

**LIBER DISCIPULORUM**  
**PARA**  
**JORGE DE FIGUEIREDO DIAS**

**Organização**

MANUEL DA COSTA ANDRADE  
JOSÉ DE FARIA COSTA  
ANABELA MIRANDA RODRIGUES  
MARIA JOÃO ANTUNES



**Coimbra Editora**

**2003**

*Coimbra Editora*



## O FIM DA VIDA E O DIREITO PENAL

José de FARIA COSTA

### § 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 <sup>(1)</sup> — a ser tratada, valorada e estudada <sup>(2)</sup>, para além de poder ser o

---

<sup>(1)</sup> Salientando também — e de forma clara — este lado das coisas; salientando um incapável 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 BENZENHÖFER, *Der gute Tod?*, München: Beck, 1999, p. 13-60.

<sup>(2)</sup> Uma das críticas que, por vezes, se ouve relativamente a todos os que estudam a problemática da morte encerra-se na despropositada e deslegitimadora valoração: “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 valoração 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 — e independentemente da posição que se tome —, a tensão compreensiva que 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.

lugar onde todas as incompreensões 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

(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 repto 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 execrável, se não se quiser entrar na barbárie» (cf. ANSELMO BORGES, «Morrer dignamente. A obstinação terapêutica», in *Bioética* (Luís Archer, Jorge Biscaia e Walter Osswald, 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 clínica ensinou-me a recusar com veemência condenações inapeláveis 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 execrável, se não se quiser entrar na barbárie”. Nunca a pratiquei, mas hoje lamento, pelo menos uma vez, não ter tido a coragem de ter aliviado o sofrimento de um ente querido na agonia de uma falta de ar intratável» (cf. JOÃO LOBO ANTUNES, *Memória de Nova Iorque e outros ensaios*, Lisboa: Gradiva, 2002<sup>2</sup>, 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 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 hiper-complexas 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 sensibilidades, 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’impreparazione culturale di una società i cui membri si riconoscono incapaci di convivere con l’idea di finitezza 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.

(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», debaixo da «voce» *Homme*, escreveu: “L’espèce humaine est la seule qui sache qu’elle doit mourir” (VOLTAIRE, *Dictionnaire Philosophique*, Edition Touquer, 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”

que são e que se movem em um horizonte (último) <sup>(6)</sup> 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 <sup>(7)</sup>, que desencadeia necessariamente, mas antes pela simples interrogação do verdadeiro sentido matricial daquilo que definitivamente a morte é <sup>(8)</sup>.

A morte postula-se, deste jeito, como um problema central, centralíssimo, axial, da nossa vida individual e colectiva mas só gostamos de a discutir

---

(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. Começemos, 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.

<sup>(6)</sup> 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.

<sup>(7)</sup> Atentemos, tão-só, nas consequências estritamente jurídicas. Começemos por dizer que a morte é um fenómeno não importante — isto é, que tem consequências tão importantes — que se chega, e bem, em circunstâncias determinadas pela lei, a presumi-la (vejam-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 Código Civil); *b*) a morte como causa de extinção da responsabilidade criminal (arts. 127.º e 128.º do Código Penal [CP]).

<sup>(8)</sup> 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. Bartin, Rosamond Rhodes, and Anita Silvers), New York / London, Routledge, 1998, p. 11.

por aquilo que ela provoca <sup>(9)</sup>. 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 merecedor tão-só de reflexões poéticas, de projecções, convicções ou de sentimentos religiosos <sup>(10)</sup> ou muito simplesmente da construção artificial de um deserto que faça definhar o 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* <sup>(11)</sup>. 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

<sup>(9)</sup> 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).

<sup>(10)</sup> É óbvio que não vamos sequer aflorar 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 remática que a morte pode despertar: "mas 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», *Broéria*, vol. 150 (2000), p. 223. Acrescente-se que o volume a que nos acabámos de referir é monográfico e trata da eutanásia.

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

amplitude, pode facilmente inquinar 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<sup>(12)</sup>. Todavia, parece-nos, sem nos alongarmos em outras explanações, 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 teorético: 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

---

(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 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).

uma quota mínima de referentes a realidade é-nos absolutamente estranha, hostil, de uma quase e irredutível 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, 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 abortamento 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 abortamento <sup>(13)</sup> 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 <sup>(14)</sup>, 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 vivem a experiência comatosa. De sorte que a nossa atenção se deva centrar, sobretudo, naquilo que é o lugar simétrico de "seres para a morte". Isto é: em um momento primordial somos também e irredutivelmente *seres da vida*. Contrariamente às coisas

<sup>(13)</sup> Todavia, seja-nos permitido aprofundar um pouco mais este ponto. Com efeito, não obstante podermos entrar nessa mundividência pela sensibilidade e racionalidade feminina, é indesmentível que sempre escapará aos homens uma irredutível 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 abortamento de todos os que renham o género masculino. As decisões da *polis*, as decisões politicamente sustentadas, para poderem 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 discretear, 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.

<sup>(14)</sup> 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.

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 *at* única e irrepetível (15). Sucede, porém, que, contrariamente à morte (o não-sermos), a experiência de sermos abre uma fresta à compreensibilidade. 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 fenómenos, 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 fenómenos da vida que apresentam graus profundos de opacidade — apesar de tudo desvendáveis cognitivamente, analisáveis cientificamente e apreensíveis compreensivamente — é indesmentível, não obstante a sua inevitabilidade, que o único fenómeno 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 hori-

---

(15) Em nosso juízo o fenómeno 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”. Acresce 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 gémeos homozigóticos.

(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 pro-

zonte 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 ideação 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 perceber 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 acção ou omissão —, se interrompe, de maneira jurídico-penal-

---

blemática 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 RAINER, «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 *Religioni e Bioetica* (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. 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: *Ensaio Morais, Políticos e Literários* (tradução de João Paulo Monteiro, Sara Albieri e Pedro Galvão), Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2002, p. 472, nota 4).

mente ilegítima, o seu normal decurso<sup>(19)</sup>. 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<sup>(20)</sup>.

## § 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 próprio 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”<sup>(21)</sup> [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<sup>(22)</sup>. Todavia, muito embora, como se vê, o bem jurídico vida humana constitua

---

(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 ortotanásia 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 antecipar 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 inequivocamente a praticá-lo, não obstante se saber de ciência certa que, mesmo que tal acção não se tivesse desencaçado, a morte do delinquente 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 HEINZ AUER, *Verfassung und Strafrecht im Kontext rechtsphilosophischer Ethik*, Wien: Verlag Österreich, 2000, p. 146 e s.

