

Exmo. Senhor Presidente do Tribunal Constitucional
Juiz Conselheiro José João Abrantes

A Provedora de Justiça vem, ao abrigo do disposto no artigo 281.º, n.º 2, *alínea d)*, da Constituição da República, requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de normas constantes da Lei n.º 22/2023, de 25 de maio, que regula as condições em que a morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal.

Mais precisamente, pede-se, *a título principal*, a declaração de inconstitucionalidade do disposto no n.º 6 do artigo 4.º e do n.º 1 do artigo 5.º da referida lei, e, *consequencialmente*, a declaração de inconstitucionalidade das normas constantes dos seus artigos 2.º, *alínea a)*; 3.º, n.ºs 1 e 3; das restantes disposições dos artigos 4.º e 5.º; de todas as disposições dos artigos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º e 10.º; e ainda do disposto no artigo 28.º.

Entende-se que a regulação contida em todas estas disposições legais é contrária ao que consagra a Constituição no n.º 1 do seu artigo 24.º e no n.º 1 do seu artigo 26.º.

O pedido assenta nos seguintes fundamentos:

I

A Lei n.º 22/2023 e as opções nela contidas

1. A Lei n.º 22/2023 constitui *o ponto de chegada* de uma longa *odisseia legislativa*, no decurso da qual foi o Tribunal Constitucional chamado a debruçar-se sobre as questões que a morte medicamente assistida suscita, bem como sobre as exigências que a regulação desta deve respeitar. Neste quadro, o Tribunal pronunciou-se por duas vezes no sentido da inconstitucionalidade de algumas disposições dos Decretos submetidos à sua apreciação (Acórdãos n.º 123/2021 e n.º 5/2023), e clarificou alguns

dos mais fundamentais problemas que a morte medicamente assistida coloca, como sejam a sua compatibilidade abstrata com o direito à vida (artigo 24.º, n.1, da Constituição) ou as exigências mínimas de determinabilidade dos conceitos presentes nas normas que definem os seus pressupostos. Sobre tais questões não se impõe, pois, um novo exame por parte do Colégio e o presente requerimento não pretende promovê-lo. Todavia, a Lei n.º 22/2023 não é uma *lei qualquer*. Não sendo neutra sob o ponto de vista dos bens essenciais que a Constituição procura proteger e promover, afigura-se vital assegurar um exigente escrutínio sobre as opções nela contidas, desta vez com base em razões diferentes das já apreciadas pelo Tribunal.

2. A Lei n.º 22/2023 procura conciliar dois bens constitucionais da maior relevância: a vida, protegida pelo artigo 24.º da Constituição, e a autodeterminação pessoal, protegida pelo direito ao desenvolvimento da personalidade consagrado no artigo 26.º, n.º 1. Enquanto verdadeira *lei harmonizadora de bens constitucionais*, a Lei n.º 22/2023 assume opções estruturantes:

- (i) contém normas que tornam admissível a morte medicamente assistida, entendida esta como aquela que, ocorrendo por vontade e decisão da própria pessoa, é praticada ou ajudada por profissionais de saúde [cfr. artigo 2.º, *alínea a*), da Lei n.º 22/2023];
- (ii) declara não puníveis criminalmente as condutas que materializem a morte ou a ajudem a ocorrer (cfr. artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 22/2023), o que, no plano sistemático, significa que aquelas que preenchem o tipo de crime de homicídio a pedido da vítima (cfr. artigo 134.º n.º 1, do Código Penal), de incitamento ou ajuda ao suicídio (cfr. artigo 135.º, n.º 1, do Código Penal) e de propaganda ao suicídio (cfr. artigo 139.º, n.º 1, do Código Penal), passam a contar com um fundamento específico de não punibilidade;
- (iii) Muito para além da mera despenalização de condutas, cria um *procedimento público autorizativo ou habilitador da morte medicamente assistida* e regula os pressupostos e requisitos para que esta possa dar-se, sendo que o respeito

por todas as normas procedimentais e materiais é condição *sine qua non* da não punibilidade das mencionadas condutas (cfr. artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 22/2023).

3. Como se disse no Acórdão n.º 123/2021, no «fulcro» das opções legislativas está a criação do procedimento referido em (iii). O legislador não quis apenas determinar o âmbito da não punibilidade dos atos de terceiros dos quais decorra, por intervenção direta ou por mero auxílio, a morte de alguém. Mais do que isso, foi escolhida a criação de um procedimento geral em função do qual certos destinatários poderão vir a ser considerados elegíveis para a prática do suicídio assistido e da eutanásia. O que caracteriza este procedimento é a sua integral natureza pública ou estadual. Trata-se, na verdade, de um procedimento *administrativo-autorizativo* que decorre por inteiro sob responsabilidade do Estado, independentemente do facto de ser ou não a sua fase final realizada em estabelecimento estadual ou do Serviço Nacional de Saúde. É o Estado que, através da lei, institui o procedimento. É o Estado que, através da lei, regula a suas fases. É o Estado que, através da lei e demais regulamentos, garante a sua legalidade, com o exercício de funções de autorização e fiscalização a serem conferidas a autoridades administrativas suas. É o que resulta dos artigos 4.º a 10.º da Lei n.º 22/2023, onde se definem as diferentes fases do procedimento administrativo e se confere à Comissão de Verificação e Avaliação (CVA), que funciona junto da Assembleia da República, a função precípua de, verificando a legalidade do procedimento, autorizar ou não a sua prossecução. Para além desta CVA, exerce ainda funções fiscalizadoras a Inspeção Geral das Atividades em Saúde (artigo 23.º).

