desenvolvimento cognitivo e psicológico para a autonomia da criança. Reforçando a sua posição afirmando que esta alteração apenas teve como razão a uniformização da lei, já que a maioria das leis fixava os 16 anos como limite e, por isso, o CP vir acolher esta idade para o consentimento justificante. Finalizando dizendo que a idade-fronteira deveria continuar nos 14 anos ao lado da capacidade de discernimento. AMORIM, Ana, «O consentimento Informado de Menores: Reflexão Críticas sobre a Lei Atual», *Lex Medicinæ*, nº15, 2011, p. 126-127. Neste sentido, Filipe Almeida vem defendendo a autonomia das crianças, pois entende que acima dos 14 anos estamos “colocados perante uma criança que já é uma liberdade e uma autonomia, ainda que em desenvolvimento”. Acrescentando que já a partir dos cinco anos é capaz de entender a morte. ALMEIDA, Filipe Nuno Alves dos Santos, *Ética em Pediatria. Uma Nova Dinâmica num Relacionamento Vital?*, Dissertação de Doutoramento em Medicina apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, (3ºciclo), 2004, p. 38-39, 55-56 e 90.

estranho que o ramo do direito que está mais preocupado com a defesa da liberdade e a autodeterminação ficasse satisfeito com o livre consentimento prestado por um jovem de dezasseis anos e, simultaneamente, o direito civil entendesse que o mesmo jovem no mesmo caso carecia da proteção dos pais que decidiriam em vez dele! Penso que esta solução criaria uma desarmonia injustificada no nosso sistema jurídico”. Acrescentado que, então, o art.38º, nº3, do CP concretiza o reconhecimento progressivo da autonomia dos menores em assuntos relacionados com a assistência médica, isto é, “essa norma criou, em termos gerais, uma «maioridade especial», uma *maioridade para o acesso a cuidados de saúde*”²⁸⁴.

Desta forma, “o menor, ainda que sobre o espectro da menoridade, não deixa de ser uma pessoa de plena dignidade e valor”²⁸⁵ a quem o direito reconhece a autodeterminação pessoal para decidir relativamente à sua própria vida.

Portanto, a morte assistida ao ser uma intervenção médica deverá seguir os mesmos parâmetros de acordo com o art.38º, nº3, do CP, como foi a posição adotada pelo legislador com a interrupção voluntária da gravidez, ou seja, o consentimento- justificativo na morte assistida “só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”.

Aliás o próprio princípio da igualdade exige este regime, nos termos do art.13º da CRP porque, no nosso entendimento, ao estarmos perante um menor maduro porque capaz de tomar uma decisão livre e racional/consciente conforme a sua personalidade, terá de lhe ser admitido o exercício do seu direito de autodeterminação individual nesta matéria.

Ademais, o legislador penal, nos termos do art.19º CP, dispõe que os maiores de 16 anos serão imputáveis, isto é, enquanto homens livres e racionais passam a responder penalmente pelas condutas adotadas em desconformidade com o direito²⁸⁶. Logo, é indesmentível o reconhecimento da autonomia do menor pelo legislador penal, pois enquanto ser humano livre assume a responsabilidade das suas escolhas/decisões²⁸⁷.

²⁸⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», *ob. cit.*, p. 17.

²⁸⁵ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *ob. cit.*, p. 106.

²⁸⁶ Assim, a função da adolescência é “levar o ser humano à identificação da sua personalidade, ou seja, à progressiva tomada de consciência de uma própria personalidade livre e autónoma”, isto porque aos poucos vão descobrindo a razão que lhes permite agir livremente, sendo a partir desta idade considerados adolescentes maiores. Aliás a psicologia defende que ao reconhecermos os adolescentes como adultos estamos a possibilitar o seu desenvolvimento cognitivo para que mais tarde ocupe a posição de adulto. CASTRO, Maria Ana M. do Canto e, «Noções de psicologia do pré-adolescente e do adolescente», *Revista Infância e Juventude*, nº1, 1981, p. 15 e ss.

²⁸⁷ Porém, Ana Alfaiate entende que a idade da inimputabilidade em razão da idade deveria ser fixada nos 21 anos, pois só nesta idade o cérebro completa a formação das estruturas essenciais que permitem tomar uma

E por isso defendermos, tal como COSTA ANDRADE²⁸⁸, TERESA QUINTELA DE BRITO²⁸⁹ e INÊS GODINHO²⁹⁰, nos termos do art.38º, nº3, do CP, que deverá a lei legitimar a autodeterminação individual, concedendo capacidade para consentir na morte assistida ao menor com ou mais de 16 anos que, cumulativamente, possui o discernimento necessário para livremente compreender o sentido e o alcance da sua decisão pela morte assistida, pois no nosso entendimento, seria um retrocesso e paternalismo injustificável da lei não reconhecer a liberdade pessoal deste menor através do pedido, segundo a dignidade da pessoa humana. Isto porque enquanto ser humano dotado de razão, valores (moral), vontade, emoções e desejos é livre para agir de acordo com a sua autodeterminação pessoal.

Também a Holanda, na lei 1 de Abril de 2002 relativamente à eutanásia e suicídio assistido, considera o maior de 16 anos de idade com discernimento e capaz de autonomamente decidir sobre a morte assistida, embora os pais tenham que estar envolvidos no processo.

Portanto, todo o pedido de morte assistida elaborado por doente, adulto ou menor maduro, baseado numa decisão livre e consciente e, porque consciente é lúcida, ou seja, livre de quaisquer perturbações da racionalidade do homem, deverá ser atendido pelo médico que praticará a intervenção médica da morte assistida, como expressão da autodeterminação individual da dignidade da pessoa humana.

decisão e ser responsável por estas. Contudo, não compartilhamos com tal posição por entendermos que para a tomada de uma decisão estarão em causa não apenas o cérebro, mas também as influências externas, como a família, os amigos e a própria sociedade que o rodeia, que permitem aos menores criar a sua personalidade para se autodeterminar livre e conscientemente. ALFAIATE, Ana Rita, *O Problema da Responsabilidade Penal dos Inimputáveis por Menoridade*, Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (3º ciclo), 2014, p. 108-109.

²⁸⁸ Costa Andrade esclarece relativamente à capacidade para consentir no auxílio à morte que “tudo dependerá de a vítima possuir ou não *discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance* do acto e a *liberdade para decidir de acordo com aquela valoração*”, nos termos do art.38º, nº3, do CP. ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.134º, *ob. cit.*, p. 112.

²⁸⁹ BRITO, Teresa Quintela de, «Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?», *ob. cit.*, p. 609.

²⁹⁰ Posição demonstrada em aula de Direito Penal Médico.

Daí que nos cause estranheza FARIA COSTA²⁹¹, bem como, o Bloco de Esquerda^{292 293} e o partido Pessoas-Animais-Natureza^{294 295} não reconhecerem a autodeterminação individual dos menores maduros de 16 anos na morte assistida, quando o próprio legislador nacional tem presente que estes menores, enquanto pessoa humana livre e dotada de razão, detêm a capacidade de autonomamente tomar uma decisão consciente de acordo com a sua personalidade enquanto imputáveis.

Neste sentido, direcionando-se para a solução da lei Luxemburguesa de 16 de Março de 2009, que apenas atribui legitimidade para consentir na intervenção médica da eutanásia os adultos, isto é, os maiores de 18 anos²⁹⁶.

No entanto, COSTA ANDRADE elucida a nosso ver bem, que relativamente às intervenções médicas referimo-nos à capacidade do doente para consentir e, por isso, é unanimemente reconhecido que os requisitos desta capacidade “não são de todo em todo sobreponíveis às exigências da capacidade negocial jurídico-civilística, nem sequer às da imputabilidade penal”²⁹⁷.

Também ANDRÉ DIAS PEREIRA esclarece que não devemos confundir a capacidade negocial com a capacidade para consentir numa intervenção médica, fruto da sua capacidade de autonomamente tomar decisões, isto porque os bens jurídicos vida ou integridade pessoal devido à sua elevada natureza pessoal, ou seja, por dizerem respeito à

²⁹¹ COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», *ob. cit.*, p. 149.

²⁹² Doravante designado pela sigla BE.

²⁹³ De acordo com o anteprojeto de lei da despenalização da morte assistida apresentado pelo BE no seu art. 2º, nº2 dispõe que o pedido para morrer com dignidade apenas poderá dar origem a um procedimento clínico de antecipação da morte se feito por pessoa maior, capaz de entender o sentido e o alcance do pedido e consciente no momento da sua formulação. Assim, apenas admitem as pessoas maiores, ou seja, pessoa com mais de 18 anos de idade.

²⁹⁴ Doravante designado pela sigla PAN.

²⁹⁵ Também o projeto de lei nº 418/XII/2ª do PAN vem determinar que apenas as pessoas com ou mais de 18 anos de idade tem capacidade para formular o pedido da morte assistida, nos termos o seu art. 4º, nº1, al.a).

²⁹⁶ Relativamente à fronteira dos 18 anos de idade, Rosa Martins clarifica que a “a fixação de uma fronteira rígida entre a minoridade e a maioridade não se mostra adequada à dinâmica própria das “relações triangulares entre médico-pais-menores”, esta apenas é a “tradução grosseira do desenvolvimento dos menores no sentido da aquisição da plena capacidade para consentir”. MARTINS, Rosa Cândido, *ob. cit.*, p. 817 e 809 nota 56.

²⁹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, Consentimento e Acordo em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 412. Aliás o CDOM no art.45º, relativamente ao consentimento para a intervenção médica, reconhece que “só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais”, ou seja, reconhece o direito de autodeterminação do doente, conforme o art.26º CRP, com capacidade de discernimento para decidir relativamente à intervenção médica a realizar. Daí que defendamos para a morte assistida a aplicabilidade do consentimento nos termos do art.38º, nº3, do CP, tal como, foi a posição adotada pelo legislador relativamente à interrupção voluntária da gravidez.

pessoa na sua individualidade, diferenciam-se completamente dos puros bens de valor patrimonial²⁹⁸.

Nesta medida, concordamos com AMELUNG quando afirma que o objeto do conceito de capacidade para consentir é a capacidade de tomar uma decisão racional sobre os riscos, sacrifícios dos seus bens jurídicos, consequências, irreversibilidade da decisão tomada pelo titular dos bens jurídicos protegidos²⁹⁹.

Assim, tem capacidade para consentir numa intervenção médica, no nosso caso da morte assistida, toda a pessoa menor ou adulto, considerada imputável porque livre e racional decide avaliando e ponderando os custos e benefícios de uma decisão em que os benefícios superam os sacrifícios, ou melhor, capaz de avaliar as consequências e a irreversibilidade da decisão pela morte assistida, depois de compreender a informação que lhe foi prestada relativamente ao estado da sua doença, e que mesmo assim, entende que a decisão racional porque de acordo com a sua autodeterminação (vontade, valores, emoções, razão) será a libertação do sofrimento insuportável proporcionado pela doença através da morte e não o recurso a medidas de sustentação da vida, a cuidados paliativos até que o acontecimento morte aconteça.

Só poderemos então concluir que o regime das intervenções médicas nos termos da lei penal também será a aplicável à morte assistida, tal como na interrupção voluntária da gravidez, no sentido da concordância prática exigida pela lei constitucional do confronto entre o bem jurídico vida humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade/autodeterminação pessoal.

²⁹⁸ Acrescentando o autor que “no que diz respeito aos *atos pessoais*, o direito civil sente necessidade de se desviar das normas sobre a capacidade negocial, por forma a respeitar os princípios constitucionais do *livre desenvolvimento da personalidade* (expressamente previsto no art.26º, nº1, da Constituição da República) e a autonomia da pessoa humana”. Assim, reforça a sua posição afirmando que “o elemento literal dos arts. 123º e 139º do Código Civil não nos deve limitar, já que a lei se limita a lançar mão do conceito tradicional de capacidade de exercício de direitos, não querendo afastar a possibilidade de reconhecer o *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* do menor, aliás constitucionalmente imposto pelo art.26º, nº1, da Constituição, sobretudo ao nível do atos pessoais”. PEREIRA, André Gonçalo Dias, A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica, *ob. cit.*, p. 200 e 203-204, Também, PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 321.

²⁹⁹ Amelung estrutura o conceito de capacidade para consentir em quatro momentos: 1. Capacidade de decidir sobre valores, 2. Capacidade para compreender os factos, 3. Capacidade para compreender as alternativas e, por último, 4. Capacidade para se autodeterminar com base na informação obtida. Apud PEREIRA, André Gonçalo Dias, A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica, *ob. cit.*, p. 209

Para além, de que os adolescentes que enfrentam uma doença terminal e, por isso, conscientes de que irão morrer em breve adquirem uma maturidade muito superior aos outros adolescentes com a mesma idade³⁰⁰.

Na verdade, os adolescentes de 16 anos apresentam uma maturidade que lhes permite tomar uma decisão livre e consciente, isto porque devido ao discernimento que apresentam nesta idade, tem capacidade para livremente tomar uma decisão racional pela morte assistida, ou para o direito penal, capacidade para consentir na intervenção médica da morte assistida.

Será por isso de desconsiderar soluções como a lei Belga, que com a lei de 28 de Fevereiro de 2014, torna-se o primeiro e único país do mundo a autorizar a eutanásia a qualquer menor sem restrição de idade por apenas relevar a capacidade de discernimento, pois não garante segurança e certeza jurídica necessárias para a lei da morte assistida, relativamente à decisão racional expressada pelo pedido de menor para a intervenção médica da eutanásia.

Embora possamos perceber que o discernimento é o que permite o menor ser livre e consciente para decidir e, consecutivamente, consentir numa intervenção médica, não conseguimos admitir uma solução tão liberal numa matéria tão delicada. O mesmo nos demonstra o próprio legislador nacional que encontra a segurança e certeza jurídica, bem como, a concordância prática exigida constitucionalmente na verificação cumulativa do

³⁰⁰ SANTOS, Laura Ferreira dos, *ob. cit.*, p. 66. Nesta idade já apresentam a maturidade cognitiva necessária para um raciocínio moral decorrente das influências neurológicas, emocionais, ambientais, familiares e da experiência de vida que lhe permitem decidir livre e racionalmente pela sua morte digna. PAPALIA, Diane E., *O Mundo da Criança*, Lisboa, McGraw-Hill, 2001, p. 544 e ss. Mais ainda, Laura Santos explicita-nos que urge uma educação sobre a morte para que seja possível educar a temática da mortalidade e, com ela, a das escolhas de fim-de-vida. Finalizando que uma “educação sobre a morte é, assim, uma tarefa a ser cumprida por um projeto educacional que vise, de facto, a construção de identidades críticas e emancipatórias ao serviço da transformação pessoal e social”, quando se discute, hoje, a legitimidade da morte assistida, dos cuidados paliativos e das diretivas antecipadas da vontade. SANTOS, Laura Ferreira dos, «Pedagogia Crítica, Sofrimento e Educação sobre a morte», *Revista Portuguesa de Pedagogia*, extra-série, 2011, p. 406-407. AZEVEDO, Maria da Conceição, «Valores culminantes: Educação para a morte/Educação para a vida», *Revista Portuguesa de Pedagogia*, nº2, 2006, p. 166 e ss. O adolescente tem presente a irreversibilidade da morte, aliás, as suas representações da morte e da vida variam de acordo com “vários fatores, em particular a capacidade cognitiva, a experiência pessoal, o contexto social, o desenvolvimento afetivo e psicossocial, o que, em grande medida, se liga à sua herança religiosa, ideológica, moral e cultural”. Assim, ao ter um sentido próprio da morte decidirá pela morte assistida no fim da vida de acordo com a sua personalidade. OLIVEIRA, Abílio, «Da desesperança ao desafio da morte... e à conquista da vida: olhar sobre o adolescente suicida», *Psychologica*, nº35, 2004, p. 74-75. RODRIGUES, Rute, «O som e os outros na vida e na morte: Perceções da vida e da morte na adolescência», *Psychologica*, nº52, 2010, p. 116-117.

critério da idade e discernimento para a capacidade para consentir nas intervenções médicas, nos termos do art.38º, nº3, do CP³⁰¹.

Assim, não nos identificamos com a razão apresentada para a solução da lei belga do alargamento do ato humanitário da eutanásia aos menores, com a consecutiva eliminação do critério da idade para cessação da discriminação em razão da idade entre menores e maiores, em prol da igualdade entre duas pessoas com discernimento para tomar uma decisão livre e consciente, isto porque esta distinção não poderá ser vista como uma discriminação, mas antes como uma realidade do processo de desenvolvimento cognitivo (emocional) em que se encontram as crianças no decurso da construção da sua personalidade e que não é eliminada com a exclusão do critério de idade^{302 303}.

Também GERALDO RIBEIRO reforça que “a virtualidade da fixação de uma idade mínima para considerar a criança como competente transmite um elevado grau de segurança para o profissional de saúde, bem com, assegura a participação integral dos pais no processo de decisão sobre a saúde e bem-estar do filho, afastando dúvidas e dificuldades em determinar até onde é legítima e admissível a intervenção dos pais”, mais ainda, “a idade

³⁰¹ Só assim o legislador nacional protege e assegura o desenvolvimento do menor, pois a menoridade ao ser um “estado normal e progressivo em direção à plena capacidade de agir, a vulnerabilidade e dependência físico-psíquica e afetiva da criança exige à ordem jurídico o reconhecimento de um estatuto especial” que assegure o normal desenvolvimento cognitivo. RIBEIRO, Geraldo Rocha, *ob. cit.*, p. 106.

³⁰² Por isso, os críticos à solução adotada pela Bélgica afirmam que a extensão da eutanásia aos menores sem a condição da idade, viu a luz do dia à pressa por causa de não cair na próxima legislatura, e isto explica-se pelo facto de ter prevalecido os interesses do tipo puramente políticos em detrimento de uma ação pausada e refletida acerca dos interesses das principais pessoas envolvidas: os menores, os seus pais e o corpo clínico. Walle, John Paul Van de, «L'euthanasie des Mineurs en Belgique», *Institut Européen de Bioéthique*, 2015, disponível em (<http://www.ieb-eib.org/fr/document/euthanasia-of-minors-in-belgium-475.html>). (acedido em 13.03.2017). No nosso entendimento, esta solução apenas quis dar continuidade à lei dos direitos dos pacientes de 22 de Agosto de 2002 que em matéria de cuidados de saúde toma em conta a idade do discernimento esquecendo-se que a matéria do ato médico da morte assistida reclama para uma cuidada disposição legal relativamente ao consentimento-justificante.

³⁰³ Mesmo não havendo restrição de idade, o primeiro caso de eutanásia praticado na Bélgica foi a um adolescente de 17 anos, ou seja, o primeiro menor com discernimento para decidir pela morte assistida encontrava-se na idade-fronteira reconhecida pelo legislador penal. Notícia de Raquel Martins, *Jornal Público*, 17.09.2016, In <https://www.publico.pt/2016/09/17/mundo/noticia/belgica-aplica-eutanasia-a-um-menor-pela-primeira-vez-1744364> (acedido em 13.03.2017). Logo podemos concluir que através da aferição cuidadosa da capacidade de discernimento do menor pela equipa médica multidisciplinar permite-nos afirmar que, mesmo aplicando-se a todos os menores, na realidade, a morte assistida provavelmente continuará limitada aos adolescentes devido ao requisito da capacidade de discernimento. Mais ainda, os casos desta prática sobre crianças será bastante reduzidos, porém devem ser abrangidos pela lei a constituir em Portugal, pois o seu direito de autodeterminação em decidir terminar com o sofrimento insuportável da doença pela morte o impõe. Para além do mais, não se tem presenciado a rampa deslizante relativamente aos casos de eutanásia praticados pelos médicos pediatras, mas sim a um melhoramento dos cuidados paliativos pediátricos ainda precários. SILVA, Filipa Martins/NUNES, Rui, «Caso Belga de eutanásia em crianças: solução ou problema?», *Revista Bioética*, nº3, 2015, p. 475 e ss.

assume um papel indiciário forte mas não exclusivamente decisivo”³⁰⁴, uma vez que é aditada a verificação atual e situacional da capacidade de discernimento.

Por isso, a introdução desta solução permite ao menor se emancipar pessoalmente em relação aos pais e deter do poder de decisão sobre si, mais concretamente sobre o fim da sua vida.