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 <sup>(23)</sup>) mas o direito penal também aceita como momentos específicos dessa tutela o modo e a circunstância pelos quais o bem jurídico vida é violado <sup>(24)</sup>. 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 fundamentações de tonalidade neo-kantiana 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 descursa, 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

---

<sup>(23)</sup> 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.

<sup>(24)</sup> Se se olhar, mesmo com o mais leigo dos olhares 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.

humana <sup>(25)</sup>. 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.

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 <sup>(26)</sup>. Vive-se durante mais tempo. A vida humana tende a alongar-se quase que para “tempos bíblicos” <sup>(27)</sup>, 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 <sup>(28)</sup> não só à ciência médica <sup>(29)</sup> — 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 consequencial daquilo que temos vindo a valorar urge que se faça, para que mal entendidos não surjam, no que

---

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

<sup>(26)</sup> Esperança de vida (à nascença) 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, «voce» “*esperança de vida*”).

<sup>(27)</sup> 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).

<sup>(28)</sup> 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. *Etica e allocazione delle risorse nella sanità* (a cura di Elio Sgreccia e Antonio G. Spagnolo), Milano: Vita e Pensiero, 1996).

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

toça à nossa posição ética sobre a vida humana, 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<sup>(30)</sup>. 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 alterar-se, e de forma tão radical, um dos seus 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,

---

<sup>(30)</sup> 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 Código Civil [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.

ela não deixa também de constituir um problema complexo e profundo na realização do estado de direito social<sup>(31)</sup>. 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<sup>(32)</sup>. 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 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 solidão com que se morre. Também por esta vertente das coisas se se não sente o paradoxo é indesmentível que nos bate em cheio na cara o punho do antagonismo de uma sociedade cada vez menos solidária porque cada vez mais individualista<sup>(33)</sup>. E o que se deve sublinhar, perante tudo o que se acaba de dizer,

---

(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 porquê? 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 Sauders, 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).

(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 —,

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 endeusar, do princípio da precaução <sup>(34)</sup>.

#### 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 <sup>(35)</sup> — para nos exprimirmos de maneira pobre mas sugestiva — mas, seguramente, em uma nova categoria: a qualidade de vida.

---

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 subtilezas e matizes que podem bem dar azo a um tal antagonismo.

<sup>(34)</sup> OLIVIER GODARD, «Le principe de précaution, une nouvelle logique de l'action entre science e 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 também no domínio legislativo. Isto é: sempre que se tenha a intenção de operar qualquer alteração legislativa, mormente 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 normatividade — onde não há, por conseguinte, o contraponto da verificabilidade — não se pode ser “precavido” ao limite, porquanto quem assim pensasse ou agisse, em termos legiferantes, imobilizaria qualquer progresso legislativo, qualquer ideia de avanço consistente da própria produção legal.

<sup>(35)</sup> 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.

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 perguntas 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 valo-

---

(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).

rar 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 corresponder 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).

(37) Há hoje, poderá afirmar-se, um largo consenso dentro do pensamento médico no sentido de susrentar 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 — será reduzida à sua ínfima expressão.

(38) São aqui de referir as palavras de Séneca: “Quae, ur scis, non semper retinenda est; non enim vivere bonum est, sed bene vivere” (SÉNECA, *Epistulae morales ad Lucilium*, VIII, 70, 4); “quam bene vivas referte, 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 LEGROS, «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.

A dor <sup>(40)</sup> e o sofrimento têm condicionantes — falamos estritamente daquilo que se designa dor física — de natureza não fisiológica 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 <sup>(41)</sup>. 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 não pode ter como parâmetros de valoração os actos de santidade ou de heroicidade.

---

<sup>(40)</sup> 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.

<sup>(41)</sup> “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 GALLIBOUR, «Le médecin, le juriste et le sociologue face à la douleur: approche sociologique sur le rapport entre douleur et droits», 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).

## 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 indesmentível 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 <sup>(42)</sup>. 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 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 dilacerarmo-nos em argumentações 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 nexó 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 de que, simultaneamente, é inconcebível uma vida humana que não seja pessoa. Donde, a impossibilidade de se conceptualizar esse nexó relacional que é a condição primeira para que um direito possa sur-

---

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

gir. 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 <sup>(43)</sup> assumiu um lugar primacial no jogo complexo da cons-

---

(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 Vor-*

trução 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 <sup>(44)</sup> 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 consequências 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 <sup>(45)</sup> 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 <sup>(46)</sup>.

---

*geschichte der modernen Subjektivität* (Herausgegeben von Reto Luzius Fetz, Roland Hagenbüchle und Peter Schultz), Berlin / New York: Walter de Gruyter, 1998.

<sup>(44)</sup> O sujeito que aqui se pressupõe não se identifica, minimamente, com o sujeito, quase onipotente, que o liberalismo construiu. Por isso, a razão acompanha por inteiro 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).

<sup>(45)</sup> 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 inreio, ao direito.

<sup>(46)</sup> Tenhamos, todavia, presente uma das quatro teses de ACH: “Sterben ist als Teil des Lebens auch Teil der Persönlichkeitsverwirklichung eines Menschen”, *apud* DAGMAR SCHÄFER, *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 dialéctica 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

Para além disso, a autodeterminação arrasta consigo, sobretudo, uma noção de imunidade <sup>(47)</sup>. É o sujeito que se quer imune — imune ao exterior — e que exige ao Estado, ao Direito, a preservação dessa própria imunidade <sup>(48)</sup>. 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

---

é seguramente um pedaço do meu “eu singular” o meu “eu social” parece exigir, naquela precisa tensão dialéctica, 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 morto cria-se uma ausência, a ausência da “minha” própria morte. Ora, isto, se bem vemos, é logicamente inaracável mas materialmente claudicante. Sou “eu” que morro. O facto de ser indecifrável, porque inenarrável, mesmo para “mim”, a experiência da “minha” morte isso não significa que ela não fique agarrada ao meu “eu”. Parece-nos, pois, que “eu” possa dizer, sobre ela, a morte, alguma coisa.

<sup>(47)</sup> Achamos particularmente denso e operatório o conceito de imunidade olhado a partir do sujeito jurídico. A esfera última da autodeterminação deve estar imune a todo o jogo esterno 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.

<sup>(48)</sup> “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).

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.

A tudo isto acresce que a questão que nos tem servido de pano de fundo é ela própria um *definitional stop* <sup>(49)</sup>. Na verdade, ao tentar descortinar 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 ancilares — 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 <sup>(50)</sup>. 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 desassombadamente 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 restritíssimas circunstâncias, ou essas mesmas razões fortes, densas e humanitárias continuam a privilegiar o absoluto da vida?

