

NOTAS BREVES SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA E DIREITO PENAL

BRIEF NOTES ON RELIGIOUS FREEDOM AND CRIMINAL LAW

BREVES NOTAS SOBRE LIBERTAD RELIGIOSA Y DERECHO PENAL

António Brito Neves*

1 Introdução. 2 Liberdade religiosa e bem jurídico. 3 Limites. 4 Implicações na Parte Geral. 5 Crença religiosa e justificação. 6 O caso da circuncisão religiosa. 7 Crença religiosa e desculpa. 8 Conclusões.

¿Quién alguna vez no percibió, en el decurso de cualquier actividad, la repentina presencia de un dios?

Lancker (Adolfo Bioy Casares, *Historia prodigiosa*)

RESUMO

Este artigo trata sinteticamente a relevância da liberdade religiosa no Direito Penal, debruçando-se sobre a possibilidade de ela servir como objecto de protecção de leis penais, bem como sobre o papel que motivações religiosas que tenham guiado o agente poderão assumir na análise da sua responsabilidade.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Bem jurídico. Desculpa.

ABSTRACT

This article deals briefly with how religious freedom becomes relevant for Criminal Law. It considers both the possibility of it serving as aim of protection by criminal statutes, and the role religious motivations that guided the offender may play when we examine criminal liability.

Keywords: Religious freedom. Legal interest. Excuse.

* Mestre em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, instituição onde é igualmente assistente convidado e doutorando. Investigador integrado do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais (CIDPCC). Assessor científico da revista *Anatomia do Crime*. Leccionou também na Academia Militar e no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.. Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal. E-mail: <antonioneves@fd.ulisboa.pt> <http://orcid.org/0000-0001-6414-8926>.



RESUMEN

Este artículo resume la relevancia de la libertad religiosa en el derecho penal, centrándose en la posibilidad de que sirva como un objeto de protección de las leyes penales, así como el rol que las motivaciones religiosas, que han guiado al agente, podrán desempeñar en el análisis de su responsabilidad.

Palabras clave: Libertad Religiosa. Bien Jurídico. Excusa.

1 INTRODUÇÃO

O tema da presente comunicação assenta nas relações entre liberdade religiosa e Direito Penal¹. A nossa preocupação será a de perceber, numa perspectiva introdutória, que relevância tem esta liberdade no Direito criminal, tanto no que respeita às práticas que se lhe reconduzam como quanto às convicções religiosas que, no plano da delimitação do campo do proibido e do permitido, escapem ao seu âmbito de protecção, mesmo que ainda surjam a ela associadas no significado que assumem na interacção social.

Começaremos com a questão de saber se as convicções religiosas oferecem base de legitimidade ao Direito Penal, e, se sim, em que medida. A esta questão segue-se uma de sentido inverso: a da possibilidade de as fronteiras da dignidade punitiva serem restringidas por referência a tais convicções.

2 LIBERDADE RELIGIOSA E BEM JURÍDICO

O problema que, no plano dogmático fundamentador, surge intuitivamente em primeiro lugar é o de aferir se e em que medida oferecem as convicções religiosas base de legitimidade ao Direito Penal, o que se traduz em perguntar pela admissibilidade da criminalização de comportamentos que as ofendam.

Predomina hoje o entendimento de que este ramo de Direito serve a protecção de bens jurídicos com dignidade penal. Deste modo, a punição criminal de um comportamento só poderá dizer-se legítima quando sirva a protecção de um desses bens.

É curioso notar que BIRNBAUM – justamente o autor usualmente indicado como responsável por ter introduzido a referência ao bem jurídico como objecto de protecção da norma penal² – até se serviu desta noção para sustentar a viabilidade da criminalização de ofensas à

1 O texto consiste numa transcrição muito aproximada da participação do autor na conferência “Liberdade Religiosa e Vivência em Sociedade Plural”, realizada no dia 26 de Setembro de 2017 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e com organização conjunta da Comissão da Liberdade Religiosa, do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, da FDUL e do Centro de Investigação de Direito Público. Reflecte, por isso, as limitações inerentes à oralidade e ao tempo reduzido de apresentação que lhe marcaram a origem. Não obstante as referências à legislação portuguesa, as reflexões são susceptíveis de adaptação e alargamento, adaptando-se perfeitamente à realidade de outro Estado de Direito democrático e liberal.