4. É sabido que, sendo este o «fulcro» das opções contidas na Lei n.º 22/2023, é ele raro em direito comparado. O Tribunal Constitucional já se debruçou longamente sobre a questão, pelo que não vale a pena a ela regressar com demora. Nos Acórdãos n.ºs 123/2021 e 5/2023 foi dito a este propósito o essencial. Na Europa só os países do Benelux seguem, desde os inícios do século XXI, opção equiparável a esta, que o legislador português agora pretende concretizar. Mais recentemente a estes países se



juntou a Espanha, que, em lei de 2021, instituiu igualmente um procedimento administrativo destinado a receber e a avaliar, em «contexto eutanásico», requerimentos de «prestações de auxílio para morrer». A referida lei foi submetida ao Tribunal Constitucional que, em decisão publicada a 25 de abril de 2023, considerou que a escolha legislativa, de configurar a «prestação de auxílio para morrer» como um verdadeiro «direito subjectivo público» ao qual se contrapõe um dever de prestar do Estado antes inexistente na ordem jurídica espanhola, se revelava conforme com o disposto nos artigos 10.º (dignidade da pessoa e direito ao livre desenvolvimento da personalidade) e 15.º (direito à vida e à integridade pessoal) da Constituição de 1978. Fundamental para a formação da convicção do Tribunal foi o facto de este ter considerado que o procedimento previsto pela lei, configurado como «um genuíno procedimento administrativo», dava garantias suficientes de que as «prestações» só seriam deferidas a quem exprimisse a vontade *livre, consciente, reiterada e informada* de convocar o auxílio de terceiros para, verificados certos pressupostos (o referido «contexto eutanásico»), pôr termo à vida.

5. Os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade foram também os invocados por importantes sentenças que sobre a matéria emitiram recentemente os Tribunais Constitucionais de Itália, da Alemanha e da Áustria. Os dados, sobejamente referidos pelos Acórdãos n.ºs 123/2021 e 5/2023, são do inteiro conhecimento do Colégio pelo que mais uma vez se não justifica a eles regressar. Basta por isso que se recorde, por um lado, o *contexto diverso* em que são proferidas estas decisões e, por outro, as razões gerais que explicam a convocação uníssona, por parte de vários tribunais de Estados europeus, dos mesmíssimos princípios que fundaram o Acórdão do Tribunal Constitucional espanhol de 25 de abril de 2023.

Nem em Itália, nem na Alemanha nem na Áustria assumiu a lei ordinária a opção fundamental que em Portugal e em Espanha (e também nos países do Benelux) foi tomada. Assim, o objeto sobre o qual incidiram as decisões dos respetivos tribunais constitucionais não foi o da instituição, por lei, de um procedimento *administrativo-autorizativo* a cargo do Estado destinado a receber e a avaliar pedidos de cidadãos no

sentido da obtenção – para usar a terminologia da lei espanhola – de «prestações de auxílio para morrer». Quer em Itália, quer na Alemanha quer na Áustria foi outra a situação que determinou a intervenção dos respetivos tribunais. Em Itália, o que chegou ao conhecimento da *Corte Costituzionale* foi, a partir de um reenvio prejudicial feito pelos tribunais comuns, a questão de saber se o artigo 580.º do Código Penal, que criminalizava a chamada ajuda ao suicídio, podia ser tido como conforme com a Constituição em quaisquer circunstâncias, mesmo naquelas identificadas como sendo *extremas* na existência de cada um. Na Alemanha, onde a assistência ao suicídio, quando prestada em tais circunstâncias extremas, já não era punida graças a decisões nesse sentido reiteradamente tomadas por tribunais superiores, o que chegou ao conhecimento do *Bundesverfassungsgericht* por meio de vários «recursos de amparo» [*Verfassungsbeschwerde*] foi a questão de saber se seria ou não conforme com a Constituição a alteração feita em 2015 ao Código Penal, que criminalizava a oferta e o providenciar de serviços de suicídio assistido com propósitos comerciais. Finalmente, na Áustria, onde se punia em termos particularmente severos quer a ajuda e o incitamento ao suicídio (§78StGB) quer a chamada «morte a pedido» (§77StGB), foi o Tribunal chamado a pronunciar-se sobre a possibilidade de persistência, à luz da Constituição, destas medidas de política criminal.