---

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

<sup>(50)</sup> Defendendo o "absoluto" da protecção à vida (de qualquer maneira colocando timidamente o absoluto entre comas) veja-se JÖRG LABER, *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 tomar-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<sup>(51)</sup>. Deixamos de lado, assim, obviamente, quer a perversa e eticamente

---

<sup>(51)</sup> 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.

inconcebível eutanásia de tonalidade colectiva ou colectivística<sup>(52)</sup>, 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<sup>(53)</sup>.

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 da pessoa que o pedira de maneira clara, firme, constante e desde que tal acto seja perpetrado por médico. Ao fazer-se esta redução conceitual 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 paira firme, na linha da frente da discussão pública, a figura nuclear, com todas as suas ramificações, adjacências e implicações, da eutanásia activa.

---

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

(53) Também conhecida como doutrina do “duplo efeito” (retira ou atenua 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 Coimbricense do Código Penal*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 14).

## 2. A aceitação da eutanásia e os riscos que comporta (sobretudo, 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<sup>(54)</sup> contrapõe-se o absoluto de um “eu” que assume a autodeterminação na plenitude da sua própria nadificação<sup>(55)</sup>. 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. 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”<sup>(56)</sup> 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 daqueles que “estilhaçaram” os selos daquele primitivo e irredutível limite. Aceitemos, por mero jogo aca-

---

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

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

(56) 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.

démico, 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 <sup>(57)</sup>. Todavia, se bem vemos, a negação a qualquer espaço de legitimidade da chamada eutanásia activa consentida, pedida e levada a cabo por médicos, não pode assentar os arraiais 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

---

(57) Um outro perigo que também não pode, de modo algum, ser menosprezado é aquele que se poderá desencadear através da perversa introjecção de uma ideia de “fardo” para com terceiros (cf. JOHN HARDWIG, *Is there a duty to die?*, New York / London: Routledge, 2000; LEGROS, Bérengère, «La douleur comme fondement de l'euthanasie», 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. 391 e s.). Há quem defenda que a permissão da eutanásia activa 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 procurarem 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, potque “fardos” sociais ou familiares, se devam também suicidar; e *c)*, finalmente, atirar como contra-argumento a eventual e pernicioso 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.

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 refacção 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 dilaceradas e insanáveis no coração e na alma de todos <sup>(58)</sup>. 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 <sup>(59)</sup> 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 anátema 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, porque 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.

---

<sup>(58)</sup> Entre vastíssima literatura veja-se GERNOT D. HASIBA, «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.

<sup>(59)</sup> Sobre o mal veja-se *Il male*, Milano: Cortina, 2000; JÉRÔME PORÉE, *Le mal (Homme coupable, homme souffrant)*, Paris: Armand Colin, 2000.

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 amálgama 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. Com efeito, o nosso legislador, ao pronunciar-se de forma tão clara e impressiva sobre a vida — “a vida humana é inviolável” — é indesmentível 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 fríatica 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 insinuado, 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<sup>(60)</sup>. 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 inexiste — 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

---

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

do direito penal, a figura da legítima defesa. Para além disso, a doutrina mais consistente não deixa de salientar que a vida pressuposta e que merece a tutela do art. 24.º, n.º 1, da Lei Fundamental não pode ser vista e olhada a partir de uma óptica valorativa de compreensão monolítica. Uma coisa é a tutela da vida intra-uterina, outra bem diversa a defesa e protecção da vida autónoma <sup>(61)</sup>. O que mostra bem o efeito de fragmentação dos níveis de protecção e muito particularmente de protecção penal. Esta precisa e bem nítida descontinuidade da protecção do bem jurídico vida humana pode ser surpreendida, e de maneira particularmente impressiva, se prestarmos atenção, por exemplo, ao momento primeiro da protecção penal da vida autónoma. Com efeito, para o direito penal há já protecção da vida autónoma quando se iniciam os trabalhos de parto ou se começa a intervenção cirúrgica cesariana, enquanto para o direito civil a personalidade — correspondente conceitual, como sabemos, do direito civil para aquilo que o pensamento penal designa vida autónoma — só acontece a partir do nascimento completo e com vida. Ou seja e em definitivo: a representação normativa da tutela constitucional da vida humana é tudo menos um absoluto *definitional stop*.

#### § 4 O FIM DA VIDA HUMANA, OS “OUTROS” E “NÓS”, OLHADOS PELO DIREITO (PENAL)

##### 1. As experiências estrangeiras (sobretudo as experiências holandesa e belga)

Ninguém desconhece que o direito sempre foi um real construído e que a interpenetração entre os diferentes ordenamentos jurídicos foi sempre uma das mais fortes realidades jurídico-sociológicas. O isolamento e a pureza dos ordenamentos jurídicos pode ter sido uma tentação totalitária que, no entanto e felizmente, levava no seu seio a sua própria negação. Os sistemas jurídicos mais desenvolvidos e dogmaticamente mais consistentes impuseram-se ao longo da história. E isso tem sido bom, na medida em que as relações — e sua conflitualidade — entre os homens se construíram dentro de parâmetros ou a partir de parâmetros mais elevados. Mas isso não impede, nunca impe-

---

<sup>(61)</sup> A repetição desta ideia — já efectuada em texto onde se insere a nota 23 — é propositada, porquanto representa um ponto axial da argumentação que se expende ao longo do estudo.

diu nem impedirá, que as características particulares de cada povo, com a sua história e com o seu futuro, se reflectam no direito de um determinado tempo e lugar. Todavia, o que queremos aqui salientar não é tanto a identidade jurídica de um ordenamento e o que ela representa sócio-culturalmente mas antes o fenómeno, igualmente constante, de mostrar que nunca houve ordenamentos jurídicos imunes à influência de outros ordenamentos. A complexidade do direito apela à confrontação teórica, ao cotejo, à valoração comparada, à subtil e capilar interpenetração dos dados, das soluções, mas também das regras e das normas jurídicas.

Ora, se, como acabamos de ver, desde sempre o direito de um povo, de uma nação, de um Estado se deixou penetrar pelas influências de outros direitos e simultaneamente fecundou também outras ordens jurídicas, então, em um momento de mundialização um tal fenómeno ganha foros de evidência. Mais ainda. A percepção destes fenómenos deve ser compreendida dentro de dois parâmetros: os períodos longos ou breves e a existência ou não de famílias jurídicas culturalmente identitárias. Assim, os fenómenos de interpenetração vêem-se, de maneira mais nítida e precisa, nos períodos longos e percebem-se mais facilmente nos períodos breves quando se está dentro da interpenetração atinente a ordens jurídicas claramente pertencentes ao mesmo tronco.