Para além de que a lei ao adotar um sistema aberto e casuístico, no nosso entendimento estaria numa posição de fragilidade, porque ficaria dependente para a aplicabilidade dos efeitos legais da avaliação psicológica para aferição da capacidade para consentir numa intervenção médica, ou na morte assistida, pelo profissional de saúde. O que contrariaria o dever de proteção legal do menor pelo legislador para que livremente se desenvolva intelectualmente e emocionalmente, bem como, garantindo a construção da sua autodeterminação individual, nos termos do art.69º e 70º CRP.

II.1.2. Pessoas com anomalia psíquica – Doentes Mentais

Antes de mais, como nos explicita SOUTO DE MOURA, o legislador refere-se a anomalia psíquica e não a doentes mentais, pois pretendeu concretizar um conceito mais abrangente, mais amplo que o de doença mental devido às incertezas e fluidez das próprias ciências médicas “quer ao nível terminológico, quer ao nível dos concretos efeitos sobre o intelecto ou a vontade do agente, que em princípio devem ser atribuídos às várias espécies

³⁰⁴ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *ob. cit.*, p. 126-127. No mesmo sentido PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 316-317. E porque decisivo, depois de tudo o que já dissemos, não conseguimos acompanhar Mafalda Francisco Matos que considera como obsoleto o critério da idade nas intervenções médicas, para a autora “os menores não podem ser pensados como um grupo etário. Há que contextualizar cada criança, cada adolescente e, principalmente, cada decisão. Este contexto não pode deixar de ter em conta a sua idade, é certo, mas acima de tudo não pode focar aquilo que, *grosso modo*, é essencial: a maturidade do menor, a sua capacidade de entendimento perante a situação concreta e o âmbito social e cultural onde vive, onde desenvolve e constrói a sua própria vida”. Porém cabe explicitar que a autora adota esta posição relativamente às intervenções médicas, nos termos do art.156º CP, por estarmos perante um caso de acordo e não de consentimento, ou seja, a autora segue a linha de Costa Andrade que questiona a medida em que será aplicável o art.38º CP no limiar da idade dos 16 anos, já que estamos perante um bem jurídico que se realiza precisamente na manifestação da autonomia. Logo, tal teoria não será aplicável ao consentimento-justificante, de que tratamos, embora, que tenhamos presente que as ciências sociais nos explicitem que a maturidade da criança não depende da idade, também, nos dizem que ela é um indicador forte para que a lei reconheça o menor enquanto pessoa humana dotada de liberdade pessoal e, ao mesmo tempo, certeza legal na autodeterminação individual dos menores. Assim, para nós os dois requisitos cumulativos determinados pelo legislador nacional serão de adotar na lei da morte assistida. MATOS, Mafalda Francisco, *O Problema da (ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos terapêuticos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 68 e ss. ANDRADE, Manuel da Costa, Consentimento e Acordo em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 410. RODRIGUES, João Vaz, *ob. cit.*, p. 202.

de anomalias”, bem como, permite “acompanhar a evolução que se dê no domínio médico quanto ao diagnóstico e terapia das perturbações mentais”³⁰⁵.

Temos assistido a notícias de casos dados a conhecer pelas comissões de controlo da eutanásia e suicídio assistido na Bélgica e na Holanda de pessoas com distúrbios depressivos, ou seja, com uma anomalia psíquica, que pediram a morte assistida e que viram concedida a sua vontade de morrer concretizada pelo médico.

Nos casos da morte assistida em que o doente pede a morte digna ao médico devido ao sofrimento físico e/ou psicológico insuportável devido à sua doença grave e incurável, são os casos de doentes psiquiátricos que mais chocam e os que mais geram problemas, pois a aferição da sua autodeterminação pessoal pode ser complexa.

Isto porque, o doente nestas circunstâncias está mais propenso a desenvolver estados depressivos³⁰⁶ que podem condicionar a sua decisão livre e consciente pela morte assistida. Por outras palavras: só a partir da avaliação psicológica casuística será avaliado o sofrimento psicológico decorrente de uma doença grave e incurável de um doente mental

³⁰⁵ MOURA, José Souto de, «Sobre a inimputabilidade e a saúde mental», *Revista Direito e Justiça*, vol.18, tomo I, 2004, p. 24. VEIGA, António Miguel, «“Concurso” de crimes por inimputáveis em virtude de Anomalia Psíquica: “cúmulo” de medidas de segurança?», *Revista Julgar*, nº23, 2014, p. 249.

³⁰⁶ Walter Osswald afirma relativamente aos casos de suicídio que “ao contrário do que tem sido por vezes afirmado, é raríssimo o suicídio de pacientes conhecedores da sua condição terminal. Então, qual a motivação para o suicídio? O psiquiatra João Barreto conclui que cerca de 95% dos suicídios ocorrem em pessoas com perturbações psíquicas, nomeadamente de tipo depressivo. De facto, a depressão grave acarreta consigo sofrimento insuportável, ao eliminar da vida psíquica toda a satisfação, interesse, iniciativa, alegria e, sobretudo, esperança. Costuma dizer-se que a esperança é a última a morrer, mas no deprimido é a primeira vítima da doença. E os restantes 5%, os que recorrem ao chamado suicídio racional ou consciente ou, como dizem os autores alemães, «à morte livre». (...) É certo que há casos em que a escolha se deve apenas a uma decisão racional e ninguém vislumbra qualquer das motivações”. OSSWALD, Walter, *Sobre a Morte e o Morrer*, Ensaios da Fundação, Lisboa, 2013, p. 50. Isto para explicitar que os distúrbios depressivos potenciam comportamentos suicidas, daí que Fernando Almeida explicita que há doentes com depressões graves, com sofrimento insuportável, que melhoram espontaneamente, isto porque, não é uma doença incurável. O tratamento existe e pode passar por antidepressivos, por eletrochoques ou por psicoterapia. Há várias alternativas, mas é difícil ajudar um doente que tem poucos recursos internos e externos. Os internos são a sua própria personalidade, a sua própria vontade de melhorar, e os externos são a família e os amigos, como que sendo os alicerces que tem na sociedade. Logo, conclui que quando o sofrimento psíquico é grave o doente não é capaz de decidir em consciência se quer ou não pôr termo à vida com a intervenção médica da morte assistida. Acrescentamos que se não é uma doença grave e incurável, então, o doente psiquiátrico que sofre de depressão grave não está sequer abrangido pela lei da eutanásia, isto significa que o problema da capacidade para decidir pela morte nem se coloca. Rui Nunes vem afirmar perante estes casos que “não se pode discutir a eutanásia num paciente que não tem condições psicológicas para decidir. É um equívoco médico que deveria ser corrigido. Uma condição destas “mina” a liberdade de um paciente na hora de decidir”. Notícia de Tiago Palma, *Jornal Observador*, 3.07.2015, in <http://observador.pt/2015/07/03/laura-sofre-depressao-vai-recorrer-eutanasia-ha-solucao/> (acedido em 14.03.20017).

que permitirá avaliar a sua capacidade para tomar uma decisão livre e consciente acerca da morte assistida³⁰⁷.

Aliás, a psicologia ou a psiquiatria não são uma ciência exata e não podem responder na generalidade mas em cada caso, avaliando psicologicamente o doente, tomando sempre em consideração as necessidades do indivíduo, o contexto e o seu estado mental naquele momento.

Mais ainda, um doente mental é acompanhado e avaliado por um profissional de saúde no decurso do seu distúrbio mental³⁰⁸, como é o caso da depressão, e que por isso, de uma forma geral, muito dificilmente será a depressão condição suficiente para o médico psiquiatra considerar uma pessoa incapaz para se autodeterminar pessoalmente, de realizar escolhas e avaliar e ponderar as suas consequências, pois através da avaliação psicológica consegue avaliar quais as características que a pessoa apresenta derivadas da doença e as que são autónomas/livres da sua personalidade.

³⁰⁷ PEREIRA, Maria da Graça, *O Doente Oncológico e a sua Família*, Lisboa, Climepsi, 2002, p. 63-64. SEQUEIRA, M. M. Camilo, «Decisão clínica participada», *Psiquiatria Clínica*, nº1, 1995, p.26 e 28. O médico devido à relação de confiança existente com o doente deve perante um pedido de morte assistida procurar compreender as razões do pedido e o que causa sofrimento, para que através do diálogo possa concluir que aquele doente é capaz para tomar uma decisão consciente, pois o delírio e a demência podem comprometer a capacidade para tomar decisões informadas. “No entanto, pode ser difícil determinar quando um doente demente deixa de ter capacidade para tomar decisões e o delírio é reversível em muitos casos. A depressão pode também influenciar as decisões ao diminuir a capacidade de apreciar os benefícios da vida e ampliar os seus inconvenientes. No entanto, a depressão não altera necessariamente a capacidade de tomar decisões ou resulta em decisões que antecipem a morte”. Nesta medida, estudos realizados “mostraram que a depressão *major* não parece ser uma razão significativa para pedir ou tomar medicação com a finalidade de morrer”. Mais ainda, nos doentes terminais é difícil de diagnosticar depressão “porque os sintomas somáticos que podem ser causados pela depressão, como a anorexia, a astenia, a insónia, são também frequentes nesses doentes e resultam da doença somática”. Na verdade, “a doença, as emoções a ela associadas, a exaustão e a personalidade do doente podem levá-lo a não considerar outras alternativas, tal como intervenções paliativas”. Por estas razões é que o doente que pede a morte assistida deve ser avaliado por um profissional de saúde mental para aferição da capacidade do doente em fim de vida para tomar uma decisão consciente pela morte assistida. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz, *A Boa-Morte Ética no Fim da Vida*, Lisboa, Coisas de Ler, 2009, p. 94 a 97. A demência “significa que se perderam ou estão a perder as competências que se obtiveram”, daí que um doente com um défice cognitivo ligeiro não vê a sua autonomia impedida. Ter uma demência não significa incapaz para tomar uma decisão consciente, pois apenas a avaliação do doente pelo profissional de saúde permitirá aferir o seu diagnóstico e consecutiva capacidade. NUNES, Belina, *Alzheimer em 50 questões essenciais*, Lisboa, Edição e Distribuição, 2014, p. 2, 40-41 e 80 a 84.

³⁰⁸ Walte Osswald esclarece que a “doença mental pode ou não ocasionar incapacidade e a tendência atual é para considerar que uma grande parte destes doentes está em condições, quando sob tratamento adequado, de consentir ou não consentir com as propostas de terapia que lhe são apresentadas”. Logo mais uma vez ter uma anomalia psíquica não significa ser um incapaz para consentir numa intervenção médica. OSSWALD, Walter, «Limites do Consentimento Informado», in ASCENSÃO, José de Oliveira, *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra: Almedina, vol.III, 2005, p. 156. SOARES, Maria Lúcia de Barros, «O doente Terminal – A morte anunciada», *Cadernos de Bioética*, nº28, 2002, p. 89-90.

Porém, nada mais verdade que os distúrbios depressivos são uma perturbação psicológica que podem incapacitar a racionalidade de uma pessoa livre, mas só quando atinja níveis elevados, ou seja, possivelmente perante uma depressão grave³⁰⁹. Daí que nos fosse dito que qualquer pessoa já passou por uma depressão menor, ou seja, por qualquer situação que potencializasse um desequilíbrio emocional da cognição, como por exemplo, o sofrimento provocado pela perda de um ente querido. Isto significando que a depressão menor não é uma perturbação mental que incapacite uma pessoa de livremente tomar uma decisão consciente, pois detém de capacidade para avaliar e ponderar os benefícios e consequências futuras das possíveis escolhas e de forma consciente optar pela decisão racional. Só assim poderemos falar de um pedido racional ou consciente, baseado numa vontade livre pela morte digna.

Isto quer dizer, tal como JOÃO BARRETO nos elucida que a “decisão verdadeiramente autónoma não é um ato automático ou reflexo, antes pressupõe um certo grau de consciência e racionalidade da parte de quem a assume”, logo, poderíamos pensar que toda a doença psíquica acarreta a incapacidade para tomar uma decisão livre e consciente. “Nada mais falso. A maioria dos doentes psíquicos, felizmente para eles, gozam de capacidade de decidir sobre as matérias relativas à sua saúde. Só em alguns casos se deve considerar que não existe tal competência: quando apresentem alterações graves das suas funções cognitivas, ou manifestem um acentuado transtorno afetivo ou volitivo, em grau tal que impede a formulação de uma escolha racional. Isto significa que a incompetência se refere a um transtorno ou *défice funcional*”³¹⁰.

Logo, doentes mentais que vivam um sofrimento insuportável devido a uma doença grave e incurável não têm capacidade para livre e conscientemente tomar uma decisão racional pela morte assistida, ou por outras palavras, não têm autonomia pessoal que lhes permita escolher pela morte digna de acordo com a sua personalidade, quando o distúrbio

³⁰⁹ PIRES, Carlos M. Lopes, *A Depressão Não é uma Doença*, Leiria, Editorial Diferença, 2002, p. 25 a 38. Como por exemplo o caso de uma jovem holandesa de 20 anos de idade que na sequência de abusos sexuais entre os 5 e os 15 anos sofria de stress pós traumático (PTSD), ansiedade, depressão grave e alucinações que levaram os médicos a classificar a sua condição como incurável e por isso justificada legalmente pela prática da eutanásia de acordo com a lei da Holanda. A nossa pergunta é como o pedido de um doente psiquiátrico, nestas circunstâncias, pode pedir conscientemente? Leva-nos a perguntar se não terá sido antes um homicídio por compaixão devido à situação das perturbações mentais da jovem. Notícia de Marlene Carriço, *Jornal Observador*, 12.05.2016, in <http://observador.pt/2016/05/12/jovem-holandesa-violada-10-anos-pedi-morrer-medicos-fizeram-lhe-vontade/> (acedido em 14.03.2017).

³¹⁰ BARRETO, João, «O Consentimento Informado e as Doenças Psíquicas», *Cadernos de Bio-ética*, nº 20, 1999, p.52 e 55.

mental o incapacite de ser um Homem livre por ausência de consciência que lhe permita avaliar a sua decisão como boa ou má e, por isso, agindo através dos seus impulsos irracionais sem perceber as consequências para si das suas decisões.

No entanto, tal como o direito penal, as outras ciências sociais determinam que o princípio fundamental é o de que toda a pessoa é autónoma para livremente decidir sobre si e sobre a sua vida³¹¹.

Logo, se estamos perante uma pessoa com capacidade para consentir, “deve ser ela, com plena soberania quem decide sobre os cuidados de saúde a adotar”, “dada a natureza pessoalíssima do bem jurídico em jogo de que apenas o paciente é titular, é naturalmente este quem tem o direito de consentir na intervenção médica, sempre e quando a sua capacidade de julgamento e discernimento o permita. Expropriar uma decisão tão pessoal equivaleria a reificar o Homem, o que é de todo inadmissível”³¹².

Assim, clarifica-nos ANDRÉ DIAS PEREIRA que “a moderna doutrina defende que - no domínio do consentimento para intervenções médicas – mesmo estando nomeado um representante do paciente, o médico não deve presumir a incapacidade deste para consentir. Decisivo é apenas se o representado na *concreta situação* possui capacidade para consentir. Assim, o primeiro passo será sempre o de aferir a capacidade para consentir”³¹³.

Mais uma vez, quanto às intervenções médicas, falamos em incapazes para consentir e não nos referimos à incapacidade negocial, daí que apenas poderão, à priori, ser incapazes para consentir na intervenção médica da morte assistida os interditos por anomalia psíquica e os inabilitados por anomalia psíquica, se a sentença de inabilitação assim o estabelecer. Ou por outras palavras: terão capacidade para consentir numa intervenção

³¹¹ Mais uma vez João Barreto esclarece-nos que a “competência pressupõe a integridade de determinadas funções mentais básicas. Seguindo com algumas modificações o modelo de APPELBAUM, diremos que uma pessoa competente deve ser capaz de executar certas operações cognitivas”: 1. Entender a informação recebida. 2. Avaliar corretamente a situação e as suas implicações. 3. Raciocinar sobre alternativas. 4. Expressar uma escolha. Quando estejamos perante uma intervenção arriscada ou de escasso benefício, onde poderemos incluir a morte assistida, será de “pressupor uma capacidade máxima, só compatível com perturbações psíquicas muito ligeiras, tais como depressão leve, neuroses compensadas, esquizofrenia em remissão, debilidade mental ou marginal, perda de memória fisiológica do senescente”. Mas “não podemos apenas ter em conta o tipo de doença, balanço risco-benefício e concordância com a opinião médica, também, a personalidade do enfermo, o seu nível educacional, as crenças que ele partilha com o meio cultural a que pertence, e as pressões a que eventualmente será submetida, quer por parte da família que por parte de grupos religiosos são de considerar”. Concluindo o autor que o parecer final da competência do doente mental para tomar uma decisão livre e consciente deve resultar da ponderação de todos estes aspetos relevantes, isto porque não estamos a “lidar com doenças, mas sim com doentes”. BARRETO, João, *ob. cit.*, p. 56 e 58.

³¹² PEREIRA, André Gonçalves Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 205.

³¹³ PEREIRA, André Gonçalves Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 218.

médica todas as pessoas que tiverem mais de 16 anos e possuírem discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o prestam, nos termos do art.38º, nº3, do CP³¹⁴ 315.

Tal interpretação, aliás, advém da Convenção de Oviedo ao determinar a proteção jurídica no âmbito biomédico, no seu art.6º, nº3, dos maiores que careçam, “em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção”.

Além do mais, presenciamos o mesmo relativamente aos inimputáveis por anomalia psíquica, nos termos do art.20º CP, isto é, o legislador penal determina que será inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica (onde se inserem os doentes mentais) – elemento biopsicológico – não for capaz de no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação (efeito normativo-responsabilidade penal)³¹⁶.

Isto significa, que não se é inimputável apenas por ser portador de uma anomalia psíquica, é necessário que cumulativamente a perturbação psicológica o impossibilite de atuar racionalmente, isto é, de ser livre.

Assim, SOUTO de MOURA clarifica que o “ato livre não será o que simplesmente ocorre através de nós, mas sim por causa de nós”, projetando o que eu quero fazer de mim mesmo enquanto ser racional que conflitua com solicitações de ordem afetiva ou instintiva, na medida “em que não me sujeito ao que determinado impulso quer fazer de mim, antes

³¹⁴ Costa Andrade esclarece que terá capacidade para consentir/pedir no auxílio para a sua morte o doente que possuir a capacidade para avaliar e compreender o sentido e o alcance da sua decisão de “deixar de viver”, conforme o art.38º, nº3, do CP. ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.134º, *ob. cit.*, p. 112.

³¹⁵ No mesmo sentido, como já anteriormente referenciado, o art.45º CDOM.

³¹⁶ Neste sentido, Maria João Antunes explicita que “o critério determinante da inimputabilidade é misto no sentido de ser integrado pelo *substrato biopsicológico* – anomalia psíquica – e pelo *efeito normativo* (ou psicológico) – incapacidade no momento da prática do facto de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com essa avaliação”. Portanto, para o juízo de inimputabilidade terá de se fazer prova do facto, da anomalia psíquica e do nexa que os junta numa mesma unidade de sentido, pois estabelecida a “relação de causa e efeito na declaração de inimputabilidade, o facto do agente declarado inimputável em razão de anomalia psíquica assume a qualidade de facto comprovativo da perigosidade criminal do agente, fundada na anomalia psíquica de que é portador e, assumindo-a, fundada anomalia psíquica é pressuposto da imposição da medida de segurança de internamento” e irresponsável perante o direito penal. Já que este “assenta no princípio da responsabilidade moral e tem como destinatário o cidadão livre e senhor dos seus atos, assim se compreendendo que o cidadão com tais anomalias seja um estranho para a justiça penal e que só aquele que, contra a vontade geral expressa na lei, escolheu livremente a via do crime seja sancionado através da aplicação de uma pena necessariamente ligada à culpa”. ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 50-51 e 439 e 472.

pretendo ser eu que me vou libertando”³¹⁷, assim, o legislador presume o seu cidadão como livre.

E, por isso, serem todos os cidadãos de uma sociedade de um Estado Democrático considerados imputáveis porque livres para agir e decidir, apenas serão tratados como inimputáveis quando a presunção seja ilidível por força de uma anomalia psíquica no momento da sua atuação ou decisão, que incapacitem a autodeterminação da pessoa.

Portanto, apenas podemos concluir que o doente que sofre de uma anomalia psíquica e se encontra numa situação legal para a morte assistida tem capacidade para consentir na intervenção médica, desde que de acordo com a avaliação psicológica dos profissionais de saúde conclua que aquele doente é livre para tomar uma decisão consciente acerca da sua morte, isto é, embora detenha de uma anomalia psíquica é imputável por ser livre de decidir de forma racional.

