

tes éticos. Sem dúvida. Mas o que não pode ter, sobretudo de maneira apriorística, é a barreira castradora da conjunção legal que mais do que tentar parar o tal desenvolvimento científico ou tecnológico o que faz é satisfazer as boas consciências farisaicas.

O que nos pode levar à seguinte conclusão: se no direito há um impulso para a verdade e para o consenso, o que se procura sempre, em definitivo e em *verdade*, é a legitimidade para todo e qualquer comportamento dos homens. É isso que, em derradeira instância, o direito permite através da verdade e do consenso: legitima os comportamentos de intenso relevo comunitário.

O FIM DA VIDA E O DIREITO PENAL.

§ 1 INTRODUÇÃO

1. Aproximação ao problema (sua centralidade)

O problema do fim da vida constitui, a vários títulos, uma daquelas matérias que levantam rejeições atávicas — independentemente do ponto em que nos situemos ou da matriz ética, religiosa, jurídica ou filosófica de que partamos ⁽¹⁾ — a ser tratada, valorada e estudada ⁽²⁾, para além de poder ser o lugar onde todas as incompreen-

⁽¹⁾ Saliendo também — e de forma clara — este lado das coisas; salientando um inescapável horizonte pré-jurídico, neste contexto absolutamente determinante à própria juridicidade, veja-se FAUSTO GIUNTA, «Diritto di morire e diritto penale (I termini di una relazione problematica)», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 40 (1997), p. 74-77. Para uma visão da problemática da eutanásia a partir da antiguidade clássica, do judaísmo e da cristandade vejam-se as bens estruturadas páginas de UDO BENZHOFFER, *Der gute Tod?*, München: Beck, 1999, p. 13-60.

⁽²⁾ Uma das críticas que, por vezes, se ouve relativamente a todos os que estudam a problemática da morte encerra-se na despropositada e deslegitimadora valorização: "quem com tal 'coisa' se preocupa propende para a cultura da morte". Ora, fique claro — se necessário fora — que se rejeita *in limine* qualquer tentativa de colagem dessa valorização ao trabalho que, aqui, levamos a cabo. Muito pelo contrário. Temos para nós que o verdadeiro pórtico de entrada para este estudo devem ser as palavras de Séneca: "Meditare mortem": qui hoc dicit meditari libertatem iubet" (SÉNeca, *Epistulae morales ad Lucilium*, III, 26, 10). Na verdade, qualquer reflexão, digna de uma tal qualificação, pode ser exortação a coisa diferente da liberdade, aceita-se, mas o que não será nunca é ausência de reflexão ou mergulho no lado mais obscuro, irracional e inominado da nossa condição humana. Porém, se bem se vir este problema suscita arranca ou, no fim, bate de frente, sempre, com a liberdade. Com esse pedaço de nós que só serve um "senhor": a historicidade.

sões são possíveis (3). Há como que uma obstinação irracional de rejeição, sobretudo hoje (4), de tudo aquilo que diga respeito ao fim da vida; que diga respeito à morte. E não precisamos de ser heideggerianos para percebermos que somos seres para a morte (5). Isto é: seres que são e que se movem em um horizonte (último) (6) que tem como linha derradeira, bem lá ao fundo, esse portal, jamais aberto ou desvendado, em que a morte se traduz. Mas o que é particularmente interessante, para continuarmos neste tom de intróito, revela-se, por sobretudo, na abissal disparidade de tratamento que podemos captar, por um lado, na torrente de estudos das consequências do fenómeno social da morte e, por outro, na exiguidade ou mesmo na ausência de trabalhos sérios, fundamentados e racionalmente sustentados que tentem perceber a morte, não pelos efeitos sociais, jurídico-sociais (7), que desencadeia necessariamente, mas antes pela

(3) Vamo-nos servir, nesta circunstância, de um exemplo recentíssimo que toca a nossa mais atenta e comprometida intelectualidade que sobre este assunto se tem debruçado. Em 1996, Anselmo Borges publica um texto intitulado *Morrer dignamente. A obstinação terapêutica* onde se diz: «A eutanásia activa forçada, que faz lembrar o horror nazi, deve ser absolutamente condenada como assassinato executável, se não se quiser entrar na barbárie» (cf. ANSELMO BORGES, «Morrer dignamente. A obstinação terapêutica», in: *Bioética* (Luís Archer, Jorge Biscaia e Walter Oswald, coord.), Lisboa: Verbo, p. 366). Em 2002, João Lobo Antunes escreve, quase ao fim de um ensaio com o título *O dever esquecido*, o seguinte: «A vida cívica ensinou-me a recusar com veemência condenações inapeliáveis de certos comportamentos, como a que consta de um manual de bioética que afirma explicitamente: "A eutanásia activa forçada, que faz lembrar o horror nazi, deve ser absolutamente condenada como assassinato executável, se não se quiser entrar na barbárie". Nunca a praticarei, mas hoje lamento, pelo menos uma vez, não ter tido a coragem de ter aliviado o sofrimento de um ente queido na agonia de uma falta de ar intratável» (cf. JOÃO LOBO ANTUNES, *Memória de Nova Iorque e outras ensaios*, Lisboa: Gradiva, 2002, p. 176-7). Ora, parece-nos, o que aquele primeiro Autor quis sublinhar foi o afastamento de qualquer veleidade de se poder conceber sequer uma ideia de eutanásia activa forçada, repete-se, forçada. Uma eutanásia activa forçada que rapidamente poderia resvalar em eutanásia activa forçada e maciça. Ora, aquele limite é mais do que saudável: é absolutamente defensável e desejável que o seja. Dir-se-ia até exigível em sociedades democráticas, plurais e hipercomplexas como são, felizmente, as nossas, onde prevalece, como elemento nuclear e determinante de toda esta problemática, a autodeterminação da pessoa. Exigível, por conseguinte, que não haja eutanásias activas forçadas e maciças. No entanto, fora da eutanásia activa forçada o campo da discussão está aberto. Aberto a todas as sensibilidade, a todas as argumentações, a todas as razões. Ou seja: aquilo que Lobo Antunes lamenta não ter tido a coragem de fazer não estava exautorado, assim julgamos, pelo pensamento de Anselmo Borges. Uma incompreensão que, bem vistas as coisas e segundo nos parece, não tem qualquer fundamento no pensamento último e verdadeiro dos autores que se estudaram, porquanto em ambos encontramos a abertura à discussão séria e ponderada da problemática da eutanásia.

(4) Tenham-se em devida conta as seguintes palavras: "L'odierno occultamento della morte nasconde, in realtà, la nostra grande paura e smaschera l'imparazione culturale di una società i cui membri si riconoscono incapaci di convivere con l'idea di finezza e di transitorietà, l'idea che ciascuno di noi implacabilmente destinato a scomparire", GIORGIO MACELLARI, «La morte tra medicina e filosofia», in: *La fine della vita*, Bologna: Apèiron, p. 165.

degerianos para percebermos que somos seres para a morte (5). Isto é: seres que são e que se movem em um horizonte (último) (6) que tem como linha derradeira, bem lá ao fundo, esse portal, jamais aberto ou desvendado, em que a morte se traduz. Mas o que é particularmente interessante, para continuarmos neste tom de intróito, revela-se, por sobretudo, na abissal disparidade de tratamento que podemos captar, por um lado, na torrente de estudos das consequências do fenómeno social da morte e, por outro, na exiguidade ou mesmo na ausência de trabalhos sérios, fundamentados e racionalmente sustentados que tentem perceber a morte, não pelos efeitos sociais, jurídico-sociais (7), que desencadeia necessariamente, mas antes pela

(5) Disseram-no, por exemplo, se bem que em registos filosóficos manifestamente diferentes — e que aqui se querem manifestamente diferentes enquanto ilustração de diversidade de pensamento — Voltaire e Max Scheler. Aquele, no seu «Dictionnaire Philosophique», debruço da «voce» *Homme*, escreveu: "L'espèce humaine est la seule qui sache qu'elle doit mourir" (VOLTAIRE, *Dictionnaire Philosophique*, Edition Touquet, vol. V, Paris, 1821, p. 480); este, em um estudo «Tod und Fortleben», quando afirma: "Ein Mensch wüßte in irgendeiner Form und Weise, daß ihn der Tod ereilen wird, auch wenn er das einzige Lebewesen auf Erde wäre" (cf. MAX SCHELER, *Schriften aus dem Nachlass*, I, Berlin: Der neue Geist, 1933, p. 9). No entanto, quanto à asserção de Voltaire é bom acrescentar mais qualquer coisa, muito embora, normalmente, só se refira aquilo que se acabou de transcrever. Começamos, pois, por enunciar todo o parágrafo: «L'espèce humaine est la seule qui sache qu'elle doit mourir, et elle ne le sait que par expérience. Un enfant élevé seul, et transporté dans une île déserte, ne s'en douterait pas plus qu'une plante et un chat» (idem). De sorte que, para Voltaire, a certeza da morte, como ele, aliás, nos diz, é um dado do conhecimento que se adquire pela experiência. E, no seu jeito desmistificador e radical, chega, como se viu, a comparar a ausência da dúvida da criança que tivesse sobrevivido numa ilha deserta à ausência da dúvida (sobre a morte) de uma planta ou de um gato. Nos antípodas desta compreensão está Scheler, porquanto, vimo-lo, para ele é um dado inquestionável que um homem, mesmo que fosse o único ser vivo sobre a terra, sempre saberia que seria surpreendido pela morte.

(6) Sobre este horizonte — em derradeira instância, horizonte cultural — e o que ele representa de pré-formativo e de essencial ao humano, veja-se a síntese de JAN ASSMANN, *La morte come tema culturale*, Torino: Einaudi, 2002 (trad. italiana *Der Tod als Thema der Kulturtheorie*), p. 6.

(7) Atentemos, tão-só, nas consequências estritamente jurídicas. Começamos por dizer que a morte é um fenómeno tão importante — isto é, que tem consequências tão importantes — que se chega, e bem, em circunstâncias determinadas

simples interrogação do verdadeiro sentido matricial daquilo que definitivamente a morte é ⁽⁸⁾.

