

PROBLEMAS JURÍDICO-PENAIIS EM TORNO DA VIDA HUMANA

Inês Fernandes Godinho
(Doutoranda da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra)

Introdução ao problema

O ordenamento jurídico, o direito, encara a protecção da vida como uma das suas funções axiais. Ilustrativa é a circunstância de, entre nós, a Lei Fundamental indicar como direito fundamental primeiro que “*a vida humana é inviolável*”¹.

Todavia, se há algumas dezenas de anos o significado deste direito seria incontroverso, hoje, face aos espectaculares avanços da tecnologia e das ciências médicas, não se pode mais compreender a noção de vida humana como algo naturalmente determinado e condicionado. Hoje discutem-se os limites do início e do fim desta realidade que é a vida humana. Apenas na posse destes limites poderemos devidamente interpretar todas as consequências jurídico-penais que uma tal proposição constitucional implica^{2 3} e em que medida se encontra cumprida a protecção penal da vida humana⁴.

¹ Cfr. art. 24º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

² Sobre as relações entre o direito constitucional e o direito penal, particularmente sobre a Lei Fundamental como fonte de direito penal, veja-se JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 121 e s.

³ Como refere JOSÉ DE FARIA COSTA, “não temos a menor dúvida em admitir que, quando a Constituição, no seu art. 24º, nos diz que «a vida humana é inviolável», uma

§ 1 Noção de vida humana

Poder-se-á dizer que, para efeitos das ciências naturais, o termo vida significa estar vivo, por oposição a ainda não viver ou estar morto. Trata-se de uma descrição da realidade existente (*sein*): vida é a realidade de estar vivo, de ser um corpo animado. Mas, como é bom de ver, este entendimento não traduz qualquer especificidade de cada ser que vive. Constata, apenas, que ele está vivo. Por este motivo, para o mundo do direito (*sollen*), esta noção torna-se insuficiente, pois não tem em conta a singularidade de cada vida humana que fundamenta, também, o valor atribuído à sua protecção. Dito de outro modo: se a vida humana fosse apenas estar vivo — como, em termos científicos, pode ser descrita — teria de ser dada protecção idêntica a todas as formas de vida, não assumindo a humana qualquer particularidade valorativa. Assim, o direito valora a vida humana como pedaço de algo mais, de uma unidade entre vida e pessoa, corpo e espírito. Nas palavras de Aristóteles, «por isso, a alma é o acto primeiro de um corpo físico que tem a vida em potência»⁵.

tal proposição não pode deixar de ter consequências na esfera do direito penal”, «Vida e morte em direito penal (Esquisto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 14 (2004), p. 173. Isto apesar de o mesmo Autor considerar que “parte-se, assim, por boas e justas contas, da salutar premissa da existência de uma autónoma e fundada diferenciação normativa entre o direito penal e o direito constitucional”, In: *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 121.

⁴ Nas palavras fortes de JOSÉ DE FARIA COSTA, “dever-se-á dizer que a protecção penal ao bem jurídico da vida é um corolário material da própria ideia de ordem jurídica”, *O Perigo em Direito Penal*, Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 252.

⁵ In: *A Alma*, Livro B.

Ora, para o direito é a vida humana enquanto manifestação desta união que é objecto de protecção⁶.

O direito constitucional à vida é, por isso, não só protecção da «existência vivente, físico-biológica», mas também um direito que se «impõe contra todos, perante o Estado e perante os outros indivíduos»⁷.

Contudo, proteger a vida não significa somente o direito à vida. Se assim fosse, atendendo a que o âmbito pessoal deste direito implica a determinação da sua titularidade, apenas significaria a protecção das vidas a quem pudesse ser atribuída essa titularidade, logo, vidas nascidas⁸. Mas significa mais. Significa proteger o bem ou valor vida humana. E este bem ou valor inclui não só a vida das pessoas vivas já nascidas, como a vida pré-natal⁹ ¹⁰. Em termos constitucionais, «quanto ao início da vida, a Constituição pressupõe um âmbito normativo garantidor de todos os momentos do acto ou processo de nascer»¹¹.

⁶ Aliás, o próprio direito é manifestação da realização do Homem na sua relação de “ser-com-o-outro”, sendo o fundamento do direito penal a “primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado-de-perigo”. Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 20.

⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 447 e s.

⁸ Os mesmos Autores, *op. cit., loc. Cit.*, sublinhando esta ideia, referem que “enquanto direito fundamental, o direito à vida só pode ser titulado por pessoas (...): (1) pessoas vivas (a partir do acto de nascimento) e não pessoas mortas (...); (2) todas as pessoas físicas e não as pessoas colectivas; (3) pessoas de todas as nacionalidades, raças e credos”.