Em todas estas decisões se concluiu pela inconstitucionalidade das criminalizações, com fundamento em princípios que, não obstante as diferentes formulações nacionais, acabaram por ser significativamente próximos. Em Itália, a *Corte* entendeu que, nas circunstâncias em juízo, a criminalização decorrente do artigo 580.º do Código Penal era contrária ao disposto nos artigos 2.º (direitos invioláveis do homem), 13.º (liberdade pessoal) e 32.º (direito à saúde) da Constituição de 1947. Na Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht* entendeu que a subsistência da incriminação decorrente do artigo 217.º do Código Penal, que fora introduzida em 2015, era contrária ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade inscrito no artigo 2.º n.1, da *Grundgesetz*. E na Áustria, na falta de uma específica formulação constitucional, o *Verfassungsgerichtshof* construiu jurisprudencialmente *um direito à autodeterminação* [pessoal], no qual incluiu o *direito a uma morte autodeterminada* (resultante da interpretação conjugada do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do



MF

Homem, do direito à vida e do princípio da igualdade), com base no qual declarou a inconstitucionalidade da incriminação decorrente do §§ 77 do Código Penal, na parte relativa ao auxílio ao suicídio.

6. Todas estas decisões foram tomadas entre 2019 e finais de 2020. A partir de então, só na Áustria se legislou no sentido de regular os termos em que se deveria ter por não punível o auxílio ao suicídio. Embora a necessidade de uma tal regulação por lei tivesse sido sublinhada tanto pelo Tribunal Constitucional alemão quanto pelo Tribunal Constitucional italiano, a verdade é em que em nenhum destes países chegou já o legislador a fixá-la. Por seu turno, a lei austríaca, de 1 de janeiro de 2022, é de natureza assaz diferente da Lei n.º 22/2023 e das suas homólogas espanhola ou dos países do Benelux. A *Sterbeverfügungsgesetz* limita-se a identificar com precisão que pressupostos é que devem estar reunidos para que se considere não punível o auxílio ao suicídio, determinando, por exemplo, que só não existirá crime se o dito auxílio for prestado a cidadãos nacionais, maiores, que sejam capazes de declarar a sua vontade livre e *autodeterminada* e que sofram de doença incurável e que afete por inteiro a vida. É certo que, aqui, o legislador não deixou de se preocupar com procedimentos e não deixou de os definir. Diz-se, por exemplo, qual é o procedimento que é necessário seguir para que a vontade do doente possa ser tida como *livre e autodeterminada*, exigindo-se para tanto a sua manifestação perante um notário. De igual modo, são definidos os termos que os auxílios, a prestar por médicos, devem seguir: por exemplo, quantos pareceres são necessários; em que tempos devem ser emitidos; qual a especialidade dos profissionais envolvidos (um deles terá que ser especialista em cuidados paliativos); como devem eles atestar da verificação dos pressupostos da não punibilidade. No entanto, tal não significa que o termo «procedimento» tenha aqui significado idêntico ao que tem na lei portuguesa ou na lei espanhola. Em momento algum foi opção do legislador austríaco instituir um *iter* procedimental que decorre sob inteira responsabilidade do Estado e nos termos do qual se peticiona junto das autoridades públicas a «prestação de auxílio para morrer». Em vez da institucionalização desta especial prestação pública, «compreendida e enquadrada no âmbito de um complexo quadro de regulação jurídica no qual se

integra, em especial, numa dinâmica de interação entre o cidadão e o Estado, um *procedimento administrativo de carácter autorizativo* (...) cuja finalidade mesma é a da emissão de um parecer favorável da CVA» (Acórdão n.º 123/2021), a lei austríaca limita-se a definir as condições que devem ser verificadas para que certa conduta não seja punível.

Assim, é inevitável que se reafirme a conclusão que atrás se adiantou. No seu «fulcro essencial», a opção contida na Lei n.º 22/2023 é rara em direito comparado. É rara, nos termos já descritos, no quadro europeu. E continua a ser rara em países não europeus, distantes de nós em cultura cívica e jurídica. Os exemplos referidos nos Acórdãos n.ºs 123/2021 e 5/2023 (Colômbia; Canadá; certos Estados dos EUA; certos Estados do universo da Oceânia) não permitem que se diga o contrário.

II

Vontade atual e reiterada, séria, livre e esclarecida

7

7. Um traço essencial une, no entanto, todos os exemplos de direito comparado que vimos de referir. Qualquer que seja a solução que acolham, a da institucionalização de um procedimento estadual-administrativo ou da descriminalização de condutas antes proibidas, todos eles assentam numa ideia base que se apresenta como sendo o verdadeiro «pilar» dos respetivos sistemas legais. E esse pilar é a vontade *livre, consciente, reiterada e informada* de quem pede o auxílio de outrem para pôr termo à vida. Como acabámos de ver, foi em nome da especial *dignidade* de que se reveste a expressão desta vontade, e da obrigação por parte dos Direitos dos Estados de a reconhecer, que os tribunais constitucionais decidiram como decidiram.