2 Muito embora, em bom rigor, entre as diversas expressões por ele utilizadas não conste a de “bem jurídico”. (BIRNBAUM, 1834).

moralidade e à religião dominantes³. Deve, todavia, concordar-se que o modo como é entendida e concretizada na prática a referência ao bem jurídico como instrumento central de fiscalização da validade das normas punitivas não tem de ficar condicionado pelo tronco histórico da evolução doutrinária sobre o conceito. Assim, independentemente de aceitarmos que a origem da figura se encontra no pensamento de BIRNBAUM e BINDING, ou de em vez disso preferirmos ver o seu parente espiritual no direito subjectivo a que se reportava FEUERBACH (VON= FEUERBACH, 1832), tal não tem de – e se calhar não deve – limitar a conformação que merece hoje a alusão ao bem jurídico. Importante é antes activar tal alusão tomando por referências validantes certos dados ou coordenadas valorativas fulcrais na nossa Ordem Jurídica; coordenadas que, naturalmente, terá de se começar por encontrar na Constituição.

Uma primeira coordenada fundamental é-nos logo sugerida pela qualificação de Portugal como Estado de Direito democrático no artigo 1.º da Lei Fundamental portuguesa, avançando-se de seguida (no artigo 2.º) a liberdade e o pluralismo como intenções programáticas do modelo de sociedade desenhado. Estas orientações ganharão sentido prático fulcral para o nosso tema quando conjugadas com as disposições do artigo 41.º, onde se afirma a inviolabilidade da liberdade de consciência, de religião e de culto, proibindo-se também a perseguição ou privação de direitos devidas a convicções ou prática religiosa. Consagra-se ainda a separação entre o Estado e as igrejas e outras comunidades religiosas, bem como a liberdade na organização e no exercício das suas funções e do culto. Garante-se outrossim a liberdade de ensino de qualquer religião. Com base nesta conjugação, podemos concluir o seguinte. O entendimento que adoptemos quanto ao que pode constituir bem jurídico com dignidade penal não deverá ser um que permita incluir a convicção religiosa dominante na sociedade. Por outras palavras, uma norma que cominasse a aplicação de pena a quem de algum modo violasse um preceito religioso – e somente com essa justificação – seria inconstitucional.

É conveniente introduzir neste passo alguns esclarecimentos. Inaceitável é, na linha referida, a utilização do Direito Penal como meio de imposição de uma convicção religiosa, seja a da maioria ou qualquer outra. Nada disto prejudica, todavia, a defesa das condições para a liberdade religiosa ser exercida.

Tomemos os artigos 251.º (Ultraje por motivo de crença religiosa) e 252.º (Impedimento, perturbação ou ultraje a acto de culto) do Código Penal português (CP) para ilustrar o acabado de afirmar. Nos termos do primeiro artigo, pune-se com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias quem, “por forma adequada a perturbar a paz pública”, “publicamente ofender outra pessoa ou dela escarnecer em razão da sua crença ou função religiosa”, ou “profanar lugar ou objecto de culto ou de veneração religiosa” (PORTUGAL, 1995, *online*). De acordo com o segundo artigo, a mesma pena é aplicada a quem “por meio de violência ou de ameaça com mal importante impedir ou perturbar o exercício legítimo do culto de religião”, ou “publicamente vilipendiar acto de culto de religião ou dele escarnecer.” (PORTUGAL, 1995, *online*).

3 Cf., por todos, Amelung (1972, p. 39 e ss.).

Nestes dispositivos, não se trata de punir alguém que (nem porque) de algum modo perturbou ou frustrou a prática de certa convicção religiosa, mas sim de proteger os pressupostos das possibilidades de agir correspondentes à liberdade em questão, independentemente da religião que em concreto esteja em causa. O propósito será então o de preservar as condições de exercício da liberdade religiosa, que devem ser garantidas às pessoas para que possam praticar a sua religião; não se trata de impor a concreta religião aos demais⁴.