⁹ Inclusivamente, o direito penal distingue entre o bem jurídico vida e o bem jurídico vida intra-uterina (arts. 131º e 142º do Código Penal). Motivo pelo qual afirma FIGUEIREDO DIAS que «o bem jurídico protegido pelo homicídio não é simplesmente a vida humana, mas, mais rigorosamente, a vida de pessoa já nascida», Anotação ao art. 131º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 5.

¹⁰ Este também um aspecto em que podemos observar a autonomia das ordens penal e constitucional.

¹¹ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 448.

§ 2 O início da vida humana

Talvez espúria seja, em termos jurídico-penais, questionar o início da vida humana, dado que se pode indiscutivelmente considerar que a protecção jurídico-penal da vida humana começa com a vida intra-uterina¹². Todavia, por forma a plenamente compreender o sentido do direito constitucional à vida, pode revelar-se profícuo analisar o momento do início da vida humana, primeiro de uma óptica científica para, logo depois, o fazermos de uma perspectiva jurídica.

Em termos biológico-fisiológicos pode dizer-se que o início da vida humana ou, de outro modo, a primeira forma de vida humana se encontra na fecundação. Com efeito, a fusão entre o espermatozóide e o óvulo □ ou, de forma científica, a singamia¹³ □ origina a criação de um novo e único código genético (genoma) e o processo humano de gestação de vida¹⁴. Mas se a fecundação é uma primeira forma de vida humana pode ainda não ser, verdadeiramente, apenas uma nova vida humana. Na verdade, até aos 14 dias de gestação pode dar-se a separação

¹² O art. 140º do Código Penal, relativo ao crime de aborto, não distingue entre embrião e feto, apenas se exigindo que “a vida humana esteja implantada no útero da mãe”. DAMIÃO DA CUNHA, Anotação ao art. 140º, *Comentário Conimbricense do Código penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 149.

¹³ Ou “o encontro dos gâmetas masculino e feminino com a fusão dos núcleos”, nas palavras de José de OLIVEIRA ASCENSÃO, «O início da vida», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 9.

¹⁴ Do mesmo modo, uma posição apresentada e protagonizada na discussão do CNECV considera que o embrião começa a existir no fim da singamia, com a fusão dos dois proto-núcleos. A consequência é a de que, nesta perspectiva, se pode chamar pre-zigoto à realidade biológica que existe temporalmente entre o momento da penetração do espermatozóide no ovócito e o momento da singamia completa. Cfr. Relatório da CNECV sobre Procriação Medicamente Assistida, de Julho de 2004, disponível em www.cnecv.gov.pt.

de células e, com isso, a gestação de duas vidas: o caso dos gémeos¹⁵. Por este motivo, só após este momento podemos considerar existir uma vida humana individualizada¹⁶. Têm existido autores, como Sass¹⁷ ou Zimmer, que defendem que é apenas neste momento que se deve considerar ter lugar o início da vida humana, recorrendo, para tanto, a uma equiparação entre a formação das funções corporais e o critério adoptado para definir o momento da morte. Contudo, e como teremos oportunidade de referir, face aos avanços da Ciência, o critério da morte cerebral não é um critério imutável. Assim, fazer depender, em relação analógica, o início da vida humana do critério adoptado para o seu fim encerra em si a contradição de se pôr em igual plano um processo contínuo e biologicamente evolutivo (início da vida) e um processo incerto, que tanto pode ser imediato, como não (fim da vida)¹⁸.

O momento decisivo em termos jurídicos é o nascimento. É a partir de aqui que a vida humana se torna um centro autónomo de imputação de normas jurídicas¹⁹. Dito de outro modo: a vida humana assume-se como realidade com valoração, enquadramento e efeitos jurídicos próprios. Desde logo, é necessário o nascimento completo e com vida para a atribuição de personalidade e capacidade jurídicas²⁰.

¹⁵ Como referido oralmente por José de Faria Costa, os gémeos são a primeira forma de clonagem biologicamente natural.

¹⁶ Como é também a partir do 14º dia que se dá a organogénese, ou seja, a formação do sistema nervoso central, com o surgimento da designada linha primitiva.

¹⁷ HANS SASS, *Medizin und Ethik*, Stuttgart, 1986.

¹⁸ Ainda que em contexto diferente, mas no mesmo sentido, STELA BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, Almedina: Coimbra, 2007, p. 189.