8. Sendo este o pilar sobre o qual assentam todos os diferentes sistemas legais, é também este o pilar sobre o qual assenta o sistema que a Lei n.º 22/2023 institui. No seu artigo 2.º, *alínea a)*, diz-se que a morte medicamente assistida é a que ocorre por *decisão* da própria pessoa, em exercício do seu direito fundamental à autodeterminação

e livre desenvolvimento da personalidade. Estes mesmos termos (*vontade e decisão* da própria pessoa) são logo repetidos no n.º 3 do artigo 3.º, imediatamente antes de serem identificadas as duas situações, a da *lesão definitiva de gravidade extrema* e a de *doença grave e incurável*, em que pode dar-se a morte medicamente assistida. Antes disso, no n.º 1 do mesmo artigo 3.º, já se tinha deixado bem claro, em *repetida definição*, que esta [a morte medicamente assistida] só pode ocorrer por decisão da própria pessoa *cujá vontade seja atual e reiterada, séria, livre e esclarecida*.

Seguem-se normas de procedimento que se mostram particularmente exigentes quanto à necessidade de expressão formal desta *vontade* que se quer séria, livre e esclarecida. Logo no artigo 4.º, quando se estabelece o modo de proceder para a «abertura do processo clínico», se exige que o doente a exprima em documento escrito, datado e assinado. O documento é endereçado ao médico orientador, que, se emitir parecer favorável à continuação do procedimento, deverá perguntar «se o doente mantém e reitera a [sua] vontade» inicialmente expressa. A resposta é registada por escrito, datada e assinada. Em sendo afirmativa esta resposta, segue-se a necessidade de confirmação do parecer inicial por outro médico, desta vez especialista. Novamente – em sendo favorável à continuação do procedimento este segundo parecer – se pergunta ao doente se reitera a sua vontade de recorrer à morte medicamente assistida, havendo também aí lugar a documento escrito, datado e assinado. Se, por vontade assim expressa, tudo continuar, poderá vir a ser necessária a intervenção de médico especialista em psiquiatria. Caso daqui resulte ainda parecer favorável [à continuação do procedimento], será novamente o doente perguntado sobre a reiteração da sua vontade, em documento escrito, datado e assinado. O mesmo documento, com a mesma forma, se exige na fase seguinte, perante parecer favorável da Comissão de Verificação e Avaliação; e ainda se exige quando, já perto do final, doente e médico orientador combinarem entre si « dia, hora, local e método a utilizar para a prática da morte medicamente assistida», pois que também aí se requer que seja «consignada por escrito, datada e assinada pelo doente» a decisão que for tomada. Mesmo no momento último em que se administram os fármacos letais o cuidado se mantém, pois que ainda nessa altura deve «o médico orientador (...) confirmar se o doente mantém a vontade de requerer a morte medicamente assistida

na presença de uma ou mais testemunhas», mas já se não exigindo então a forma escrita.

Todo este cuidadoso procedimento, definido nos artigos 4.º a 10.º da Lei n.º 22/2023, visa evidentemente garantir que nada acontece por outro motivo que não seja a vontade livre e reiterada de quem pede o auxílio de outrem para morrer. Assim se confirma, portanto, que é também este o pilar sobre o qual assenta o «sistema» que a Lei n.º 22/2023 instituiu.

9. Sucede, porém, que a formação de uma vontade que seja verdadeiramente livre e esclarecida se não garante só com o recurso a reiteradas manifestações verbais. Garante-se e protege-se a formação de uma *vontade livre* se, no momento da escolha, estiver efetivamente ao alcance de quem decide a possibilidade de enveredar por um outro caminho ou de seguir uma via alternativa.

Não sendo os pressupostos da morte medicamente assistida *quaisquer uns*, mas só aqueles em que (e para usar apenas as expressões da lei portuguesa) se verificarem situações de *lesão definitiva de gravidade extrema, doença grave e incurável, com sofrimento de grande intensidade*, natural é que a via alternativa à morte medicamente assistida se encontre na assistência dispensada pelos chamados *cuidados paliativos*. Seguramente que não será esta a única [via alternativa]; mas seguramente que se revestirá ela de primordial importância. A definição mesma que destes cuidados é dada pela Organização Mundial de Saúde – *cuidados activos e totais, prestados a pacientes cuja doença que não responde ao tratamento curativo* – assim o permite entender. Como o permite entender a definição dada, em Portugal, pela Lei de Bases dos Cuidados Paliativos (Lei n.º 52/2012, de 5 de setembro) segundo a qual são estes os «cuidados activos, coordenados e globais, prestados por unidades e equipas específicas, em internamento ou domicílio, a doentes em sofrimento decorrente de doença incurável ou grave, em fase avançada e progressiva, assim como às suas famílias, com o principal objetivo de promover o seu bem-estar e a sua qualidade de vida, através da prevenção e alívio do sofrimento físico, psicológico, social e espiritual, com base na identificação precoce do tratamento rigoroso da dor e outros problemas físicos, mas também psicossociais e espirituais.» Perante esta definição, lógico é que se entenda que, para quem escolhe,

a possibilidade de recorrer à dispensação destes cuidados surja como alternativa à morte medicamente assistida.