Também por esta via se explica a legitimidade de outras disposições do CP, como a qualificação do homicídio e da ofensa à integridade física quando motivados por ódio religioso – nos termos dos artigos 132.º, n.º 2, al. f), e 145.º, n.º 2 – ou quando cometidos contra ministro de culto religioso – segundo o disposto nos artigos 132.º, n.º 2, al. l), e 145.º, n.º 2; tal como a qualificação do furto, do roubo e do dano quando as coisas ou animais visados estejam afectos ao culto religioso e se encontrem em lugar destinado ao culto ou em cemitério – como resulta dos artigos 204.º, n.º 1, al. c), 210.º, n.º 2, al. b), e 213.º, n.º 1, al. e); e também, naturalmente, a punição da discriminação e incitamento ao ódio e à violência nos termos do artigo 240.º, quando se refere a religião como um dos motivos possíveis para os comportamentos aí tipificados.

Mesmo em relação à devassa por meio de informática – punida nos termos do artigo 193.º do CP – se pode afirmar que é ainda a liberdade religiosa a referência axiológica do bem tutelado. Punindo-se com pena de prisão até dois anos ou multa até 240 dias “[q]uem criar, manter ou utilizar ficheiro automatizado de dados individualmente identificáveis e referentes a convicções [...] religiosas” (PORTUGAL, 1995, *online*), protege-se aquele direito fundamental na sua dimensão negativa, na medida em que ele abrange o poder de decidir que não se saiba publicamente se o seu titular professa uma convicção religiosa e qual⁵.

3 LIMITES

Este esclarecimento não é fundamental apenas para perceber a legitimidade constitucional destas normas, mas igualmente para apreender os limites dessa legitimidade. Com efeito, quando tomamos as condições de exercício da liberdade religiosa como bem jurídico merecedor de protecção penal, tornando-se, por isso, legítimo tutelar essas condições por meio do Direito Penal⁶ – criminalizando, por exemplo, o ultraje a um acto de culto –, tal não significa que todo e qualquer ultraje a acto de culto possa ser imediatamente punido. E isto ainda que no plano do sentido linguístico abstracto das palavras pareça ter lugar uma correspondência entre texto legal e caso decidendo.

Certas actuações podem, de facto, surgir descritas pelo texto da disposição normativa sem que haja fundamento material para as punir. Se, por exemplo, uma pessoa escarnecer em público de um acto de culto – e apesar de a situação estar referida textualmente como

4 Distanciamo-nos, como se vê, das posições que tomam a “paz pública” como o bem protegido por estas normas – assim, Cunha (1999, p. 638) e, na mesma obra, id., Anotação ao art. 252.º (CUNHA, 1999, p. 647).

5 Assim, Leite (2012, p. 875).

6 Na suposição, naturalmente, de que não há outra forma tão ou mais eficaz de atingir esse objectivo.

proibida no tipo penal do artigo 252.º, al. b), do CP (PORTUGAL, 1995)–, tal descrição, por si só, não nos permite concluir pela prática de crime. Para o entendermos, basta lembrar a necessidade de, em primeiro lugar, conjugar a proibição com a liberdade de expressão de que gozam todos os cidadãos, nos termos do artigo 37.º da CRP – o que sempre obrigará a uma cuidadosa averiguação da possibilidade de, à luz deste direito, aquilo que uma descrição formal sugeriria ser ultraje a acto de culto e merecedor de pena se revelar afinal como exercício de um direito de liberdade que deve, por definição, escapar à proibição. Em segundo lugar, sem referências contextualizantes e de outros géneros, não é possível afirmar que o comportamento referido põe em causa as condições de segurança de exercício da liberdade de religião. Com efeito, o escarnecimento, como defendemos, só poderá ser punido quando afecte de modo insuportável estas condições. Haverá, por exemplo, diferença significativa para este efeito entre duas expressões que, sendo iguais nas palavras que lhes dão corpo, sejam proferidas em locais muito diferentes: uma surgirá em jantar de amigos, enquanto a outra aparecerá durante um ritual religioso, levando à perturbação ou impossibilitação deste.