¹⁹ Entre nós, vide, por exemplo, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, III, p. 437.

²⁰ Veja-se o art. 66º do Código Civil, nos termos do qual a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida (n.º 1), sendo que os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento (n.º 2).

Em termos jurídico-penais podemos confrontar-nos com a protecção da vida humana ainda antes do nascimento. O Capítulo II do Título I do Código Penal refere-se aos crimes contra a vida intra-uterina. Por outras palavras: o direito penal protege a vida humana antes do momento do nascimento. Dispõe o art. 140º, n.º 1 do Código Penal que “*quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar, é punido com pena de prisão de dois a oito anos*”. O n.º 2 diminui a moldura penal deste ilícito-típico para uma pena de prisão até três anos no caso de ter existido consentimento da mulher grávida.

Um primeiro aspecto a ter em conta, na localização sistemática e epígrafe do capítulo destes crimes é o facto de os mesmos serem contra a vida intra-uterina. O que implica que protegida é a vida do embrião ou feto que se encontrem no útero, pois só assim constituirão estes vida intra-uterina. Como refere Teresa Quintela de Brito, «juridicamente, só existe vida-intra-uterina depois da implantação do óvulo fecundado no útero materno»²¹.

Contudo, tomando como pano de fundo o momento biológico do início da vida humana □ tendo-se aqui como referência a concepção ou fecundação □ importa sublinhar que a ciência médica permite que exista vida humana extra-uterina: basta tão-só pensar na fertilização *in vitro*. Todavia, não obstante biologicamente se tratar, inegavelmente, de vida humana, a sua protecção não é assumida no patamar jurídico-penal²².

Será, por isso, legítimo afirmar que o direito penal não protege toda a vida humana ou, de outro modo, a vida humana em toda a sua

²¹ TERESA QUINTELA DE BRITO, «O crime de aborto», *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 426.

²² A mesma Autora afirma ainda, *op. cit. loc. cit.*, que «não corresponde a um aborto a destruição de óvulos fecundados *in vitro* ou, até, de embriões não colocados no útero de uma mulher».

extensão. Existe como que uma linha temporal no processo de formação de um novo ser humano a partir da qual podemos delimitar três fases: *i*) uma primeira que se situa entre o momento da concepção e o momento da nidação (correspondente aos referidos 14 dias), durante a qual a vida humana não beneficia de protecção penal como tal. Esta primeira fase inclui, também, o tempo que medeia entre a fertilização *in vitro* e a implantação dos embriões no útero²³; *ii*) uma segunda fase que corresponde ao período entre a nidação e o início dos trabalhos de parto²⁴ e é assumida pelo direito penal como vida humana intra-uterina. Esta fase encontra protecção penal nos artigos 140º, 141º e 142º do Código Penal; *iii*) a terceira fase abrange o tempo entre o início dos trabalhos de parto e a morte. Esta fase encontra reflexo na tutela penal dos crimes contra a vida, ou seja, nos artigos 131º a 139º do Código Penal.

Verificamos, pois, como enunciámos inicialmente, que para o direito (*sollen*), *maxime*, para o direito penal, a descrição biológica do início da vida humana não é suficiente para encontrar patamares de protecção. Observamos que, iniciando-se aquilo que é, em termos biológico-fisiológicos, uma nova vida, a mera existência vivente,

²³ Restará perguntar se o avanço da ciência médica vier a permitir a “gestação” extra-uterina do embrião não será caso de adequar o actual Capítulo II do Título I do Código Penal, passando este a ser não referente a crimes contra a vida intra-uterina, mas antes como sendo relativo a crimes contra a vida pré-natal. Inclusivamente, OTFRIED HÖFFE sublinha que a diferença entre embriões fecundados *in vitro* e embriões fecundados sem recurso a esta técnica não deve assumir relevância significativa. Pois que, podendo-se imaginar, a breve trecho, a gestação fora do útero materno, assumir essa diferença seria transformar os assim desenvolvidos embriões não em homens mas em monstros. Cfr. *Medizin Ohne Ethik?*, Frankfurt: Suhrkamp, 2002, p. 83.

²⁴ Dado que, como se retira do art. 136º do Código Penal, a partir do momento em que se iniciam os trabalhos de parto (“*durante o parto*”) é considerado existir já um infanticídio, crime esse que se encontra no Capítulo dos crimes contra a vida.

desligada de outras valorações, não configura realidade suficiente para a sua relevância jurídico-penal. Existiu, por isso, necessidade de definir o concreto início do âmbito de protecção jurídico-penal da vida humana com recurso a critérios de valor²⁵. Por outras palavras: se o critério fosse unicamente o biológico-fisiológico, constituiria crime de aborto a utilização de métodos impeditivos da nidação²⁶.