A morte postula-se, deste jeito, como um problema central, centralíssimo, axial, da nossa vida individual e colectiva mas só gostamos de a discutir por aquilo que ela provoca ⁽⁹⁾. Tudo o que está antes dos efeitos, das consequências sociais e jurídicas da morte mas que se não confunde com as suas causas — isto é, aquilo que está no meio da causa e do efeito e que se traduz no próprio fenómeno da morte — é mercedor tão-só de reflexões poéticas, de projecções, convicções ou de sentimentos religiosos ⁽¹⁰⁾ ou muito simplesmente da construção artificial de um deserto que faça desfinhar o

pela lei, a presumi-la (veja-se os arts. 114.º e s. do Código Civil [CC]). Para além disso salientemos, a título meramente exemplificativo, mais duas significativas consequências da morte: a) o momento para a abertura da sucessão coincide com o momento da morte (art. 2031.º do CC); b) a morte como causa de extinção da responsabilidade criminal (arts. 127.º e 128.º do Código Penal [CP]).

⁽⁸⁾ Por isso faz todo o sentido aquilo que escreve Patricia S. Mann: "We philosophers are always trying to get on death, and always failing. Anthropologists and social historians are likely to do better than philosophers in their efforts to characterize death, insofar as they can investigate the many faces of death in different cultural contexts: death in battle may be heroic; death in youth may be tragic; death in old age benign". PATRICIA S. MANN, «Meanings of death», in: *Physician Assisted Suicide* (edited by Margaret P. Battin, Rosamond Rhodes, and Anita Silvers), New York / London, Routledge, 1998, p. 11.

⁽⁹⁾ Sobre aquilo que provoca mas também sobre o que sugere (cf. *Death Rites (Law and ethics at the end of life)*, edited by Robert Lee and Derek Morgan, Londo / New York, Routledge, 1996).

⁽¹⁰⁾ É óbvio que não vamos sequer aforar os extraordinários mundos poético, literário, pictórico ou religioso. Uma qualquer incursão neste domínio afastar-nos-ia do essencial e, para além disso, por maior que fosse o empenho, sempre se ficaria só com uma pálida ideia da inabarcável imensidão das obras que tiveram a morte como questão central. É particularmente interessante ver, não obstante a saudável diferença de pontos de vista, que, mesmo em Colóquios que se formam debaixo de uma comum matriz confessional, no caso a católica, se sente o pulsar da dificuldade em abarcar a multiplicidade temática que a morte pode despertar: "nas quando nos pomos a reflectir e a consultar livros e trabalhos sobre a morte, surpreende-nos a multiplicidade das abordagens diferentes do problema", MICHEL RENAUD, «Morte e eutanásia perante a ética filosófica», *Brotéria*, vol. 150 (2000), p. 223. Acrescente-se que o volume a que nos acabámos de referir é monográfico e trata da eutanásia.

mais transparente e bem intencionado propósito de reflexão material sobre aquele preciso ponto. Tentemos tornar as coisas ainda mais claras: uma coisa é o estudo da morte por aquilo que ela desencadeia; outra é analisar a morte pelas causas que a determinam; outra, bem diversa, é a aventura do estudo da essencialidade da morte.

2. (cont.) A sua intrínseca dificuldade teórica

No entanto, a afirmação ou a confirmação da essencialidade das coisas não implica uma maior facilidade, em exacto e correspondente sentido, na aproximação compreensiva que delas possamos levar a cabo. Dir-se-ia até que quanto mais nos aproximamos da *essentia* mais nos afastamos da sua *comprehensio* ⁽¹¹⁾. Há como que uma resistência anancástica da essência a ser violada pelo olhar perscrutante e também necessariamente analítico que a compreensão consigo sempre arrasta. Mas simultânea e paradoxalmente, àquela rejeição verdadeira e real corresponde a igual, ou mesmo mais intensa, vertigem de querer conhecer o mistério que a essência da morte representa. Ora, esta ambivalência, se não for desde a primeira hora denunciada em toda a sua amplitude, pode facilmente inquirar o pensamento que sólida e tenazmente se afoita a penetrar na dimensão essencial daquilo que a morte é. E, deste jeito, somos atirados, sem apelo, para o domínio da intrínseca dificuldade teórica que o estudo da morte representa, independentemente, como já se disse, do lugar em que nos coloquemos ou da atitude metódica que abracemos. É claro que o feixe apertado e vasto de todas as dificuldades apontadas poderia levar a uma outra atitude de espírito, qual seja, a de abandonarmos pura e simplesmente uma tal problemática. E de a abandonarmos sustentados na razão pragmática de que a eventual utilidade a retirar desse esforço do pensamento seria menos (infinitamente) do que proporcional aos benefícios teóricos ou práticos daí decorrentes ⁽¹²⁾. Todavia, parece-nos, sem nos alongarmos em outras

⁽¹¹⁾ E este tipo de raciocínio é ainda compreensível e defensável — até talvez mais — mesmo que nos afastemos do rigor da lógica de raiz aristotélica.

⁽¹²⁾ Frise-se que este abandono pode ter a sustentá-lo não as razões que em texto se avançam mas antes o axioma de que a morte, não sendo um fenómeno da

explicações, que se está longe de poder avaliar uma tal matéria desta maneira. Em primeiro lugar, quando curamos das coisas do espírito é bom não entrar no jogo lógico da pura utilidade, para mais quando o que se quer discutir é a densidade de uma questão que, não obstante o seu manifesto carácter espinhoso e de rejeição à análise, se mostra, sem sombra de dúvida, como particularmente importante para a vida das pessoas e da colectividade. Assim — e com isto retomamos o fio da consideração anterior e avançamos para a segunda das considerações de fundamentação —, a questão da morte não é, nem pode aqui ser compreendida como uma mera e evanescente problemática de entono manifestamente teórico: ela é uma real e verdadeira questão prática. O que se quer é perceber minimamente a morte para que, apoiados nesse conhecimento compreensivo, possamos retirar consequências práticas.

3. A morte, o fim da vida, como o único fenómeno da "vida" que nos é absolutamente opaco

A percepção da realidade, a sua compreensão ou mesmo a sua mais descarnada e seca análise mostram ser absolutamente indispensável, para aquele que conhece, ter um arsenal mínimo pré-compreensivo que lhe permita aceder ou entrar na realidade que se quer estudar. Ou seja: se não tivermos uma quota mínima de referentes a realidade é-nos absolutamente estranha, hostil, de uma quase e irreductível inacessibilidade. É evidente que os fenómenos, para serem compreendidos e percebidos, não têm necessariamente de ser vivenciados por aquele que os estuda ou analisa. Outros nos podem dar a sua vivência e, ao interiorizar-se esse preciso modo existencial do "outro", podemos também aceder à compreensão daquilo que nos preocupa, quer como simples cidadãos,

vida, não pertence à vida, ao imediatamente apreensível e racionalizável. Wittgenstein vai, precisamente, por essa via quando no seu *Tractatus Logico-Philosophicus* (6.4311) afirma: "A morte não é um acontecimento da vida. Não há uma vivência da morte" (cf. LUDWIG WITTGENSTEIN, *Tratado Lógico-filosófico e Investigações Filosóficas*, tradução e prefácio de M. S. Lourenço, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, p. 139).

quer como cultores de uma determinada disciplina ou saber. Assim, é para nós evidente que o homem, enquanto género masculino, só pode chegar às franjas da compreensão profunda do aborto pelas mãos experienciadas das mulheres. A discursividade que as mulheres trazem, nos pressupostos de uma comunicação racionalmente sustentada, permite a todos os membros da comunidade participarem na compreensão do fenómeno do aborto (13) e em consequência decidirem.

É evidente que há também outros fenómenos da "vida" que apresentam graus profundíssimos de opacidade. Basta pensar, só para darmos exemplos muito simples e concretos (14), na vivência humana durante a gestação ou na que tem lugar durante um estado comatoso. É manifesto, no entanto, que estes dois períodos são, de certa maneira, radicalmente diferentes. Urge, por isso mesmo, distinguir. Uma coisa é a vivência gestacional — onde a autocompreensão subjectiva é mínima ou tendencialmente igual a zero — outra, radicalmente diferente, é a que acontece quando se vive um estado comatoso. Com efeito, todos vivemos a gestação mas nem todos vivemos a experiência comatosa. De sorte que a nossa atenção se deva centrar, sobretudo, naquilo que é o lugar simétrico de "seres para

(13) Todavia, seja-nos permitido aprofundar um pouco mais este ponto. Com efeito, não obstante podermos entrar nessa mundividência pela sensibilidade e racionalidade feminina, é indementível que sempre escapará aos homens uma irreductível e inexprimível dimensão, neste caso a insubstituível subjectividade do género. No entanto, estamos longe de pensar ou sequer congeminar como possível qualquer afastamento das decisões sobre o aborto de todos os que tenham o género masculino. As decisões da *polis*, as decisões politicamente sustentadas, para podem ser levadas a cabo não exigem um tão profundo enraizamento subjectivo. Bem pelo contrário. O que exigem — e isso é cabalmente satisfeito na entrega racional que as mulheres trazem à discursividade da *polis* — é esse momento de rigor e de compreensão daquilo que se discute. Da mesma forma, todos somos capazes de compreender — e por isso discretar, valorar e decidir enquanto cidadãos, e não só — os fenómenos da droga ou do homicídio mesmo que nunca se tenha experienciado a droga ou se tenha morto quem quer que seja.