A mesma lógica interpretativa vale para os outros tipos que elencámos. Tomemos como exemplo o caso de alguém que furta umas velas ou castiçais de uma igreja. Trata-se de objectos encontrados em lugar destinado ao culto, e o seu propósito era precisamente o de serem usados no cerimonial religioso; mas eles não são em si mesmos objectos de culto, de modo que, em princípio, não haverá lugar à qualificação do furto nos termos do artigo 204.º, n.º 1, al. c), do CP (PORTUGAL, 1995)⁷. Para dar um último exemplo, agora baseado num caso real, decidido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (Medida Cautelar na Reclamação 38.782 Rio de Janeiro), nem a realização, nem a produção, nem a exibição de um filme em que temas religiosos sejam tratados em tom humorístico ou satírico são passíveis de constituir ultraje por motivo de crença religiosa, ou qualquer outro crime.

4 IMPLICAÇÕES NA PARTE GERAL

A distinção básica entre protecção das condições de exercício da liberdade religiosa e imposição de uma convicção religiosa é igualmente útil no contexto do regime de figuras da parte geral, como é o caso do consentimento. Nos termos do artigo 38.º, n.º 3, do CP, o consentimento só é eficaz como causa de exclusão da ilicitude quando seja prestado por maiores de 16 anos. Se o titular do bem jurídico em questão for menor de 16 anos, o consentimento terá de ser dado pelos seus representantes, que, à partida serão os pais. Ora, imaginemos que uma criança precisa de uma transfusão de sangue para sobreviver; tratando-se de intervenção médica no corpo da criança, é necessário o consentimento dos representantes⁸. Supondo,

7 Neste sentido, se bem vemos, Leite (2012, p. 876-877).

8 Em rigor, é o acordo aquilo que se pede, não o consentimento, já que em causa está uma ofensa à liberdade, não tanto à saúde: cf., por todos (ANDRADE, 2004, p. 449 e ss. e p. 484 e ss.). De todo o modo, mesmo que se defenda que o requisito de idade não vale nos mesmos termos para o regime do acordo, sempre haverá um período da vida da criança em que os pais terão mesmo de a representar em caso de necessidade de tratamento. Defendendo, a propósito, uma alteração ao art. 156.º do CP (MATOS, 2013, p. 129-130).

todavia, que os pais recusam a autorização com base nas suas convicções religiosas (porque são testemunhas de Jeová, por exemplo), cometerá o agente um crime de tratamento médico arbitrário (nos termos do artigo 156.º do CP) se, contra a vontade dos pais, realizar o tratamento?⁹

Não pode deixar de ser lícita, em tais casos, a acção de proceder à transfusão. Quando se atribui aos pais a responsabilidade de decidir em nome do filho, cabe-lhes optar em função do interesse da criança. Pode suceder que, na óptica dos progenitores, a recusa da transfusão corresponda precisamente a esse interesse. Tal posição só se entende, contudo, quando apoiada em preceitos (religiosos) que, num Ordenamento liberal como o luso, não podem ser tratados como parâmetros de aferição do bem-estar da criança, dado que não cumprem, por assim dizer, requisitos mínimos de objectividade para tal. Não vale também alegar que os pais estão somente a exercer a liberdade religiosa do filho em nome deste – caso em que o interesse da criança já não vai referido a qualquer finalidade transcendental, mas sim à concretização prática de um direito de liberdade. Não vale, porque mesmo admitindo que faz sentido reconhecer aos pais a possibilidade de educarem o filho orientados por determinada confissão religiosa e até de tomarem decisões importantes nestas matérias em lugar dos filhos enquanto eles não têm maturidade e autonomia para as tomarem por si, tal possibilidade não pode ir ao ponto de legitimar a opção pela recusa da transfusão de sangue. Por muito longe que se queira ir no alargamento do espaço de decisão dos pais, é sempre da liberdade dos filhos que se trata. Por muita legitimidade que se pretenda reconhecer aos progenitores para a tomada de decisões neste âmbito, não se pode perder de vista a necessidade de salvaguardar uma margem fundamental da liberdade de decisão que o filho poderá exercer no futuro. Ora, num caso em que a recusa da transfusão implica risco para a vida do visado, é precisamente essa margem que fica posta em causa de modo evidente, o que nos permite concluir que a decisão dos pais nesse sentido, traduzindo a imposição da sua convicção em detrimento do critério mais objectivo (o dos efeitos ao nível da saúde) para ajuizar o que seja o interesse da criança no caso concreto, e sobretudo em face das consequências extremas dessa opção, conduz não tanto a preservar as condições de exercício da liberdade religiosa dos pais (nem, muito menos, da criança) como à imposição aos demais das suas convicções.