Em suma, podemos verificar que o direito penal não protege a vida humana desde o seu início biológico-fisiológico, apenas trazendo para a discursividade penal uma realidade a que associa a ideia de pessoa²⁷.

§ 3 O fim da vida humana

Porque a vida humana é finita, tal implica que é temporalmente delimitada. Assim, uma vez tratado o seu início, impõe-se que nos debrucemos sobre o seu fim.

Inversamente ao que sucede relativamente ao início da vida, em que é na perspectiva biológico-fisiológica que se situa o maior patamar de certeza, no caso do fim da vida □ a morte □ parece existir maior consenso da parte do direito para a sua definição.

²⁵ Podemos aqui referir, por exemplo, a própria segurança jurídica: apenas com a nidação se assegura o sucesso da continuidade da gravidez, pelo que proteger a vida humana antes da nidação seria, em último caso, proteger uma realidade incerta.

²⁶ No mesmo sentido, DAMIÃO DA CUNHA, Anotação ao art. 140º, *Comentário Conimbricense do Código penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 151 e TERESA QUINTELA DE BRITO, «O crime de aborto», *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 426.

²⁷ Interessante a propósito da natureza do embrião e da sua consideração como pessoa é o Relatório sobre procriação Medicamente Assistida do CNECV de Julho de 2004, *maxime*, p. 21 e s.

Nas palavras de Luís Carvalho Fernandes, “a morte não pode deixar de significar, para o Direito, a *cessação da vida*, com duas precisões. Visa a primeira esclarecer que está em causa a vida *corporal* e a segunda assinalar que se trata da morte, em sentido global, e não, necessariamente, da cessação das funções orgânicas de todos e cada um dos órgãos ou tecidos do corpo”²⁸. Em 1999 □ e no mesmo ano de um Parecer sobre o Critério de Morte do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida²⁹ □ entra em vigor a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, que estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte. Nos termos do art. 2º desta lei, “a morte corresponde à *cessação irreversível das funções do tronco cerebral*”³⁰. Verificada a morte, já não existirá vida humana ou pessoa³¹.

Mas se falamos aqui em consenso em torno do critério de definição da morte, não podemos afirmar nem que se trata de um conceito estático, nem que é um conceito unânime.

Desde logo, pois existem diversos sentidos para a noção de morte. Podemos considerar a morte como um processo³² ou como um

²⁸ LUÍS CARVALHO FERNANDES, «A definição de morte. Transplantes e outras utilizações do cadáver», *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 63.

²⁹ Concluiu-se neste Parecer, disponível em www.cneecv.gov.pt, que “o critério de morte cerebral é a comprovação da cessação irreversível das funções do tronco cerebral, sendo exigível, no plano ético, que esse critério seja usado univocamente na legislação, e não apenas no respeitante a transplantações”.

³⁰ Sobre o concreto processo de verificação da morte vejam-se os artigos 3º e 4º da referida Lei.

³¹ Em termos sequenciais □ e também legislativos □ haverá cadáver. Como estabelece a alínea *i*) do art. 2º da Lei n.º 411/98, de 30 de Dezembro, alterada pela Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho, cadáver é “o corpo humano após a morte, até estarem terminados os fenómenos de destruição da matéria orgânica”.

³² Como refere BERNARD N. SCHUMACHER, “le mourir est un processus □ plus ou moins long, paisible ou douloureux selon les circonstances □ qui advient, indépendamment de la longueur de la vie, dans les ultimes moments d’une existence personnelle et qui mène ordinairement, mais pás nécessairement, au décès □ cet

momento ou até como um acontecimento. Falar sobre a morte é, também, saber identificar que a morte não se restringe à cessação irreversível das funções do tronco cerebral.

Em termos jurídicos, estabelece-se □ com o imprescindível contributo prestado pelo saber contemporâneo das ciências médicas □ qual o acontecimento da morte; qual o facto a que a morte corresponde. No fundo, trata-se do limite absoluto do conhecimento das ciências médicas: o critério de determinação da morte representa, de uma outra perspectiva, o limite das possibilidades de manutenção e prolongamento da vida permitidas pela ciência médica.

Na verdade, até à década de 70 do século passado, o critério para determinação da morte consistia na cessação das funções cardíaca e respiratória (critério da morte cardio-respiratória)³³. Foi a evolução das possibilidades oferecidas pelas técnicas de ressuscitação que determinou o abandono desse critério³⁴.