Com este quadro de reflexão parece-nos ser de meridiana evidência que o facto de os Países Baixos <sup>(62)</sup> — com a Lei relativa à Eutanásia e ao Suicídio Assistido de 28 de Novembro de 2000 e que entrou em vigor em 1 de Abril de 2002 — e a Bélgica — Lei de 28 de Maio de 2002, com entrada em vigor a 20 de Setembro de 2002 —, estados da União Europeia e indubitavelmente do mesmo espaço cultural, jurídico e económico a que pertencemos, terem permitido que, em certas circunstâncias rigorosamente definidas pela lei, se leve a cabo, por médicos, a eutanásia activa consentida e pedida, não pode deixar de provocar um estupor na consciência colectiva, no pensamento jurídico e muito particularmente no pensamento penal. Estamos longe de pensar que todas as soluções político-criminais experimentadas em outros povos e com outra cultura, se bem que idêntica à nossa, devem ser seguidas. Nada disso. O que se nos afigura relevante, enquanto juristas, enquanto penalistas, é estar atento aos sinais dos tempos. Estar sensibilizado

---

<sup>(62)</sup> Para uma visão do "estado da arte" do pensamento e da doutrina holandesas preocupadas com a problemática da eutanásia antes da entrada em vigor da actual lei veja-se *Euthanasia and the law in the Netherlands*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 1998.

para com a abertura e a discussão séria e humanamente empenhada, mas também não acreditar de ânimo leve na bondade de tudo o que traga o perfume de coisa “estrangeirada”. E tudo isso dentro de uma óptica que não fira o próprio acervo doutrinal e dogmático que a cultura jurídica europeia solidificou. A tudo isto acresce que, por outro lado, instâncias europeias, nomeadamente o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>(63)</sup>, vão precisamente no sentido contrário daquele que seguiram os Países Baixos e a Bélgica. O que demonstra a conflitualidade que este tema suscita.

2. O homicídio privilegiado a pedido da vítima (art. 134.º do CP) e a ajuda ao suicídio (art. 135.º do CP) como afloramentos ou prelúdios à relevância da morte assistida

É a todos os títulos evidente que a temática que nos preocupa se prende sobremaneira com as normas incriminadoras previstas nos arts. 134.º e 135.º do CP. Mas isto é pouca coisa, porquanto o conteúdo destes tipos legais de crimes pressupõe e indica linhas de força e de orientação político-legislativa que se estendem para lá dos domínios normativos da simples e ténue atenção jurídica. De facto, se bem virmos, tais normas incriminadoras querem significar no cotejo da valoração dos chamados crimes de homicídio uma fragmentação da protecção do bem jurídico vida humana que se traduz, em termos de dogmática penal, em um privilegiamento. O legislador entendeu que certos comportamentos violadores do bem jurídico vida humana, desde que levados a cabo dentro dos pressupostos por ele definidos, seriam merecedores de menor censura penal. Ora, a diminuição dessa censura penal — claramente indiciada nas manifestamente menores molduras penais abstractas se comparadas com as relativas ao crime de homicídio fundamental ou matricial (art. 131.º do CP) — mostra, por um lado, que a violação do bem jurídico-penal vida humana não é sempre punida com a mesma intensidade e reflecte, por outro, que a impossibilidade da não punição da violação da vida humana, mesmo dentro deste preciso contexto normativo de ponderação, é tudo menos um dogma inexpugnável.

---

(63) Estamos a considerar a célebre sentença que opunha a senhora Diane Pretty — casada e mãe de dois filhos, padecendo de uma doença degenerativa que já a reduzira a uma situação de tetraplegia, mantendo sempre, todavia, a lucidez — à Grã-Bretanha. O Tribunal de Estrasburgo (n.º 2346/02, de 29 de Abril de 2002) considerou não haver, por parte da Grã-Bretanha, violação dos arts. 2.º e 3.º, entre outros, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

### 3. (cont.) Reflexão sobre estas normas incriminadoras

A leitura, ainda que penalmente descomprometida, das normas que estão, neste momento, no nosso horizonte compreensivo não deixará de impressionar, na medida em que elas são, a tantas luzes, um quase prelúdio ou afloramento da problemática que liga indissociavelmente o fim da vida ao direito penal. Efectivamente, quando se diz que aquele «que matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos» (art. 134.º, n.º 1, do CP) ou quando se prescreve que aquele que «prestar ajuda» ao suicídio «é punido com pena de prisão até 3 anos» é impossível não pensar que o programa político-legislativo coberto por estas normas não tivesse já em mente a problemática da eutanásia.

No entanto, ultrapassando este primeiro patamar de compreensão e entrando, definitivamente, na discursividade jurídico-penal, tudo se mostra ainda mais nítido no sentido de sufragar a inclinação político-legislativa anteriormente apontada. A morte determinada por pedido sério, instante e expresso<sup>(64)</sup> representa, sem sombra de dúvida, um elemento do tipo legal de crime constitutivo da arquitectura normativa das actuais legislações que permitem a não punibilidade da eutanásia activa dentro de restritíssimas condições. Com efeito, esse segmento normativo desvela os traços essenciais daquilo que deve ser o pressuposto essencial da figura que, aqui, se estuda. Em primeiro lugar, um pedido. O que mostra a vertente da autodeterminação daquele que consente. Mais. Daquele que pede. Depois, as qualidades que o pedido tem de revestir confirmam o rigor de exigência com que o legislador quer cobrir a legitimidade daquele mesmo pedido. Finalmente, a ajuda ao suicídio, ao ser equiparada, através da mesma moldura penal abstracta, ao homicídio a pedido da vítima torna nítida a indicação de se estar diante, em ambas as situações, de um mesmo desvalor. Identidade esta que vai ao ponto de os dois comportamentos penalmente puníveis poderem ser contemplados debaixo de uma mesma norma incriminadora. Modo ou técnica de legislar que, manifestamente, o poder legislativo não seguiu. E quanto a nós correctamente já que, apesar do semelhante desvalor, a forma e a maneira como se atinge esse preciso desvalor de resultado, cristalizado no ilícito-típico, não podem deixar de ser consideradas como radicalmente diversas.

---

(64) Sobre estes elementos do tipo-objectivo do art. 134.º do CP veja-se MANUEL DA COSTA ANDRADE, em anotação ao art. 134.º (§§ 20-24), in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, p. 64-66.