5 CRENÇA RELIGIOSA E JUSTIFICAÇÃO

A diferenciação que vimos concretizando vai continuar a ser útil noutros momentos. Como temos visto, as condições essenciais para a prática em segurança das crenças religiosas podem surgir enquanto objecto de protecção de certas normas incriminadoras, servindo, ademais, como instrumento crítico de delimitação do âmbito de aplicação prática dos correspondentes critérios decisórios. Mas é igualmente pertinente questionar se estas convicções religiosas não poderão servir de instrumento crítico de delimitação mais genérico, estendendo os efeitos da sua actuação a outros dispositivos penais.

9 Para não complicar desnecessariamente a questão, vamos supor que a criança não tem ainda idade para poder ser consultada sobre o assunto.

A questão aqui pode ser formulada de modo simples no seu ponto de partida: admitindo que uma averiguação sumária permite descortinar uma correspondência hipotética entre o comportamento em análise e o tipo de comportamento descrito na lei criminalizadora, pode tal correspondência acabar infirmada por se concluir que a actuação foi motivada por convicção religiosa, ou que esteve de algum modo implicada com a liberdade religiosa do agente?

Casos há em que a delimitação típica em função de tais factores é imposta directamente pelo próprio critério legal. A testemunha que recusa depor, por exemplo, pratica, em regra, um facto típico, de acordo com o artigo 360.º, n.º 2, do CP (PORTUGAL, 1995). Concretizando, no entanto, a ressalva da “justa causa” que encontramos no mesmo dispositivo com recurso ao n.º 1 do artigo 135.º do Código de Processo Penal português (CPP), podemos perceber que esta pena não será aplicada ao ministro de religião ou confissão religiosa que se recuse a depor sobre factos objecto de segredo religioso.

6 O CASO DA CIRCUNCISÃO RELIGIOSA

Mais interessantes problematicamente surgem os casos em que a delimitação não se sustenta numa directa referência textual – havendo, não obstante, razões para o intérprete-aplicador proceder à mesma por via argumentativa. Recorreremos ao exemplo da circuncisão religiosa (ou seja, não medicamente indicada e realizada exclusivamente por motivos religiosos), por ser o que investigámos mais aprofundadamente¹⁰.

A circuncisão constitui operação cirúrgica de gravidade significativa, não apenas pela dor que envolve e por ser realizada nos órgãos genitais – zona de especial intimidade –, mas também pela sua irreversibilidade. Ora, se alguém realizar uma circuncisão noutra pessoa adulta contra a vontade desta, à partida, estará a cometer ao menos um crime de ofensa à integridade física, nos termos do artigo 143.º do CP (PORTUGAL, 1995). Consoante o caso, poderá o facto revelar-se ofensa grave – por aplicação do artigo 144.º, als. a) e/ou b) –, violência doméstica – de acordo com o artigo 152.º, n.ºs 1, 2 e 3 –, etc. Se a vítima for uma criança (e mantendo a suposição de que não há indicação médica), a solução de princípio é a mesma [sem prejuízo de a ofensa se poder tornar qualificada por ser praticada contra vítima especialmente indefesa em razão da idade, de acordo com o disposto nos artigos 145.º, n.º 1, al. a) ou c), e n.º 2, e 132.º, n.º 2, al. c)].

Suponhamos agora a hipótese de a operação ser realizada na criança por indicação dos pais para cumprimento de dever religioso que recai sobre eles – como sucede no caso de muitos judeus e muçulmanos. Poderá a motivação da circuncisão – baseada em convicções religiosas – funcionar como razão para deixar de punir tal intervenção?