Diferentemente, os casos de anomalia psíquica de doentes psiquiátricos que são declarados inimputáveis e que poderão ter intervalos lúcidos no decorrer da perturbação mental, ou seja, mesmo podendo o doente, considerado inimputável, ter intervalos lúcidos no percurso de uma anomalia psíquica, serão muito difíceis de os precisar por causa do distúrbio mental incapacitar a racionalidade do doente que lhe permite ser livre para decidir pela sua própria morte ou consentir numa intervenção médica.

Assim, se a perturbação mental for de tal modo incapacitante, como acontece com a depressão grave, será de desconsiderar os intervalos lúcidos por serem duvidosos, ou melhor, estes intervalos de lucidez implicam que o doente, no decorrer da doença mental incapacitante, consiga avaliar e ponderar de forma consciente as consequências da decisão pela morte assistida, o que é praticamente muito difícil de precisar, para além de que uma decisão livre e consciente decorre no decurso de um processo de decisão e não num simples momento de um intervalo lúcido de uma perturbação mental incapacitante.

Logo, apenas podemos concluir que ter uma anomalia psíquica não significa incapacidade para consentir numa intervenção médica como a morte assistida, mas já será quando a perturbação mental seja considerada incapacitante e, aí, os intervalos lúcidos serão muito imprecisos³¹⁸.

³¹⁷ MOURA, José Souto de, *ob. cit.*, p. 21.

³¹⁸ FERNANDES, Barahona, «Antologia: imputabilidade penal dos doentes e anormais mentais», *Revista de Psiquiatria*, nº1, 2005, p. 39-40.

Depois do que já foi *supra* referido, o médico ao querer o bem do seu paciente e por isso atuar de acordo com a sua vontade livre e consciente de uma morte digna no decorrer de uma doença grave e incurável que provoca um sofrimento insuportável, quando deparado com um doente mental apenas deverá atuar aquando da avaliação psicológica concluir pela capacidade do doente para consentir nesta intervenção médica, pois nunca poderá desconsiderar que a morte assistida apenas é manifestação da autodeterminação do doente e quando ela não existe o médico comete um homicídio.

Neste sentido, poderá ajudar o médico para aferição da capacidade para consentir na intervenção médica as descobertas neurológicas, que permitam supor que a capacidade para autodeterminação é diminuída ou nula devido ao distúrbio mental.

Assim, as neurociências poderão ajudar o direito penal a concluir quando uma pessoa é livre e não determinada por uma anomalia psíquica para tomar uma decisão de acordo com a sua autodeterminação³¹⁹.

II.1.3. Representação Legal

Como vimos defendendo, desde que o doente tenha mais de 16 anos e discernimento para livremente tomar uma decisão racional ou consciente terá capacidade para consentir na intervenção médica da morte assistida, porém não podemos esquecer que estes doentes, por força da lei civil, fazer-se-ão acompanhar pelos seus representantes legais, isto porque, como ainda não perfizeram 18 anos de idade, a lei suprime a sua incapacidade de exercer os seus direitos com o recurso à representação legal, mais concretamente, ao poder paternal ou tutelar, de acordo com o art.124º do CC, o mesmo se aplicando às pessoas com anomalia psíquica, nos termos do art.139º e 156º do CC.

Contudo, terá que ficar claro que é errada a ideia de que ao deterem de representantes legais serão incapazes para consentir, nos termos do art.38º, nº3, do CP, isto porque o que é decisivo, como *supra* referido, é saber se o doente é capaz ou não para consentir na intervenção médica de acordo com a sua autodeterminação individual.

³¹⁹ SANCHÉZ, Bernardo José Feijoo, *ob. cit.*, p. 44-43. HASSEMER, Winfried, «Neurociências e culpabilidade em Direito Penal», *ob. cit.*, p. 224. GORGA, Maria Luiza/ MARCHIONI, Guilherme Lobo, «Liberdade da Vontade, Neurociência e Culpabilidade», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.114, ano 23, 2015, p. 105-106 e 126.

Assim, fazemos esta referência aos representantes legais porque se tivermos em consideração a lei que regula a morte assistida na Bélgica e na Holanda, percebemos que quando estivermos perante um menor maduro, estes estarão envolvidos no processo da intervenção médica.

Portanto, a Bélgica dispõe que os representantes legais deverão ser informados pelo médico assistente, nos termos do Art.3º, §2, nº7, e §4, da Lei 28 Maio de 2002, da avaliação médica do psiquiatra ou psicólogo que vem comprovar a capacidade de discernimento do menor para decidir pela sua morte, bem como, debaterão com o médico a informação do estado de saúde e esperança de vida, do pedido e das possibilidades terapêuticas ainda possíveis, da conclusão pela morte assistida entre o médico e o doente como a única solução razoável, para que o médico possa posteriormente assegurar-se do acordo destes com o pedido do menor, redigindo a escrito.

Diferentemente, a Holanda estipula que os menores a partir dos 12 anos de idade com discernimento podem pedir a eutanásia, desde que os seus representantes legais prestem consentimento, porém, se tiverem mais de 16 anos e discernimento podem autonomamente pedir a eutanásia, desde que os seus representantes legais estejam envolvidos no processo³²⁰.

Será que fará sentido esta intervenção dos representantes legais no processo da morte assistida em Portugal quando o menor é capaz para consentir?

Em relação aos menores, a representação legal será assumida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela até à maioridade, nos termos art.1877º do CC.

Assim, de acordo com o art.1878º do CC, o poder paternal traduz-se no “complexo de poderes e deveres que a lei atribui ou impõe aos pais para regerem a pessoa e os bens dos seus filhos menores”³²¹. Portanto, trata-se de um poder-dever ou poder funcional que tem como finalidade o exercício dos direitos do representado pelo representante no interesse daquele e não no seu próprio interesse³²².

Daí que, no âmbito dos cuidados de saúde, os pais tenham o poder-dever de zelar pela saúde dos seus filhos o que implica necessariamente tomar decisões pelo filho no que respeita a esta matéria.

³²⁰ Art.2º nº3 e nº4 da lei 1 de Abril de 2002 referente á eutanásia.

³²¹ COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 46.

³²² PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 178-179 e 232. MARTINS, Rosa Cândido, *ob. cit.*, p. 811. PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 305.

Porém, este direito de decisão no interesse do filho não se restringe à “ideia de um verdadeiro e próprio consentimento”³²³, isto porque o consentimento é um ato pessoalíssimo que se traduz na expressão de vontade da pessoa a cujo corpo e vida o ato médico se dirige.

Nesta medida, COSTA ANDRADE elucida que a autonomia pessoal não se comunica ao representante legal, pois “a este não assiste a *mesma* expressão de autodeterminação individual, na incindível plenitude da sua dupla dimensão de consentir ou recusar a intervenção médica, por mais drásticas e irreversíveis que pareçam as consequências da recusa”³²⁴.

Assim, já que a intervenção se refere ao representado, só a este compete enquanto pessoa capaz de decidir, livre e conscientemente, o rumo da sua própria vida de acordo com a sua personalidade³²⁵, não se verificando, ensina ENGLISH que “o consentimento necessário dos pais não é emanção do direito de autodeterminação do próprio paciente, mas do direito de assistência dos pais que é, ao mesmo tempo, um dever de assistência”^{326 327}.

Aliás, a letra da lei é transparente ao referir “consentimento do paciente” para a realização do ato médico e não, a título de exceção, a autorização do representante legal, neste sentido, defender-se que a capacidade para consentir numa intervenção médica dependerá sempre da capacidade intelectual e emocional do doente para agir e decidir sobre si próprio³²⁸.

Portanto, o direito de autodeterminação nos cuidados de saúde, no nosso caso, na intervenção médica da morte assistida, em nome da dignidade da pessoa do doente, presente

³²³ MARTINS, Rosa Cândido, *ob. cit.*, p. 812.

³²⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 414.

³²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 412-413. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p. 95.

³²⁶ Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 414.

³²⁷ Neste sentido, seja mais preciso referir autorização para a intervenção médica e não em consentimento dos representantes legais, como o faz o CDOM, isto porque a decisão dos representantes legais ancorada na autorização não se funda no direito de autodeterminação do doente incapaz, mas antes no exercício do poder-dever de velar pela saúde daquele atribuído pela lei como não sendo um autêntico direito subjetivo. MARTINS, Rosa Cândido, *ob. cit.*, p. 813.

³²⁸ Por esta razão André Dias Pereira tendo presente a solução do direito penal afirma que “o consentimento (tolerante) não está sujeito aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos, ou seja, não se confunde com a capacidade negocial, pelo que urge construir uma figura dogmática autónoma”. Neste sentido, conclui que deverá se erigir um novo instituto no direito civil português “que regresse ao cidadão, à pessoa humana, e que desenvolva instrumentos técnico-jurídicos adequados á potenciação dos seus direitos fundamentais consagrados na Constituição da República, a saber o *direito ao desenvolvimento da personalidade* e o *direito à autodeterminação nos cuidados de saúde*”. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento para Intervenções Médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico*, *ob. cit.*, p. 216-217 e 248.

no consentimento representa um direito pessoal, logo, só é competente para pedir a morte assistida o doente e só ele.

Nesta perspetiva, a decisão dos representantes legais em relação à morte assistida nunca poderia ser admitida, pois estaríamos a permitir que um terceiro decidisse pela morte de outrem, o que é completamente contrário ao direito à vida, ao direito de autodeterminação, mas fundamentalmente, ao princípio supremo do Estado de Direito da dignidade da pessoa humana.

Aliás, a justificação do poder-dever dos representantes legais nas intervenções médicas funda-se na fragilidade intelectual e emocional do incapaz para determinar os seus interesses e consecutivamente defende-los, logo, na morte assistida onde é fundamental a autodeterminação da pessoa que pede a morte digna, a questão da representação não se coloca, pois se não existe capacidade para decidir ou consentir na intervenção médica automaticamente, também não será abrangido pela lei da morte assistida.

Assim, mais uma vez reforçamos a nossa posição que só poderemos falar de eutanásia enquanto ato médico de manifestação da autodeterminação do doente que pede livre e consciente (lúcido) a sua morte.

Logo, a partir do momento que estejamos perante uma pessoa capaz de livre e conscientemente tomar uma decisão, conforme o art.38, nº3, do CP e art.1878º,nº2, do CC, então, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana é esta, e apenas ela, que de acordo com o seu direito de autodeterminação individual tem poder para decidir pela sua morte assistida, independentemente de o poder-dever para efeitos legais terminar definitivamente com a maioria.

Por isso, não poderemos admitir uma solução como a da Holanda que exige o consentimento dos pais com o pedido do menor, maior de 12 anos e menor de 16, para a morte assistida, isto é, não haverá lugar a um duplo consentimento quando se trata de decidir da morte de outrem, já que esta é uma decisão puramente pessoal.

Mais ainda, o envolvimento dos pais exigido pela Holanda quando estes tenham mais de 16 anos, por lhes reconhecer autodeterminação pessoal para autonomamente decidir nas intervenções médicas, apenas pode ser visto como um acompanhamento do doente para que possa durante o processo de decisão formular a sua livre e consciente escolha, caso contrário, será negar o direito de autodeterminação.

Logo, concluímos que a intervenção dos representantes legais no processo da morte assistida, devido à ligação existente com o doente, deverá ser no sentido de um acompanhamento do processo de decisão daquele, que vive o seu processo de morte³²⁹, pois admitir soluções de consentimento duplo ou acordo em sentido favorável para a intervenção médica na vida de um doente capaz de consentir autonomamente de acordo com a sua personalidade, segundo a lei, seria relevar uma decisão favorável da morte de outrem.

II.2. Avaliação da capacidade do doente para tomar decisões pelos profissionais de saúde – Capacidade para consentir na intervenção médica

Antes de proceder a qualquer intervenção médica, os profissionais de saúde terão de avaliar a capacidade do doente para tomar uma decisão consciente, para que através do consentimento prestado pelo doente com capacidade para consentir possam realizar o ato médico no corpo ou vida daquele.

Assim, a avaliação realizada pelo médico que permita concluir que o doente era livre para conscientemente tomar uma decisão em relação à situação concreta, permitir-lhes-á afastar a sua responsabilidade penal e civil.

Neste sentido, KUHLMANN esclarece que a “capacidade para consentir é um *puro conceito jurídico*, que em último termo deve ser ajuizado pelo juiz num processo em que se questione a capacidade de uma pessoa. Avaliar a capacidade para consentir não é um evento. Na boa prática médica, isso é parte da relação terapêutica quotidiana entre médico e paciente”³³⁰.

Daí que os profissionais de saúde afirmem que a capacidade para consentir na intervenção médica seja presumida, ou seja, o princípio fundamental é de que toda a pessoa é autónoma para livre e conscientemente tomar uma decisão, apenas questionável quando existam razões para que o princípio seja questionado.

E nesta medida, “o médico ao avaliar a capacidade para consentir do paciente deve avaliar as capacidades funcionais relacionadas com a capacidade de decisão, aferir a patologia psíquica, determinar as exigências que a situação coloca ao paciente e considerar as consequências da decisão do paciente. Note-se ainda que se deve reavaliar periodicamente

³²⁹ OSSWALD, Walter, «A Morte Anunciada», *ob. cit.*, p. 57.

³³⁰ Apud, PEREIRA, André Gonçalo Dias, A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica, *ob. cit.*, p. 219.

a capacidade do paciente. No fundo, o médico, de forma inconsciente, está permanentemente a avaliar a capacidade do paciente”³³¹.

Porém, existem situações³³² que determinam que o médico antes de realizar a sua intervenção deverá avaliar cuidadosamente a capacidade intelectual e emocional do doente, para que lhe permita atuar de acordo com a sua autodeterminação exigida para a realização do ato médico, como a morte assistida.

Contudo, não existe um modelo de avaliação da capacidade do doente³³³. Existem antes várias formas que possibilitam avaliar a capacidade que permite ao profissional de saúde concluir que o doente é capaz de tomar uma decisão.

Além disso, algumas conclusões acerca da capacidade para tomar uma decisão são consensuais, tais como, não considerar incapaz um doente apenas por pertencer a um grupo de doentes mentais ou terminais sem proceder à avaliação da sua capacidade, valorando um certo número de aptidões ou habilidades psicológicas, através de critérios e testes pré-definidos que o doente deverá possuir num determinado grau suficiente. A avaliação deve sempre ser realizada em relação à situação concreta, ou melhor, de acordo com a decisão que estiver em causa. Como já referido, a avaliação deve ser no decorrer de um processo contínuo integrado no seguimento clínico do doente do que um ato isolado no tempo. As consequências da possível decisão circunscrevem a complexidade e o grau de competência necessária para a tomada de decisão consciente. As decisões arriscadas tomadas pelo paciente não significam, sem mais, a sua incapacidade pelo facto de a maioria das pessoas acharem pouco razoável ou insensata a decisão tomada, pois é resultado da sua personalidade e, por isso, esta decisão considerada insensata pelo doente capaz de decidir livremente depois de informado é autónoma e deve ser respeitada, mesmo que lhe possa custar a vida. Aliás os critérios, muitas vezes, enunciados para aferição da capacidade do doente são a aptidão de receber, compreender e processar racionalmente a informação para que posteriormente tome uma decisão e a comunique adequadamente^{334 335}.

³³¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica, *ob. cit.*, p. 219.

³³² Como por exemplo nos casos de eutanásia passiva, estados bipolares, distúrbios metais, isto porque, não será por causa destas circunstâncias que automaticamente serão incapazes, como já referido.

³³³ AA.VV., «La Capacidad de Los Pacientes para Tomar Decisiones», *Medicina Clínica*, nº11, 2001, p. 422.

³³⁴ AA.VV., «La Capacidad de Los Pacientes para Tomar Decisiones», *ob. cit.*, p. 422.

³³⁵ Para a aferição da decisão racional são utilizados critérios no processo de decisão e não na própria decisão final, como por exemplo, os critérios de capacidade de White. Este teste para aferição da capacidade de decisão pressupõe: 1. A suscetibilidade de ser informado prevê a aptidão de receber a informação, reconhecer a

Portanto, os profissionais de saúde avaliarão a capacidade para consentir do doente de acordo com a sua experiência médica, prudência e senso comum, pois cada profissional elege os critérios que lhe pareçam mais adequados, tendo sempre de ter em consideração a área cognitiva, afetiva e social do doente que lhe permite construir a sua personalidade e decidir racionalmente. Porém, o novo paradigma da autodeterminação vivido pelas ciências médicas reclama novos procedimentos para avaliação da capacidade para consentir do doente³³⁶.

Aliás, as áreas da medicina que mais lidam com esta avaliação ao doente são a psiquiatria, geriatria e entre ambas a neurologia, ou seja, estas áreas da medicina utilizam métodos já elaborados para a avaliação da competência do doente para tomar uma decisão consciente em relação aos cuidados de saúde.

Mais Ainda, esta área de avaliação da capacidade do doente para decidir no âmbito das intervenções médicas vem sendo cada vez mais investigada, porém todos partem dos 4 critérios de base de APPELBAUM, ainda hoje válidos: 1. Expressão da decisão. 2. Compreensão dos aspetos mais relevantes. 3. Raciocínio 4. Apreciação pelo sujeito da situação em que se encontra³³⁷.

Perante estes critérios, as neurociências, com MICHAEL ALEXANDER, vêm acrescentar que as alterações psíquicas são importantes mas também devem ter em consideração 3 elementos: 1. Para que o sujeito tome uma decisão intencional terão os mecanismos neocorticais de estar intactos para que consiga comunicar com o exterior mediante o processamento de informação complexa e o sistema límbico permitirá adicionar as emoções á elaboração das respostas. 2. Ativar todos os mecanismos neuro sensoriais que permitam processar a informação e projetar as respostas, sendo eles fundamentalmente quatro: revisão de experiências passadas semelhantes, obtenção de informação nova, processamento aritmético, visual, emocional, etc., de toda a informação anterior e a

informação relevante e memorizar a informação. 2. Relativamente às capacidades cognitivas e afetivas deverão estar presentes as aptidões para autorreferenciar os acontecimentos que lhe sucedem, raciocinar adequadamente sobre as alternativas que lhe são apresentadas e hierarquizar as diferentes alternativas. 3. A tomada de decisão pressupõe a aptidão para selecionar uma das opções possíveis e assumir a decisão, bem como, reafirmar-se nela. 4. Por fim a revisão crítica do processo de decisão prevê a aptidão de dizer ao outro como e porque tomou aquela decisão. AA.VV.,«La Capacidad de Los Pacientes para Tomar Decisiones», *ob. cit.*, p. 423. RODRIGUES, João Vaz, *ob. cit.*, p. 200-201.

³³⁶ AA.VV.,«La Capacidad de Los Pacientes para Tomar Decisiones», *ob. cit.*, p. 423.

³³⁷ LORDA, Pablo Simón, «La Capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavia pendiente», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatria*, vol.28, nº102, 2008, p. 335 a 337.

manutenção de expectativas acerca do resultado da decisão e as suas possíveis consequências emocionais. 3. Aplicação prática da decisão tomada.

Nesta medida, para a realização destas três etapas num sujeito é essencial manter 7 atividades mentais num grau suficiente: Atenção, memória, língua, percepção do espaço, comunicação, raciocínio e atividade emocional³³⁸.

Portanto, o profissional de saúde que avalie a capacidade do doente para tomar uma decisão racional ou consciente, relativamente a uma determinada situação concreta necessitará, dependendo da questão, de um outro profissional de saúde destas áreas que o ajudem nesta matéria, isto porque a lei não refere quaisquer critérios de avaliação da capacidade para consentir na intervenção médica, apenas se refere ao elemento intelectual e volitivo.

Daí que, perante a intervenção da morte assistida o médico assistente avaliará a capacidade do doente, pois trata-se do médico que conhece a história e as condições pessoais do doente e que já estabeleceu uma relação de confiança com o doente, permitindo-lhe tomar uma posição relativamente à capacidade do seu doente.

Porém, como não se trata de um médico direcionado para a avaliação da capacidade do doente para tomar uma decisão consciente deve consultar um médico clínico da área, como psiquiatra ou psicólogo clínico, para que ambos possam concluir com certezas que aquele doente é livre e consciente para tomar uma decisão racional pela sua morte³³⁹. Ou por outras palavras é capaz de exercer o seu direito de autodeterminação.