#### 4. O acto médico. Abandono do modelo paternalista

Ao longo desta reflexão tem ficado claro que a eutanásia activa, sustentada em pedido sério, instante e expresso <sup>(65)</sup> não pode ser praticada por quem quer que seja. É ponto indiscutível que tal acto tem de ter a dignidade de só poder ser levado a cabo por médico. E não se pense que esta exigência seja uma forma capciosa de transferência de responsabilidade da comunidade em geral para uma específica profissão: a médica. É a todas as luzes bom não esquecer que é o próprio pensamento médico e muito particularmente a efectiva e real prática de alguns médicos — com contraposições fortíssimas no seio da própria comunidade médica — que tornam esta exigência como qualquer coisa de natural <sup>(66)</sup>. Com efeito, se hoje este tema se mostra como central dentro das preocupações, perplexidades e angústias atinentes à nossa contemporaneidade isso advém, entre tantas outras razões e causas, do impacto de reflexões médicas e, sobretudo, da prática real e efectiva que alguns médicos, desafiando tudo e todos — e vai aqui o desafio à própria lei penal com a consequente pena de prisão —, têm levado a cabo. Bem sabemos — e isso é para nós um ponto de particular importância — que não é pelo facto de as coisas acontecerem que devemos valorar o sentido ou a bondade que lhes vai implícita. Não é pelo facto de uma minoria de médicos defender <sup>(67)</sup> e praticar a eutanásia activa, baseada em pedido sério, instante e expresso, que devemos, a partir daí, acriticamente, aferir da bondade de tais actos <sup>(68)</sup>. Inteiramente de

---

<sup>(65)</sup> Consideramos que os elementos do tipo-de-ílicito previstos na norma de incriminação que o art. 134.º do Código Penal [CP] descreve já têm uma densidade de tratamento dogmático e apresentam uma tal espessura de consolidados significados que seria pura estultícia não se aproveitar esse inequívoco património. Daí a nossa opção em transpor para a realidade da eutanásia activa consentida aqueles elementos como pressuposto mínimo para a eventual legitimidade da eutanásia.

<sup>(66)</sup> Sirva a este propósito como referência bibliográfica, entre tantos outros, o estudo de ROSAMOND RHODES, «Physicians, Assisted Suicide, and the Right to Live or Die», in: *Physician Assisted Suicide* (edited by Margaret P. Battin, Rosamond Rhodes, and Anita Silvers), New York / London, Routledge, 1998, p. 165 e s.

<sup>(67)</sup> É bom pensar, todavia, que o campo da defesa de práticas eutanásicas não é levado a cabo por personalidades de pouca espessura teórica. Pense-se, por exemplo, em Engelhardt que afirma: "If life is not always better than death, it may be beneficent to expedite death rather than to let 'nature take its course'. This is the case even when the death is not freely chosen, either personally or in advance, by the dying individual", cf. H. TRISTAM ENGELHARDT, *The foundations of bioethics*, New York / Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 316.

<sup>(68)</sup> Afastamo-nos, por conseguinte, da tendência simplista de aderir a uma qualquer ideia que passe, sequer ao de leve, por actos como os do Dr. Kevorkian. No entanto, não podemos

acordo. Mas o que se não pode — agora em fechamento acrítico de sinal contrário — é rejeitar, é não querer ver, é não querer pensar, é não querer decidir quando, em nosso redor, a realidade se altera a velocidade vertiginosa.

Ora, dentro desta linha de pensamento, é evidente que se alterou — e alterou radicalmente — o modelo compreensivo do acto médico. Na verdade, é inequívoco que já ninguém hoje defende um modelo paternalista para a actuação médica. Por certo que a medicina — enquanto arte e saber que “cura”, que cuida — partilha com o direito esse lugar comum e primevo onto-antropológico da relação de cuidado<sup>(69)</sup>. Sucede, porém, que o cuidado que hoje se convoca, para o mundo da medicina, está longe de poder ser exclusivamente percebido como o cuidado da exasperada conservação da vida. Mas não foi esta mutação aquela que mais abalou o modelo paternalista do exercício da medicina. O que alterou substancialmente o sentido do acto médico foi a introdução, dentro da relação doente / médico, da ideia forte da autodeterminação do doente. Este deixou de ser entendido, em toda a linha, como um sujeito meramente passivo daquela relação de supra-infra ordenação, para passar a ser um sujeito detentor de direitos que, em relação dialógica — praxiologicamente dialógica e não, por certo, cientificamente dialógica — com o médico, é senhor capaz de “construir” a sua própria vida. Poder-se-á afirmar que o centro de gravidade dessa relação dialógica e complexa que é a relação médico / doente assentou arraias, assentou a sua praça forte, no doente, na pessoa doente. Em definitivo: ao modelo paternalista sucede-se, em tempo de realização acelerada, o modelo de autonomia. Com todas as suas implicações.

##### 5. Discussão em torno do relevo do chamado *living will* (“testamento biológico”; “testamento de vida”)

A questão que nos tem acompanhado e que tem sido analisada e valorada até ao momento não poderia deixar de se cruzar com a problemática do

---

ignorar vozes que, dentro de certas circunstâncias, não têm qualquer reboço em sustentar que: “dann ist der Arzt moralisch völlig berechtigt, nicht nur durch sogenannte passive, sondern auch durch aktive Euthanasie das Leiden der Person auf deren Wunsch hin zu beenden”, cf. WOLFGANG LENZEN, «Wem könnte Bioethik nützen oder schaden?», in: *Herausforderung der Bioethik* (Hrsg. Johann S. Ach / Andreas Gaidt), Stuttgart-Bad Cannstatt: Frommann-Holzboog, 1993, p. 210.

<sup>(69)</sup> O acto de cuidar é, para nós, o étimo comum que fundamenta o direito e a medicina. Em ambos os saberes a relação de cuidado, a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo está presente. Mais. É a sua razão de ser. Sobre esta específica e “real” relação de cuidado-de-perigo veja-se o que escrevemos, há mais de uma década, na nossa tese de doutoramento *O perigo em direito penal*, cit. [n. 25], p. 400, nota 89.

*living will* (“testamento biológico”, “testamento de vida”) (70). Na verdade, depois de termos compreendido que o “eu” que se autodetermina passou a ser o centro de toda a discussão sobre e na discursividade jurídica, era evidente que tal pressuposto arrastaria consigo efeitos pertinentes. Arrastaria a consequência de ter de se considerar como elemento relevante — ou pelo menos discutível — do direito a manifestação da vontade para actos, não do presente mas para actos que se realizariam no futuro. Ao clássico e indiscutido testamento sobre o “ter” o “eu” reivindicava e reivindica, agora, um análogo tratamento para testamento sobre o “ser”. Por isso, independentemente da discussão que se possa travar sobre o sentido, o valor e a importância do testamento biológico, é um dado, reconhecido por todos, que, se se aceita uma tal figura jurídica, ela interfere, manifestamente, sobre o âmbito da eutanásia. Mais. Interfere, não se pense, unicamente sobre a eutanásia passiva, mas também sobre a eutanásia activa. Com a eutanásia passiva, se o testamento biológico determina, por exemplo, a omissão de qualquer tratamento que tenha por finalidade a preservação da vida do testador. Com a eutanásia activa, se no *living will* expressamente se pedir que — verificadas as condições extremas de impossibilidade de manifestação de vontade e presentes também todas as outras circunstâncias que em princípio levam à não punibilidade da eutanásia activa — se ponha termo à vida daquele que fizera o testamento. Seja-nos permitida, ainda que de maneira perfunctória, uma breve e adjacente reflexão a este propósito.