10. A mesma ideia é corroborada pela análise do direito comparado. Em Itália, por exemplo, onde as normas relativas à prestação de cuidados paliativos se assemelham às vigentes entre nós (*Legge n.38*, de 15 de março de 2010), a *Corte Costituzionale* sempre enfatizou, nas suas decisões sobre a norma penal incriminadora do auxílio ao suicídio, a relevância que deveria ser dada a este sistema legal. Em 2018, na *Ordinanza n.º 207*, o Tribunal apelou ao legislador para que regulasse o auxílio ao suicídio, de modo a que fossem determinadas as condições precisas em que o mesmo não seria punível. Um ano depois, confrontado com a inércia legislativa, declarou através da *Sentenza n.º 242/2019* a inconstitucionalidade da incriminação decorrente do artigo 580.º do Código Penal, quando aplicada a «situações existenciais extremas». Já o vimos. Mas o que importa agora notar é que, em ambas as decisões, a *Corte* apresentou indicações ao legislador, contando-se entre elas a necessidade de as estruturas de saúde não deixarem de oferecer aos doentes [que requeressem auxílio para morrer] a alternativa concreta dos cuidados paliativos dispensada pela *Legge n. 38/2010*, de modo a possibilitar a escolha livre do caminho a seguir.

Na Alemanha, onde em 2015 entrou em vigor uma nova lei destinada a reforçar a prestação de cuidados paliativos em todo o território federal (a *Hospiz- und Palliativgesetze-HPG*), o Tribunal Constitucional, na decisão por nós já referida em que declara a inconstitucionalidade da incriminação decorrente do artigo 217.º do Código Penal, também não deixa de prestar especial atenção ao «sistema legal» decorrente da HPG. Sublinhando a importância de que se reveste a escolha livre e consciente de quem pede auxílio para morrer, o Tribunal fala em *autodeterminação em sentido negativo*: para que a escolha livre realmente exista, é necessário (diz) que os cuidados paliativos dispensados pela HPG sejam efetivamente postos à disposição do doente, para que este os possa livre e conscientemente rejeitar. Na Áustria, a mesma necessidade – de se providenciar a quem peça auxílio para morrer a possibilidade efetiva de um outro caminho – foi de tal modo sublinhada pelo Tribunal Constitucional, na decisão a que também fizemos referência, que sucedeu o seguinte: no mesmo momento em que

entrou em vigor a por nós já mencionada *Sterbeverfügungsgesetz*, que, “cumprindo” a declaração de inconstitucionalidade do §§ 76 do *Strafgesetzbuch*, regulou os termos da não punibilidade do auxílio ao suicídio, entrou também em vigor (janeiro de 2022) a *Hospiz- und Palliativfondsgesetz -HospalFG*, ou «Lei de Reforço do Financiamento dos Cuidados Paliativos», com o objetivo declarado de assegurar que em todo o território nacional austríaco a rede de dispensação destes cuidados se tornasse uma realidade presente, à disposição de indivíduos e famílias.

Finalmente, na Bélgica e no Luxemburgo, onde as leis sobre morte medicamente assistida têm grande proximidade (Bélgica: *Loi relative à l'euthanasie, du 28 mai 2002*; Luxemburgo, *Loi sur l'euthanasie et l'assistance au suicide, du 16 mars 2009*), o que se determina é que o médico que orienta o doente discuta com este último as opções terapêuticas que ainda lhe restam, bem como as possibilidades oferecidas pelos cuidados paliativos e as suas consequências. O objetivo é o de se assegurar que, aos olhos do paciente, não existe alternativa aceitável para a situação de sofrimento em que se encontra. Se o médico não estiver convicto de que assim é, o procedimento não prossegue por não haver segurança quanto à formação da vontade livre, consciente e informada de quem pede auxílio para morrer.

11. Como já vimos, a Lei n.º 22/2023 confere grande importância à expressão formal desta vontade. Ao longo do procedimento, são pelo menos seis os momentos em que é perguntado ao doente – com a obrigação de uma resposta por escrito – se ainda mantém a intenção inicial de requerer a morte medicamente assistida. Todavia, este cuidado, assinalável, contrasta com a escassez de referências que, ao longo do mesmo procedimento, vão sendo feitas ao sistema legal dos cuidados paliativos e às alternativas de caminho que tal sistema pode oferecer. Na verdade, tal referência consta do n.º 1 do artigo 5.º, que, a propósito do *parecer do médico orientador*, diz que este emite «no prazo de 20 dias úteis a contar da abertura do procedimento parecer fundamentado sobre se o doente cumpre todos os requisitos referidos no artigo 3.º e presta-lhe toda a informação e esclarecimento sobre a situação clínica que o afeta, os tratamentos aplicáveis, viáveis e disponíveis, designadamente na área dos cuidados paliativos, e o respetivo prognóstico, após o que se verifica se o doente mantém e

reitera a sua vontade, devendo a decisão do doente ser registada por escrito, datada e assinada pelo próprio (...)), e pelo n.º 6 do artigo 4.º, onde, a propósito da *abertura do procedimento clínico*, se diz que «[a]o doente é sempre garantido, querendo, o acesso a cuidados paliativos.»