II.3. Exigências quanto ao dever de esclarecimento

Para que o doente exerça o seu direito de autodeterminação, ou seja, decida de forma racional, o mesmo é dizer, consinta de forma livre e consciente numa intervenção médica, terá de ser esclarecido ou informado sobre o “diagnóstico³⁴⁰ e a índole, alcance,

³³⁸ LORDA, Pablo Simón, *ob. cit.*, p. 339.

³³⁹ AA.VV., «La Capacidad de Los Pacientes para Tomar Decisiones», *ob. cit.*, p. 424. PEREIRA, André Gonçalo Dias, A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica, *ob. cit.*, p. 220.

³⁴⁰ A inclusão do diagnóstico no esclarecimento não é pacífica, pois receia-se que a revelação deste viole o direito à esperança, porém, entende a maioria da doutrina que o diagnóstico é o primeiro pressuposto da autodeterminação do paciente porque é precisamente através dele que o doente fica a saber que está doente e conhece o essencial da sua doença. “Mesmo no caso de doenças mais graves, como o cancro, o paciente tem interesse e assiste-lhe o direito de ser informado com verdade sobre a natureza do seu mal”, aliás só assim pode o doente de acordo com a sua personalidade escolher pela sua morte digna. ANDRADE, Manuel da Costa,

envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento”, nos termos do art.157º do CP, mais ainda, terá de ser esclarecido de forma bastante para a constituição da sua autodeterminação^{341 342}.

Assim, COSTA ANDRADE clarifica que o dever de esclarecimento consiste num dever de “esclarecimento-para-a-autodeterminação, indispensável ao livre exercício do direito de dispor do corpo e da própria vida”³⁴³.

Portanto, é com a mudança de paradigma da relação médico-paciente, que o médico passa a ter o dever de obter o consentimento do doente e, consecutivamente, o dever de esclarecimento^{344 345}.

Portanto, a informação deve ser prestada pelo médico responsável pela intervenção médica³⁴⁶, ou seja, no caso da morte assistida pelo médico assistente ao doente³⁴⁷.

Anotação ao art.157º, *ob. cit.*, p. 635. PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 373.

³⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.157º, *ob. cit.*, p. 635. Também em ANDRADE, Manuel da Costa, Consentimento e Acordo em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 405.

³⁴² Nesta medida a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Medicina (Convenção de Oviedo) prescreve no seu nº5 que “qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa um consentimento livre e *esclarecido*”. (itálico nosso). Acrescentado que “esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos”. Aliás no art.10º dispõe o direito à informação que o doente detém de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Também o CDOM contempla o dever de esclarecimento no seu art.44º.

³⁴³ Aliás “o esclarecimento do paciente é um pressuposto conatural do consentimento e da expressão concreta da autodeterminação que ele mediatiza”. ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.157º, *ob. cit.*, p. 633. Também em ANDRADE, Manuel da Costa, Consentimento e Acordo em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 415. Aliás André Dias Pereira esclarece que “afirmado que está o primado da dignidade humana, a impor um princípio de autodeterminação e do respeito pela integridade física e moral do paciente, só o consentimento devidamente esclarecido permite juridicamente transferir para o paciente os referidos riscos, que de outro modo deverão ser suportados pelo médico, pois seria indigno uma pessoa submeter-se a determinadas consequências sem disso estar previamente consciente”. PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 370, também em PEREIRA, André Gonçalo Dias, “O Consentimento Informado na Experiência Europeia”, p. 8-9, disponível em (<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/14549/1/Aspectos%20do%20consentimento%20informado%20e%20do%20testamento%20Vital%20Andr%C3%A9%20Pereira%20Ribeir%C3%A3o%20Preto.pdf>).

MARTINS, Rosa Cândido, *ob. cit.*, p. 801

³⁴⁴ MARTINS, Rosa Cândido, *ob. cit.*, p. 796.

³⁴⁵ Não se confunde este esclarecimento com o esclarecimento terapêutico, pois este último não está preordenado à realização da autonomia do paciente, mas à prevenção de perigos para a vida, a integridade física ou a saúde. ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.157º, *ob. cit.*, p. 633-634.

³⁴⁶ OSSWALD, Walter, Sobre a Morte e o Morrer, *ob. cit.*, p. 39. PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 362 e 365, também em PEREIRA, André Dias, «Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público», *Revista Direito e Sociedade: Ministério Público do Estado do Paraná*, nº2, 2004, p. 40. Também art.41º CDOM.

³⁴⁷ E não há família. PEREIRA, André Dias, «Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público», *ob. cit.*, p. 40. Aliás, Osswald afirma que quando estejamos perante uma morte anunciada o médico deve comunica-la ao doente, “pois o assunto é seu, o padecimento verifica-se nele e é ele quem tem o direito à verdade”, sendo esta a que o doente pretende saber e pode suportar. Mais a “ natureza e gravidade da doença são algo de tão importante e íntimo que é ao doente que compete, se assim o entender,

Assim, quanto ao conteúdo do dever de esclarecimento, o médico deverá esclarecer de maneira a “colocar o paciente na situação de poder ponderar corretamente os prós e os contras da intervenção”, ou seja, “o consentimento só será eficaz quando a pessoa com legitimidade para o dar está esclarecida sobre a espécie, dimensão e necessidade do tratamento, bem como dos demais factos a que ela consabidamente atribui significado para aquela decisão”³⁴⁸. Imediatamente, percebemos que as exigências do esclarecimento ultrapassam os tópicos enunciados pelo art.157º do CP.

Daí que FARIA COSTA, tendo presente a morte assistida, apele para a necessidade de o médico esclarecer o doente sobre a qualidade de vida expetável face às alternativas viáveis, ou seja, esclarece o autor que “hoje, o consentimento informado no domínio do direito penal médico, para ser legítimo, não basta traduzir, segundo o estado da arte, a probabilidade da esperança da vida. Exige-se muito mais”³⁴⁹.

Assim, o doente que pretende tomar uma decisão sobre a sua vida necessita de toda a informação bastante para tomar uma decisão livre e consciente ou racional pela morte assistida, o que determina o esclarecimento dos tópicos do 157º CP, a qualidade de vida, a esperança de vida e toda a informação do que lhe está e pode acontecer futuramente no decorrer da sua doença grave e incurável, a necessidade e vantagens dos cuidados paliativos ou da existência ou não de alternativas possíveis a estes.

Porém, jamais pode acontecer o médico informar ao doente da possibilidade da morte assistida, isto é, não pode partir do médico o esclarecimento da alternativa da morte assistida aos cuidados paliativos, pois se o pedido pela morte parte da sua autodeterminação não poderá ser suscitada pelo médico. Ou melhor, o médico terá sempre em vista cuidar do doente através dos cuidados paliativos ou alternativas possíveis até que o acontecimento morte aconteça, mas deparado com um pedido de fim de vida pelo doente, passa a cuidar para além da cura realizando a autodeterminação individual daquele e, aqui sim, deverá discutir com o seu doente o pedido e os procedimentos da escolha pela morte assistida.

estender a informação prestada pelo médico aos seus próximos”. OSSWALD, Walter, Sobre a Morte e o Morrer, *ob. cit.*, p. 39.

³⁴⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.157º, *ob. cit.*, p. 635.

³⁴⁹ Por exemplo, saber “qual o provável tempo de vida que lhe resta se nada se fizer? Qual, também provável, é certo, o tempo de vida que alcançará se tiver lugar a intervenção? Se nada se fizer, com que qualidade de vida terminará os seus dias?”. COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», *ob. cit.*, p. 121 e 123. Também CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p. 89.

Neste sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA afirma que “devemos ter em vista o sentido teleológico deste dever de informar, em ordem a alcançar soluções equilibradas: que por um lado não sejam demasiado onerosas para os médicos no sentido de estes ficarem excessivamente expostos à responsabilidade por violação deste dever; mas salvaguardando sempre que se alcança um nível de esclarecimento que permita afirmar que a opção do paciente foi livre e esclarecida, assim se respeitando o princípio da autodeterminação”³⁵⁰.

No entanto, quanto ao modo de esclarecimento do médico deve privilegiar-se a “orientação para o caso concreto”³⁵¹.

Daí que, GUILHERME DE OLIVEIRA esclareça que “a necessidade de informação deveria chegar ao ponto de considerar aspetos irrelevantes para o comum dos doentes mas que são importantes para o paciente concreto”³⁵².

Neste sentido, HANS GADAMER esclarece que “o diálogo desloca apenas o outro para a possibilidade de despertar a sua própria atividade interna, sem voltar a desorientar-se. A esta atividade interna chama-se de “colaboração”³⁵³. Isto significando, que o médico que assiste o doente pela confiança criada entre si permite-lhe conhecer o doente e informá-lo de forma adequada para que decida pelo melhor para si³⁵⁴.

Porém, não basta apenas informar ou esclarecer o doente para a obtenção do consentimento livre e esclarecido, o importante é que o doente entenda a informação

³⁵⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 373.

³⁵¹Engisch entende que “na determinação do conteúdo do dever de esclarecimento deve assumir-se como princípio orientador mais decisivo o que poderíamos designar por *relatividade* (...) A medida do esclarecimento depende em primeira linha da *pessoa* do paciente, da sua necessidade de esclarecimento e da sua capacidade de juízo”. Apud ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.157º, *ob. cit.*, p. 636. OLIVEIRA, Guilherme de, «Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica», *ob. cit.*, p. 168. PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 445. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p. 89. MARTINS, Rosa Cândido, *ob. cit.*, p. 803. RODRIGUES, João Vaz, *ob. cit.*, p. 258.

³⁵² OLIVEIRA, Guilherme de, «Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica», *ob. cit.*, p. 168.

³⁵³ GADAMER, Hans-Georg, *O Mistério da Saúde: O Cuidado de Saúde e a Arte da Medicina*, Lisboa, Edições 70, 2009, p. 152.

³⁵⁴ André Dias Pereira tendo presente esta linha de raciocínio afirma que “o processo dialógico que deve caracterizar o consentimento informado leva a que o médico consiga que o paciente revele a sua mundivivência e o seu sistema de valores; desta forma, a informação a prestar pelo médico deve ir acompanhando esse mesmo processo de um “desabrochar” da personalidade do paciente. Ora, todo o processo dialógico exige uma mútua responsabilidade, uma mútua dádiva e descoberta, pelo que não se pode, em abstrato, pré-determinar o *quantum* de informação a prestar”. PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 472 a 475. RODRIGUES, João Vaz, *ob. cit.*, p. 222 e ss.

prestada para a tomada de decisão consciente e consecutivamente prestação do consentimento livre e consciente para a intervenção médica³⁵⁵.

Por outro lado, o esclarecimento deve ser prestado oralmente no decorrer da relação médico-doente, bem como, utilizando linguagem compreensível e adequada ao doente em concreto³⁵⁶. Neste sentido, COSTA ANDRADE esclarece que mesmo quando seja a informação prestada por escrito não será dispensado o diálogo oral e direto entre o médico e o doente³⁵⁷.

II.3.1. Privilégio Terapêutico

O legislador nacional previu a possibilidade de o médico omitir o esclarecimento em nome do *favor vitae vel salutis*³⁵⁸, isto é, reconhece o privilégio terapêutico que permite ao médico ficar desonerado de prestar esclarecimento quando “implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”, nos termos do art.157º do CP.

Assim, a lei prevê esta exceção em nome da concordância prática entre o conflito existente entre a autodeterminação e esclarecimento do doente e a vida e saúde do mesmo³⁵⁹.

Segundo, COSTA ANDRADE o privilégio terapêutico está “normalmente associado ao *diagnóstico*”. Além do mais, visa evitar colocar o médico na situação contraditória de: poder ser condenado por não esclarecer; e ao mesmo tempo, poder ser também condenado pelos danos desencadeados pelo esclarecimento³⁶⁰, ou seja, este privilégio visa combater situações que levem o doente depois de esclarecido a provocar o suicídio ou comprometer a cura possível, por se frustrar o direito à esperança que muitas vezes é a cura para doenças graves³⁶¹.

³⁵⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, «Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica», *ob. cit.*, p. 168. RODRIGUES, João Vaz, *ob. cit.*, p. 224.

³⁵⁶ MARTINS, Rosa Cândido, *ob. cit.*, p. 803. PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 457.

³⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.157º, *ob. cit.*, p. 636.

³⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.157º, *ob. cit.*, p. 639.

³⁵⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.157º, *ob. cit.*, p. 640. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p. 90-91. OLIVEIRA, Guilherme de, «O fim da arte silenciosa», *ob. cit.*, p. 102. RODRIGUES, João Vaz, *ob. cit.*, p. 281-882.

³⁶⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.157º, *ob. cit.*, p. 639.

³⁶¹ Neste sentido esclarece-nos André dias Pereira que o instituto do privilégio terapêutico deve ser entendido como um “princípio humanitário, já que mais que um privilégio para o médico é um dever de humanidade de

Porém, quando estamos perante a morte assistida pelo facto de o doente se encontrar numa situação de doença grave e incurável ou, nas palavras de OSSWALD, de uma morte anunciada, o seu direito de autodeterminação reclama o esclarecimento bastante para a tomada de decisão consciente pela sua morte.

Por isso, o privilégio terapêutico não se aplica porque a natureza grave e incurável da doença é algo de tão importante e íntimo que deve ser comunicada ao doente para que possa se autodeterminar de acordo com a sua personalidade e optar pela morte assistida³⁶².

Neste sentido, cabe ao médico esclarecer de forma cuidada, de acordo com a relação de confiança existente entre médico e doente, mas dizendo a verdade em relação ao estado de saúde do doente para lhe permitir tomar uma decisão livre e esclarecida pela morte assistida.

Aliás, o privilégio terapêutico, decorrente do art.157º do CP, deve ser interpretado conforme a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Medicina e esta atribui prevalência à autodeterminação do doente, nos termos do art.5º, por isso, ANDRÉ DIAS PEREIRA afirma que “ por um lado, não há um *direito à mentira*; por outro, não seria admissível omitir uma informação importante com o objetivo de *evitar que o paciente recuse uma intervenção ou não fique desencorajado de se lhe submeter*”³⁶³.

Assim, o recurso a este instituto deve ser “evitado ao máximo, reservando-se a sua utilização para casos verdadeiramente excepcionais, como algumas doenças psiquiátricas ou cardíacas que, pela sua natureza, sejam agravadas com transmissão da informação”³⁶⁴.

Logo, se a morte assistida é uma manifestação de autodeterminação do doente é inevitável que o médico tenha que esclarecê-lo para que possa tomar uma decisão racional.

não prestar informação ao paciente quando estas, em si mesmas, lhe possam causar graves danos à saúde ou conduzi-lo ao suicídio”. PEREIRA, André Dias, «Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público», *ob. cit.*, p. 44. RODRIGUES, João Vaz, *ob. cit.*, p. 285.

³⁶² OSSWALD, Walter, Sobre a Morte e o Morrer, *ob. cit.*, p. 39.

³⁶³ PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 467. ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 125-126. RAPOSO, Vera Lúcia, Do Ato Médico ao Problema Jurídico, *ob. cit.*, p. 173. Nesta medida Daniel Serrão afirma que “A verdade é o primeiro de todos os valores que não pode ser posto de parte como se não fosse estruturante da dignidade do ato médico enquanto diálogo inter-pessoal”. SERRÃO, Daniel, «Ser Informado Antes e Consentir Depois», *Revista da Ordem dos Médicos*, nº44, 2004, p. 24.

³⁶⁴ ANTUNES, Alexandra/ NUNES, Rui, «Consentimento Informado na Prática Clínica», *Arquivos de Medicina*, nº13, 1999, p. 125.

II.3.2. Direito a não saber

Se por um lado, existe o dever de esclarecimento em nome do direito de autodeterminação do doente, por outro, o mesmo direito comporta o direito a não saber, ou seja, “a exigência de uma informação-referida-ao-paciente pode determinar a ausência pura e simples do esclarecimento” quando o doente, de “forma expressa ou concludente, renúncia ao esclarecimento”³⁶⁵.

Nesta medida, OSSWALD afirma que “de facto, frequentes vezes o doente não quer saber toda a verdade acerca do seu estado, e é inadmissível não respeitar este seu direito a não ser informado”³⁶⁶.

Assim, em nome da autonomia da pessoa humana, o doente pode renunciar à informação, como reconhecido pela Convenção de Oviedo no seu art.10º, nº2³⁶⁷.

Neste sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA esclarece que a vontade de não receber mais informações exige uma “recusa informada”, ou seja, o doente “deve ter um conhecimento, ao menos abstrato, do âmbito de conhecimentos em questão, de tal forma que se encontre em condições de poder ponderar, adequadamente, os riscos da falta de conhecimento”³⁶⁸.

Portanto, relativamente à decisão racional pela morte assistida, o doente poderá exercer este direito a não saber depois de deter de um conhecimento abstrato, isto é, de uma informação básica acerca da sua condição, porém, no nosso entendimento, só estaremos perante uma decisão livre e consciente, de acordo com a personalidade do doente pela morte se este estiver devidamente informado.

³⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.157º, *ob. cit.*, p. 637. O direito a não saber trata-se de um direito da pessoa a ser respeitado como indivíduo autónomo e capaz de tomar uma decisão de vontade, de acordo com o direito geral de personalidade, na configuração como direito de autodeterminação, derivado da dignidade da pessoa humana. TAUPITZ, Jochen, «El Derecho a no saber en la legislación alemana», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº9, 1998, p. 164-165 e 173-174.

³⁶⁶ OSSWALD, Walter, «A Morte Anunciada», *ob. cit.*, p. 57.

³⁶⁷ A convenção consagra o direito à informação e, ao mesmo tempo, o direito a não saber dispondo que “qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada”.

³⁶⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na Relação Médico-Paciente, *ob. cit.*, p. 469.

II.4. Coação e Erro na vontade

O consentimento só será eficaz se for livre e esclarecido, como *supra* mencionado, logo não pode estar inquinado por vícios da vontade, ou seja, só será eficaz o pedido do doente pela morte assistida que não sofrer de quaisquer influências externas que perturbem a liberdade de decisão, nomeadamente, coação e erro.

Assim, o pedido pela sua morte será ineficaz por coação quando resultar de violência ou ameaça com mal importante suscetível de ser um verdadeiro atentado à liberdade pessoal por destinatário do consentimento ou terceiro³⁶⁹. Isto é, não será eficaz o consentimento do doente para a intervenção médica nesta matéria, se por exemplo o médico ou um familiar forçar o doente a elaborar o pedido pela sua morte.

No que concerne ao erro-vício, também nem todo o erro invalida o consentimento prestado pelo doente. Assim, ARZT afirma que será ineficaz e, consecutivamente, punido a título de homicídio ou ofensas à integridade física, o agente que obtém um consentimento inquinado em erro-referido-ao-bem jurídico³⁷⁰, ou seja, “o erro referido ao *se*, à *natureza* e à *medida* da lesão ou à *gravidade* da doença”³⁷¹, isto porque, o doente que consente perante erro fraudulentamente induzido, não conhece a dimensão da renúncia ao bem jurídico vida ou integridade física que lhe permite ser livre para decidir sobre o seu corpo ou vida de acordo com a sua autodeterminação³⁷². Por exemplo, quando o médico fraudulentamente induz em erro o doente dizendo que detém de uma doença grave e incurável para que o doente livremente opte pela morte assistida.

Porém, hoje entende-se que existem erros-não-referidos-ao-bem jurídico que tornam ineficaz o consentimento. Neste sentido, afirma ROXIN que “deve ter-se como inválido e ineficaz o consentimento assente em erro-não-referido-ao-bem jurídico (e fraudulentamente induzido) numa extensa casuística que tem em comum: a) tratar-se de erro

³⁶⁹ Costa Andrade clarifica que relativamente aos vícios da vontade é consensual a inaplicabilidade dos critérios civilísticos porque “trata-se de um problema especialmente penal, que terá de ser equacionado e solucionado segundo critérios exclusivamente penais”. Daí que o consentimento será ineficaz devido a coação sempre que a “violência ou ameaças sejam tais que já não possa considerar-se o consentimento como um exercício concreto de autonomia da pessoa” sobre a própria vida. Sendo que para aferição da coação deve-se “privilegiar o limiar dos crimes contra a liberdade, nomeadamente, ameaça (art.153º) e coação (art.154º)”, pois “só determinarão a invalidade do consentimento as ameaças ou violências suscetíveis de ser punidas como atentados autónomos contra a liberdade”. ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.149º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 431.

³⁷⁰ Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico*, *ob. cit.*, p. 90.