Parece-nos, em primeiro lugar, que o facto não pode deixar de ser típico. A partir do momento em que admitimos estar perante acto voluntário que causa lesão significativa à integridade física de outra pessoa que não consentiu validamente em sofrê-la, estamos perante o problema para o qual está pensada a norma que pune a ofensa à integridade física. Verifica-se, deste modo,

10 V. Neves (2014). Cfr. Dias (2016, p. 291 e ss.).

a correspondência dilemática que nos permite afirmar a tipicidade do comportamento.

Torna-se perinente perguntar, de seguida, se a liberdade religiosa poderá actuar como causa de justificação. Fará sentido derivar da ligação da motivação a convicções religiosas a exclusão da ilicitude? Os termos do problema são, ao menos aparentemente, os de um conflito entre direitos fundamentais: a integridade física da criança e a liberdade religiosa dos seus progenitores. Qual a posição que aqui merece mais favor?

Segundo cremos, têm de ceder as convicções religiosas. Não tanto por a integridade física ter de ser tomada como mais valiosa em abstracto do que a liberdade religiosa, mas sobretudo devido à configuração concreta deste conflito. Trata-se de um confronto entre, por um lado, a posição de alguém (a criança) que reclama a protecção da sua esfera jurídica em face da intromissão lesiva por parte de terceiros, e, por outro, a de alguém (os pais) que se arroga a possibilidade de se intrometer lesivamente na esfera jurídica de outra pessoa independentemente da vontade desta. Sendo esta a conformação do confronto, numa Ordem Jurídica liberal, a primeira posição tem de prevalecer.

Podemos deste modo concluir que a liberdade religiosa não pode operar como motivo válido para excluir a ilicitude da causação de um dano à integridade física de outrem quando o visado não tenha consentido validamente em ser sujeito a tal actuação.

7 CRENÇA RELIGIOSA E DESCULPA

Não quer isto dizer, todavia, que as convicções religiosas que encontramos na base da motivação do agente para a prática do facto não devam ser consideradas na avaliação judicial, nem sequer que estará vedado atribuir-lhes um efeito excludente da punição. Cremos, contudo, que em princípio, tal só poderá suceder ao nível da culpa. As convicções religiosas, em geral, não podem, assim, ser invocadas para fundamentar a licitude de um facto penalmente típico. Podem, diferentemente, vir a servir para atenuar ou até afastar a censura do agente pela sua actuação.

Naturalmente que não basta alegar que certo facto típico e ilícito foi motivado por convicções religiosas para a desculpa operar imediatamente. Essas convicções são um factor a considerar quando se atenta na motivação do agente, mas carecem sempre de ser valoradas. A avaliação das circunstâncias por referência ao critério legal e à intencionalidade normativa pertinentes participa do processo de realização do Direito. Ela assume, de todo o modo, contornos porventura mais facilmente reconhecíveis como tais quando nos situamos na categoria analítica da culpa, dado que já não se trata aí de uma delimitação de liberdades de acção operada por orientação do critério normativo, mas sim da comprovação da possibilidade de censurar o agente por ter adoptado o comportamento que, em si, se confirmou ser merecedor de pena.

Prosseguindo com os exemplos a que vínhamos recorrendo, caberá analisar o modo concreto como foi vivenciada pelos pais a prática da circuncisão no filho e a respectiva motivação religiosa.

Numa primeira hipótese, sucede que a mover o agente (o pai, a mãe ou quem quer que seja o responsável por ter sujeitado a criança à operação) encontramos um puro sentimento de dever: a actuação constitui a seus olhos simplesmente o cumprimento de uma obrigação

que é para ele inescapável. Por muito vinculado que o agente se sinta nesta situação, fica realmente muito difícil negar a censura. A atitude deste progenitor é fundamentalmente egoísta, impondo o cumprimento do seu projecto de vida (por muito fulcral que seja para ele) a qualquer consideração sobre a autonomia do sacrificado.

Numa segunda variante, o agente é movido por preocupação com o filho. O dever não é por ele encarado como obrigação para consigo, mas sim para com a própria criança, vendo o seu cumprimento como condição essencial para a integração e participação plenas desta na respectiva comunidade religiosa. A lógica deste progenitor tem claramente conotação mais altruísta, sendo a solução da desculpa muito mais viável¹¹.