A crítica que normalmente se faz à força do testamento de vida prende-se, sobretudo, com a distância temporal que intercede entre a verdadeira e real manifestação de vontade e o momento em que aquela precisa vontade vai ser percebida, interpretada e realizada. Se hoje se faz um testamento de vida e se este só vier a ser concretizado, por exemplo, passados vinte anos, será que se pode dizer que a vontade “actual” é ainda aquela que então se manifestou? E é ou não verdade, sobretudo quando trabalhamos sobre questões do “ser”, que a actualidade é peça essencialíssima para se aferir da validade da vontade? As críticas fundadas que estas duas interrogações arrastam não podem deixar de nos fazer reflectir com ponderação. Na verdade, a bondade e a impressividade da crítica são enormes e inquestionáveis. Porém, das duas uma: ou se aceita o testamento de vida ou se rejeita. O que se não pode é

---

(70) Sobre esta questão e suas implicações, aliás bem desenhadas e cautelosamente ponderadas, veja-se JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal?», in: *Cadernos de Bio-Ética*, 8, Coimbra: CEB, p. 39 e s.

O horizonte de autonomia <sup>(71)</sup>, de autodeterminação, que se perfila decisivo nas questões do “ser” e que, por conseguinte, foi um dos factores, como vimos, da mutação radical do modelo paternalista do acto médico em modelo de autonomia ou de permissão (como já recentemente se propugna) é, outrossim, aquele que nos vai permitir pensar o fim da vida a partir de um outro registo.

As condições em que vivemos alteram, não poucas vezes, a sensibilidade com que percebemos e valoramos a vida, a sua circunstância e o seu sentido. Tudo isto se percebe ainda de forma mais densa e intensa se tivermos em linha de conta que os avanços da medicina, sobretudo da medicina de sustentação, como vimos, atiraram o fim da vida para idades cronológicas até há bem pouco tempo impensáveis. Ora, se continua a fazer todo o sentido continuar a dizer-se que a morte é o fim da vida humana, enquanto diagnose de um certo fenómeno, já o quadro se mostra bem mais complexo quando o centro de perspectiva deixa de ser externo e se posiciona a partir do próprio sujeito. Para este a morte é mais um “deixar de viver”, sobretudo se é ele próprio que se “desinteressa” de viver, do que um termo, um fim. Com efeito, quando a esperança de vida é nula, segundo os dados da ciência, a qualidade de vida atinge níveis de humilhação, o sofrimento é para lá do razoável, então o “deixar de viver” não é indigno de ser visto como uma alternativa, uma saída. Por isso, o conteúdo e o sentido ético-jurídico daquele que reivindica para si o poder “deixar de viver” é um valor — talvez, por enquanto, de baixa densidade — a que a ordem jurídica não pode ficar indiferente. Explicitemos ainda melhor: a

---

<sup>(71)</sup> Para uma compreensão de autonomia que cruze o direito e a filosofia veja-se, com proveito, ARNO BARUZZI, *Freiheit, Recht und Gemeinwohl: Grundfragen einer Rechtsphilosophie*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990, p. 8 e s.; p. 32 e s.

levada a cabo senão por um médico. A acentuação deste ponto assenta, sobretudo, em dois segmentos que, cruzando-se, se potenciam mutuamente. Apreciamo-los de maneira breve e contida.

Um daqueles segmentos afirma-se através da importância e do relevo sociais que o acto médico atingiu nas sociedades modernas. Como se sabe, o médico, aquele que “cura”, aquele que realiza o “cuidado” foi sempre uma personagem de primordial importância em qualquer comunidade, em qualquer tempo histórico. A sua relação, hoje, como já se viu, com o doente alterou-se profundamente. Todavia, poder-se-á dizer, sem sofismas, que ao reequilibrar-se, com o modelo de autonomia, a relação médico / doente, o próprio médico readquiriu a dignidade de um igual e com isso a humanidade. Mesmo que o doente seja tratado administrativamente como um número ele sabe que é senhor de direitos e que, por isso mesmo, a sua dignidade está preservada e defendida. E do lado do médico a mesma coisa. Pode o serviço clínico pautar-se — e deve — por extremo profissionalismo, o que, em certas circunstâncias, desencadeia algum anonimato. Mas o médico ao agir, nos tempos de hoje, ao deixar para trás as vestes de taumaturgo, assume a dimensão de “pessoa” que trata “pessoas”. Mesmo que — por razões funcionais e no interesse do doente — escondido atrás de uma relação que não é, em todo o seu esplendor, absolutamente dialógica.

O outro segmento centra-se na indelével necessidade que a sociedade tem de representar uma ideia de segurança e de garantia. Isto é: na necessidade de se ter por seguro que actos de uma tal densidade e gravidade são levados a cabo por pessoas, primeiro, altamente competentes no juízo científico que fazem; segundo, por pessoas com uma experiência e sensibilidade que sabem distinguir o fútil do essencial; terceiro, por pessoas que podem, com justiça, representar e perceber o sentido moral que o próprio paciente assume quando decide, neste contexto, de uma certa forma.

Fácil é, então, de perceber que o cruzamento destes dois segmentos desencadeia forças de potenciação mútua.

##### 5. (cont.) Alteração paradigmática do acto médico (cf. § 4, 4)

Eis-nos chegados a um ponto crucial deste estudo. Viu-se que a relação entre o médico e o doente se alterou profundamente com consequências jurídico-penais de não pouca monta. Pense-se, por exemplo, nos arts. 150.º e 156.º do nosso CP, enquanto espelho sem distorções, no campo do direito penal, do novo modelo de autonomia. Mas as coisas também se modificaram, em nosso juízo, mesmo que partamos da perspectiva do próprio pensamento

médico. Seja-nos permitido fazer uma pequeníssima incursão por estes domínios de maneira a projectar, com recortes nítidos, os vários cantos e recantos do problema que nos tem acompanhado.