(14) É claro que outros exemplos se podiam dar sem, todavia, adquirirem a espessura e relevo daqueles que se oferecem em texto. De facto, a comezinha e difusíssima anestesia geral é bem uma outra evidente ilustração de experiência humana que deixa uma marca de opacidade.

a morte". Isto é: em um momento primacial somos também e irredutivelmente *seres da vida*. Contrariamente às coisas que só existem, nós *somos*. O que implica que naquele momento, no momento em que *já somos seres da vida*, a opacidade se mostre também *af única* e irrepetível⁽¹⁵⁾. Sucede, porém, que, contrariamente à morte (o não-sermos), a experiência de sermos abre uma fresta à compreensão. Tal experiência pode ser estudada, valorada e analisada pelos outros. A ciência, nas suas mais diferentes e específicas disciplinas, dá-nos e explica-nos, através de relações de fenômenos, o *iter* da fenomenalidade da própria vida humana antes e durante a gestação. Por isso somos capazes de o apreender e compreender. Compreensão que, não obstante não ser auto-reflexiva, se adensa, se refaz e se interioriza porque é de ciência certa que qualquer um de nós a viveu. Todos, enquanto sujeitos individuais, sofremos desse déficit de primitiva experiência auto-reflexiva e é esse sentimento de absoluta igual partilha naquilo que se não tem que nos leva a viver, sem preocupações de maior, face a um pedaço de nós que não conhecemos porque opaco. Ou melhor: só o conhecemos porque "outros" nos disseram que foi e é assim e porque agora nós experienciamos nos "outros" que é assim. Há em tudo o que se acaba de ponderar a possibilidade de construir uma narrativa plausível que admite pontos de intersubjectividade que a teia relacional vai construindo. Plausibilidade essa que não é mera ficção mas antes realidade que se pode partilhar, se bem que, é evidente, dentro de parâmetros e patamares extraordinariamente diferenciados. Em síntese: se é verdade que há fenômenos da vida que apresentam graus profundos de opacidade — apesar de tudo desvendáveis cognitivamente,

(15) Em nosso juízo o fenômeno da clonagem humana, que mais tarde ou mais cedo vai, inevitavelmente, acontecer, em nada altera as considerações que se levaram a cabo. O "duplicado" humano também ele vai ter um momento genésico onde tudo é opaco que, para além de tudo, vai acontecer em um outro tempo e em um outro lugar. Desde logo, a partir destas coordenadas, estamos perante um "outro". Actua-se a tudo isto, enquanto enquadramento global de legitimação social, serenidade valorativa e aceitação ética, que a *mater natura* — e aqui *natura naturans* e não *natura naturata* — foi a primeira a clonar. Pense-se nos gêmeos homozigóticos.

analisáveis cientificamente e apreensíveis compreensivamente — é indemonstrável, não obstante a sua inevitabilidade, que o único fenômeno absolutamente opaco da vida é a morte.

4. Os vários horizontes onde a questão se coloca. O horizonte jurídico-penal

Percebe-se com facilidade que o problema do fim da vida se coloca em diversos horizontes⁽¹⁶⁾. Desde logo, salta-nos como preponderante o horizonte religioso. Independentemente da confissão, credo ou crença em que nos situemos, a religiosidade assume como seu *punctum crucis* o tratamento da morte, porquanto esta representa um rito de passagem — a passagem do mundo dos vivos para o mundo dos mortos — que na idealização de qualquer religião se mostra, já o dissemos, essencial ou fulcral⁽¹⁷⁾.

Sendo óbvio que não é nosso propósito caminhar pelo território da religiosidade⁽¹⁸⁾, torna-se, pois, mais fácil ou quase intuitivo per-

(16) Há também uma compreensão histórica dos problemas que o fim da vida suscita. Isto é, podemos perceber a eutanásia através dos tempos. Aliás, esta forma de enquadrar a problemática é quase sempre convocada para tentar legitimar a eutanásia. Não vamos, agora, discutir sobre a bondade de um tal processo de legitimação, o que se quer é tornar clara — sem qualquer e imediato intuito legitimador — a existência histórica de práticas eutanásicas socialmente sustentadas (veja-se, para a Grécia e para Roma, J. MICHAEL RANER, «Zur Euthanasie in der griechischen und römischen Antike», in: *Ethik und Recht an der Grenzen zwischen Leben und Tod*, Graz: Leykam, p. 19 e s).

(17) Para um confronto comparatístico, neste campo, é extraordinariamente elucidativo e útil ver-se *Religion and Bioethics* (a cura di Lorenzo Biagi e Renzo Pegoraro), Fondazione Lanza, Padova: Gregoriana, 1997.

(18) Não deixa de ser interessante e até mesmo muito curioso que um Santo da Igreja Católica — canonizado, como se sabe, em 1935 —, falamos de Thomas Morus, tenha defendido, com uma extensão verdadeiramente extraordinária, a prática da eutanásia na sua célebre obra *Utopia* (THOMAS MORE, *Utopia*, edited by George M. Logan and Robert M. Adams, Cambridge: Cambridge University Press, 1989). Não é, aqui, o lugar adequado para reflectir sobre o papel das utopias e do que representaram e representam no nosso pensamento. Mas uma coisa ao menos nos parece certa: não se pode menosprezar a força de uma ideia ou de uma solução só porque ela pertence ao mundo complexo e fértil de uma utopia.

ceber que há todo um continente normativo onde a problemática da morte se mostra de modo particularmente agudo. Esse território é, sem dúvida alguma, o campo fecundo do direito penal.

Com efeito, a nossa preocupação enquanto penalistas não é, obviamente, fazer um rigoroso estudo de reflexão teórica sobre o fim da vida. A morte, se acontece, digamo-lo em palavras pobres, por razões normais ou naturais tem, por certo, consequências jurídicas mas não tem, com o mesmo grau de certeza, consequências penais. Uma morte que se desenrola dentro do normal ciclo de vida não entra na discursividade penal. Ela só penetra no território do direito penal quando, por mor de comportamento humano voluntário de outrem — por ação ou omissão —, se interrompe, de maneira jurídico-penalmente ilegítima, o seu normal decurso⁽¹⁹⁾. O que é o mesmo que afirmar: a morte só é penalmente relevante, só preenche um dos diferentes tipos legais de homicídio que se prevêem na PE dos Códigos Penais, quando, fora dos pressupostos que se acabaram de salientar em momento anterior (nomeadamente, violação da vida a coberto de uma causa de exclusão do ilícito), com ela se dá um encurtamento da vida, mesmo que esse encurtamento seja tão-só de segundos relativamente ao termo inevitável da vida⁽²⁰⁾.

Refira-se ainda que, por exemplo, David Hume, no seu conhecidíssimo ensaio em defesa do suicídio, em nota, chega a afirmar: "seria fácil provar que o suicídio é tão legítimo à luz da revelação cristã como o era para os pagãos. Não há um único texto da sagrada escritura que o proíba" (DAVID HUME, «Do suicídio», in: *Ensaíes Morais, Políticos e Literários*, tradução de João Paulo Monteiro, Sara Albiéri e Pedro Galvão, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2002, p. 472, nota 4).

⁽¹⁹⁾ Com particular interesse, nomeadamente o sublinhar da ideia de que a proibição de matar incorpora um verdadeiro princípio de ordem pública, veja-se JOSÉ BELEZA, «A ortolanásia como problema jurídico-penal», in: *As técnicas modernas de reanimação; conceito de morte; aspectos médicos, teológico-morais e jurídicos*, Porto, 1973, p. 57.

⁽²⁰⁾ Como se não desconhece — estamos perante um célebre exemplo de escola —, se o pai da vítima que assiste à execução do homicida do filho se antecipa e premir uns segundos antes o botão que acciona a descarga eléctrica e assim matar o condenado, ele está a cometer um crime de homicídio. E está inequivoca-

§ 2 A VIDA HUMANA E O DIREITO PENAL

1. O sentido da vida (a intencionalidade jurídico-positiva com que a vida é valorada) em direito penal

O direito penal valora hierarquicamente — de modo contrário ao que se passa, por exemplo, no direito constitucional — os bens ou valores jurídicos que quer proteger. Por isso, a ordenação sistemática das diferentes áreas da incriminação que vemos nas "partes especiais" dos mais diversos códigos penais assume um significado prioritário se quisermos perceber a hierarquia normativa que o legislador achou por bem consagrar.

Assim, o facto de o nosso CP abrir a sua "Parte Especial" ⁽²¹⁾ [PE] com os crimes contra a vida é revelador, de maneira clara e inequívoca, de que o bem ou valor jurídico-penal mais fortemente protegido é o da vida humana ⁽²²⁾. Todavia, muito embora, como se vê, o bem jurídico vida humana constitua a pedra de toque do pórtico de entrada da área da incriminação penalmente relevante, é bom não esquecer que o valor vida humana não é valorado pelo nosso legislador, como por todos os outros, de maneira monolítica: não há só um único tipo legal de crime para proteger a vida humana. Na verdade, a vida humana é tutelada não só nos seus diferentes momentos de realização e autonomia (vida humana intra-uterina e vida humana autónoma ⁽²³⁾) mas o direito penal também aceita como momentos específicos dessa tutela o modo e a circunstância pelos quais o bem jurídico vida é

mente a praticá-lo, não obstante se saber de ciência certa que, mesmo que tal acção não se tivesse desencadeado, a morte do delinquentes seria inevitável.

⁽²¹⁾ Sobre a noção ou categoria (e seus sentidos normativos) que a chamada "Parte Especial" encerra é de interesse ver o nosso estudo «Relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal», *BFD* 71 (1995), p. 117-144.

⁽²²⁾ Veja-se, neste contexto e absolutamente coincidente com o que se acaba de ponderar, KARL HENZ AUEK, *Verfassung und Strafrecht im Kontext rechtsphilosophischer Ethik*, Wien: Verlag Österreich, 2000, p. 146 e s.

⁽²³⁾ Quanto a este preciso ponto, por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, em anotação ao art. 131.º (§ 5), in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 5.

violado (24). 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.

2. O aumento da esperança de vida

Se de há muito se superou a ideia de um bem jurídico grosseiramente material ou empírico não é menos verdade fazer notar que também foram ultrapassadas as fundametações de tonalidade neokantiana que viam os bens jurídico-penais dentro de um horizonte estritamente valorativo ou axiológico. Hoje, o chamamento ou o apelo que o bem jurídico faz para a sua compreensão, penalmente empenhada, não escurece, no mínimo que seja, a realidade. Neste sentido, os bens jurídico-penais são pedaços da realidade, axiologicamente relevantes, que sustentam o livre desenvolvimento da personalidade humana (25). Ora, se a realidade a que chamamos vida humana sofreu modificações, ainda que só quantitativas, implica tal mutação que devamos repensar o sentido e o conteúdo do bem jurídico-penal vida humana.