Tomemos agora a constelação de casos em que um médico decide realizar um tratamento contra a vontade do visado, agindo determinado pelo entendimento de que é seu dever (religioso) salvar a vida do paciente.

Sucedará muitas vezes que o paciente leva uma vida de grande sofrimento, nomeadamente físico, o que o leva a rejeitar o tratamento, por não querer prolongar a agonia. Se então o médico o trata por não abdicar da convicção de que o valor da vida se impõe sempre – mesmo uma vida “sem sentido” para o próprio –, fica difícil escapar à censura, já que mais uma vez, a decisão médica traduz a imposição das concepções do agente relativas aos seus deveres e ao valor da vida com total desconsideração pela autonomia da vontade do paciente – precisamente o titular do bem em questão, a pessoa atingida pelo tratamento.

Ao invés, numa situação em que a recusa de tratamento está mais próxima do mero capricho, ou seja, quando essa recusa se assemelha mais a uma expressão superficial da vontade imediata do que propriamente a um projecto existencial consistente do paciente, a opção do médico (ainda que também aqui, naturalmente, caiba atentar na sua motivação) não surge tão claramente como imposição das suas concepções religiosas ao projecto de vida do visado, de modo que fica mais fácil divisar a via da desculpa.

8 CONCLUSÕES

A liberdade religiosa – mais concretamente, as condições essenciais ao seu exercício – constitui sem dúvida bem jurídico merecedor de tutela penal.

Como ocorre com qualquer outro bem jurídico-penal, o núcleo de validade material que ela oferece à criminalização traça-lhe simultaneamente as fronteiras de legitimidade.

Uma vez afirmada, todavia, a tipicidade do comportamento, a motivação religiosa, em princípio, não poderá actuar como motivo justificador da actuação, não permitindo a reavaliação do comportamento ofensivo necessária para tal.

11 Em rigor, tal solução é difícil de adoptar, se não mesmo impossível, se atendermos meramente à literalidade dos critérios de desculpa – nomeadamente, do art. 35.º, n.º 1 –, já que não parece que estejam realizados os pressupostos aí elencados (a não ser que se estenda, a nosso ver indevidamente, as possibilidades semânticas do conceito de honra). Na lógica de um princípio da desculpa como o formulado por Palma (2005), no entanto, podemos, sem cair na arbitrariedade, abrir as possibilidades de desculpa para lá das limitações literais do estado de necessidade desculpante.

Tal motivação poderá, diferentemente, constituir motivo relevante para atenuar a pena, ou mesmo afastá-la, quando considerada no plano da culpa.

REFERÊNCIAS

- AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**: untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ‘Sozialschädlichkeit’ des Verbrechens. Frankfurt: Athenäum, 1972.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- BIRNBAUM, Johann. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. **Archiv des Criminalrechts**, Neue Folge, v. 15, p. 149-194, 1834.
- CUNHA, J. M. Damião da. Anotação ao art. 251.º. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.). **Comentário Conimbricense do Código Penal**: parte especial: artigos 202.º a 307.º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. Tomo III. p. 637-646.
- DIAS, Augusto Silva. **Crimes Culturalmente Motivados**: O Direito Penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas. Coimbra: Almedina, 2016.
- LEITE, André Lamas. Direito Penal e discriminação religiosa: subsídios para uma visão humanista. **O Direito**, v. 144, n. 4, p. 865-908, 2012.
- MATOS, Mafalda Francisco. **O Problema da (Ir)relevância do Consentimento dos Menores em Sede de Cuidados Médicos Terapêuticos**: Uma perspetiva jurídico-penal, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- NEVES, António Brito. **A Circuncisão Religiosa Como Tipo de Problema Jurídico-Penal**. Coimbra: Almedina, 2014.
- PALMA, Fernanda. **O Princípio da Desculpa em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2005.
- PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **DL n.º 48/95, de 15 de março**. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=109&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 12 ago. 2019.
- VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. 11.^a ed. Giessen: Heyer, 1832.