12. A norma do n.º 6 do artigo 4.º [*ao doente é sempre garantido, querendo, o acesso a cuidados paliativos.*] tem a formulação literal de uma descrição de facto. No entanto, muitas vezes sucede que a asserção de facto seja apenas usada para enfatizar a particular intensidade com que se apresenta uma certa asserção de direito (ex: *a vida humana é inviolável*). No sistema normativo da Lei n.º 22/2023 não cabem afirmações fácticas, que seriam falsas ou fúteis. Mas cabem intensas asserções de direito, justificadas pela necessidade de se dar suficiente proteção jurídica aos bens de primeira grandeza que são a vida e a autodeterminação da vontade. Incluído no primeiro artigo que regula o procedimento a seguir em caso da manifestação inicial da vontade de requerer a morte medicamente assistida, o n.º 6 do artigo 4.º só pode significar a intenção legislativa de logo nessa fase inicial se conferir proteção à autodeterminação plena por que se deve pautar quem quer que seja que desencadeie o processo e nele pretenda persistir. Assim, o que o n.º 6 do artigo 4.º quer dizer é que também o «sistema legal» português consagra aquele princípio que o Tribunal Constitucional alemão designou como sendo o da *autodeterminação negativa*: logo na abertura do procedimento clínico de morte medicamente assistida o doente *deve saber* que tem à sua disposição as vias alternativas dispensadas pelos cuidados paliativos; e o procedimento só prossegue se, em vontade livre e autodeterminada, tais alternativas forem conscientemente rejeitadas.

No entanto, a ser este o sentido – e não se vê como possa ser outro – da norma constante do n.º 6 do artigo 4.º, a única conclusão a retirar é que tal norma faz parte do grupo daquelas que são qualificadas como sendo de *execução, cumprimento ou aplicação impossíveis*. A Lei de Bases dos Cuidados Paliativos instituiu, na sua Base XII, a Comissão Nacional dos Cuidados Paliativos, à qual compete, *inter alia*, elaborar, com periodicidade bianual, os chamados «planos estratégicos para o desenvolvimento dos cuidados paliativos», bem como relatórios anuais sobre a execução destes «planos estratégicos». É basta recorrer aos dados facultados por qualquer um destes

documentos, nomeadamente pelos «planos estratégicos» relativos aos dois últimos biénios, para que se conheçam circunstanciadamente as falhas de disponibilidade efetiva destes cuidados nos seus diversos instrumentos, bem como as desigualdades da sua oferta pelas diversas regiões do território nacional. Não está em causa o pretender-se que se atinja, nestes domínios, a meta da oferta universal. O que está em causa é o poder afirmar-se com razoabilidade que, no contexto do procedimento *administrativo-autorizativo* que decorre a cargo do Estado e que culmina com a «prestação de auxílio para morrer», aos candidatos elegíveis para beneficiarem desta prestação será sempre dada, como o n.º 6 do artigo 4.º da Lei n.º 22/2023 diz que deve ser, a possibilidade de autodeterminação negativa que consiste em rejeitar cuidados *efetivamente* disponíveis. Dado o nível de incerteza que existe quanto a esta disponibilidade, aquela afirmação é impossível, pelo que impossível também se torna o cumprimento do princípio de autodeterminação que ela veicula.

Isto mesmo, aliás, é confirmado pelo teor do n.º 1 do artigo 5.º, que, com assinalável vaguidade, define os deveres de esclarecimento, informação e esgotamento de hipóteses alternativas que devem ser logo cumpridos pela ação médica face à situação do doente, e que outros ordenamentos jurídicos tão cautelosamente prescrevem. Em referência ténue, a norma aponta para «esclarecimentos» sobre «tratamentos aplicáveis, viáveis e disponíveis», onde, «designadamente», se inclui «[a] área dos cuidados paliativos». A baixa intensidade da previsão contrasta com a forte ênfase que em outros lugares é dada a este momento, em que doente e médico(s) se encontram e dialogam para em conjunto decidir sobre a continuação ou não continuação do procedimento. Já o vimos. Nos ordenamentos europeus onde [ainda] não existe lei, como a Itália e a Alemanha, as indicações que são dadas pelos respetivos tribunais constitucionais vão no sentido de as futuras regulações não deixarem de ter em conta que é este o momento em que as estruturas de saúde devem poder oferecer aos doentes a alternativa concreta dispensada pelo sistema legal dos cuidados paliativos – em Itália, o decorrente da *Legge n. 38/2010*; na Alemanha, o decorrente da HPG – para que assim se possa tomar, quanto à continuação do procedimento, uma decisão livre e esclarecida. Na Áustria, onde já existe lei, um dos médicos intervenientes nesta fase do procedimento deve ser, em conformidade com as indicações do Tribunal