(24) Se se olhar, mesmo com o mais leigo dos olhos jurídicos, para o nosso CP de imediato nos damos conta do acerto daquilo que se acaba de ponderar em texto. Desde logo, a estrutura sistemática da incriminação dentro dos crimes contra a vida autónoma (a chamada *técnica legislativa de incriminação*) não deixa margem para dúvidas: crime matricial ou fundamental (homicídio simples — art. 131.º do CP); crime qualificado (homicídio qualificado — art. 132.º do CP); e finalmente crime privilegiado (homicídio privilegiado — art. 133.º do CP). A isto acresce o tratamento absolutamente diferenciado da tutela da vida intra-uterina (com tantas especificidades que a não menor será a de que o aborto não admite a punição por negligência) e ainda o verdadeiramente multiforme modo de prever, quer o homicídio qualificado, quer, aqui de maneira particularmente visível, o homicídio privilegiado. Por outras palavras: temos vários modos ou circunstâncias em que a violação da vida pode assumir a forma de homicídio qualificado como, de igual jeito, temos diversos modos e circunstâncias em que a violação da vida reveste a forma de homicídio privilegiado.

(25) Sobre a noção de bem jurídico-penal veja-se o que escrevemos em *O perigo em direito penal (Contribuição para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 183 e s.

E qual foi a grande mudança? Não temos a menor dúvida em afirmar que a grande transformação que se operou, nestes últimos decénios, no que se refere à vida humana, se prende com o fantástico aumento da esperança de vida (26). Vive-se durante mais tempo. A vida humana tende a alongar-se quase que para “tempos bíblicos” (27), graças às melhores condições básicas da vida, à descoberta dos antibióticos, às transplantações mas, sobretudo, ao extraordinário desenvolvimento da medicina quando olhada no seu todo. Aumento tão forte e patente que, hoje, sociologicamente, já não é incomum ouvir falar-se de uma “quarta idade”. É óbvio, por conseguinte, que este alongamento de duração da vida humana veio colocar novos problemas (28) não só à ciência médica (29) — novas doenças que exigem novas terapias — mas, inevitavelmente, também ao direito penal.

3. (cont.) Suas consequências, mesmo sobre a própria noção de vida

Antes de entrarmos na ponderação consequential daquilo que temos vindo a valorar urge que se faça, para que mal entendidos não surjam, no que toca à nossa posição ética sobre a vida humana,

(26) Esperança de vida (a nasença) é o número médio de anos que se espera que um indivíduo viva, desde que se verifiquem a partir do nascimento as taxas de mortalidade observadas no momento (ano de observação). E só para se ter uma pequena ideia do aumento da esperança de vida em Portugal refira-se que, entre 1990 e 1995, a esperança de vida dos homens cresceu de 70,2 para 71,5 enquanto a das mulheres aumentou, no mesmo período de tempo, de 77,3 para 78,6 (dados retirados da Enciclopédia Verbo, Edição XXI, «vozes» “*esperança de vida*”).

(27) Note-se, por exemplo, que a esperança de vida dos homens brancos nos EUA em 1900 era de 48,0 anos e em 1971 já era de 68,3. Em praticamente setenta anos a esperança de vida aumentou 20 anos. Um salto absolutamente fabuloso (fonte: a «voce» citada na nota 26).

(28) Um problema que, no fim de contas, se abre a vários problemas é aquele que se prende com os recursos económicos. Estes não são inelásticos, o que pressupõe, por conseguinte, prioridades na sua alocação (cf. *Ética e allocazione delle risorse nella sanità*, a cura di Elio Sgreccia e Antonio G. Spagnolo, Milano: Vita e Pensiero, 1996).

(29) É já hoje uma valência médica e em alguns sítios mesmo uma especialidade médica a chamada *gerontologia*.

uma ou outra consideração de princípio. A primeira é a de que, para nós, a vida humana é inviolável, o que, aliás, nada tem de extraordinário, antes correspondendo medianamente a um imperativo constitucional⁽³⁰⁾. A segunda é a de que este axioma será sempre o horizonte no qual se desenharão todas as ponderações que se levarem a cabo. A terceira prende-se com a própria natureza do direito penal, sobretudo quando jogamos com as causas de afastamento da responsabilidade, seja quando nos confrontamos com as chamadas causas de exclusão do ilícito, seja quando nos debatemos com as causas de exculpação, seja, finalmente, quando nos embrenhamos em uma categoria residual de "outras causas de afastamento da responsabilidade penal". Vale por dizer: ao direito penal não repugna, antes se manifesta como exigência de justiça, que a violação da vida, em certas circunstâncias legalmente definidas, não seja punida (basta pensar no exemplo clássico de alguém que mata outrem em legítima defesa). O direito penal mostra-se assim extraordinariamente sensível à ponderação dos valores ou dos bens em conflito. E a esta ponderação, todos o sabem, nenhum valor ou bem escapa. Nem mesmo o bem jurídico vida que é, já o vimos, aquele que de forma plena e absoluta constitui a pedra angular da actual ordenação hierárquica da incriminação. Posto isto entremos, sem mais, nas reflexões que, a propósito deste específico ponto, há por bem levar a cabo.

A ninguém passará despercebido que uma tão grande e densa mutação na esperança de vida humana não podia não deixar marcas, também elas significativas, naquilo que ético-socialmente consideramos vida humana. Queremos com isto significar que não é impunemente que a sociedade vê aliar-se, e de forma tão radical, um dos seus

⁽³⁰⁾ Art. 24.º, n.º 1, da Lei Fundamental da República. Para além disso, a tutela da vida humana recebe ainda, em nosso entender, o reforço de uma cobertura adjuvante quando, através do art. 70.º do CC, podemos afirmar que a sua protecção cabe, sem reservas, naquela norma (cf., neste sentido, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 203). Sobre a importância do art. 70.º do CC veja-se o belíssimo estudo (ensaio) — sobretudo tendo em conta o momento histórico — de ORLANDO DE CARVALHO, *Os direitos do homem no direito civil português*, Coimbra: Vértice, 1973, p. 41 e s.

segmentos mais significativos: a normal duração da vida humana. Assim, uma nova sensibilidade se vai criando relativamente a esta nova situação. Paradoxal. Por certo. Na medida em que se, por um lado, a velhice vem apreendida como um factor de desenvolvimento e de progresso, logo realidade a que se empresta um juízo claramente positivo, ela não deixa também de constituir um problema complexo e profundo na realização do estado de direito social⁽³¹⁾. Na verdade, perante estes novos dados urge levar a cabo toda uma nova redefinição, por exemplo, da segurança social. Mas não termina aqui a complexidade social que o aumento da esperança de vida está a provocar.

Na verdade, muito diferentemente do que acontecia há poucas décadas, o fim da vida tem lugar cada vez mais nos hospitais e não na casa onde a pessoa sempre viveu⁽³²⁾. Não só porque ali é o sítio privilegiado onde se podem realizar cuidados intensivos ou de sustentação da vida mas também porque na casa de família, por razões tão óbvias que nem vale a pena enunciá-las, é impossível "ter" a pessoa que está doente e está perto do seu fim de vida. De

⁽³¹⁾ No documento *Mulheres e homens em Portugal nos anos 90*, do Instituto Nacional de Estatística, relativamente a 2002, na epígrafe intitulada "População e envelhecimento" lê-se o seguinte: «Portugal registou alterações demográficas significativas durante a década de noventa. O agravamento do fenómeno do envelhecimento, a continuação de baixos níveis de fecundidade e a inversão no sentido dos fluxos migratórios, influenciaram a estrutura da população, com consequências aos níveis económico e social».

⁽³²⁾ O que se acaba de dizer é, a muitos títulos, uma evidência e, por isso, não mereceria qualquer outra observação. No entanto, e precisamente no domínio que se está a trabalhar, pela própria natureza das coisas como se verá, tudo reforça o sentido da tendência de uma morte cada vez mais hospitalizada. E porque? Justamente ao criarem-se os chamados cuidados paliativos, ao ser uma realidade essa nova valência ou especialidade médica, é evidente que o doente terminal, para beneficiar desse tratamento, obviamente, terá de morrer no próprio hospital. Como se sabe o *hospice movement* nasceu na Grã-Bretanha em 1967, pela força anímica e material de Cecile Saunders, e tem como horizonte último opor à *total pain* o *total care* (ROSANGELO BARCARO, «Le cure palliative: aspetti etici», in: *La fine della vita*, Bologna: Apèiron, 2001, p. 153 e s.). Para além disso, pode afirmar-se, sustentados em dados por todos tidos como indiscutíveis que, nos chamados países desenvolvidos, 70% a 90% das mortes têm, hoje, lugar em instituições de saúde (cf. ANTÓNIO BARBOSA, «Pensar a morte nos cuidados de saúde», *Análise Social* 38 (2003), p. 37).

um lado, pois, o aumento cuidadoso e empenhado da duração da vida que a colectividade nos concede mas, por outro, o afastamento, o anonimato e a solidude com que se morre. Também por esta vertente das coisas se se não sente o paradoxo é indesejável que nos bate em cheio na cara o punho do antagonismo de uma sociedade cada vez menos solidária porque cada vez mais individualista⁽³³⁾. E o que se deve sublinhar, perante tudo o que se acaba de dizer, é a total ou quase total imperícia ou incapacidade com que a comunidade lida com estes novos problemas. Tudo tende a acontecer a uma velocidade vertiginosa. A capacidade de absorção e de metabolização desse fundo comum a que chamamos consciência colectiva está preparada, no seu ADN, para mutações mais lentas. É bom não esquecer que, hoje, alguém com oitenta ou mais anos viu durante a sua vida suceder-se uma multiplicidade de fenómenos, de factos, de valorações, de mutações que, em outras épocas, seriam precisas quatro ou cinco gerações para que tal acontecesse. Ou seja: a experiência acumulada por cada um de nós neste tempo, em alguns casos, não cabe em nós. O que, a muitos títulos, nos deixa perplexos, ansiosos, descentrados. E quando as coisas se apresentam com um tal grau de perturbação é prudente que os avanços se façam com cuidados redobrados. Por outras palavras ainda: nesta como em tantas outras matérias da nossa contemporaneidade nunca é demais salientar a importância, sem todavia o endensar, do princípio da precaução⁽³⁴⁾.