³⁷¹ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.149º, *ob. cit.*, p. 432.

³⁷² ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.156º, *ob. cit.*, p. 607.

sobre a finalidade altruísta ou b) tratar-se de erro que coloca o autor do consentimento numa situação análoga à do direito de necessidade”³⁷³.

Já relativamente ao erro espontâneo, não dolosamente provocado pelo agente, entende COSTA ANDRADE que “o problema da origem do erro, saber se ele foi fraudulentamente provocado ou ficou a dever-se a outra razão não tem significado para a eficácia do consentimento”, pois vigora a “tese da invalidade do consentimento a todo o erro-referente-ao-bem jurídico, mesmo que espontâneo. Isto significa que é relevante o erro na declaração e o erro sobre o conteúdo”. Só esta “solução é conforme ao consentimento enquanto instituto do direito penal e estatuto da autonomia do portador do bem jurídico”³⁷⁴.

Contudo existem autores, como ROXIN, que defendem que a posição do agente deve ser privilegiada no que se refere a este erro, exceto se o erro é conhecido do agente e dele se aproveita e quando sobre o agente couber o dever jurídico de esclarecimento³⁷⁵.

Porém, ainda é dominante a doutrina tradicional, do qual COSTA ANDRADE não subscreve por não fazerem um tratamento diferenciado do erro, “segundo o qual o erro – qualquer erro, descontado apenas o erro sobre os motivos – determinará invariavelmente a invalidade do consentimento”, isto porque “o consentimento só é expressão da autodeterminação quando o ofendido representa efetivamente o seu alcance e não há qualquer influência exterior a roubar-lhe a liberdade de decisão”^{376 377}. Daí considerar que o erro torna em princípio ineficaz o consentimento.

Assim, relativamente à intervenção médica da morte assistida, também será relevante o erro sobre os tópicos do art.157º do CP que determinam o esclarecimento do doente para a tomada de decisão consciente de acordo com a sua personalidade, salvo existência de privilégio terapêutico, bem como de toda a informação decorrente do dever de esclarecimento para a construção da autodeterminação do doente, assim como, sobre a necessidade do tratamento ou a natureza do tratamento³⁷⁸ para que livremente informado, possa o doente optar pela morte assistida.

³⁷³ Apud ANDRADE, Manuel da Costa, Direito Penal Médico, *ob. cit.*, p. 92.

³⁷⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.149º, *ob. cit.*, p. 435.

³⁷⁵ Apud ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.149º, *ob. cit.*, p. 435. Também DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal. Parte Geral, *ob. cit.*, p. 487.

³⁷⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.149º, *ob. cit.*, p. 432.

³⁷⁷ CORREIA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 25-26. DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal. Parte Geral, *ob. cit.*, p. 485. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *ob. cit.*, p. 253.

³⁷⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.156º, *ob. cit.*, p. 608.

Igualmente significativo é o erro do doente sobre a identidade do médico que realiza a intervenção médica, ou seja, é significativo o erro sobre a qualificação do agente como médico ou pessoa legalmente autorizada, quando apenas estes estão autorizados e especializados a praticar a intervenção médica, no nosso caso, quando o doente confia e permite a intervenção da morte assistida a um médico que se faz passar por médico assistente competente para realizar tal intervenção determinada por lei a um médico, por se tratar de uma intervenção que requer conhecimento específico³⁷⁹.

II.5. Vontade Presumida presente nas Declarações Antecipadas de Vontade

As declarações antecipadas da vontade³⁸⁰ são um instrumento reconhecido legalmente, pela Lei n.º 25/2012 de 16 de julho³⁸¹, em benefício da autonomia pessoal do doente, pois devido aos desenvolvimentos tecnológicos da medicina e ao aumento da esperança de vida, urgiu garantir a dignidade da pessoa humana no fim da vida e a sua autodeterminação quando o doente já não consegue expressar a sua vontade, atualmente³⁸² de acordo com a sua autodeterminação.

Como já explicitado, apenas poderá existir ato médico se o doente quiser que ele exista.

Porém, torna-se difícil a obtenção do consentimento quando o doente não se encontra em condições de exprimir a sua vontade séria, livre e esclarecida, porque já não tem capacidade para consentir para a realização daquele, como manifestação da sua autodeterminação e, por isso, terá o médico de se socorrer à vontade presumida do doente, ou seja, ao consentimento presumido, conforme os art. 156º, nº2, e 39 do CP.

³⁷⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, Anotação ao art.156º, *ob. cit.*, p. 608-609.

³⁸⁰ Doravante designado pela sigla DAV.

³⁸¹ Esta lei surge na sequência de dois pareceres do CNECV, parecer 45/CNECV/2005 e parecer 46/CNECV/2005 que pretendiam atribuir valor às declarações antecipadas dos doentes quando estes se encontrassem em situação de incapacidade para prestar o consentimento informado e era necessária a busca do consentimento presumido do doente para o ato médico.

³⁸² PEREIRA, André Gonçalo 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. 49-50.

Perante tal situação problemática do consentimento presumido³⁸³, para a realização do ato médico, surgiram as DAV para permitir ao médico conhecer a vontade presumida do seu doente e, consecutivamente, realizar a sua autodeterminação.

Assim, de acordo com o seu regime, podem assumir duas modalidades: testamento vital e/ou Procurador de Cuidados de Saúde^{384 385}.

O PCS é “uma espécie de representante legal com poderes delimitados à decisão relativa à prestação de cuidados de saúde”³⁸⁶, nos termos do art.12º da lei das DAV.

Já o testamento vital “trata-se de uma disposição sobre a vida do próprio feita pelo próprio em vida” que perante os avanços da medicina que permitem um “prolongamento imenso da vida e até a sua manutenção artificial, o “eu” avoca uma legitimidade para dispor sobre a manutenção e o seu fim de vida”³⁸⁷.

Neste sentido, as DAV estão intimamente conexas com questões relacionadas com o fim da vida, ou seja, com as práticas da eutanásia, pois essencialmente “surgem precisamente para fazer face às situações em que o paciente já entrou em processo de morte, de tal forma que o médico nada pode fazer para evitar, restando-lhe apenas providenciar ao paciente maior conforto e tranquilidade, diminuindo-lhe o sofrimento”³⁸⁸.

Na verdade, hoje, face à realidade proporcionada pela medicina os doentes passam a temer mais o prolongamento artificial da vida do que diretamente a morte e, por isso,

³⁸³ Conforme Costa Andrade “o consentimento presumido representa a *superação normativa de uma situação de conflitualidade, ao menos potencial*”, ou seja, do “conflito entre a vontade presumida pelo agente e a vontade real, possivelmente contrária, do titular do bem jurídico”. No consentimento presumido situamo-nos no campo das suposições, ou seja, “radica da vontade hipotética (...) o que é decisivo é o juízo de probabilidade de que o interessado, se tivesse tido conhecimento da situação de facto, teria consentido na ação. Resumidamente a consideração objetiva dos interesses poderá relevar como critério, indício ou suporte da vontade hipotética. Não como fundamento da justificação a título de consentimento presumido”. ANDRADE, Manuel da Costa, «Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº1 e 2, 2004, p. 132 a 136.

³⁸⁴ Doravante designado pela sigla PCS.

³⁸⁵ Conforme a interpretação do art.1º da lei nº25/2012 em que o legislador estabelece que “o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital (TV), regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde”, bem como, do art.2º, nº1 ao dispor que “as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital”, então, a outra forma será o PCS. Neste sentido RAPOSO, Vera Lúcia, «No dia em que a morte chegar (decifrando o regime das diretivas antecipadas de vontade)», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº24, 2013, p.83. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p. 104.

³⁸⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, *ob. cit.*, p. 83.

³⁸⁷ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 124-125. RAPOSO, Vera Lúcia, *ob. cit.*, p.83. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*, *ob. cit.*, p. 224-225.

³⁸⁸ RAPOSO, Vera Lúcia, *ob. cit.*, p. 82.

recorrerem às DAV para que a sua autodeterminação, a sua “biografia” em relação ao seu fim de vida seja realizada³⁸⁹.

Aliás, de acordo com a Convenção de Oviedo, no seu art.9º, “a vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”.

Relativamente, ao conteúdo das DAV a lei estabelece-o no art. 2º, nº2, que nos permite afirmar que o doente de acordo com a sua autodeterminação reconhecida por este instrumento, poderá ver a sua vontade pela morte assistida contemplada em relação aos cuidados paliativos que é sujeito para manter a vida até que o acontecimento morte aconteça.

Neste sentido, antes da legislação desta matéria, já FARIA COSTA afirmava, do qual compartilhamos, que o “eu” que se autodetermina reivindica em nome do seu direito de autodeterminação em relação aos atos médicos um testamento sobre o “ser”, ou seja, um direito a manifestar a vontade de atos não produzidos no presente, mas para atos a realizar no futuro intimamente conexos com a eutanásia, por isso, tal figura jurídica “interfere, não se pense, unicamente sobre a eutanásia passiva, mas também, sobre a eutanásia ativa. (...) Com a eutanásia ativa, se no *living will* expressamente se pedir que – verificadas as condições extremas de impossibilidade de manifestação de vontade e presentes também outras circunstâncias que em princípio levam à não punibilidade da eutanásia ativa – se ponha termo à vida daquele que fizera o testamento”³⁹⁰.

Porém, o legislador não admitiu esta disposição, conforme o art.5º, al.b).

Contudo, no nosso entendimento, a partir do momento em que o legislador nacional através de lei despenaliza a morte assistida enquanto causa de justificação específica, deverá ser admitida a declaração antecipada de vontade do doente que expressamente pede a sua morte assistida, pois negar-lhe tal disposição expressamente elaborada pelo doente num testamento vital é contrariar a razão das DAV enquanto instrumento para a prossecução da

³⁸⁹ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 130. RAPOSO, Vera Lúcia, «Diretivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida», *Revista do Ministério Público*, nº125, 2011, p. 182 e 213. SANTOSUOSSO, Amedeo, *Il Consenso Informato*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1996, p. 103.

³⁹⁰ COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», *ob. cit.*, p. 145. Também Teresa Quintela de Brito perante a ausência de regulamentação questionava se só a recusa de tratamento seria admissível pelas DVA ou se também deveria abranger a permissão para provocar ativamente a morte. BRITO, Teresa Quintela de, «Interrupção de Alimentação e Hidratação Artificiais de Pessoa em Estado Vegetativo Persistente», in AA.VV., *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 137.

autodeterminação para o futuro. Por esta razão deverá o regime das DAV ser alterado neste sentido, permitindo que o doente exerça a sua autonomia enquanto pessoa pela sua morte digna, de acordo com o seu direito de autodeterminação decorrente do princípio da dignidade humana³⁹¹.

No entanto, as DAV prescindem de um dos pilares do consentimento livre e esclarecido: a atualidade, o que conduz a questionar a sua eficácia enquanto consentimento.

Porém, como ANDRÉ DIAS PEREIRA esclarece, a “capacidade, informação, liberdade e atualidade são os pilares sobre os quais assenta o consentimento informado” e este regime que concede eficácia jurídica a uma autonomia prospetiva ou autonomia para o futuro ao abdicar de uma das colunas deste edifício, a atualidade, continua a sustentar-se desde que reforçadas as restantes³⁹².

E neste sentido, o legislador nacional, tendo presente a problemática da atualidade³⁹³, dispõe no art.6º, nº1, que “se constar do RENTEV um documento de diretivas antecipadas de vontade, ou se este for entregue à equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde, esta deve respeitar o seu conteúdo”.

Portanto, através deste artigo, o legislador expressamente refere que a declaração antecipada “deve ser respeitada”, o que significa que não pode ser tomada como uma mera orientação aos destinatários daquela³⁹⁴, mas antes vinculativa, conforme o entendimento da doutrina maioritária³⁹⁵ em Portugal.

³⁹¹ Posição sufragada pela lei da eutanásia da Bélgica, segundo o seu capítulo III. No mesmo sentido a Holanda na sua lei referente à eutanásia de acordo com o seu art.2º, nº2. Como também, o Luxemburgo nos termos do art.4º, nº1 da lei da eutanásia. Porém, nas propostas de lei da morte assistida do BE e do PAN não é admitida a declaração antecipada do doente que escolhe pela sua morte digna.

³⁹² PEREIRA, André Gonçalo Dias, «Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente indicativas ou vinculativas?», *ob. cit.*, p. 51.

³⁹³ Para combater esta crítica o legislador previu a validade das declarações por 5 anos a partir da assinatura do documento, nos termos do art.7º da lei das DAV.

³⁹⁴ Caso a lei dispusesse valor indiciário não viria resolver as controvérsias existentes anteriormente, para além, de que não diria nada de novo face ao regime já antes conferido. RAPOSO, Vera Lúcia, *ob. cit.*, p. 96, também em VAZ-PATTO, Pedro, «Testamento Vital, Porta Aberta para a Eutanásia?», *Cadernos de Bioética*, nº28, 2002, p. 126.

³⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 211. COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», *ob. cit.*, p.145-146. Também André Dias Pereira pronuncia-se pela força vinculativa deste instrumento legal, mas apenas em relação aos testamentos de doente que depender de um controlo rigoroso e que envolvessem um médico no processo. Admitindo também testamentos com requisitos menos rigorosos com valor indiciário. PEREIRA, André Gonçalo Dias, «Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente indicativas ou vinculativas?», *ob. cit.*, p. 56-59. LOUREIRO, João Carlos, «Bios, Tempo (s) e Mundo (s): Algumas Reflexões sobre Valores, Interesses e Riscos no Campo Biomédico», in

Contudo, é ressaltado no mesmo artigo, que o médico não estará obrigado a respeitar as DAV quando “se comprove que o outorgante não deseja mantê-la”, ou seja, deverá o médico deter de uma convicção consistente de que a vontade do seu doente se alterou e, por isso, não respeitar a declaração antecipada. Porém, apenas deve ser utilizada esta cláusula excepcionalmente, sob pena de se comprometer a finalidade das DAV da autodeterminação prospectiva do doente.

Assim, apenas através do seu poder vinculativo permitem ao doente³⁹⁶ concretizar a sua autodeterminação em relação ao seu corpo e vida, em momento que já não tem capacidade para manifestar a sua autonomia pessoal em relação ao ato médico.

Mais ainda, através deste instrumento legal cumprem-se a exigência do consentimento livre e esclarecido necessário para a existência do ato médico, nesta medida, o médico vê-se desonerado de tomar uma decisão baseada no consentimento presumido do doente relativamente ao ato médico, segundo VERA RAPOSO “as DAV revelam-se um instrumento essencial para desonerar o médico de uma função que não lhe cabe a ele, mas sim ao próprio paciente, permitindo-lhe assim concretizar-se naquele que é o núcleo da sua profissão: o exercício da medicina de acordo com o melhor interesse (subjetivo) do paciente”³⁹⁷.

Em sentido divergente, COSTA ANDRADE, pois apenas atribui valor indiciário às DAV, em sentido *in favor vitae* decorrente do art.156º, nº2, e 39º, devido à falta de atualidade da declaração de vontade, assim, “sem a comunicação com o paciente, não é possível referenciar, a cada momento, a solução correspondente à autonomia do mesmo paciente. Uma lacuna que não pode suprir-se através (...) do chamado testamento de paciente.

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. 225.

³⁹⁶ De acordo com a lei apenas poderá elaborar uma DAV os maiores de idade que não se encontrem interditos ou inabilitados por anomalia psíquica e se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido, nos termos do art.4º. Assim, o legislador optou pela presunção da capacidade negocial para a DAV, o que no nosso entendimento será a melhor opção legislativa já que esta se trata de um documento escrito e assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário, logo, seria difícil admitir a capacidade para consentir nos termos do art.38º, nº3, do CP por ser necessária a avaliação da capacidade de discernimento do maior de 16 anos por um profissional de saúde no momento em que presta o consentimento para o futuro. PEREIRA, André Gonçalo Dias, «Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente indicativas ou vinculativas?», *ob. cit.*, p. 55. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 136.

³⁹⁷ Porém a autora elucida, ainda, que a “atribuição de caráter vinculativo às DAV’s acarreta consigo novos desafios, na medida em que o profissional de saúde se verá confrontado com a interpretação de DAV’s nem sempre claras e evidentes, com possíveis vícios da DAV que possam obstar ao seu caráter vinculativo e que se espera que o médico identifique, enfim, com toda uma panóplia de novos reptos até então desconhecidos ds profissionais de saúde”. RAPOSO, Vera Lúcia, *ob. cit.*, p. 92.

Interrompida a comunicação com o paciente, só pode conhecer-se com segurança o que ele terá querido num momento anterior. Entretanto decorreu algum tempo. (...) De qualquer forma, só a salvação da vida permite manter em aberto a base da decisão, contrariando o risco de a perda da vida arrastar consigo a perda irreversível da autonomia”³⁹⁸.

Contudo, partilhamos da opinião de FIGUEIREDO DIAS quando conclui que “se não deve prolongar indefinidamente a vida de um apático em nome do princípio “in dubio pro vita”, nem interromper sem mais as medidas conservadoras em nome do princípio “in dubio contra vitam”, decisiva deve ser a determinação da vontade presumível do enfermo se pudesse informadamente pronunciar-se sobre a situação”, nesta medida deve construir-se a solução do caso até ao limite possível na base do direito de autodeterminação do doente pela sua vida conhecido através das DAV³⁹⁹.

Assim, não vemos razão para que as DAV não possam exprimir a autodeterminação prospetiva manifestada pelo doente, através de uma disposição que manifesta um pedido baseado numa vontade livre, consciente, lúcida e esclarecida pela sua morte digna realizada por médico⁴⁰⁰.

Porém, no caso de não existir DAV, o consentimento presumido, nos termos do art.39º do CP, tendo presente o 156º, nº2, do CP, como causa de justificação da conduta adotada pelo médico baseado na vontade presumida do doente pela morte assistida não deve prevalecer em relação ao princípio *favor vitae* por estarmos perante a autodeterminação pela morte considerada digna pelo doente.

³⁹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, «Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido», *ob. cit.*, p. 144-145. No mesmo sentido, BRITO, Teresa Quintela de, «Interrupção de Alimentação e Hidratação Artificiais de Pessoa em Estado Vegetativo Persistente», *ob. cit.*, p. 137.

³⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 211.

⁴⁰⁰ Ao sermos uma sociedade plural a República deverá respeitar a dignidade de todos os seus cidadãos que através do mecanismo legal das DAV pretendem ver assegurada a sua autodeterminação. PEREIRA, André Gonçalves Dias, «Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente indicativas ou vinculativas?», *ob. cit.*, p. 59.

PARTE II

A DECISÃO PELA MORTE DIGNA

CAPÍTULO III

CONCEITO DE CAPACIDADE PARA A AUTODETERMINAÇÃO

III.1. Critério Subjetivo

III.1.1. A delimitação subjetiva

Toda a Pessoa Humana autodetermina-se de acordo com a sua personalidade, isto é, torna-se um ser único que decide em função de si próprio, devido ao seu desenvolvimento cognitivo (emocional) e das influências externas que adquiriu ao longo do seu desenvolvimento humano.

Daí que pensar e decidir pela morte digna seja o resultado da liberdade racional da personalidade do Homem que vê a sua morte como um acontecimento essencialmente pessoal, não só biológico, daí que, ATAHUALPA FERNANDEZ nos afirme que a morte mais desejada pelo humano é a que ele decide, já que ninguém nos perguntou como gostaríamos de nascer devemos poder decidir como morrer enquanto detentores da própria vida⁴⁰¹.

E é neste sentido, que o doente que se encontre num processo de morte e considere que a sua vida é demasiado “sagrada” para viver um sofrimento para lá do suportável, em prol de uma doença grave e incurável, quando apenas prevalece a existência física sem qualidade de vida até ao acontecimento morte, reivindique a sua liberdade para escolher pela sua morte digna, segundo o seu direito de autodeterminação⁴⁰², conforme o princípio da

⁴⁰¹ FERNANDES, Atahualpa, «A Boa Morte (a eleição da jovem Maynard)», *Derecho y Cambio Social*, nº39, 2015, p. 4-5.

⁴⁰² Nesta medida, como já *supra* mencionado, concordamos com Faria Costa quando, relativamente à morte assistida, nos ensina que quando a “qualidade de vida atinge níveis de humilhação, o sofrimento é para lá do razoável, então o “deixar de viver” não é indigno de ser visto como uma alternativa, uma saída”. COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», *ob. cit.*, p. 147. No mesmo sentido, GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 363. Laura Santos afirma que a morte assistida permite a cada pessoa, que vê a morte como uma saída digna face às suas convicções e valores, uma forma de “amar a vida até ao fim”. SANTOS, Laura Ferreira dos, *ob. cit.*, p. 356.

dignidade da pessoa humana⁴⁰³.