A cultura da vida e a exaltação dos valores da vida constituem um dado e um património espiritual da nossa contemporaneidade que nós, enquanto meros proprietários e senhores de passagem, temos o dever de potenciar e enriquecer. Uma das formas de levar a cabo tal tarefa é perceber a realidade. É fazer um esforço acrescido de compreensão perante dados contraditórios, zonas obscuras ou mesmo perante coisas que nos parecem, à luz de pré-compreensões estabelecidas e estratificadas, absurdas, perigosas ou mesmo destruidoras, precisamente, daquilo que é nossa missão não destruir.

Assim, se o acto médico é um acto de "cura" é também indesmentível que é preciso, hoje, perceber o que se entende por "curar". Curar não é seguramente, todos o dizem, levar a cabo uma exasperação ou encarniçamento terapêuticos. Mas curar é, nos nossos dias, por exemplo, levar a cabo cuidados paliativos. Cuidados que, pela sua própria natureza, estão nos antípodas daquilo que se possa considerar como preservação da vida. A medicina sabe, segundo o estado actual da arte, que em muitas circunstâncias nada mais há a fazer. Mas nada mais há a fazer segundo uma concepção tradicional do acto médico (74). Porém, perante os novos dados da ciência e perante o aprofundamento do próprio pensamento médico, há ainda mais qualquer coisa a fazer. Devemos levar a cabo actos médicos. Actos médicos paliativos. E deste modo, aquilo que estava fora do âmbito de uma noção de acto médico entra, com toda a legitimidade e pela porta grande, para o domínio do acto médico. Para um acto médico com igual dignidade científica e deontológica como o que podemos surpreender na mais complexa e difícil intervenção cirúrgica.

---

(74) O que não é totalmente correcto porque, por exemplo, Francis Bacon já anteriormente estilhaçara a compreensão hipocrática de que, em caso algum, o médico deveria provocar a morte de um paciente quando defende, de forma veemente, o seguinte: "I esteem it likewise to be clearly the office of a physician, not only to restore health, but also to mitigate the pains and torments of diseases; and not only when such mitigation of pain, as of a dangerous symptom, helps and conduces to recovery; but also when, all hope recovery being gone, it serves only to make a fair and easy passage from life", BACON FRANCIS, *The Works of Francis Bacon*, London, 1860 (consultou-se a edição fac-símile saída dos prelos da Friedrich Frommann de Stuttgart-Bad Cannstatt, 1962), vol. IV, p. 387.

## 6. Reflexão sobre o que se quer tutelar com o acto de "deixar de viver"

Na dogmática penal, a noção de tutela está, primacialmente, ligada à actuação legiferante através de uma norma incriminadora. Isto é: a tutela é, por conseguinte, entendida como uma protecção que só pode ser conseguida através da criação de um crime. O relevo que se possa dar à tutela traduz-se, em princípio, no proteger um determinado bem jurídico por meio de um tipo legal de crime. Assim, o tipo legal de crime de homicídio tutela o bem jurídico vida humana. Todavia, esta é, em nosso juízo, uma compreensão redutora das potencialidades da noção de tutela. Podemos e devemos ir mais longe.

Com efeito, é a todas as luzes também claro que se está a tutelar uma realidade, um pedaço normativo dessa mesma realidade, quando através dele, e por causa dele, diminuimos as margens da punibilidade. Assim, quando o art. 34.º do CP nos diz que «não é ilícito o facto praticado como meio para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro», tais interesses juridicamente protegidos estão efectivamente a ser tutelados, porquanto é por força da sua densidade normativa que a ordem jurídica, desde que se verifiquem certos pressupostos, considera que as acções adequadas a afastar os perigos actuais para aqueles interesses não são ilícitas. Por outras palavras e em linha de máxima: no jogo normativo binário em que se desenvolve tanta da dogmática penal — veja-se, por exemplo, lícito / ilícito —, a aceitação de que certos actos ofensivos, criminalmente ofensivos, não são ilícitos, corresponde a uma ideia forte de protecção de certos interesses ou valores. Protegem-se, por conseguinte, tais bens, interesses ou valores não só pelo mecanismo da "fabricação" de normas incriminadoras mas outrossim pela actuação das normas de justificação. Daí que faça todo o sentido, dentro deste contexto, perguntarmo-nos sobre a tutela do acto de "deixar de viver".

## § 6 O DIREITO PENAL E A DIGNIDADE HUMANA

### 1. O papel do penalista

O penalista, como qualquer outro jurista, assume sempre o desempenho de um papel que, não poucas vezes, não é fácil de definir. Em primeiro lugar, a reflexão e o estudo de alguém que se dedica a uma disciplina do espírito impõe-lhe as regras do rigor, da seriedade e do respeito absoluto pelos

cânones interpretativos e judicativos da sua disciplina dogmática. Mas, agora em segundo lugar, ao penalista, enquanto cultor do pensamento global do direito penal, também se lhe pede que reflecta sobre os temas novos que a realidade põe, que pondere sobre o sentido das soluções que a comunidade dos seus pares discute e que dê ou apresente soluções viáveis e credíveis ao legislador, dentro do quadro da legalidade e da correcta valoração dos bens ou valores em disputa. Por isso e em definitivo o penalista não pode ter um papel de passivo intérprete, por mais fulgurante que seja a sua interpretação, do direito positivo. Pede-se-lhe mais. Está na sua natureza, sem jamais abdicar daquilo que a dogmática solidificou, ir mais além: abrindo novas vias de reflexão; descobrindo sinais de novos sentidos, a partir dos dados do actual direito positivo; afirmando sempre, contudo, uma dose de ponderação, de equilíbrio e de adequação à realidade. O penalista deve ter a humildade, a humildade racionalmente ancorada, de saber que o seu papel social não é o de querer transformar o mundo mas antes o de o querer tornar humanamente vivível. Ao penalista deve-se-lhe, pois, exigir a virtude da contenção, da paciência e do estudo sem quebras.

## 2. O que podemos pedir hoje ao direito penal. Tratamento dogmático

A história mostra-nos que, ao longo dos milénios anteriores, foram-se pedindo, conforme os tempos, as condições sociais e as ideologias, coisas diferentes ao direito penal. Seria pouco curial, neste momento, fazer o levantamento minucioso de tais pedidos e das respostas que o direito penal foi dando. De qualquer maneira, julgamos que se possa retirar uma lição. Sempre que ao direito penal se pediu para ser garante, defensor e promotor de uma ideologia, de uma moral, a história, infelizmente, deixou-nos, dessas épocas, o rasto da tragédia mais profunda e dolorosa. E nem sequer temos que recuar muito. Olhemos só para o que se passou no séc. XX. Quando o direito penal esteve ao serviço, foi instrumento da ideologia nacional-socialista ou da ideologia comunista, o trágico sem nome tocou o "ser". Por isso, continuamos a pensar que o direito penal deve permanecer com uma função de "*ultima ratio*". Daí que se lhe deva pedir pouco. Mas pedir o essencial.