Por este motivo se pode afirmar que a ciência médica indica ao direito até que momento se poderá falar em protecção de vida humana. O acontecimento “morte”³⁵ é, por isso, determinante para a ordem

«événement» qui transforme le vivant en un cadavre et qui débouche sur l'état de mort», *Confrontations avec la mort*, Paris: Cerf, 2005, p. 27 e s.

³³ Assim, TERESA QUINTELA DE BRITO, «Crimes contra a vida: questões preliminares», *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 32 e STELA BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, Almedina: Coimbra, 2007, p. 186 e s., n. 280.

³⁴ Sobre este assunto, veja-se GÜNTHER STRATENWERTH, «Zum juristischen Begriff des Todes», *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt: Klostermann, 1969, p. 531.

³⁵ Como refere AXEL THIAS, a morte cerebral marca um ponto fixo no processo de morte do organismo. Veja-se *Möglichkeiten und Grenzen eines selbstbestimmten Sterbens durch Einschränkung und Abbruch medizinischer Handlung*, Frankfurt: Peter Lang, 2004, p. 41.

jurídica, originando *per se* um facto jurídico axial na conformação do direito, com importantes consequências jurídicas³⁶.

Mas a importância da determinação do momento da morte reflecte-se também em termos penais: verificada a morte, termina a protecção penal da vida humana³⁷.

O significado deste reflexo assume, de igual modo, refacções nos comportamentos ofensivos da vida humana. Explicitando um pouco mais, verificamos que o direito penal, ainda que tenha em conta os diversos modos e formas de ofensa do bem jurídico «vida humana»³⁸, apenas distingue entre a realidade de estar vivo e a realidade de se estar morto. Não encontramos, no ordenamento penal, refacção do processo de morte³⁹ ou, por outras palavras: não existe diferenciação no bem jurídico protegido no fim da vida, tal como podemos surpreender esta

³⁶ Efectivamente, é questão incontroversa na doutrina que, desde logo, o facto “morte” é pressuposto e causa da sucessão. Cfr., por todos, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II – Das Sucessões, Lisboa: Lex, 1993, p. 179.

³⁷ O que não implica, todavia, que deixe de haver qualquer protecção do que resta: o Código Penal é disso mesmo reflexo, ao tipificar como crime a profanação de cadáver ou de lugar fúnebre no seu art. 254º. Trata-se aqui da protecção do respeito pelos mortos, do respeito por o que são representações do que foi uma pessoa. Dito de outro modo: «este tipo legal visa a protecção dos sentimentos de “piedade” para com defuntos, por parte da colectividade (...) [no] sentido original e latino do mesmo de respeito face a entidades que transcendem a existência singular». Cfr. J. M. DAMIÃO DA CUNHA, Anotação ao artigo 254º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 653.

³⁸ Nas palavras de JOSÉ DE FARIA COSTA, “em definitivo: o que verdadeiramente se consagra em toda a área da incriminação dos crimes contra a vida não é um e só um crime contra a vida; ao invés, postula-se como necessário, proporcional e adequado positivar vários crimes que tenham em devida conta não só os momentos de realização da vida humana mas também o modo e a circunstância em que a sua violação tem lugar”, In: «O fim da vida e o direito penal», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 116.

³⁹ A propósito do processo de morte, de uma perspectiva jurídica, cfr. Ralph Weber, «Der Hirntodbegriff und der Tod des Menschen», *Zeitschrift für Lebensrecht* 4/2002, p. 94 e s., *maxime*, p. 99.

diferenciação no início da vida, através da distinção (legal) entre vida intra-uterina e vida de pessoa nascida. Assim, não existe um bem jurídico-penal que se situe entre a vida humana e o cadáver⁴⁰.

Mas também tem crescido por parte dos penalistas a consciência de que este estado de coisas poderá, eventualmente, representar uma lacuna face ao actual desenvolvimento da ciência médica e que, neste âmbito, poderá equacionar-se a autonomização de outros bens jurídicos⁴¹. Aliás, esta fragmentação a propósito da vida humana não é estranha ao direito penal. Sublinhe-se uma vez mais: nos crimes contra a vida distinguem-se os crimes contra a vida intra-uterina (artigos 140º a 142º do Código Penal) dos crimes contra pessoa já nascida (artigos 131º a 139º do Código Penal)⁴².

Cumprido, ao cabo e ao resto, perguntar se o processo do fim de vida □ como o processo do início da vida □ deveria, também ele, ter eco no patamar jurídico-penal.