Portanto, hoje, o cidadão de um Estado Democrático reclama “dêem-me liberdade e, se eu quiser, dêem-me a morte”⁴⁰⁴.

Assim, detêm de capacidade para autodeterminação todos os doentes com discernimento para ponderar e avaliar abstratamente, conforme a razão, emoção, inteligência, valores e vontade, as consequências futuras das suas decisões e escolher pela morte assistida perante a situação limite em que se encontram.

Neste sentido, como *supra* mencionado, o legislador nacional tem presente que perante um menor com capacidade de discernimento para tomar uma decisão racional, enquanto pessoa detentora de direitos, terá de lhe reconhecer o seu direito de autodeterminação.

Logo, os adolescentes na qualidade de menores maduros, enquanto seres-livres, decidem acerca do seu corpo e vida tal como o adulto maior de 18 anos vai escrevendo a sua biografia ao longo da sua vida.

Nesta medida, em relação às intervenções médico-cirúrgicas, o legislador através do ordenamento jurídico-penal considera que os maiores de 16 anos terão discernimento para se autodeterminar em relação aos cuidados de saúde, conforme a maioria especial do art.38º, nº3, do CP.

Portanto, relativamente a morte assistida, enquanto ato médico, vigorará o mesmo regime legal na qualidade de intervenção médica, ou seja, não pode o legislador negar ao menor maduro com 16 anos e com discernimento para avaliar (custos e benefícios perante a situação limite da decisão que o autorrealiza), ponderar (segundo a sua personalidade), perceber (a irreversibilidade da morte) o sentido (significado do pedido), alcance (a produção da morte) e as consequências (morte e dor aos entes queridos) da morte assistida a sua autodeterminação no momento em que urge tomar uma decisão consciente que o

⁴⁰³ A dignidade da pessoa humana como autonomia pessoal é o poder individual de decidir acerca da sua própria vida e desenvolver livremente a sua própria personalidade, ou seja, significa o poder de realizar escolhas de acordo com as suas convicções, valores, emoções, desejos, vontade, razão e assumir a responsabilidade pelas decisões tomadas. A dignidade humana como autonomia pessoal do doente admite, assim, como escolhas possíveis a morte assistida. Barroso, Luís Roberto/MARTEL, Leticia de Campos Velho, «A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia individual no fim da vida», in AA.VV, *Vida, Morte e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010, p. 191-192 e 212.

⁴⁰⁴ SANTOS, Laura Ferreira dos, *A Morte Assistida e outras Questões de Fim-de-Vida*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 166.

autorrealize enquanto pessoa humana e que opta pela sua morte digna⁴⁰⁵.

Aliás, o legislador reforça a maioria especial, criada por si, para esta capacidade na interrupção voluntária da gravidez, nos termos do art.142º, nº5, do CP a *contrario*.

Neste sentido, no nosso entendimento o pedido pela morte assistida livre, consciente, lúcido e esclarecido formulado por maior de 16 anos com discernimento terá de ser respeitado pelo médico enquanto manifestação de autodeterminação do doente.

Na verdade, seria incompreensível decisão diferente do legislador na atualidade em que a lei vem reconhecendo uma progressiva autonomia ao menor, por ter presente que ele é uma pessoa humana e, neste medida, detentor do direito de autodeterminação que lhe permite decidir em relação à sua vida a partir do momento em que detém de discernimento para tomar decisões de acordo com a sua personalidade, tal como os adultos.

Logo, a partir do momento em que perdem a sua vulnerabilidade cessará a proteção do legislador para a construção livre da personalidade do menor, nos termos da CRP, pois passaremos a estar perante uma pessoa livre e racional capaz de tomar uma decisão consciente pela sua morte digna.

É nesta perspetiva que COSTA ANDRADE nos ensina que a capacidade para autodeterminação nas intervenções médicas não se confunde com a capacidade negocial, devido à sua natureza pessoalíssima, apenas dizem respeito à pessoa na sua individualidade, por isso mesmo não seguirmos o entendimento de FARIA COSTA, bem como, das propostas de lei para a morte assistida do PAN e do BE quando apenas admitem que têm capacidade para autodeterminação para a morte assistida os maiores.

Por outro lado, o legislador também terá de reconhecer a autonomia individual dos doentes mentais, quando através de uma avaliação psicologia pelos profissionais de saúde permita concluir que estamos perante um ser-livre capaz de se autodeterminar. Isto porque ser doente mental não significa ser incapaz para tomar decisões conscientes relativamente a uma determinada situação de doença.

Logo, o critério misto adotado pela lei para a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica deve também ser tido em conta para a capacidade para autodeterminação, já que iria contra o princípio da dignidade da pessoa humana rotular o doente mental como incapaz devido à sua doença, ou melhor, negar-lhe a sua liberdade para decidir é negar-lhe

⁴⁰⁵ Neste sentido, conforme já anteriormente mencionado, os autores Costa Andrade, Teresa Quintela de Brito e Inês Godinho. (nota 54,55 e 56 no capítulo II).

o que o torna um ser humano: a sua autodeterminação.

Contudo, nada mais verdade de que os distúrbios mentais podem incapacitar o doente de tomar uma decisão consciente relativamente à morte assistida, pois deixaram de ter a capacidade necessária para perceber, avaliar e ponderar o sentido, alcance e consequências que acarreta a decisão racional pela morte digna.

Por outras palavras, a decisão autónoma pressupõe um certo grau de consciência e racionalidade da parte do doente mental que lhe permitirá ter capacidade para decidir em matérias relativas à sua saúde, porém, a capacidade para autodeterminação deixa de existir quando, no caso concreto, as alterações graves das funções cognitivas ou as manifestações de um acentuado transtorno afetivo ou volitivo impeçam uma escolha racional⁴⁰⁶.

Por isso, como é óbvio não poderá a pessoa determinada pela doença ser livre de racionalmente fazer uma escolha, principalmente, quando os distúrbios mentais, como a depressão *major*, potenciam comportamentos suicidas que não lhes permite escolher pela morte assistida de acordo com a sua personalidade, mas em resultado de impulsos irracionais sem perceber as consequências para si de tal decisão.

Posto isto, quando o profissional de saúde se depara com um doente mental, isto é, perante uma pessoa vulnerável, a sua avaliação deve ser mais cuidadosa para que tenha a certeza de que está perante um doente livre e racional para decidir conscientemente pelo fim da sua vida.

Logo, também o doente mental, por mais que nos surpreenda, pode ter capacidade para autodeterminação, e se assim for, dada a natureza pessoalíssima do bem jurídico em causa de que apenas o doente é titular, é este que tem o direito de decidir pela intervenção médica da morte assistida, sempre que se conclua que detém de capacidade de discernimento para tomar tal decisão conscientemente.

Assim, para que haja uma maior certeza, as descobertas das neurociências poderão ajudar os profissionais de saúde nesta avaliação de capacidade para autodeterminação nas intervenções médicas que lhes possibilite afastar a responsabilidade penal.

Mais ainda, as neurociências poderão ajudar o direito penal a aferir da capacidade para autodeterminação pela morte assistida de um doente mental, pois caso não se verifique o médico comete um homicídio a pedido da vítima ou ajuda ao suicídio, dependendo de quem domina o facto.

⁴⁰⁶ BARRETO, João, *ob. cit.*, p. 52.

Portanto, esta ciência, através dos seus testes neurológicos, como as neuroimagens, será um meio para o direito penal atingir a sua finalidade na determinação quer da capacidade para autodeterminação, permitindo concluir que o pedido pela morte assistida do doente mental não foi determinado pela anomalia psíquica, mas resultado da sua autonomia, quer da responsabilidade penal.

III.1.2. Quem pode avaliar

Antes de mais, também para os profissionais de saúde a capacidade para autodeterminação é presumida, isto é, todo o doente tem capacidade para decidir em matérias relativas à sua saúde até prova em contrário.

Assim, esta avaliação da capacidade para autodeterminação do doente deve ser procedida pelo médico que praticará a intervenção médica, médico assistente, com quem aquele criou uma relação de confiança, pois este através do diálogo foi conhecendo e avaliando o seu doente, o que lhe permite conhecer a capacidade de cognição (emocional) e a personalidade do seu doente que opta pela sua morte digna.

Portanto, o médico, inconscientemente, através do contacto com o doente vai avaliando a sua capacidade para tomar decisões.

Porém, perante um pedido pela morte assistida, o médico assistente com base na relação de confiança, deverá naquele momento proceder a uma avaliação da capacidade de decisão, da possível existência de um distúrbio mental, explicitar o processo clínico da morte assistida ao doente, adverti-lo e respeitar a decisão tomada pelo doente. Mais ainda, o médico na aferição da capacidade deve dialogar com os profissionais de saúde que acompanham de perto o doente, como por exemplo os enfermeiros.

Neste sentido, ao deparar-se com doentes vulneráveis, que optam pela intervenção médica da morte assistida, deve ser diligente na sua avaliação da capacidade do doente para decidir livre e conscientemente, isto porque a avaliação deve ser realizada em relação à situação concreta, ou melhor, em função da decisão que estiver em causa⁴⁰⁷.

Todavia, como já anteriormente mencionado, não existe um modelo de avaliação da capacidade do doente, existem sim várias formas de avaliação que permitem ao médico

⁴⁰⁷ Conforme Regional euthanasia review committee's annual report 2013, p.23, disponível em (<https://english.euthanasiacommissie.nl/documents/publications/annual-reports/2002/annual-reports/annual-reports>). (acedido em 9.05.2017).

assistente, ou aos profissionais de saúde envolvidos neste processo de decisão do doente pela sua morte, concluir que aquele tem capacidade para se autodeterminar.

Contudo, no nosso entendimento, para que haja uma maior certeza e segurança quer para o médico assistente, quer para o direito penal, esta avaliação não deverá ficar confinada apenas a um médico, por estarmos perante um doente que se encontra num sofrimento insuportável devido à sua doença ou lesão grave e incurável.

Por isso, dependendo do doente deverá ser obrigatória a consulta e parecer de profissionais de saúde nas áreas da psiquiatria, geriatria e neurologia, pois estas áreas da medicina são direcionadas para a avaliação da capacidade do doente para se autodeterminar⁴⁰⁸.

Portanto, o médico assistente deve obrigatoriamente consultar outro profissional de saúde para que lhe seja dado um parecer da avaliação da capacidade do doente que pede a morte assistida. Já que a lei é omissa em relação aos critérios para esta avaliação, apenas se refere ao elemento intelectual e volitiva, ou melhor, à capacidade de discernimento do doente para tomar uma decisão consciente.

Concluindo, a avaliação da capacidade para autodeterminação do doente que se encontra numa situação-limite em que é admissível a morte assistida, deve ser realizada primeiramente pelo médico assistente, mas como não se encontra direcionado para uma tal avaliação, deve obrigatoriamente pedir parecer a um médico clínico da área, como um psiquiatra ou psicólogo, para que ambos possam concluir com certezas que o doente é livre e consciente para tomar a decisão racional pela sua morte digna, fruto da sua personalidade no exercício do seu direito de autodeterminação.

Para além do parecer do médico especialista da patologia do doente que irá confirmar a doença grave e incurável que proporciona um sofrimento insuportável ao doente que vê a sua libertação através da morte.

⁴⁰⁸ Regional euthanasia review committee's annual report 2013, p.17 e ss, disponível em (<https://english.euthanasiacommissie.nl/documents/publications/annual-reports/2002/annual-reports/annual-reports>). (acedido em 9.05.2017).

III.2. Critério Objetivo

III.2.1. A delimitação objetiva

Portanto, hoje, perante o desenvolvimento tecnológico e as descobertas das ciências médicas o homem reclama perante o Estado Democrático liberal a liberdade para decidir pelo fim da sua vida, segundo a sua liberdade para autodeterminação constitucionalmente consagrada no art.26º da CRP, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, que lhe permite ter o indeclinável direito de dar à sua vida o destino que quiser, como e quando quiser⁴⁰⁹, isto é, a decisão pela morte é mais uma das escolhas que a pessoa toma no exercício da sua autonomia pessoal ao longo da sua vida.

Neste sentido, o Estado Português não tem legitimidade para impor aos seus cidadãos modelos de felicidade ou paternalistas perante um pedido para morrer, quando estão em conflito direitos fundamentais da mesma pessoa e, por isso, o legislador tenha de encontrar a concordância prática, constitucionalmente exigida, nos termos do art.18º, nº2, da CRP, pois só determinando a intensidade da proteção do bem Vida Humana em relação ao bem Autodeterminação estaremos perante uma solução constitucional.

Assim, no nosso entendimento, conforme o art.18º, nº2, da CRP apenas podemos admitir uma concordância prática quando estejamos perante situações limite em que o doente e a sociedade vêm reivindicar a liberdade em relação à sua própria vida.

Nesta medida, concordamos com FARIA COSTA⁴¹⁰ e INÊS GODINHO⁴¹¹ quando afirmam que a autodeterminação do doente em relação ao bem Vida Humana deve ser admissível quando estejamos perante um doente portador de uma doença ou lesão acidental grave e incurável que lhe provoque um sofrimento que considere insuportável e indigno de ser vivido.

Apenas discordamos num ponto com FARIA COSTA quando unicamente admite o reconhecimento do direito de autodeterminação do doente na fase terminal da doença ou lesão grave e incurável, pois no nosso entendimento, limitar a esta fase é continuar a não reconhecer o direito do doente em decidir relativamente ao seu corpo e vida.

O que na nossa perspetiva, por vivermos hoje um modelo de autodeterminação,

⁴⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *ob.cit.*, p. 205.

⁴¹⁰ COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», *ob. cit.*, p.149.

⁴¹¹ GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, *ob. cit.*, p. 361-362

quer ao nível do direito, quer ao nível da medicina, permite-nos admitir a morte assistida, suicídio medicamente assistido e eutanásia ativa direta, como escolha do doente que considera a sua vida inviolável, de acordo com a sua personalidade, para a ver se deteriorando ao longo da doença até à fase terminal daquela e opta por antecipar a sua morte para garantir a sua dignidade de pessoa humana até ao fim da vida.

Aliás, é a gravidade da doença e o seu sofrimento insuportável que conduzem a que o doente não queira perder o seu “eu” que lhe permite tomar decisões conscientes que o levam a escolher pela sua morte digna, não cabe aqui apenas admitir na fase terminal da doença quando o acento tónico é a autodeterminação do doente no fim da sua vida, quando este considera que a qualidade da sua vida atingiu ou atingirá níveis de humilhação e sofrimento muito para lá do suportável, nesse caso, o “deixar de viver” não é indigno de ser visto como uma alternativa ou saída, quando perante uma doença grave e incurável é necessário tomar uma decisão consciente que o autorrealizem enquanto pessoa humana.

Nesta medida, concordamos com LAURA SANTOS quando afirma que “quando somos apanhados por uma doença que nos levará à morte, é *no meio* dessa nova e perigosa situação não verdadeiramente prevista que começamos a pensar (...) nas decisões que urge tomar”⁴¹², pois as escolhas relativas ao fim de vida serão espelho do direito de autodeterminação alicerçado na personalidade de cada cidadão livre e racional, conforme o princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana de todo o direito de um Estado Democrático.

Portanto, despenalizar a morte assistida é reconhecer a dignidade da pessoa humana e a sua autonomia pessoal que ao longo da sua vida foi construindo a sua personalidade através das suas decisões e, por isso, reclama a última decisão perante uma doença ou lesão grave, situação limite, a não punibilidade do médico que intencionalmente auxilia o seu doente, enquanto ato médico, a pôr termo à sua vida, de acordo com a sua vontade livre e racional, quando as dores e o sofrimento, físico e/ou psicológico, passam a ser insuportáveis. Nesta medida, a aferição do sofrimento para lá do suportável cabe apenas ao doente e não ao médico, já que é o primeiro que sabe se as sofre para lá do suportável.

⁴¹² Finalizando a autora que “impor a todas as pessoas a necessidade de se pautarem por princípios que não lhes são próprios não pode senão ser uma forma de tirania, obrigando-as a aguentarem o que para elas pode ser uma experiência de horror, tanto mais quanto alguns de nós, a partir de certa altura, «poderão não querer viver mais na sua própria deterioração física e mortalidade»”. SANTOS, Laura Ferreira dos, *A Morte Assistida e outras Questões de Fim-de-Vida*, *ob. cit.*, p. 24-23.

Porém, reforçamos que apenas poderemos “lutar” pela morte assistida quando o sofrimento insuportável é indissociável da doença grave e incurável, como o cancro ou doenças neurodegenerativas, pois caso contrário caímos no ridículo, ou melhor, na inconstitucionalidade da morte assistida, por ferir a concordância prática constitucionalmente exigida no confronto entre direitos fundamentais.

Assim, quem defende a despenalização da morte assistida em nome da autodeterminação do doente no fim da sua vida em situações-limite, não defende a admissibilidade da sua prática, nem sequer a sua discussão perante o legislador nacional, em crianças que não tenham capacidade para autodeterminação, como pode acontecer com a eliminação do critério de idade na Bélgica, em pessoas saudáveis cansadas de viver⁴¹³, ou sintam que a sua vida chegou ao fim por terem completado a sua vida⁴¹⁴, ou por sofrerem de alcoolismo⁴¹⁵, ou pela orientação sexual⁴¹⁶, ou cegos, ou reclusos condenados a pena perpétua que vivam num sofrimento psicológico insuportável⁴¹⁷.

Portanto, só a partir de *lege ferenda* da morte assistida serão garantidas a certeza e segurança jurídicas para combater os casos da rampa deslizante⁴¹⁸ e a concordância prática entre os dois direitos fundamentais em conflito, isto porque por mais que estejamos perante um sofrimento insuportável nestas situações enunciadas, não estamos perante casos de morte assistida, mas sim, perante casos de homicídio, em última instância de homicídio a pedido da vítima, ajuda ao suicídio ou homicídio privilegiado, nos termos dos art. 134º, 135º e 133º do código penal português.

⁴¹³ Notícia de Lusa, Jornal Notícias ao Minuto, 26.04.2016, in <https://www.noticiasao minuto.com/mundo/578197/eutanasia-belgica-discute-se-o-cansaco-da-vida-e-motivo> (acedido em 10.05.2017).

⁴¹⁴ Notícia de Natália Faria, Jornal Público, 14.10.2016, in <https://www.publico.pt/2016/10/14/mundo/noticia/holanda-preparase-para-alargar-eutanasia-aos-idosos-que-sintam-que-a-vida-chegou-ao-fim-1747378> (acedido em 10.05.2017).

⁴¹⁵ Notícia Goreti Pera, Jornal Mundo ao Minuto, 29/11/16, in <https://www.noticiasao minuto.com/mundo/696819/eutanasia-alcoolico-decide-morrer-por-nao-conseguir-viver-com-o-vicio> (acedido em 10.05.2017).

⁴¹⁶ Notícia de Jonathan Blake, 21.06.2016, BBC, in <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36591159> (acedido em 10.05.2017).

⁴¹⁷ Notícia de João Pedro Pincha, Observador, 5.01.2015, in <http://observador.pt/2015/01/05/homem-condenado-prisao-perpetua-na-belgica-sera-eutanasiado-esta-semana/> (acedido em 10.05.2017).

⁴¹⁸ Segundo os dados existentes relativamente a países em que a eutanásia e o suicídio assistido foram legalizados podemos concluir que não existem abusos destas práticas que nos permitam afirmar que com a legalização destas práticas mais tarde ou mais cedo assistiremos à temida rampa deslizante. AA.VV., «Attitudes and practices of euthanasia and physician-assisted suicide in the United States, Canada, and Europe», *Jama*, nº1, 2016, p. 79 e ss.

III.3. Conceito

Findo o percurso que temos vindo a fazer, propomos o seguinte conceito de capacidade para autodeterminação: considera-se capaz de se autodeterminar em relação à morte assistida o maior de 16 anos que, no momento da formulação do respetivo pedido possua o discernimento necessário para perceber, avaliar e ponderar o sentido, alcance e consequências desse pedido.