MF

Constitucional, especialista em cuidados paliativos. E naqueles outros lugares onde existe lei próxima da nossa, como a Bélgica e o Luxemburgo, o procedimento só continua se o médico formar a convicção segundo a qual não existe, «aos olhos do paciente», nenhuma outra solução para a situação de sofrimento em que se encontra. Como já vimos, tal pressupõe que o mesmo paciente tenha sido confrontado com a alternativa presente, *efetiva*, do recurso aos cuidados paliativos e as suas consequências. É inevitável que se pense que para todo este contraste [entre a solução legal portuguesa e outros ordenamentos] existe uma *explicação*, e que essa *explicação* se encontra na especial posição fáctica que, neste domínio, é ocupada por Portugal em comparação com outros países. Todos os dados internacionais parecem ser quanto a este tema convergentes. Em 2015, de acordo com a análise feita pelo *The 2015 Quality of Death Index – Ranking palliative care across the world: A report by the Economist Intelligence Unit*, no quadro europeu (e com níveis de rendimento próximos do nosso), em pior situação do que a portuguesa, quanto à dispensação efetiva de cuidados paliativos, só estariam a Polónia, a Lituânia, a República Checa, a Hungria, a Turquia, a Eslováquia, a Grécia, a Bulgária e a Roménia. Por seu turno, em 2019, o *Atlas de cuidados paliativos na Europa*, avaliando os serviços existentes neste domínio em todos os países europeus, assumia como recomendação a existência de 2 serviços de cuidados paliativos especializados por cada 100.000 habitantes. De acordo com este estudo, Portugal situar-se-ia na metade inferior desta «tabela»: face aos 2 serviços recomendados, podia dispensar 0,9. Finalmente, já em 2022, uma investigação internacional feita em torno do tema a “qualidade no momento da morte” [Eric A. Finkelstein et al., «Cross Country Comparison of Expert Assessments of the Quality of Death and Dying 2021», in *Journal of Pain and Symptom Management*, 63, (2002/4) e419-e420)], investigação essa feita com recurso a especialistas nacionais e envolvendo indicadores variados, colocava Portugal na 75.^a posição, numa lista de 80 países avaliados, e, portanto, como país pertencente ao grupo daqueles que, na Europa, piores práticas revelavam.



III

Questões jurídico-constitucionais

13. Todas estas informações “fáticas” que acabámos de enumerar são expressivas de um *estado de coisas* que o Tribunal Constitucional não avalia. O Tribunal decide sobre a inconstitucionalidade de *normas* e só *de normas*, como decorre do artigo 277.º da Constituição, pelo que lhe não cabe nem emitir juízos acerca da oportunidade, necessidade ou perfectibilidade de políticas públicas definidas pelo poder democraticamente legitimado, nem julgar do grau de concretização que estruturas administrativas estaduais, competentes em razão da matéria, a tais políticas tenham dado. Todavia, o que se lhe pede no presente caso não é que tome conhecimento destes assuntos, que se situam fora do âmbito dos seus poderes cognitivos. O que se lhe pede é que se pronuncie sobre questões jurídico-constitucionais.

Através da Lei n.º 22/2023, o legislador português pretende dar, nos quadros da regulação da morte medicamente assistida, um passo que é raro em direito comparado. Fá-lo em nome da especial dignidade que deve ser reconhecida à vontade *séria, livre e esclarecida* de quem pede o auxílio de outrem para pôr termo à vida. No entanto, adota para tanto soluções normativas que não dão garantias suficientes de que, ao longo do procedimento administrativo que corre por inteiro sob responsabilidade do Estado, sejam apresentadas a quem *requer* a prestação de auxílio para morrer *alternativas reais, presentes e efectivas* que venham consubstanciar a livre escolha na persistência (ou não) da pretensão inicial. Esta insuficiência de garantias é verificada, quer pela análise conjunta de diferentes textos legais, em comparação tomados, quer pela análise conjunta dos diferentes estádios de realização de políticas públicas para o assunto relevantes, também em comparação tomados.

Num sistema legal todo ele construído sobre o reconhecimento e a proteção que o Direito deve conferir à vontade livre, séria e esclarecida de quem pede o concurso de terceiros para pôr termo à vida — nos termos de um procedimento a cargo do Estado e de natureza administrativa — a verificação desta insuficiência de garantias coloca inevitáveis dúvidas acerca da constitucionalidade das normas que o compõem.