Ora, o facto é que o fim da vida pode não ser apenas a cessação irreversível das funções do tronco cerebral. Pode ser mais do que isso.

⁴⁰ Com efeito, “que o cadáver, ou melhor, que a refração que o cadáver provoca, quer no sentido de impor à comunidade o respeito pelos mortos, quer na dimensão de ser ele mesmo objecto de piedade de familiares e amigos □ não esqueçamos que a cultura jurídica europeia tem em Antígona, precisamente, um dos seus mais fundos pontos de apoio da projecção estruturante do direito □, co-envolve um bem jurídico que o direito penal protege”. Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, «O valor do silêncio do legislador penal e o problema das transplantações», *Boletim da Faculdade de Direito*, 69 (1993), p. 230, n. 61.

⁴¹ Um dos principais expoentes desta corrente entre nós é José de Faria Costa, que procura autonomizar como bem jurídico-penal a integridade pessoal (da pessoa autónoma). Mais aprofundadamente, JOSÉ DE FARIA COSTA, «Vida e morte em direito penal (Esquissos de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 14 (2004), p. 171 e s.

⁴² Sobre a distinção entre vida de pessoa já nascida e vida intra-uterina como posição assumida no Código Penal português, cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Anotação ao art. 131º, *comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, § 4, p. 4.

Pode ser um longo e ininterrupto processo de deterioração das funções vitais e mesmo psíquicas. O certo é que este fim da vida não é autonomizável da vida plena em termos jurídico-penais.

A propósito desta questão, um dos temas de fronteira que nos propomos trazer é o Estado Vegetativo Persistente (EVP)⁴³. Os problemas suscitados por este quadro clínico colocam-se em diversos patamares e, para a sua abordagem fora do contexto jurídico-penal, iremos socorrer-nos de um Parecer e de um Relatório do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida⁴⁴.

De acordo com a *Multi-Society Taskforce on the Persistent Vegetative State*, o EPV é “uma situação clínica de completa ausência de consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral”. Considera-se que o Estado Vegetativo se torna persistente “quando as alterações neurológicas persistem por mais de três meses após a anóxia cerebral e doze meses na sequência de traumatismo craniano”. Não deve, por isso, confundir-se com a morte cerebral, apesar de apresentar uma probabilidade mínima de recuperação. Todavia, um dos aspectos prende-se com a terapêutica ou cuidados básicos necessários à manutenção da vida do doente, de entre eles a alimentação e hidratação assistidas.

De acordo com o mencionado Relatório, “no caso dos doentes em EVP, o único benefício potencial em serem mantidos em vida com cuidados extraordinários é a hipótese remota de uma recuperação tardia, que é sempre acompanhada por deficiência profunda (...). No caso de

⁴³ A designação EPV foi pela primeira vez utilizada em 1972. Este quadro clínico resulta de lesões directa ou indirectamente infligidas ao Sistema Nervoso Central.

⁴⁴ Respectivamente, Parecer 45/CNECV/05 de Fevereiro de 2005 e Relatório sobre o Estado Vegetativo Persistente, de Fevereiro de 2005.

um doente em EVP, o prolongar a vida não traz quaisquer benefícios, quer directos quer indirectos”⁴⁵. Vemos, portanto, que neste «processo de morte» deverá distinguir-se entre cuidados extraordinários — considerados desproporcionados — e cuidados básicos. O facto é que, no caso particular do EVP, os cuidados básicos, aqui, a alimentação e a hidratação — tal como a ventilação ou a diálise — substituem uma função vital e poderão, assim, ser entendidos como tratamento ou mesmo medida paliativa.

Em suma, em caso de doentes em EVP estamos perante vida humana funcionalmente dependente de cuidados de terceiros para a manutenção de funções vitais, sem que o próprio doente disso — ou mesmo de si — tenha consciência. Não deixa, contudo, de se tratar de vida vivente, vida humana no sentido biológico-fisiológico, dado que ainda não ocorreu o acontecimento morte. Mas poderemos, então, entender, em termos jurídico-penais, que esta vida humana é igual a qualquer outra de alguém na plena posse das suas funções e consciência? Deverá o direito penal punir de igual modo aquele que matar um homem «saudável» e aquele que matar um homem em EVP?

Actualmente, a resposta que podemos encontrar no Código Penal português não poderá ser senão afirmativa. Desde logo, pois, no caso de um doente que se encontre em EVP não poderá haver um pedido que determine a aplicação do artigo 134º do Código Penal e, por outro lado, a motivação pode não ser relevante para efeitos de privilegiamento (artigo 133º). Pergunta-se: tomando como exemplo de fronteira dos desenvolvimentos médico-científicos que a manutenção do EVP demonstra, deverá o direito penal manter-se alheio a uma diferenciação?