CONCLUSÃO

Hoje, o Homem procura a medicina devido aos seus avanços e desenvolvimentos tecnológicos, com o intuito de conseguir alcançar a tão desejada imortalidade mesmo sabendo que a nossa condição é de seres para a morte, porém, quando perante o seu fim de vida passa a reivindicar perante o Estado Democrático Liberal, laico, a sua liberdade para morrer dignamente com o auxílio do seu médico, ou seja, caímos e vivemos num paradoxo, pois através da mesma medicina que lhes proporciona mais vida, pretende a sua qualidade de vida e decisão para morrer perante o seu processo de morte de acordo com a sua personalidade, conforme o seu direito de autodeterminação, fruto do princípio da dignidade da pessoa humana.

Depois desta investigação, em que foram questionados vários pontos problemáticos, entendemos que sintetizar as grandes linhas de argumentação seria o melhor contributo para a discussão atual por uma sociedade mais justa e solidária:

1. A vida humana protegida pelo direito penal não se confunde com a vida em termos biológico-fisiológicos, trata-se de uma valoração axiológico-normativa da pessoa humana, enquanto alfa e ómega de todo o ordenamento jurídico.

1.1. A vida humana não se confunde com ser pessoa para o direito penal, que apenas começa com a nidação e termina com a cessação irreversível das funções do tronco cerebral.

1.2. O direito penal diferencia a vida de pessoa humana no seu início, mas já não o faz em relação ao fim da vida da pessoa humana, fruto do atual desenvolvimento da ciência médica. Urge contemplar por este o processo de morte para delimitação da proteção da vida da pessoa humana.

2. Não há um direito à morte consagrado pelo art. 24º da CRP, isto porque o direito à vida não tem um sentido negativo para poder atribuir um direito contrário, trata-se apenas de um direito fundamental que a pessoa detém na sua esfera jurídica para proteção da sua vida relativamente ao Estado e a terceiros.

2.1. O direito à escolha entre a vida e a morte, ou entre a quantidade e a qualidade de vida resulta do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, conforme o art.26º da CRP.

2.2. A possibilidade de lesão ao bem vida humana no exercício da liberdade pessoal da pessoa pela sua própria mão ou pela de terceiro é resultado da concordância prática

constitucionalmente exigida, nos termos do art.18º da CRP, que é delegada no legislador nacional. Daí ser uma opção legislativa.

3. A boa prática médica, atualmente, nos termos do princípio bioético da autonomia, assenta no respeito pelo médico da decisão do doente mesmo que entenda que o melhor para aquele seria a intervenção médica.

3.1. A relação médico-doente é igualitária baseada na confiança, no diálogo e esclarecimento para a autodeterminação do doente.

3.2. De acordo com os princípios bioéticos, beneficência, não-maleficência e autonomia, a conduta adotada que provoca a morte desejada pelo doente é eticamente justificada a partir do momento em que a ajuda a morrer seja resultado da vontade do doente perante a situação concreta, isto é, quando a qualidade de vida proporcionada pela medicina seja indigna de ser vivida aos olhos do doente que vive um sofrimento insuportável devido à doença ou lesão grave e incurável. A concordância prática entre os princípios bioéticos é assim encontrada através de regulação rigorosa para a definição das situações concretamente justificadas, sem que seja perspectivada a temida rampa deslizante.

4. Atualmente vivemos num modelo de autodeterminação que nos permite afirmar que só existirá ato médico se o doente o decidir, isto é, a decisão de atuação do médico no corpo ou na vida do seu doente está dependente da vontade, consentimento de acordo com o direito penal, deste último. Exceto nas situações de urgência.

4.1. Em relação à morte assistida, tal como na interrupção voluntária da gravidez, o legislador tem o poder de definir os termos em que a considera ser um ato médico.

4.2. O médico, atualmente, é visto pelo direito penal e pela sociedade como um *hospes* que apenas quer o bem do seu doente e, nesta medida, a morte a pedido, enquanto expressão da autonomia do doente, é um ato médico de plena manifestação de hospitalidade.

4.3. O direito penal e a sociedade vêem no ato médico a segurança e certeza jurídicas e a imparcialidade necessárias para a concordância prática da morte assistida.

5. A autodeterminação do doente é integrante do conceito de eutanásia passiva, ativa indireta e direta.

5.1. O doente encontra-se num processo de morte.

5.2. O sofrimento assume um papel nuclear.

5.3. O reconhecimento pelo legislador penal do direito de autodeterminação nas intervenções médico-cirúrgicas, nos termos dos art.150º, 156º e 157º do CP, permite-nos

concluir que o doente tem liberdade para dispor do seu corpo e vida, isto é, verificamos que o direito de autodeterminação do doente é precedente em relação ao direito à vida daquele.

6. A autodeterminação em relação à vida da pessoa humana constitui, perante o ordenamento jurídico-penal, um homicídio a pedido da vítima ou ajuda ao suicídio nos termos dos art. 134º e 135º do CP, fundamentados no interesse geral da manutenção do tabu em defesa da vida de outra pessoa.

6.1. A realidade corporizada pela morte assistida é relativamente a estas incriminações menos lata, pois apenas é referente à morte a pedido de um doente grave e incurável que vive num sofrimento insuportável.

6.2. Quando a norma contida no art.134º CP retira a liberdade ao doente de se suicidar põe em causa a autodeterminação da pessoa humana, obrigando-o a permanecer vivo, o que determina a sua inconstitucionalidade em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, devido à instrumentalização da pessoa em prol da proteção do interesse comunitário do tabu da intangibilidade da vida de outrem e do direito à vida.

6.3. A solução para a admissibilidade da morte a pedido passa pela *lege ferenda* para que sejam garantidas a certeza e segurança jurídico-penal, bem como, a concordância prática entre os dois direitos fundamentais.

6.4. Só com a despenalização da morte assistida através de causa de justificação específica, criada pelo legislador ordinário, poderemos presenciar uma desproteção da vida humana em prol do livre exercício de autodeterminação do doente em escolher a sua morte digna, desde que observados os pressupostos procedimentais especificados pelo legislador que determinará como elemento de justificação o consentimento/pedido, sério, instante e expresso, consentimento qualificado, na heterolesão consentida, caso contrário o consentimento, como causa de justificação geral, não afastará a ilicitude da violação do bem jurídico-penal vida humana, pois é indisponível em relação a terceiros, nos termos do art.134º e 135º do CP.

7. A decisão racional pela morte é fruto da personalidade do doente livremente construída ao longo do seu desenvolvimento humano, enquanto ser-livre.

7.1. A personalidade que lhe permite tomar decisões conscientes em relação a si próprio é resultado da sua cognição emocional, influências internas e das influências externas, como a família, amigos, religião e sociedade, que foi adquirindo como suas desde

o momento que nasce até que morre. Ou para o direito penal, a decisão racional é a que resulta do discernimento da pessoa humana.

7.2. A decisão livre e consciente pela morte de uma pessoa que se encontra no fim da vida advém não apenas do seu estado de vigília ou da sua mente, mas principalmente do pensamento de si própria em que se funda o direito de autodeterminação decorrente do princípio da dignidade humana.

7.4. O processo da decisão livre, consciente, lúcida e esclarecida começa muito antes do momento da escolha, pois trata-se de um processo dinâmico, flexível e contínuo, que envolve fenómenos individuais e sociais baseados em factos, valores, crenças, razão, vontade e desejos que culminaram na escolha conforme a sua personalidade.

8. É exagerada e errada a afirmação de que as descobertas das neurociências colocam em causa a estrutura sólida, válida e sistemática da liberdade da pessoa humana em que se baseia o direito, mais concretamente o direito penal, apenas por terem descoberto que existe uma atividade reativa no cérebro do homem milésimos de segundos antes de ter consciência da sua decisão, o que no seu entendimento, baseados nesta experiência, lhes permite generalizar um pré-juízo de que o homem não é livre para decidir, pois a sua decisão é tomada pelo seu cérebro e, nesta medida, tal como os animais e os acontecimentos naturais, estão condenados ao determinismo da lei causal da natureza.

8.1. O determinismo apontado pela neurociência cognitiva não tem presente a complexidade que envolve a decisão do homem, pois os seres humanos, diferentemente dos outros animais e de outras forças da natureza, detêm de razão, inteligência e consciência moral, excetuando os casos de distúrbios mentais, que lhe permite avaliar a melhor decisão e quais as suas consequências, ou a responsabilidade que acarretará, o que lhes permitiu desenvolver a capacidade para escapar à lei causal da natureza, pois diferentemente das coisas, nós somos. Para além de que devido à sua falibilidade não é aceite tal conclusão pelas restantes neurociências e ciências sociais, psicologia e antropologia.

8.2. O cérebro pode ser determinado, mas a pessoa será tão mais livre quanto maior for o seu conhecimento sobre si própria.

8.3. O direito penal constrói os seus próprios conceitos de forma independente dos processos que guiam o conhecimento científico, desta forma a liberdade que sustenta a formulação da capacidade para consentir enquanto consentimento qualificado que é o pedido, não é definido empiricamente mas por via normativa.

8.4. Devemos defender um compatibilismo humanista para que as descobertas e os desenvolvimentos das ciências neurológicas possam contribuir para reforçar a liberdade da pessoa humana em que assenta o direito penal, nomeadamente quando estejamos perante uma pessoa com doenças mentais que poderão limitar a sua capacidade para autodeterminação pela decisão da morte digna, pois tal escolha pode ser determinada pela doença e não pela sua liberdade.

9. O legislador penal ao ter presente a autonomia progressiva do menor de 18 anos cria maioridades especiais através de lei, para lhe permitir exercer autonomamente os seus direitos, ou seja, reconhece que um menor de 18 anos detém do discernimento necessário para tomar uma decisão racional enquanto ser-livre, tal como os adultos.

9.1. O processo de maturação através das capacidades inatas do ser em desenvolvimento, por si só, não conduz a um completo desenvolvimento do ser humano, pois dependerá indubitavelmente da cultura, das relações que foi estabelecendo com outras pessoas, ou melhor, das influências que adquiriu ao longo do seu desenvolvimento. O que nos permite assistir em idades anteriores à maioridade a uma maturação ou discernimento necessário para tomar uma decisão livre e consciente/racional pela sua morte, conforme a sua personalidade, o mesmo significa, a uma capacidade para autodeterminação na morte assistida.

9.2. É na adolescência que o menor passa a deter do pensamento formal característico dos adultos que lhes permite serem livres e racionais para decidir, embora a idade seja apenas um indicador de maturidade para que o legislador possa ter a certeza e segurança jurídicas em relação ao discernimento necessário para o exercício da autonomia pessoal numa determinada situação, bem como, para a proteção do livre desenvolvimento da personalidade do menor.

10. Em relação aos cuidados de saúde, o legislador penal concebe uma maioridade especial determinando que o maior de 16 anos que possua o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance no momento em que o presta tem capacidade para consentir numa intervenção médica autonomamente, nos termos do art.38º, nº3, do CP, isto porque o menor ainda que sobre o espectro da menoridade, não deixa de ser uma pessoa de plena dignidade.

10.1. Relativamente à morte assistida, enquanto manifestação de autodeterminação e intervenção médica, será um retrocesso e paternalismo injustificável não conceber a autonomia pessoal de um menor maduro de 16 anos que possui discernimento necessário

para tomar uma decisão livre, consciente, lúcida e esclarecida pela sua morte, conforme a sua personalidade, através do pedido ao médico. Como já presenciemos na interrupção voluntária da gravidez, nos termos do art.142º, nº5, do CP a *contrario*.

10.2. Os requisitos para a capacidade para consentir nas intervenções médicas não são de todo em todo sobreponíveis às exigências da capacidade negocial do direito civil, para nos referirmos aos 18 anos, nem sequer às da imputabilidade.

11. A decisão autónoma pressupõe um certo grau de consciência e racionalidade da parte do doente que a assume, que poderia levar-nos a concluir que toda a doença psíquica acarreta a incapacidade para tomar uma decisão livre, consciente, lúcida e esclarecida.

11.1. Será sempre necessário proceder a uma avaliação psicológica perante cada doente vulnerável, isto é, uma avaliação tendo em conta o desenvolvimento cognitivo-emocional (capacidade de pensar e compreender os benefícios e consequências da escolha que pretende tomar no meio de muitas outras possíveis), e a influência do sistema social (família ou religião).

11.2. A maioria dos doentes mentais gozam de capacidade para decidir em matéria de cuidados de saúde, porém, também é verdade que em determinados casos se deve considerar não existir por parte do doente esta capacidade quando apresentem alterações graves das suas funções cognitivas, ou manifestações acentuadas de transtornos afetivos ou volitivos, em tal grau que o impedem de formular uma escolha racional, significando um défice funcional.

11.3. A partir do momento que o doente mental detenha de discernimento, cognição emocional para tomar uma decisão racional, terá capacidade para se autodeterminar em relação à morte assistida, pois ao estarmos perante um bem pessoalíssimo, negar-lhe a sua liberdade decisória seria reduzi-lo enquanto ser pessoa, o que é de todo inadmissível.

11.3. Quando declarados inimputáveis, os intervalos lúcidos que possam ocorrer durante a perturbação mental serão muito difíceis de precisar, para além de que a decisão livre e racional é resultado de um processo decisório e não apenas de um intervalo lúcido da anomalia psíquica.

12. A decisão dos representantes legais pela morte assistida do doente nunca poderia ser admitida, primeiramente pela natureza pessoalíssima da decisão e, segundo, porque estaríamos a permitir que um terceiro decidisse pela morte de outrem, o que é

contrário ao direito à vida, ao direito de autodeterminação, mas principalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

13. O doente que pretende tomar uma decisão sobre a sua vida necessita de toda a informação bastante para tomar uma decisão livre e consciente pela morte assistida, o que determina o esclarecimento dos tópicos do art.157º CP, a qualidade de vida, a esperança de vida e toda a informação do seu estado no presente e no futuro no decorrer da doença, a necessidade e vantagens dos cuidados paliativos e das alternativas ainda possíveis.

13.1. O médico deverá prestar esclarecimento em função do doente em concreto.

13.1. Não será de admitir o privilégio terapêutico por causa da natureza grave e incurável da doença ser algo de tão importante e íntimo que deve ser comunicada pelo médico ao doente, para que este se possa autodeterminar de acordo com a sua personalidade e optar pela morte assistida.

13.2. O doente pode exercer o seu direito a não saber depois de deter de um conhecimento abstrato que lhe permita decidir conscientemente pela morte assistida, porém, no nosso entendimento apenas devidamente informado poderá decidir de forma livre, consciente, lúcida e esclarecida pela sua morte, o que não acontece no exercício deste direito.

14. As DAV, enquanto instrumento admitido pelo legislador para persecução da autodeterminação para o futuro, quando urge conhecer o consentimento presumido do doente por se encontrar inconsciente para decidir, a partir do momento que a morte assistida passa a ser admitida por lei, terão de abranger a possibilidade de o doente exprimir a sua vontade prospetiva manifestada através de uma disposição ou PCS que exprima a decisão livre, consciente, lúcida e esclarecida através do pedido pela sua morte digna ao médico.

14.1. Quando o consentimento presumido não possa ser conhecido através de DAV teremos dar prevalência ao princípio *favor vitae*.

15. Conceito para autodeterminação: considera-se capaz de se autodeterminar em relação à morte assistida o maior de 16 anos que, no momento da formulação do respetivo pedido possua o discernimento necessário para perceber, avaliar e ponderar o sentido, alcance e consequências desse pedido.

15.1. Na morte assistida, enquanto ato médico, vigorará o mesmo regime legal das intervenções médicas, isto é, não pode o legislador negar ao menor maduro ou doente mental maior de 16 anos e com discernimento para avaliar (custos e benefícios perante a situação limite da decisão que o autorrealiza), ponderar (segundo a sua personalidade), perceber (a

irreversibilidade da morte) o sentido (significado do pedido), alcance (a produção da morte) e as consequências (morte e dor dos entes queridos) da morte assistida a sua autodeterminação no momento em que urge tomar uma decisão consciente que o autorrealize enquanto pessoa humana e que opta pela sua morte digna.

15.2. A avaliação da capacidade para autodeterminação do doente que se encontra numa situação-limite em que é admissível a morte assistida, deve ser realizada primeiramente pelo médico assistente que deve obrigatoriamente pedir parecer a um médico clínico especialista na área, como um psiquiatra ou psicólogo, para que ambos possam concluir com certeza que o doente é livre e consciente para tomar a decisão racional pela sua morte digna no exercício da sua autodeterminação. Deverá ainda estar envolvido um terceiro médico especialista da patologia do doente que através de parecer confirmará a doença ou lesão grave e incurável que proporciona um sofrimento insuportável ao doente, enquanto situação limite admitida para a morte assistida.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV, American Psychiatric Association, *DSM-5: guia de referência rápida para os critérios de diagnóstico*, Lisboa, Climepsi Editores, 2015
- AA.VV, «Attitudes and practices of euthanasia and physician-assisted suicide in the United States, Canada, and Europe», *Jama*, nº1, 2016, p. 79 e ss.
- AA.VV., «La Capacidad de Los Pacientes para Tomar Decisiones», *Medicina Clínica*, nº11, 2001, p. 419 e ss.
- AA.VV, *Eutanasia y Suicidio: Cuestioes dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001
- AA.VV, «Physician-Assisted Suicide and Euthanasia in the ICU: A Dialogue on Core Ethical Issues», *Critical care medicine*, nº 2, 2017, p.149 e ss.
- ALDERSON, Priscilla, «In the Genes or in the Stars? Children’s competence to consent», *journal of medical ethics*, nº 18, 1992, p. 119 e ss.
- ALFAIATE, Ana Rita, *O Problema da Responsabilidade Penal dos Inimputáveis por Menoridade*, Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (3º ciclo), 2014
- ALMEIDA, Filipe Nuno Alves dos Santos, *Ética em Pediatria. Uma Nova Dinâmica num Relacionamento Vital?*, Dissertação de Doutoramento em Medicina apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, (3ºciclo), 2004
- AMORIM, Ana, «O consentimento Informado de Menores: Reflexão Críticas sobre a Lei Atual», *Lex Medicinæ*, nº15, 2011, p. 113 e ss.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- «Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº1 e 2, 2004, p. 117-148.
- *Direito Penal Médico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- Anotação ao art.134º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 95 e ss.
- Anotação ao art.149º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 420 e ss.
- Anotação ao art.150º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 457 e ss.

- Anotação ao art.156º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 595 e ss.
- Anotação ao art.157º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 632 e ss.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- ANTUNES, Alexandra/ NUNES, Rui, «Consentimento Informado na Prática Clínica», *Arquivos de Medicina*, nº13, 1999, p. 121 e ss.
- ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002
- APARISI, Juan Carlos Siurana, «Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural», *Veritas: revista de filosofía y teología*, nº22, 2010, p. 121 e ss.
- ARANA, Andrés Felipe Días, « Las Mentes Libres en el Derecho Penal», *Revista para el Análise del Derecho*, nº1, 2016, p. 1 e ss.
- ATIENZA, Manuel, «DWORKIN, La Eutanasia y La Idea de Derecho», in SAUCA, José M., *El Legado de DWORKIN a La Filosofía del Derecho : tomando en serio el imperio del erizo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015
- AZEVEDO, Maria da Conceição, «Valores culminantes: Educação para a morte/ Educação para a vida», *Revista Portuguesa de Pedagogia*, nº2, 2006, p. 159 e ss.
- BARBOZA, Heloísa Helena, «Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?», in AA.VV, *Vida, Morte e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010, p. 31 e ss.
- BARRETO, João, «O Consentimento Informado e as Doenças Psíquicas», *Cadernos de Bio-ética*, nº 20, 1999, p. 51 e ss.
- BARROSO, Luís Roberto/ MARTEL, Letícia de Campos Velho, «A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia individual no final da vida», in AA.VV, *Vida, Morte e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010, p. 175 e ss.
- BATISTA, Rodrigo Siqueira, «A Boa Morte à luz da ética para todos os seres: O lugar da Compaixão Laica», in AA.VV, *Vida, Morte e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010, p. 341 e ss.

- BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F., *Princípios de ética Biomédica*, Masson: Barcelona, 2002
- BRITO, José Henrique Silveira de, «Pessoa Dependente-que Liberdade?», *Cadernos de Bioética*, nº36, 2004, p. 29 e ss.
- BRITO, Teresa Quintela de, «Responsabilidade penal dos médicos análise dos principais tipos incriminadores», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº1, 2002, p. 371 e ss.
- «Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?», *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 80, 2004, p. 563 e ss.
- «Crimes contra a Vida: Questões Preliminares», in AA.VV, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 25 e ss.
- «Interrupção de Alimentação e Hidratação Artificiais de Pessoa em Estado Vegetativo Persistente», in AA.VV, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 119 e ss.
- «O crime de aborto», in AA.VV, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 423 e ss.
- CABALLERO, Susana Sanz, «El comienzo y el fin de la vida humana ante el TEDH: el aborto y la eutanásia a debate», *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº31, 2004, p. 157 e ss.
- CANO, Ana María Marcos del, «Legislacion Eutanásica y Realidad Social: La Experiencia de Holanda» in ROIG, Francisco Javier Ansuátegui, *Problemas de la Eutanasia*, Madrid, Editorial Dykinson, 1999, p. 71 e ss.
- CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Vol.1, Coimbra: Coimbra Editora, 2014
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2000
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- CASAL, Maria Cláudia Socorro Lima Neves, *Homicídio Privilegiado por Compaixão*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- CASTRO, Maria Ana M. do Canto e, «Noções de psicologia do pré-adolescente e do adolescente», *Revista Infância e Juventude*, nº1, 1981, p.7 e ss.

- COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, II, Coimbra: Almedina, 2014
- COSTA, José de Faria, «O fim da vida e o direito penal», in AA.VV, *Liber Disciplinorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 759 e ss.
- «Vida e Morte em direito penal (esquisto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº1/2, 2004, p. 171 e ss.
- «Em redor da noção de acto médico», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3954, 2009, p.126 e ss.
- «Bioética e direito penal (reflexões possíveis em tempos de incerteza)», in COSTA, José De Faria/ KINDHÄUSER, Urs, *O Sentido e o Conteúdo do bem Jurídico Vida Humana*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 91 e ss.
- «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. 158 e ss.
- *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, «Das Omissões Lícitas no Exercício da Medicina», 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.79 e ss.
- CRESPO, Eduardo Demetrio, «Libertad de voluntad, investigación sobre el cérebro y responsabilidad penal», *Revista para el Análise del derecho*, nº2, 2011, p. 1 e ss.
- «“Compatibilismo Humanista”: una propuesta de conciliación entre neurociências y derecho penal», in CRESPO, Eduardo Demetrio, *Neurociências y Derecho Penal*, Madrid, Edisofer, 2013, p. 17 e ss
- DAMÁSIO, António, *O Livro da Consciência: A construção do Cérebro Consciente*, Temas e Debates, Lisboa, 2010
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995

- «A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3949, 2008, p. 202 e ss.
- Anotação ao art.131º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 4 e ss.
- *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- Nótula antes do art.142, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 243 e ss.
- DIAS, Jorge de Figueiredo/BRANDÃO, Nuno, Anotação ao art.142º, *comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 266 e ss
- DIAS, Figueiredo/MONTEIRO, Sinde, «Responsabilidade Médica em Portugal», *Boletim do Ministério da Justiça*, nº332, 1984, p. 21 e ss.
- FERNANDES, Atahualpa, «A Boa Morte (a eleição da jovem Maynard)», *Derecho y Cambio Social*, nº39, 2015, p.1 e ss.
- FERNANDES, Barahona, «Antologia: imputabilidade penal dos doentes e anormais mentais», *Revista de Psiquiatria*, nº1, 2005, p. 37 e ss.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de direito penal. Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 2010
- FERREIRA, Nuno, «A Eutanásia: entre o Debate Jurídico e a Evolução da Opinião Pública», *Lex Medicinæ*, nº6, 2006, p. 137 e ss.
- FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008
- FRANCK, Juliana/JUNIOR, Wilson Franck, «“Ilusão da Vontade”? Considerações sobre o atual debate entre as neurociências e o direito penal», *Arquivo Jurídico*, v.1, nº5, 2013, p. 81 e ss.
- FREITAS, Márcia Araújo Sabino de, «Neurodireito: as implicações das descobertas da neurociência», in FERRAZ, Anna Cândida da Cunha/ LEISTER, Margareth Anne, *II Colóquio*, Brasil, Edifio, 2012, p. 63 e ss, disponível em (http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31627104/Coloquio_Volume_2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1497341629&Signature=naGCHc0bKx3V2atKywXkIyZ2Oe0%3D&response-content-

[disposition=inline%3B%20filename%3DPanorama de pesquisa em direito.pdf](#)).

(acedido em 23.03.2017)

- GADAMER, Hans-Georg, *O Mistério da Saúde: O Cuidado de Saúde e a Arte da Medicina*, Lisboa, Edições 70, 2009
- GARCIA, M. Miguez, *Direito passo a passo*, 2º ed., Coimbra: Almedina, 2015
- GARCIA, M. Miguez/ RIO, J. M. Castela, *Código Penal – Parte Geral e Especial*, Coimbra: Almedina, 2015
- GASPAR, António Henriques, «Eutanásia. Não Obrigado?», *Sub Judice*, nº22/23, 2001, p.171 e ss.
- 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. 179 e ss.
- «Autodeterminação e morte assistida na relação médico-paciente», in COSTA, José de Faria/ KINDHAUSER, Urs, *O sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, Coimbra:Coimbra Editora, 2013, p. 111 e ss.
- «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. 57 e ss.
- *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015
- «Direito à morte ou liberdade para morrer: revisão do Case of Pretty v. The United Kingdom a respeito da morte assistida em pessoas com VIH/SIDA», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, nº8, 2016, p. 169 e ss.
- GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz, *A Boa-Morte Ética no Fim da Vida*, Lisboa, Coisas de Ler, 2009
- GORGA, Maria Luiza/ MARCHIONI, Guilherme Lobo, «Liberdade da Vontade, Neurociência e Culpabilidade», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.114, ano 23, 2015, p. 99 e ss.
- GRALHEIRO, João Carlos, «o ato médico é uma empreitada?», *Revista da Ordem dos Advogados*, nº3/4, 2014, p. 795 e ss.

- HASSEMER, Winfried, «Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal», *Revista para el Análise del Derecho*, nº2, 2011, p. 1 e ss.
- «Neurociências e culpabilidade em Direito Penal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, 2013, p. 211 e ss.
- HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal: Obras completas*, Tomo II, Rubinzal-culzoni, Buenos Aires, 2000
- JAKOBS, Günther, *Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999
- LEGET, Carlo, «The relation between cultural values, euthanasia and spiritual care in the Netherlands», *Polish archives of internal medicine*, nº4 2017, p. 261 e ss, disponível em (<http://pamw.pl/en/issue/article/28400548>). (acedido em 18.05.20017)
- LORDA, Pablo Simón, «La Capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol.28, nº102, 2008, p. 327 e ss.
- LOUREIRO, João Carlos, «Bios, Tempo (s) e Mundo (s): Algumas Reflexões sobre Valores, Interesses e Riscos no Campo Biomédico», 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. 195 e ss.
- LOURENÇO, Orlando Martins, *Psicologia de Desenvolvimento Cognitivo: Teoria, dados e implicações*, Coimbra: Almedina, 2002
- LIMA, António Carneiro Torres, *Bioética e Antropologia*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2004
- MARTINS, Rosa Cândido, *A Criança, o Adolescente e o Ato Médico. O Problema do Consentimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.791 e ss.
- MATOS, Mafalda Francisco, *O Problema da (ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos terapêuticos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013
- MELO, Helena Pereira de, «Direito a Morrer com Dignidade», *Lex Medicinæ*, nº6, 2006, p. 69 e ss.
- «O Genoma Humano e o Direito: Determinismo vs. Liberdade», in AA.VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012

- MENEZES, Rachel Aisengart, «Autonomia e Decisões ao Final da Vida: notas sobre o debate internacional contemporâneo», in AA.VV, *Vida, Morte e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010
- MICHAEL S. GAZZANIGA / MEGAN S. STEVEN, «Free Will in the Twenty-first Century: A Discussion of Neuroscience and the Law», *Neuroscience and the Law: Brain, Mind, and the Scales of Justice*, 2004, p. 51 e ss.
- MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- MONTEIRO, Cristina Líbano, «Sobre o problema da «Eutanásia a Pedido»», *Estudos: Revista do Centro Académico de Democracia Cristã*, nº6, 2006, p. 141 e ss.
- MORÃO, Helena, «Eutanásia passiva e Dever Médico de Agir ou omitir em face do Exercício da Autonomia ética do Paciente», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº1, 2006, p. 35 e ss.
- MOURA, José Souto de, «Sobre a inimputabilidade e a saúde mental», *Revista Direito e Justiça*, vol.18. tomo I, 2004, p. 15 e ss.
- NEVES, M. Patrão, «O Sentido da Morte na Vida dos Homens», *Cadernos de Bioética*, nº12, 1996, p. 7 e ss.
- «Repensar o Homem», *Revista Brotéria*, vol.142, nº5/6, 1996, p. 603 e ss.
- NUNES, Belina, *Alzheimer em 50 questões essenciais*, Lisboa, Edição e Distribuição, 2014
- OLIVEIRA, Abílio, «Da desesperança ao desafio da morte... e à conquista da vida: olhar sobre o adolescente suicida», *Psychologica*, nº35, 2004, p. 69 e ss.
- OLIVEIRA, Guilherme de, «Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3815, 1992, p. 33 e ss.
- «O fim da arte silenciosa», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3852, 1995, p. 101 e ss.
- «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3898, 1999, p. 16 e ss.
- OSSWALD, Walter, «A Morte Anunciada», *Cadernos de Bioética*, nº12, 1996, p.55 e ss.

- «Limites do Consentimento Informado», in ASCENSÃO, José de Oliveira, *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra: Almedina, vol.III, 2005, p. 151 e ss.
- *Sobre a Morte e o Morrer*, Ensaios da Fundação, Lisboa, 2013
- PACHECO, Susana, *Cuidar a Pessoa em Fase Terminal: Perspetiva Ética*, Loures, Lusodidacta, 2014
- PAPALIA, Diane E., *O Mundo da Criança*, Lisboa, McGraw-Hill, 2001
- PAPPÁMIKAIL, Lia, *Adolescência e Autonomia: negociações familiares e construções de si*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2013
- PATRÍCIO, Miguel, «Notas sobre as Implicações da Neurociência no Direito Penal», *Revista Jurídica Luso Brasileira*, nº5, ano 2, 2016, p. 1103 e ss.
- PEÑA, Diego Manuel Luzón, «Libertad, Culpabilidad y Neurociencias», *Revista para el Análisis del Derecho*, nº3, 2012, p. 2 e ss.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, «O Consentimento para Intervenções Médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 76, 2000, p. 433 e ss.
- «Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público», *Revista Direito e Sociedade: Ministério Público do Estado do Paraná*, nº2, 2004, p. 35 e ss.
- *O consentimento informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- «Valor do Consentimento num Estado Terminal», in ASCENSÃO, José de Oliveira, *Estudos de Direito da Bioética*, vol.IV, Coimbra: Almedina, 2005, p. 33 e ss.
- *A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006
- «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. 49 e ss.
- “O Consentimento Informado na Experiência Europeia”, disponível em (<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/14549/1/Aspectos%20do%20consentimento%20informado%20e%20do%20testamento%20Vital%20Andr%C3%A9%20Pereira%20Ribeir%C3%A3o%20Preto.pdf>)

- PEREIRA, Maria da Graça, *O Doente Oncológico e a sua Família*, Lisboa, Climepsi, 2002
- PIAGET, Jean, *Seis Estudos de Psicologia*, Forense Universitária, Brasil, 1999
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- PIRES, Carlos M. Lopes, *A Depressão Não é uma Doença*, Leiria, Editorial Diferença, 2002
- RAPOSO, Vera Lúcia, «Entre a Vida e a Morte: Responsabilidade Médica nas Decisões em Fim de Vida», *Lex Medicinæ*, nº3, 2005, p. 115 e ss.
- «Diretivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida», *Revista do Ministério Público*, nº125, 2011, p. 171 e ss.
- *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra: Almedina, 2013
- «No dia em que a morte chegar (decifrando o regime das diretivas antecipadas de vontade)», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº24, 2013, p. 79 e ss.
- RIBEIRO, Geraldo Rocha, «Quem Decide pelos Menores? (Algumas Notas Sobre o Regime Jurídico do Consentimento Informado para Actos Médicos)», *Lex Medicinæ*, nº14, 2010, p. 105 e ss.
- RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001
- RODRIGUES, Rute, «O som e os outros na vida e na morte: Percepções da vida e da morte na adolescência», *Psychologica*, nº52, 2010
- ROLLERO, Mauricio Besio, «Sobre el Acto Médico», *Cadernos de Bioética*, nº50, 2003, p. 25 e ss.
- ROXIN, Claus, «A Apreciação Jurídico-Penal da Eutanásia», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº32, 2000, p. 11 e ss.
- “A proteção da vida humana através do Direito Penal”, disponível em (<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>)
- «Homicidio a petición y participación en el suicidio: Derecho vigente y propuestas de reforma», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVI, 2013, p. 13 e ss.

- SANCHÉZ, Bernardo José Feijoo, «Derecho Penal y Neurociencias ¿Una relación tormentosa?», *Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2011, p. 1 e ss.
- SANTOS, André Teixeira dos, «Do Consentimento dos Menores para a realização de Atos Médicos Terapêuticos», *Revista do Ministério Público*, nº118, 2009, p. 123 e ss.
- SANTOS, Laura Ferreira dos, *Ajudas-me a morrer? A morte assistida na cultura ocidental do século XXI*, Lisboa, Sextante Editora, 2009
- «Pedagogia Crítica, Sofrimento e Educação sobre a morte», *Revista Portuguesa de Pedagogia*, extra-série, 2011, p. 401 e ss.
- *A Morte Assistida e outras Questões de Fim-de-Vida*, Coimbra: Almedina, 2015
- SANTOS, M. Simas/ HENRIQUES, M. Leal, *Noções Elementares de Direito Penal*, Reis dos livros, Lisboa, 2009
- SANTOSUOSSO, Amedeo, *Il Consenso Informato*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1996
- SEQUEIRA, M. M. Camilo, «Decisão clínica participada», *Psiquiatria Clínica*, nº1, 1995, p. 25 e ss.
- SERRÃO, Daniel, «Consentimento informado: O mal amado dos médicos», *Revista da Ordem dos Médicos*, nº38, 2003, p. 22 e ss.
- «Ser Informado Antes e Consentir Depois», *Revista da Ordem dos Médicos*, nº44, 2004, p. 24 e ss.
- SILVA, Filipa Martins/NUNES, Rui, «Caso Belga de eutanásia em crianças: solução ou problema?», *Revista Bioética*, nº3, 2015, p.475 e ss.
- SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português: Teoria do crime*, Universidade Católica, Lisboa, 2015
- SOARES, Maria Lúcia de Barros, «O doente Terminal – A morte anunciada», *Cadernos de Bioética*, nº28, 2002, p. 89 e ss.
- SOUSA, Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995
- SPRINTHALL, Norman A./COLLINS, W. Andrews, *Psicologia do Adolescente: Uma Abordagem Desenvolvimentista*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011

- TAK, Peter J. P., «A discussão sobre a legislação relativa à Eutanásia na Holanda», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, 1994, p. 135 e ss.
- TAUPITZ, Jochen, «El Derecho a no saber en la legislación alemana», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº9, 1998, p. 163 e ss.
- VAZ-PATTO, Pedro, «Testamento Vital, Porta Aberta para a Eutanásia?», *Cadernos de Bioética*, nº28, 2002, p. 122 e ss.
- VEIGA, António Miguel, «“Concurso” de crimes por inimputáveis em virtude de Anomalia Psíquica: “cúmulo” de medidas de segurança?», *Revista Julgar*, nº23, 2014, p. 239 e ss.
- Walle, John Paul Van de, «L'euthanasie des Mineurs en Belgique», *Institut Européen de Bioéthique*, 2015, disponível em (<http://www.ieb-eib.org/fr/document/euthanasia-of-minors-in-belgium-475.html>). (acedido em 13.03.2017)

Documentos consultados online:

- Anteprojeto de lei da despenalização da morte assistida apresentado pelo Bloco de Esquerda. In [http://www.esquerda.net/sites/default/files/projeto de lei despenalizacao morte assistida.pdf](http://www.esquerda.net/sites/default/files/projeto%20de%20lei%20despenalizacao%20morte%20assistida.pdf). (acedido em 01.03.2017)
- CACDLG, *Relatório Final da Petição nº 103/XII/1.^a “Solicitam a despenalização da morte assistida”*, Lisboa, 2016, disponível em (<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e52766331426c64476c6a59573876595467334d6d45324f4751745a5759304f5330304d546c6b4c574a69595759744d6d51784e6a5531595751344f474a6a4c6e426b5a673d3d&fich=a872a68d-ef49-419d-bbaf-2d1655ad88bc.pdf&Inline=true>). (acedido em 25.01.2017)
- Petição que pretende a despenalização da morte assistida, disponível em (<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765647563464473947615735686246426c64476c6a6232567a4c7a52695a444933597a68694c54457a4f4449744e446c684f4331684e5463324c546b334d47566c4d544e6d4e4745784e5335775a47593d&fich=4bd27c8b-1382-49a8-a576-970ee13f4a15.pdf&Inline=true>). (acedido em 24.01.2017)

- Projeto de lei nº 418/XII/2ª do Partido Pessoas-Animais-Natureza, disponível em [6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c334271624451784f43315953556c4a4c6d527659773d3d](http://www.parlamento.pt/legislacao/legislacao.aspx?ID=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c334271624451784f43315953556c4a4c6d527659773d3d). (acedido em 01.03.2017)
- Regional euthanasia review committee's annual report 2013, disponível em <https://english.euthanasiemissie.nl/documents/publications/annual-reports/2002/annual-reports/annual-reports>). (acedido em 9.05.2017)

Pareceres CNECV

- N° 7/CNECV/1994
- N° 10/CNECV/95
- N° 11/CNECV/95
- N° 26/CNECV/1999
- N° 45/CNECV/2005
- N° 46/CNECV/2005

Jurisprudência

- Acórdão CASE OF PRETTY v. THE UNITED KINGDOM de 29 de julho de 2002
- Acórdão CASE OF HAAS v. SWITZERLAND de 20 de janeiro de 2011
- Acórdão CASE OF KOCH v. GERMANY de 19 de setembro de 2012
- Acórdão LAMBERT AND OTHERS v. FRANCE de 24 de junho de 2014

Notícias consultadas

- Notícia de Cecília Galha, Revista Sábado, 9.12.2015 in <http://www.sabado.pt/vida/detalhe/sim-matei-quatro-pessoas-e-defendo-a-eutanasia> (acedido em 27.01.2017)
- Notícia Goreti Pera, Jornal Mundo ao Minuto, 29/11/16, in <https://www.noticiasaoiminuto.com/mundo/696819/eutanasia-alcoolico-decide-morrer-por-nao-conseguir-viver-com-o-vicio> (acedido em 10.05.2017)

- Notícia de João Pedro Pincha, Observador, 5.01.2015, in <http://observador.pt/2015/01/05/homem-condenado-prisao-perpetua-na-belgica-sera-eutanasiado-esta-semana/> (acedido em 10.05.2017)
- Notícia de Jonathan Blake, 21.06.2016, BBC, in <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36591159> (acedido em 10.05.2017)
- Notícia de Lusa, Jornal Notícias ao Minuto, 26.04.2016, in <https://www.noticiasao minuto.com/mundo/578197/eutanasia-belgica-discute-se-o-cansaco-da-vida-e-motivo> (acedido em 10.05.2017)
- Notícia de Marlene Carriço, Jornal Observador, 12.05.2016, in <http://observador.pt/2016/05/12/jovem-holandesa-violada-10-anos-pediu-morrer-medicos-fizeram-lhe-vontade/> (acedido em 14.03.2017)
- Notícia de Natália Faria, Jornal Público, 14.10.2016, in <https://www.publico.pt/2016/10/14/mundo/noticia/holanda-preparase-para-alargar-eutanasia-aos-idosos-que-sintam-que-a-vida-chegou-ao-fim-1747378> (acedido em 10.05.2017)
- Notícia de Raquel Martins, Jornal Público, 17.09.2016, in <https://www.publico.pt/2016/09/17/mundo/noticia/belgica-aplica-eutanasia-a-um-menor-pela-primeira-vez-1744364> (acedido em 13.03.2017)
- Notícia de Tiago Palma, Jornal Observador, 3.07.2015, in <http://observador.pt/2015/07/03/laura-sofre-depressao-vai-recorrer-eutanasia-ha-solucao/> (acedido em 14.03.20017)