«Com efeito» – disse o Tribunal no Acórdão n.º 123/2021 – «o Estado, nas suas diversas expressões institucionais e funcionais, não pode ser neutro no que à vida humana diz respeito: tem de a proteger e promover (...). Do ponto de vista constitucional, a morte voluntária não é uma solução satisfatória e muito menos normal, pelo que não deve ser favorecida. O que deve promover-se é antes a vida e a sua qualidade, até ao fim. Daqui decorre, com fundamento na dimensão objectiva do direito à vida consagrado no artigo 24.º, n.º 1, da Constituição a imposição de adoptar um sistema legal de protecção orientado para a vida.»

Ora, de tudo quanto se disse decorre que o sistema legal contido na Lei n.º 22/2023 não cumpre esta imposição. Não é um sistema legal de protecção orientado para a vida. Não é um sistema que, sendo estruturalmente fundado no *desfavor da morte voluntária*, revele o compromisso do Estado em garantir a qualidade da vida até ao fim. Pelo contrário: é este um sistema que, parecendo ser neutro [em relação à vida], exprime a preferência que o legislador manifesta pela eutanásia e pelo suicídio assistido, em detrimento de outras formas de atenuação da dor em contexto de intenso sofrimento. Só assim se compreende a sua precipitação em acolher uma solução rara em direito comparado, sem ao mesmo tempo cuidar de oferecer opções favoráveis à vida. No entanto, num quadro constitucional como o nosso, claramente pautado pelo dever de proteger e promover a vida humana, uma tal solução é inconstitucional porque contrária ao disposto no artigo 24.º, n.º 1, da Constituição.

Além disso, uma tal solução é contrária, também, ao disposto no artigo 26.º, n.º 1. Na verdade, um sistema legal que se diga baseado na liberdade geral de atuação e na autodeterminação pessoal que o artigo 26.º consagra, mas que, no quadro de um procedimento administrativo a cargo do Estado, não confira as garantias suficientes de que, na mais irremissível e dramática de todas as decisões, ao decidente sejam dadas as possibilidades de opção por solução diversa, é um sistema que para além de se contradizer a si próprio viola o disposto no artigo 26.º da Constituição. Não há direito ao livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação pessoal sem possibilidade efetiva de escolha entre diferentes caminhos. A Lei n.º 22/2023, apesar de acentuar o peso das formas e dos procedimentos, não dá garantias suficientes quanto à substancial existência desta possibilidade.



14. Decorre do quanto se disse que se entende serem as normas do n.º 6 do artigo 4.º e n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 22/2023 as sedes principais das inconstitucionalidades que vimos de arguir. Todavia, e porque os problemas identificados, tendo sistémica repercussão, se não esgotam na redação isolada destes dois preceitos, consideram-se também inconstitucionais por consequência:

(i) As demais normas de procedimento, fixadas nos artigos 4.º a 10.º da Lei. Com efeito, em todas as fases do *iter* procedimental que aí são reguladas se replica o vício que, verificado logo nos momentos iniciais, se detetou no n.º 6 do artigo 4.º e no n.º 1 do artigo 5.º. Em momento algum do procedimento se preocupa o legislador em assegurar, para além das formas e expressões verbais, garantias efetivas de formação da vontade livre e esclarecida do doente.

(ii) Por este motivo, e por tal poder implicar impossibilidade de exercício do direito de livre escolha, e, portanto, do direito de autodeterminação pessoal e livre desenvolvimento da personalidade, as normas do artigo 2.º, n.º 1, *alínea a)* e artigo 3.º, n.ºs 1 e 3, na medida em que tais normas fazem assentar em tais direitos, que não são observados, o fundamento mesmo do sistema que a lei institui.

(iii) Finalmente, e por não se encontrarem, por todos estes motivos, reunidos os pressupostos que legitimam, numa ordem constitucional que obriga o legislador a *promover e proteger a vida humana*, a descriminalização da chamada eutanásia e do auxílio ao suicídio, as normas do artigo 28.º da Lei n.º 22/2023, que altera as redações dos artigos 134.º, 135.º e 139.º do Código Penal.

IV

Por todos estes motivos, pede-se que o Tribunal declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade, a título principal, das normas contidas no n.º 6 do artigo 4.º e n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 22/2023 de 25 de maio, e, a título consequencial, a inconstitucionalidade de todas as normas dos seus artigos 4.º a 10.º; do artigo 2.º, n.º 1, *alínea a)*, e do artigo 3.º, n.ºs 1 e 3; e ainda do artigo 28.º da mesma lei, com



fundamento em violação do n.º 1 do artigo 24.º e do n.º 1 do artigo 26.º da Constituição da República.

Sendo público e notório que já terão sido recebidos pelo Tribunal outros pedidos com objeto idêntico, requer-se ainda que o presente pedido seja *incorporado* nos termos do previsto pelo artigo 64.º da Lei do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de fevereiro).

Lisboa, 6 de março de 2024,

A Provedora de Justiça

(*Maria Lúcia Amaral*)