(33) Uma pequena observação no sentido de aprofundarmos aquilo que se acabou de referir. Porquê antagonismo quando a decorrência discursiva não apresenta, em princípio, qualquer ideia antagónica? Na verdade, em uma lógica bipolar, se uma sociedade é menos solidária é porque ela se mostra mais individualista. Todavia, em nosso modo de ver, há uma razão para o antagonismo. É que o individualismo — ou melhor, algumas formas de individualismo —, nesta contemporaneidade, surge-nos como uma expressão de um modo-de-ser social solidário. Acredita-se que só podemos ser "solidários" se antes formos radical e ferozmente individualistas. Ou seja: os registos ou as declinações com que tais perspectivas são hoje vistas e valoradas apresentam subtilidades e matizes que podem bem dar azo a um tal antagonismo.

(34) OLIVIER GODARD, «Le principe de précaution, une nouvelle logique de l'action entre science et démocratie», *Philosophie Politique*, 11 (2000), p. 17 e s. A precaução, quanto a nós, não se cinge aos domínios da utilização da ciência, da técnica ou da tecnologia. Defendemos, abertamente, a incidência da precaução tam-

4. (cont.) A qualidade de vida

Chegados a um patamar de duração da vida, que talvez em menos de cem anos tenha quase duplicado o seu período normal, o problema já não se centra na "quantidade" de vida⁽³⁵⁾ — para nos exprimirmos de maneira pobre mas sugestiva — mas, seguramente, em uma nova categoria: a qualidade de vida.

Com efeito, de todo o lado, as perguntas, as interrogações, as dúvidas, as perplexidades assaltam-nos, não só enquanto pessoas que vivem este tempo mas também enquanto cidadãos empenhados que querem responder às exigências da sua própria circunstância e história mas, sobretudo, como juristas preocupados.

E esta preocupação já não é, de modo algum, uma pura evanescência que não tenha qualquer reflexo ou afloramento na doutrina penal. Efectivamente, todos convêm que, hoje, o consentimento informado no domínio do direito penal médico, para ser legítimo, não basta traduzir, segundo o estado da arte, a probabilidade da esperança de vida. Exige-se muito mais. O doente perante, por exemplo, uma operação do foro oncológico, para dar um consentimento, deveras informado, tem de ter bem nítidos, a seus olhos, diferentes valores. A saber: qual o provável tempo de vida que lhe resta se nada se fizer? Qual, também provável, é certo, o tempo de vida que alcançará se tiver lugar a intervenção? Se nada se fizer, com que qualidade de vida terminará os seus dias? E se tiver lugar a intervenção, como será o quotidiano da sua vida? Eis algumas das per-

bém no domínio legislativo. Isto é: sempre que se tenha a intenção de operar qualquer alteração legislativa, normemente de ordem penal, devem todos os intervenientes do processo legislativo ter como pano de fundo a ideia forte de precaução que se traduz, neste campo específico, em jamais abandonar a ponderação firme e sustentada de todos os valores em jogo. No entanto, porque se está em uma área de normalidade — onde não há, por conseguinte, o contraponto da verificabilidade — não se pode ser "precautivo" ao limite, porquanto quem assim pensasse ou agisse, em termos legislativos, imobilizaria qualquer progresso legislativo, qualquer ideia de avanço consistente da própria produção legal.

(35) Outros falam claramente em «envelhecimento demográfico», cf. ANTÓNIO BARBOSA, *ob. cit.* [n. 32], p. 36. Ver também o que já se disse na nota 31.

guntas que exigem resposta, hoje, para que se possa claramente dizer que o consentimento se leva a cabo de maneira informada.

No entanto, como é fácil de perceber, temos de ter particular atenção com a noção "qualidade de vida" ⁽³⁶⁾. A própria designação daquilo que se quer exprimir não deixa margem para dúvidas. Está-se perante uma realidade que é ela própria qualitativa e que, por conseguinte, exige critérios também eles qualitativos. Ora, acontece que não é fácil encontrarem-se critérios qualitativos quando nos embrenhamos no terreno escorregadio da subjectividade. Porém, não obstante esta dificuldade, podemos avançar com a ideia de que, neste domínio como em tantos outros, se encontram padrões de objectividade que nos permitem ajuizar sobre a qualidade de vida. Com efeito, diminuição para patamares mínimos de algumas funções vitais; altíssima probabilidade de se vir a concretizar um contínuo estado de dor que só possa ser debelado por analgésicos cada vez mais fortes; provável degradação mental eis, de maneira seca mas não menos precisa, um quadro objectivo que permite valorar a qualidade de vida de um doente ⁽³⁷⁾. Uma precisão ainda. O desenho que se acabou de esboçar não deve nem pode ser percebido como qualquer coisa asséptica que o uso da ciência médica faça ou elabore para, em circuito fechado, a empregar "dentro" da própria ciência médica. A descrição ou o quadro daquilo que verdadeiramente pode corres-

⁽³⁶⁾ É preciso ter em consideração que se está a falar de qualidade de vida e não em "qualidade do acto médico" ou, se se quiser, "em qualidade de intervenção médica", muito embora se reconheça que todos estes problemas estão necessariamente ligados. Só posso ter boa qualidade de vida, no sentido que aqui se pressupõe, se, em simultâneo, tiver "boa qualidade de intervenção médica". Por outro lado, a qualidade da intervenção médica prende-se com os recursos, sua alocação e ainda sobre os problemas daí resultantes (sobre estes últimos pontos veja-se John F. KILNER, *Who Lives? Who dies?*, New Haven / London: Yale University Press, 1990).

⁽³⁷⁾ Há hoje, poderá afirmar-se, um largo consenso dentro do pensamento médico no sentido de sustentar que o patamar mínimo da chamada qualidade de vida se afere tendo em consideração a capacidade comunicacional, a capacidade de comunicar com o mundo exterior. Quando não se reage a qualquer estímulo exterior, não obstante a pessoa estar medicamente viva, a sua "qualidade de vida" — a que alguns já nem sequer chamam vida — está reduzida à sua ínfima expressão.

ponder às exigências de uma razoável ou boa qualidade de vida tem de ser percebido pelo seu destinatário primacial: o doente que vai tomar decisões sobre a sua vida. De sorte que toda a linguagem que se empregue neste campo tem de ser perceptível, segundo a cultura, conhecimento, idade, sensibilidade, por aquele a quem se destina. O que é importante reter e jamais esquecer é que é "aquele" doente que tem nome, família e história que precisa de estar informado. Que precisa de saber o que está a acontecer. Porque é de um problema de "vida" que se trata. Da sua vida ⁽³⁸⁾.

5. O sofrimento para lá do sustentável

De novo nos vemos confrontados com uma proposição que faz apelo inelutável a elementos da mais pura subjectividade. No entanto, também aqui, como no ponto anterior, somos capazes de encontrar elementos referenciais de objectividade que, sem esforço e em consonância metodológica, podem ser elevados a critérios objectivos de valoração. Porém, antes de nos embrenharmos na concreta explicação de tais critérios sejam-nos permitidas, porque fundamentais, algumas breves reflexões de enquadramento geral desta específica questão ⁽³⁹⁾.

A dor ⁽⁴⁰⁾ e o sofrimento têm condicionantes — falamos estritamente daquilo que se designa dor física — de natureza não fisio-

⁽³⁸⁾ São aqui de referir as palavras de Séneca: "Quae, ut scis, non semper retinenda est: non enim vivere bonum est, sed bene vivere" (SÉNeca, *Epistulae morales ad Lucilium*, VIII, 70, 4); "quam bene vivas referre, non quam diu; saepe autem in hoc esse bene, ne diu" (*idem*, XVII-XVIII, 101, 15).

⁽³⁹⁾ Como elemento de particular relevo à questão que se está, presentemente, a tratar é a obra *La douleur et le droit* (Textes remis et présentés par Bernard Durand, Jean Poirier, Jean-Pierre Royer), Paris: Presses Universitaires de France, 1997; sobretudo o texto de BÉRENGÈRE LÉGORIS, «La douleur comme fondement de l'euthanasie», p. 389 e s., onde este Autor nega, categoricamente, que a dor possa ser fundamento para uma qualquer legalização da eutanásia.

⁽⁴⁰⁾ É importante salientar que, mesmo da banda do pensamento católico, da sua prática e, de certa maneira, da própria hierarquia se sustenta que: "Quand à la douleur, il paraît que le catholicisme se refuse désormais à lui accorder une valeur rédemptrice". JACQUES POHIER, *La mort opportune (Les droits des vivants sur la fin de leur vie)*, Seuil, p. 333.

lógica fortíssimas. De sorte que o limiar do suportável de dor física dependa muito de pessoa para pessoa e, para além disso, varie conforme a época histórica. A sensibilidade à dor física era, por certo, muito diferente na Idade Média daquela que se pode perceber nos tempos de hoje ⁽⁴¹⁾. Todavia, o que é preciso não esquecer é que, por mais rude e dura que seja a pessoa que está sujeita ao sofrimento e à dor intensa, há sempre um limite fisiológico para suportar a dor. Neste sentido, a dor está para lá do sustentável quando, em um quadro de valoração fisiológica, ela se mostra perto ou muito perto daquele normal limite.

Ao pensar-se deste modo afastamos a possibilidade de se poder descer para patamares ridículos onde a dor possa ou deva ser considerada insuportável. Por outras palavras: não podemos aceitar que a dor mínima seja tida como insuportável. Também aqui devemos fazer uso da operatória cláusula geral que tem como referente o comportamento da pessoa comum ou do chamado homem médio. Independentemente do fim que se queira assacar ou atribuir à noção de “dor insuportável” ela deve ser considerada, na limpidez da sua normatividade, como conceito jurídico-penal operatório. Quer isto significar que as considerações que estamos a elaborar nada têm a ver com as decisões existenciais ou de vida que cada um possa sustentar sobre o seu sofrimento ou sobre a sua dor. Se alguém faz do sacrifício um meio de entrega espiritual ou de religiosidade, o direito penal deve ter perante um tal comportamento a atitude do mais profundo e denso respeito. A densidade e a riqueza interiores são virtudes que tornam as sociedades melhores mas não podem ser erigidas a valores que mereçam a protecção do direito penal. Efectivamente, como já tantos o disseram, o direito penal vive da razão prática, vive e existe para o normal e comum dos cidadãos e

(41) “Nous envisageons la douleur comme une construction culturelle et sociale: Le rapport des hommes à la douleur est lié à la croyance modifiant la perception de la douleur infligée et ressentie” (ÉRIC GAUJOUR, «Le médecin, le juriste et le sociologue face à la douleur: approche sociologique sur le rapport entre douleur et droit», in: *La douleur et le droit*, textes remis et présentés par Bernard Durand, Jean Poirier, Jean-Pierre Royer, Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 51).

não pode ter como parâmetros de valoração os actos de santidade ou de heroicidade.