⁴⁵ Relatório sobre o Estado Vegetativo Persistente, de Fevereiro de 2005, p. 13.

Distinguindo o direito penal entre o bem jurídico «vida intra-uterina» e o bem jurídico «vida», será desproporcional questionar, atento o desenvolvimento das formas de sustentação e prolongamento da vida, se poderia haver lugar a uma outra distinção, no âmbito dos crimes contra a vida humana⁴⁶, ou melhor, dos crimes contra as pessoas, que reflectisse as situações em que a vida está em processo de morte?

Efectivamente, tanto o processo de início da vida, como o estado vivente ou ainda o processo de morte fazem parte da realidade jurídico-penal de pessoa, pelo que “as exigências da realidade que os novos meios médicos suscitaram, parecem obrigar-nos, a partir de agora, a pôr, ao menos como hipótese, a existência de um novo bem jurídico-penal”⁴⁷. É esta a hipótese para a qual pretendemos chamar a atenção, convocando ainda, como último breve passo neste caminho, a noção jurídico-penal de pessoa.

§ 4 Noção jurídico-penal de pessoa

Em termos conceituais, não deve conferir-se sinonímia entre vida humana e pessoa. Efectivamente, o conceito de pessoa não pode ser analisado desligado de pressupostos éticos ou mesmo filosóficos. Inversamente, a ideia de vida humana pode limitar-se, unicamente, a uma

⁴⁶ A propósito desta distinção se pronunciam JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Anotação ao art. 131º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, § 5, p. 5 e DAMIÃO DA CUNHA, Anotação ao art. 140º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, § 9, p. 158 e s.

⁴⁷ JOSÉ DE FARIA COSTA coloca esta questão em relação ao bem jurídico «integridade pessoal», parecendo-nos, todavia, que a mesma questão poderá igualmente ser colocada no patamar do processo de morte. Cfr. «Vida e morte em direito penal (Esquissos de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 14 (2004), p. 191.

observação biológica⁴⁸. Não se trata, aqui, de defender que vida humana é menos do que pessoa, apenas de precisar que são, para efeitos jurídicos, realidades distintas⁴⁹.

Em termos estritamente biológicos podemos afirmar que existe vida humana desde a concepção, o mesmo já não podendo afirmar em termos jurídico-penais, como pudemos observar aquando da referência ao crime de aborto. Na verdade, os crimes contra as pessoas — onde se integra o Capítulo relativo aos crimes contra a vida intra-uterina — protegem a vida humana a partir da nidação^{50 51}. Poderemos, então, afirmar que para o direito penal o conceito de pessoa apenas se aplica a partir da nidação, logo verificamos que este é um factor de afastamento da sinonímia entre vida humana e pessoa.

⁴⁸ Relatório da CNECV sobre Procriação Medicamente Assistida, de Julho de 2004 (cit.), p. 24.

⁴⁹ Aqui discordamos da posição de STELA BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, Almedina: Coimbra, 2007, p. 203, que defende que há uma pessoa a partir do momento da concepção.

⁵⁰ DAMIÃO DA CUNHA, Anotação ao art. 140º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, § 16, p. 150 e s. Como refere este Autor, não obstante podermos encontrar, na perspectiva de direito comparado, idênticas soluções no direito alemão (§ 218, 1) e no direito suíço, existem entre nós autores que entendem que a tutela penal se inicia com a fecundação (Maia Gonçalves e Leal-Henriques/Simas Santos). A este propósito, no direito penal alemão SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2006, § 218, 10, p. 1847.

⁵¹ Impõe-se, assim, talvez um esclarecimento para a elucidação do qual nos iremos socorrer das palavras de JOÃO CARLOS LOUREIRO: “se o conhecimento da Biologia é pressuposto indispensável para um tratamento sério da questão □ a discussão do estatuto ontológico tem de tomar em consideração os ‘pressupostos de facto’ biológicos (R. Colombo (1996, p. 140) □, não se pode cair num ingénuo reducionismo biológico. Assim, o conceito de pessoa pertence a outros campos semânticos □ ontológico, axiológico, jurídico □, mas nunca biológico”, «O estatuto do embrião», *Novos Desafios à Bioética*, Porto: Porto Editora, 2001, p. 112.