6. O “poder de facto” que cada um de nós tem sobre a sua própria vida

A linha discursiva que estamos a empreender neste § 2 — aquela que resulta do tratamento aparentemente sincopado de várias noções ou categorias que se ligam à vida e à imagem que ela assume no nosso tempo — não podia deixar de intersectar a questão de saber o que é que a vida representa, para cada um de nós, dentro do ordenamento jurídico-penal, pois, com uma tal problemática toca-se naquilo que pode constituir o cerne das nossas preocupações.

Para o direito penal é indesejável que o bem jurídico vida é disponível quando a sua violação é levada a cabo pelo próprio. Por outras palavras e visto agora o problema a partir da conduta de terceiros: a vida é um bem jurídico indisponível quando e só quando a sua violação é praticada por terceiros. O que significa, perante a doutrina clássica do consentimento, que esta precisa causa de justificação é sempre ilegítima e irrelevante no momento em que se trata do bem jurídico-penal vida. Mas um ponto firme se alcança neste domínio. Ao não punir-se criminalmente o suicídio, a autodestruição da vida mantém-se dentro dos comportamentos penalmente irrelevantes ⁽⁴²⁾. Mantém-se absolutamente fora da discursividade penal.

A relação do “eu” com a sua razão de ser e o seu suporte — isto é, a relação do “eu” com a “vida” — foi sempre extraordinariamente difícil de conceber a partir de uma óptica estritamente jurídica. Por conseguinte, mais do que que posicionarmo-nos dentro de uma lógica normativista, o que temos por necessário e útil de um estrito ponto de vista jurídico-penal é tentar enquadrar o bem jurídico vida, sem nos preocuparmos demasiado com os recortes normativos da sua pureza conceptual. Na verdade, de nada vale dilacerarmos-nos em argu-

(42) Veja-se, sobre este ponto, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, em anotação ao art. 131.º (§ 29), in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 15-16.

mentações e contra-argumentações sobre a natureza jurídica da relação que intercede entre a "pessoa" e a sua própria vida. Tudo se apresenta, tudo se pode apresentar estéril, na medida em que havendo uma tal identificação entre sujeito e objecto é praticamente impossível conceber um nexo jurídico relacional que objective, quer o sujeito, quer o objecto. E porquê? Porque relativamente às pessoas físicas somos incapazes de conceber uma pessoa sem vida fisiológica, para além do que, simultaneamente, é inconcebível uma vida humana que não seja pessoa. Donde, a impossibilidade de se conceptualizar esse nexo relacional que é a condição primeira para que um direito possa surgir. Mas dir-se-á: o mesmo se não passa com a integridade física? Com efeito, também se pode ir ao limite de sustentar que não é concebível uma integridade física que não seja humana e que terá como seu reverso que não é possível uma vida humana sem integridade física. Por certo. Mas isto é tão-só parte do problema e quer esconder o essencial e determinante da questão. De facto, olhando agora estritamente para a integridade física, relativamente a esta é intuitivamente concebível uma objectivação. A "minha" integridade física não se confunde, nem de longe nem de perto, com o meu "eu". Mais: porque objectivável, podemos, no que toca à integridade física, conceber, contra ela, ataques parcelares. Neste sentido, a sua importância não atinge o limite da impossibilidade. Por outras palavras: enquanto, se se viola a vida já se não pode controlar os efeitos dessa mesma violação, no caso da violação da integridade física somos ainda capazes de ter a percepção e valoração (porque estamos vivos) das consequências. Ainda dentro da mesma linha argumentativa: não são admissíveis ataques parcelares à vida. Tudo se joga e esgota, quando há uma violação, em um único acto. Uma única acção.

Assim, arrancando deste ângulo, o que nos temos de perguntar é até onde vai este "poder de facto" que temos sobre a nossa vida. Pode o bem jurídico vida sofrer a constrição máxima, isto é, a sua nadificação, quando estão em jogo outros valores ou assaca-se à vida, nestas circunstâncias, o limite do absoluto? Tem sentido o "poder de facto" que indubitavelmente temos sobre a nossa própria vida poder ser transferido, honrando outros valores, para outrem? E podemos transferir um "poder de facto" ou isso representa, in

natura, a acção da própria personalidade e, por consequência, mostrar-se como "poder" intransmissível?

7. A autodeterminação

As últimas perguntas que se puseram no ponto anterior deixam perceber que se está à porta de entrada de um dos mais fascinantes mas também mais escorregadios momentos da captação do que é crucial para o direito penal. Para um direito penal contemporâneo. E se quiséssemos ser rigorosos, sem se ser rebarbativo ou supérfluo, poder-se-ia até afirmar que nos encontramos diante de um daqueles "dados" inescapáveis que a nossa cultura jurídica foi construindo durante milénios.

O sujeito ⁽⁴³⁾ assumiu um lugar primacial no jogo complexo da construção do ordenamento jurídico. A consciência jurídica, os textos constitucionais, as mais variadas legislações, todos apontam o sujeito como categoria, figura ou axioma jurídico inescapável da estrutura, articulação e movimento de qualquer ordenamento jurídico contemporâneo ou, mais especificamente, de qualquer ordenamento jurídico-penal.

Mas qual é o poder jurídico que o sujeito ⁽⁴⁴⁾ carrega? Ora, esse poder jurídico outra coisa não é senão a autodeterminação. Tudo gira em torno, quando olhamos para o sujeito, da noção de autodeterminação. Tentemos, por isso mesmo, sintetizar as linhas de força fundamentais de tão importante categoria jurídica e que tantas con-

⁽⁴³⁾ Para uma visão global, complexa e integrada do "lugar" do sujeito dentro da nossa civilização são de enorme importância os dois grossos volumes intitulados *Geschichte und Vorgeschichte der modernen Subjektivität* (Herausgegeben von Reto Luzius Feitz, Roland Hagenbüchle und Peter Schultz), Berlin / New York: Walter de Gruyter, 1998.

⁽⁴⁴⁾ O sujeito que aqui se pressupõe não se identifica, minimamente, com o sujeito, quase omnipotente, que o liberalismo construiu. Por isso, a razão acompanhada por iníquo Castanheira Neves quando em síntese particularmente conseguida nos diz: "o indivíduo não pode ser sem a comunidade, a razão sem o espírito e o homem sem a pessoa («Os Elementos de Direito Natural» de Vicente Ferrer Neto Paiva», in: A. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 342).

seqüências traz também ao direito penal. Resumem-se elas a dois eixos pelos quais correm duas linhas estruturantes: a vertical e a horizontal.

A linha vertical de apreensão da autodeterminação — e não é por acaso que falamos em linha vertical — assenta na ideia de que é o sujeito e só o sujeito que, em auto-reflexão, deve encontrar o seu modo de estar e de viver consigo mesmo e, sobretudo, deve ser também a única instância decisória⁽⁴⁵⁾ do seu comportamento com os outros. É claro que essa autodeterminação passa, outrossim, pelo respeito que todos os outros lhe devem merecer. No entanto, esta linha ou coordenada horizontal não tem, bom é de ver, a mesma importância que aquela da verticalidade traz à noção de autodeterminação⁽⁴⁶⁾. Para além disso, a autodeterminação arrasta consigo, sobretudo, uma noção de imunidade⁽⁴⁷⁾. É o sujeito que se

⁽⁴⁵⁾ É óbvio que estamos, aqui, a pressupor uma instância ética da decisão. Logo, sustentada na autonomia do ser pessoa. Outra coisa é a instância heterónoma da decisão. Essa cabe, por inteiro, ao direito.

⁽⁴⁶⁾ Tenhamos, todavia, presente uma das quatro teses de ACH: "Sterben ist als Teil des Lebens auch Teil der Persönlichkeitsverwirklichung eines Menschen", *apud* DAGMAR SCHAFER, *Patientenverfügungen (Krank — aber entscheidungsfähig)*, Lage: Hans Jacobs, 2001, p. 29. Ora, se para a realização completa e global da "minha" personalidade a "minha" morte é um elemento essencial, então, os "outros" têm o dever de criar as condições para que a "minha" personalidade se cumpra integralmente. Este modo de olhar dá sentido e densifica axiologicamente o segmento horizontal que trabalhamos. Ou, dizendo-o com Pinto Bronze, "a pessoa real é constituída pela dialética de um eu singular e de um 'eu social'" (cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 479). Se a "minha" morte é seguramente um pedaço do meu "eu singular" o meu "eu social" parece exigir, naquela precisa tensão dialética, dialéctico-normativa, a satisfação da sua plenitude. No entanto, este modo de perceber a realidade da morte colide frontalmente com a posição de Wittgenstein [n. 12]. Com efeito, para o filósofo do Tractatus a "minha" morte jamais pode ser "minha", porquanto no exacto momento em que morro cria-se uma ausência, a ausência da "minha" própria morte. Ora, isto, se bem vemos, é logicamente inatácável mas materialmente claudicante. Sou "eu" que morro. O facto de ser indecifrável, porque inenarrável, mesmo para "nós", a experiência da "minha" morte não significa que ela não fique agarrada ao meu "eu". Parece-nos, pois, que "eu" possa dizer, sobre ela, a morte, alguma coisa.

⁽⁴⁷⁾ Acharnos particularmente denso e operatório o conceito de imunidade olhado a partir do sujeito jurídico. A esfera última da autodeterminação deve estar

quer imune — imune ao exterior — e que exige ao Estado, ao Direito, a preservação dessa própria imunidade⁽⁴⁸⁾. Está presente, queiramo-lo ou não, uma certa ideia, não isenta de perigos e de terríveis armadilhas, de auto-suficiência que, se não for bem temperada por uma rigorosa auto-reflexão, é ou pode ser ela própria destruidora da autodeterminação e por consequência do sujeito em si mesmo. O sujeito que decide, que decide em total autonomia, não pode ser compreendido como um sujeito que decide solipsisticamente. O obnubilamento, o efectivo e real desaparecimento do sujeito dá-se, paradoxalmente, quando este, por fenómenos de corrupção autista, crê que o mundo se centra e gira em torno desse "eu" ideal e descarnado que ele próprio julga representar em plenitude. Nada de mais falso. Por isso, este é um dos maiores perigos — se não o maior — de uma errada compreensão do que seja a autodeterminação.