Todavia, observamos também que, de uma óptica jurídico-penal⁵², é-se pessoa até ao acontecimento morte⁵³. Quer isto significar que o direito penal considera como integrante do conceito de pessoa a realidade biológica que vai desde a nidação até à cessação irreversível das funções do tronco cerebral. Mas, repitamo-lo, não a considera de forma homogénea, diferenciando a fase intra-uterina da fase autónoma.

Este, então, mais um passo na observação de que a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da vida humana não constituem monólitos jurídicos, antes encontrando, do lado do direito penal, a protecção adequada dos bens jurídicos que naquelas se alicerçam.

Julgamos, deste modo, que este é um *Leitmotiv* para que possamos considerar possível discutir, tanto de um ponto de vista sistemático, como de uma perspectiva dogmática, a autonomização de novos bens jurídico-penais no patamar dos crimes contra as pessoas. O que todavia não implica que possamos defender que, de entre estes bens jurídico-penais exista uma hierarquia, ou que um deva ter valor inferior a um outro. Trata-se apenas de colocar a possibilidade de encontrar uma valoração autónoma, rejeitando-se qualquer valoração hierarquicamente determinada.

§ 5 Considerações finais: o bem jurídico “vida humana”

⁵² Impõe-se, aqui, um esclarecimento. No âmbito deste trabalho restringimo-nos apenas ao conceito de pessoa para efeitos penais, sabendo, não obstante, que se trata de conceito controverso de uma perspectiva filosófica. Todavia, não pretendemos adensar a controvérsia em tempo e lugar inapropriados para o fazermos.

⁵³ Como refere JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “a qualidade de pessoa para efeito do tipo de ilícito objectivo do homicídio termina com a morte: o cadáver não é mais *pessoa* para este efeito”, Anotação ao art. 131º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, § 14, p. 9.

Ao longo deste percurso, temos vindo a verificar que para que possamos interligar a referência da Lei Fundamental à “vida humana” com a “vida humana” enquanto bem jurídico-penal, é necessário uma melhor compreensão e densificação do que é, afinal, a “vida humana”. A vida humana, mais do que uma mera realidade biológica é hoje, frente ao mundo hiper-complexo, ela também uma realidade hiper-complexa que coloca grandes desafios ao direito penal. O direito penal não pode, assim, desligar-se destas exigências da contemporaneidade, cumprindo, simultaneamente a sua função primeira de defender ou proteger bens jurídicos que tenham dignidade penal⁵⁴.

É, por isso, necessário ter presente que a vida humana não mais se restringe a um processo natural, em que o seu início e o seu fim são objecto de consenso social e, correlativamente, jurídico-penal.

Neste sentido, a protecção do bem jurídico “vida humana” não pode mais fazer-se por apenas mera referência àquela realidade natural. A vida humana, encontrando refracção no direito penal, deverá antes compreender diferentes patamares de protecção, de que já encontramos eco na distinção entre «vida intra-uterina» e «vida de pessoa nascida». Contudo, talvez esta distinção não seja já suficiente para a protecção jurídico-penal da vida humana enquanto “corolário material da própria ordem jurídica”⁵⁵. Talvez porque o processo de morte, *rectius*, o fim da vida é progressivamente vivido como um processo que se vê prolongado

⁵⁴ Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 22 e s. Contudo, esta é uma ideia que partilha de consenso alargado na doutrina portuguesa e também na doutrina alemã. Veja-se CLAUS ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3 Aufl., München: Beck, 1997, p. 11, § 2 e URS KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 37.

⁵⁵ *O Perigo em Direito Penal*, Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 252.

com recurso a métodos artificiais. Talvez porque este processo — fruto da existência dos referidos métodos — é cada vez mais significativo enquanto fase da vida humana, assume cada vez mais relevo no actual desenvolvimento da vida vivente.

Partindo da premissa □ constitucionalmente fundada □ da «igual dignidade de todas as vidas»⁵⁶, é este o motivo que nos impele a questionar, na esteira de José de Faria Costa, se não é este o tempo para uma possível autonomização de um novo bem jurídico-penal — que reflecta a vida em processo de morte — e que esta “autonomização sirva, antes e só, de fundamento a um direito penal, mais denso, mais moderno, mais justo mas também e definitivamente sempre liberal”⁵⁷ ou se, de uma outra perspectiva, este moderno estado de coisas não permitirá entender existir, outrossim, um novo contexto a considerar para a formulação de outro tipo penal que proteja a sempre digna vida humana.

⁵⁶ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 448.

⁵⁷ Cfr. «Vida e morte em direito penal (Esquisto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 14 (2004), p. 192.