8. Aprofundamento e densificação

Chegamos a um ponto em que se traçaram já as coordenadas essenciais daquilo que nos preocupa. Ou seja: desenhou-se ou marcou-se, com o rigor tido por conveniente, o horizonte jurídico — mas também o horizonte de adensamento problemático — no qual a questão que perseguimos, para melhor a estudar, não pode deixar de ser enquadrada. E, verdadeiramente, o que é que nos trouxe uma tal exigência de rigor e de enquadramento? Temos para nós que o percurso até agora levado a cabo permite, não só melhor perceber aquilo que é constitutivo do plano teórico mas outrossim compreender a multiplicidade e o cruzamento de valores que uma qualquer decisão, sobretudo neste campo, sempre implica.

imune a todo o jogo externo de pressões. Porque só assim é que se realiza. E uma sociedade é tanto mais solidária quanto mais for capaz de dar "imunidade" a esse lugar derradeiro da decisão.

⁽⁴⁸⁾ "La funzione immunitaria che il diritto svolge nel confronti della comunità è di evidenza immediata e come tale universalmente riconosciuta anche al di fuori della letteratura giuridica" (cf. ROBERTO ESPOSITO, *Immunitas*, Torino: Einaudi, 2002, p. 25).

A tudo isto acresce que a questão que nos tem servido de pano de fundo é ela própria um *definitional stop* ⁽⁴⁹⁾. Na verdade, ao tentar descontinuar aquilo que é preponderante e determinante não podemos esquecer, em caso algum, que se trabalha em uma zona limite, se trabalha com um *definitional stop*. Tão ou mais importante do que perceber as várias fracturas, os diferentes segmentos argumentativos, as diversas posições valorativas relativamente a determinantes fazedores — que foi, ao fim e ao cabo, aquilo que necessariamente fizemos neste § 2 — é bom não esquecer que o problema do tratamento jurídico-penal do fim da vida, quando esse fim é pedido que se provoque e essa solicitação é levada a cabo de forma séria, instante e expressa, desencadeia um *definitional stop*. Vale por dizer: uma das soluções do problema — a solução que admita a não punibilidade penal daquele que põe termo à vida de quem lhe pediu para o fazer de maneira séria, instante e expressa — aceita assumir o risco de que a decisão de quem solicita tal acto assume um carácter absoluto ⁽⁵⁰⁾. Que é ela própria a última e a mais densa das escolhas. Que é um *definitional stop*. Todavia, se se admite que a situação actual é aquela que deve permanecer, então também aqui não estamos menos mergulhados em um absoluto. O absoluto que a vida representa mesmo para aqueles que honesta, séria e desassombradamente já a não queiram viver. Mais. Temos de admitir e aceitar que se está perante um absoluto impositivo. Também aqui estamos em frente do drama do limite, do *definitional stop* que não nos deixa dolorosamente de acompanhar. Daí que todo o problema se centre nestes dois eixos. Haverá razões, razões fortes e de fundo, para optarmos pelo eixo que privilegia a não punibilidade, em restrições circunstâncias, ou essas mesmas razões fortes, densas e humanitárias continuam a privilegiar o absoluto da vida?

⁽⁴⁹⁾ Esta categoria não é nossa. É de Hart. Tomamo-la, neste contexto, de empréstimo, porquanto, através dela, conseguimos traduzir, pensamos que de forma conclusiva, a ideia de barreira inultrapassável, a ideia de limite presente em tantos e tantos momentos quando discorremos sobre esta precisa problemática.

⁽⁵⁰⁾ Defendendo o "absoluto" da protecção à vida (de qualquer maneira colocando timidamente o absoluto entre comas) veja-se Jörg LAUER, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht*, Frankfurt am Main / Berlin / New York / Paris / Wien: Peter Lang, p. 115 e s.

§ 3 O FIM DA VIDA HUMANA

1. A eutanásia: exercício de determinação — isto é, de definição — de diferentes formas de "eutanásia"

Uma primeira observação se impõe, desde logo. O chamamento do fim da vida é por nós convocado, como já ficou claro nas ponderações que deixámos no § 1, 4, não para qualquer exercício de pura reflexão teórica ou de especulação filosófica mas antes e definitivamente como questão central do direito penal. E mais. Como questão central do direito penal — podemos neste momento já acrescentar em concatenado desenvolvimento — que se liga à prática da eutanásia. Por isso, é nosso primeiro dever perceber, em todas as suas vertentes, a fenomenologia da eutanásia. Tentemos, por isso, agarrá-la conceitualmente, não sem que antes nos permitamos tecer um conjunto de necessárias considerações sobre o real e verdadeiro sentido da chamada determinação conceitual.

A determinação conceitual deve ser assumida e vista, não como simples exercício lógico de afirmação da exigência de recortes nítidos entre as várias noções, mas antes como qualquer coisa que tem um sentido e uma densidade metodológica que vai para lá desse horizonte primeiro que se liga normalmente à definição. Definimos, não por uma estrita necessidade de "arrumar as coisas" — porque ainda não se provou que as coisas arrumadas valham mais do que as desarrumadas — mas porque ao arrumar, ao definir, ao sermos capazes de traçar fronteiras, está-se, do mesmo jeito, a densificar o horizonte no qual o problema, os problemas, podem melhor ser vistos e valorados. A densificação axiológica não é coisa diferente de um espessamento também ele axiológico. Ora, perante um fundo espesso e de contraste tudo se torna mais nítido e perceptível. E ao tornar-se mais nítido e perceptível, todos, com a maior vantagem e facilidade, podem ver os erros e as imperfeições daquilo que é para nós o caminho mais justo para se atingir a solução correcta e adequada.

A esta luz consideramos que, neste domínio, se podem e se devem diferenciar dois grandes tipos de eutanásia: a eutanásia activa

e a eutanásia passiva ⁽⁵¹⁾. Deixamos de lado, assim, obviamente, quer a perversa e eticamente inconcebível eutanásia de tonalidade colectiva ou colectivística ⁽⁵²⁾, quer também a chamada eutanásia indirecta. Com efeito, quanto àquela, só admitir a possibilidade da sua existência representa manifestamente um retrocesso moral de tal intensidade que nos faz aproximar da mais pura e desenfreada barbárie, nos faz descer ao grau zero da valoração da dignidade humana. Nos faz confrontar com uma das faces daquilo a que se já chamou o mal absoluto. No que se refere à eutanásia indirecta também a deixámos de parte porquanto, em verdadeiro rigor, de eutanásia se não trata. A determinação da chamada eutanásia indirecta mais não é do que a aceitação de um comportamento, por quase todos normalmente tido como lícito, que se preenche quando a ministração de um qualquer fármaco analgésico — absolutamente imprescindível porquanto o paciente apresenta dores insuportáveis, insuportáveis para lá do razoável — provoca ou pode provocar um ligeiro encurtamento do tempo esperado de vida ⁽⁵³⁾.

Por outro lado, a eutanásia passiva, apesar de constituir um caso inequívoco de eutanásia, não vai estar no centro das nossas preocupações. Ou melhor: só o vai estar enquanto possa também constituir um comportamento, se bem que omissivo, que leve à morte

⁽⁵¹⁾ Uma aproximação a estas categorias pode ver-se, com proveito, no estudo de LUCA MONTICELLI, «Eutanasia, diritto penale e principio di legalità», *L'Indice Penale*, Nuova Serie, I (1998), p. 474 e s.

⁽⁵²⁾ Para uma compreensão desta categoria veja-se FERRANDO MANTOVANI, «Eutanasia», in: *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino: UTET, IV, p. 423.

⁽⁵³⁾ Também conhecida como doutrina do "duplo efeito" (retira ou alenua a dor mas provoca, outrossim, um ligeiro encurtamento do tempo de vida). Refira-se, no entanto, Capelo de Sousa, que defende, parece-nos, perante a situação descrita, haver a prática de um crime de homicídio (cf. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *op. cit.* [n. 30], p. 204, nota 393). Já inteiramente concordante com o que se acaba de expender veja-se MANUEL COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 411, e, mais recentemente, Figueiredo Dias que considera que a conduta do médico que actua da forma descrita o faz a coberto de uma justificação (cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, em anotação ao art. 131.º do CP (§ 26), in: *Comentário Criminológico do Código Penal*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 14).

da pessoa que o pedira de maneira clara, firme, constante e desde que tal acto seja perpetrado por médico. Ao fazer-se esta redução conceptual estamos, sobretudo, a tornar clara a questão e a não nos deixarmos envolver em redundâncias que nada acrescentam àquilo que é o ponto central. Por outras palavras: quando hoje a questão da eutanásia se aflora, se discute ou sobre ela se legisla não se tem como horizonte discursivo todas as formas de eutanásia, antes para firme, na linha da frente da discussão pública, a figura nuclear, com todas as suas ramificações, adjacências e implicações, da eutanásia activa.

2. A aceitação da eutanásia e os riscos que comporta (sobre tudo, o chamado efeito dos "passos sucessivos")

A aceitação da eutanásia, *maxime* da eutanásia activa, suscita problemas de enorme complexidade, não só dentro do campo específico dos princípios mas, do mesmo jeito e de forma particular, também no seio de uma perspectiva de limitação e de contenção dos riscos do seu alastramento a situações que, em princípio, jamais se teriam em conta de um dia poderem vir a ser consideradas como susceptíveis de caber no quadro da eutanásia penalmente não punível. Olhemos, pois, a problemática da eutanásia a partir daquelas duas coordenadas.

Como já tivemos ocasião de salientar (§ 2, 8), a aceitação da eutanásia — da eutanásia activa consentida e pedida — corresponde a uma alteração substancial, radical, do paradigma daquilo que se considera um absoluto, um *definitional stop*. Ao absoluto da vida ⁽⁵⁴⁾ contrapõe-se o absoluto de um "eu" que assume a autodeterminação na plenitude da sua própria nadificação ⁽⁵⁵⁾. Ora, esta mutação, esta viragem, não pode só ser olhada como uma simples operação teórica sem consequências no domínio da razão prática. Tal alteração representa qualquer coisa de tão profundo que provoca, poder-se-á dizer, modificações na espessura do próprio problema.

⁽⁵⁴⁾ O absoluto da vida é normalmente defendido por correntes do pensamento religioso, atribuindo-lhe, compreensivelmente, um carácter sagrado (cf. MARIA BEATRICE MAGRO, *Eutanasia e direito penal*, Torino: Giappichelli, p. 26, sobretudo nota 38).

⁽⁵⁵⁾ Veja-se o que se disse na nota 46.

O aceitar-se o radical absoluto da autodeterminação, se bem que cingido aos parâmetros rigorosíssimos atinentes a circunstâncias também elas manifestamente particulares e legalmente definidas, dissolve a espessura do *definitional stop*, porquanto abre as portas a novas investidas de alargamento da eutanásia. E este argumento, o argumento do "efeito de arrastamento" ou dos "passos sucessivos" ⁽³⁶⁾ não se julgue que não tem consistência ou é mesmo irrelevante. A sociologia do direito ensina e a experiência comum faz-nos apreender com facilidade que a quebra de uma qualquer barreira pode levar ao arrastamento de situações que jamais estariam no horizonte daquelas que "estilhaçaram" os selos daquele primitivo e irredutível limite. Aceitemos, por mero jogo acadêmico, a possibilidade de a eutanásia activa consentida e pedida, dentro dos estritos limites legais previamente definidos, não ser penalmente punida. Mas, então, perguntar-se-á: quem nos garante que a não punibilidade penal, para este tipo de acções, não possa ser alargada, por exemplo, a situações menos rigorosas na sua definição legal? E, depois, de passo em passo, poder-se-á mesmo chegar à intolerável eutanásia activa não consentida. Eis, em resumo, a argumentação sustentada pela doutrina dos chamados "passos sucessivos".

Como já tivemos ocasião de, em momento anterior, deixar claro, a ponderação e a argumentação veiculada pela ideia de arrastamento incontido são elementos de enorme relevância na consolidação do absoluto da "vida". É manifesto que os perigos são reais e verdadeiros ⁽³⁷⁾. Todavia, se bem vemos, a negação a qualquer espaço de

⁽³⁶⁾ Pondo em destaque o perigo dos "passos sucessivos" ou do "efeito de arrastamento", quer em estudos de inspiração religiosa, quer a partir de uma perspectiva laica, veja-se o estudo de SERGIO SEMINARA, «Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, p. 717.

⁽³⁷⁾ Um outro perigo que também não pode, de modo algum, ser menos-prezado é aquele que se poderá desencadear através da perversa introjeção de uma ideia de "fardo" para com terceiros (cf. JOHN HARDING, *Is there a duty to die?*, New York / London: Routledge, 2000). LÉON, BÉRENGER, «La douleur comme fondement de l'eutanasia», in: *La douleur et le droit*, textes réunis et présentés par Bernard Durand, Jean Poirier, Jean-Pierre Royer, Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 391 e s.). Há quem defenda que a permissão da eutanásia activa

legitimidade da chamada eutanásia activa consentida, pedida e levada a cabo por médicos, não pode assentar os arrais da sua validade única e exclusivamente nos riscos dos "passos sucessivos". Com efeito, toda a evolução é feita no pressuposto da assunção de riscos, e daí que a força de uma tal proposição perca muito da sua aparente bondade. O que não quer significar, continue a sublinhar-se, que não seja um argumento a ter em devida e boa conta. Para além disso, consideramos que a fundamentação de uma qualquer negação à possibilidade de abrirem casos de não punibilidade penal relativamente à eutanásia activa, consentida, pedida e levada a cabo por médicos é, sobretudo e definitivamente, uma questão que toca o sentido da aceitação do absoluto da vida.

3. A trágica experiência do holocausto (e não só) e a sua refracção sobre a presente problemática

Sabemos — e ao sabê-lo já se afirmou que, por isso mesmo, seria impossível, a partir daí, pensar filosófica e eticamente (e juridicamente, acrescentaríamos nós) o nosso tempo — que a experiência do holocausto foi qualquer coisa tão profunda e brutal que, sem cairmos no radicalismo da impossibilidade atrás denunciada, deixou marcas

a pedido suscitaria um intolerável e inumano desequilíbrio moral, na medida em que todos os que estivessem em uma situação terminal se sentiriam quase no dever de procurar a morte. Pensamos que ajuizar as coisas por este prisma, não obstante reconhecer-se-lhe um mínimo de sustentabilidade argumentativa, padece de vícios materiais que facilmente se podem enunciar da seguinte forma: a) valorar a realidade social, as relações sociais, a partir de uma ética da desconfiança e do puro egoísmo é sustentar aquilo que verdadeiramente também se não defende, sobretudo quem é manifestamente contra qualquer ideia de não punibilidade de actos eutanásicos; b) que se saiba o suicídio não é penalmente punido e não vemos qualquer movimento ou sequer sugestão que indique que os doentes terminais, porque "fardos" sociais ou familiares, se devam também suicidar; e c), finalmente, atirar como contra-argumento a eventual e perniciosa consequência não nos parece moralmente sustentável, porquanto se se está no domínio de ética da intenção — e normalmente quem defende a absoluta proibição de qualquer ideia de eutanásia arranca de uma profundíssima convicção no valor em si mesmo da ética da intenção —, então, não nos podemos transferir, sem mais, sob pena de nos contradizermos, para uma ética da responsabilidade, para uma ética de resultados.

dilaceradas e insanáveis no coração e na alma de todos ⁽³⁸⁾. Para além disso, em outros quadrantes geográficos e ideológicos, a tentação e mesmo a realização de programas eutanásicos não foi só um parêntesis de loucura colectiva ou de perversão. Não. É bom que se diga que os Goulags, os campos de concentração dos Kemers Vermelhos foram outras tantas experiências onde a ideia de *Euthanasieprogramm* floresceu. E este efeito irradiante de se estar quase perante um mal ⁽³⁹⁾ originário é de tal maneira intenso que tudo o que, agora, toque, sequer ao de leve, aquelas inqualificáveis e inomináveis experiências, como que sofre o anátoma da contaminação violenta que não admite qualquer forma de salvação. Todavia, se a história não parou e se a redenção é um elemento essencial da vivência humana, então é bom poder pensar novamente sobre os problemas sem nos sentirmos limitados pela dor infinda de uma página negra, inarrável e obscura da nossa civilização. A atitude libertadora do pensamento e tudo aquilo que ela moralmente carrega é uma forma simples mas cheia de sentido de honrarmos a memória daquelas vítimas inocentes. Se se aceitar a anestesia castradora da inibição de pensar as coisas, por que representariam uma imagem, ainda que distorcida, do holocausto, isso seria a forma mais perversa de admitirmos que as cinzas que se espalharam teriam coberto o pensamento com a praga da infertilidade.

Pensemos, por isso, tudo. Questionemos tudo. Com uma condição: jamais esquecer o passado. Preservar a memória, porquanto, sem essa, todo o presente e sobretudo todo o futuro será uma amalgama sincrética e indiferenciada de factos dispersos.

4. O art. 24.º, n.º 1, da Constituição da República

O art. 24.º, n.º 1, da Lei Fundamental representa uma pedra de toque em todo o plano arquitectural do ordenamento jurídico português.

⁽³⁸⁾ Entre vastíssima literatura veja-se GERNOT D. HASTBA, «Euthanasie im Dritten Reich», in: *Ethik und Recht an der Grenzen zwischen Leben und Tod*, Graz: Leykam, p. 27 e s.; HORACIO RIQUELME U., *Medizinische Ethik in Krisenzeiten*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 108 e s.

⁽³⁹⁾ Sobre o mal veja-se *Il male*, Milano: Cortina, 2000; JÉRÔME POSTEL, *Le mal (Homme coupable, homme souffrant)*, Paris: Armand Colin, 2000.

guês. Com efeito, o nosso legislador, ao pronunciar-se de forma tão clara e impressiva sobre a vida — “a vida humana é inviolável” — é indescutível ter querido produzir consequências ou efeitos jurídicos de primeira grandeza. Vale por dizer: está-se longe de se poder sequer pensar que tal imperativo constitucional tenha tão-só a característica frática da norma programática. A norma que se contempla no art. 24.º, n.º 1, da Constituição apresenta as características de um *definitional stop*, se bem que, como adiante se verá e como já se deixou insinuar, estejamos longe de o poder considerar, dentro do ordenamento jurídico-penal português, como em todos os outros, como um *definitional stop* absoluto. Certamente que o arco de interpretação que a norma permite é reduzidíssimo. Mas existe e tem relevância prática. Olhemos, por conseguinte, um pouco mais de perto, para este específico ponto.

Assim, a inviolabilidade que ela propugna estende-se, desde logo e em lugar cimeiro, aos poderes públicos. É, por isso, absolutamente impensável qualquer ideia de consagração de pena de morte ⁽⁴⁰⁾. Da mesma forma que se postula com a densidade de valor jurídico essencial de todo o ordenamento penal. Que faz com que se apresente como bem jurídico-penal. Que faz com que o direito penal — contrariamente ao direito constitucional onde a hierarquia dos valores constitucionalmente reconhecidos inexistente — coloque a sua protecção no pórtico de entrada dos crimes da PE. Mas — e deste modo começamos a entrar no domínio específico das dificuldades interpretativas atinentes ao direito penal — é absolutamente impensável, sob pena de insanável contradição lógica, que a vida de outrem não possa ser violada quando a nossa própria vida está em perigo porque atacada. Uma vez mais se chama a debate, porquanto *topos* central da hermenêutica da vida, no campo discursivo do direito penal, a figura da legítima defesa. Para além disso, a doutrina mais consistente não deixa de salientar que a vida presuposta e que merece a tutela do art. 24.º, n.º 1, da Lei Fundamen-

⁽⁴⁰⁾ E as dúvidas quanto à impossibilidade de uma tal consequência desapercebem por completo com a consagração constitucional da norma imperativa que o n.º 2 desse mesmo art. 24.º consagra.