Dentro desta linha argumentativa fique claro que ao direito penal <sup>(75)</sup> não

---

(75) E os penalistas, bem como os médicos, sobretudo dentro do pensamento germânico, têm-se preocupado e reflectido acuradamente sobre tão importante problemática. Refiram-se,

faltam os instrumentos dogmáticos congruentes ao tratamento da chamada eutanásia activa, sustentada em pedido sério, instante e expresso, dentro das condições que anteriormente avançáramos como pressupostos *sine qua non* a uma sua concretização (cf. § 5, 3). Assim, dentro de uma óptica estritamente teórica, o afastamento da punibilidade dos actos de eutanásia activa, nas condições já repetidamente enunciadas, poder-se-iam entender, seguindo as categorias tradicionais, ou como não preenchendo sequer o tipo legal de crime, ou como manifestação de uma causa de exclusão do ilícito ou, finalmente, como uma causa pessoal de exclusão da responsabilidade penal. Cada uma destas soluções, bom é de ver, não é inócua nem axiologicamente asséptica. Fazemos, pois, uma reflexão, se bem que rápida, sobre as consequências que a adopção de cada uma daquelas figuras dogmáticas traria à questão em apreço e permita-se-nos que se inverta o tratamento: que se comece do fim para o princípio.

Considerar tais actos cobertos por uma causa pessoal de exclusão da responsabilidade penal teria a vantagem, não dispicienda em tão frágil, sensível e complexa matéria, de se poder continuar a afirmar que tais actos continuariam a merecer, em toda a linha, o desvalor mais profundo do direito penal. Continuariam a preencher o ilícito-típico do crime de homicídio e a merecerem um juízo de censura, se bem que mínimo, o que faria com que, atendendo às circunstâncias, o legislador considerasse que a responsabilidade pessoal do médico seria excluída. No entanto, esta forma de afastar a responsabilidade penal do médico mostrar-se-ia pouco convincente em termos de afirmação de dignidade para com aqueles que praticassem tais actos médicos. Sobre estes recairia sempre o anátema de estarem a praticar acções que a ordem jurídico-penal não deixava de considerar ilicitamente típicas e susceptíveis de censura.

A outra solução reside na possibilidade de considerar que perante as situações definidas pela lei o médico que leve a cabo uma tal conduta está a coberto, definitivamente, por uma causa de exclusão do ilícito. Forma de ver que afastaria as críticas anteriores e que remeteria unidade normativa e coerência a esta problemática.

---

ainda que nominalmente para não sobrecarregar a nota, os que foram favoráveis à prática eutanásica em certas circunstâncias restritíssimas e bem definidas: August Köhler, Binding-Hoche, Max Ernst Mayer, Robert von Hippel, Karl Engisch, Viktor von Weizsäcker. Manifestamente contra: Ludwig Ebermayer, J. Heimberger, Eberhard Schmidt, Reinhard Maurach, Jürgen Baumann. Dubitativo: Ernst Beling, *apud* ERICH SCHWINGE, «Die angelsächsische Welt und die sog. Sterbehilfe», in: *Erinnerungsgabe für Max Grünhut*, Marburg: N. G. Elwert, 1965, p. 159, nota 24.

acto de acto médico, não deveria sequer preencher o tipo legal de crime de homicídio. No entanto, tudo o que se acaba de ponderar, pensamos que congruentemente, só tem sentido, e sentido jurídico-penal, se se aceitar — e este é, como não se desconhece, um problema que já não se confina ao estritamente jurídico — dentro do próprio pensamento médico, que tais actos, os actos de “deixar de viver”, são ainda e sempre actos médicos.

### 3. A incomensurável finitude do homem

Não nos vamos alongar demasiado em considerações sobre a incomensurável finitude do homem. Abertamente confessamos que, na economia do trabalho, este ponto, não obstante o avaliarmos como importante, pois, caso contrário, nem sequer o inseriríamos, se nos apresentou sempre como reforço argumentativo, como contraforte necessário à sustentação do edifício principal. Como suporte de tanta coisa anterior, nomeadamente plataforma de sustentação de uma nova ideia de acto médico <sup>(77)</sup>.

---

<sup>(76)</sup> Para uma análise desta norma veja-se MANUEL DA COSTA ANDRADE, em anotação ao art. 150.º do Código Penal, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, p. 302 e s.

<sup>(77)</sup> De uma nova ideia de acto médico que tem ainda muita estrada para fazer. Mostremos, se bem que só de passagem, pois não é esse o escopo primacial do presente estudo, como a transformação da realidade é difícil de operar. É hoje ponto absolutamente firme na conjuntura das relações médico / doente que cabe àquele o dever de prestar ao doente, entre outras informações aquela tida por conveniente sobre os métodos de diagnóstico ou de terapêutica que pretende aplicar. Isto é: o médico tem o *dever* de informar o doente. Agora vejamos o que determina o art. 38.º do Código Deontológico dos Médicos: “o médico deve procurar esclarecer o Doente...”. Formulação, bem se vê, muito mais redonda e ineficaz ao

Que somos seres finitos é uma evidência. O chamamento desse dado não representa, neste momento, mais do que a advertência para o facto de que talvez ainda se não tenham daí retirado todas as consequências, mormente aquelas que se prendem aos novos conteúdos que o acto médico pode e deve conter.

Sem quereremos ser presunçosos na arrogância de pensar que em duas linhas somos capazes de dissecar e subverter milénios de pensamento crítico e estratificado que a noção de acto médico representa, julgamos que o nosso contributo pode eventualmente trazer um grão de areia à sua infinda concretização.

O mistério da vida constituiu, desde sempre, um tópico de referência para todos os que, de mais perto, lidavam com o seu fim, que lidavam com a morte. De sorte que o acto médico, ancorado no juramento hipocrático, se tenha solidificado com o pano de fundo daquele mistério <sup>(78)</sup>. A cura, enquanto cuidado do outro, jamais poderia pressupor acto que levasse à destruição da própria vida. A cura representaria sempre a exaltação da vida. Era impensável supor que o “curar”, o “cuidar” <sup>(79)</sup> do outro pudesse também ser um acto de dádiva tão profundo que implicasse o afastamento do sofrimento e da dor através da morte. Mais ainda. Àquele mistério juntava-se — talvez melhor, fundia-se em unidade perfeita — também a força transcendente do divino em toda a sua plenitude. E por isso não é por acaso que a expressão a «ciência médica já nada pode fazer», perante casos terminais, foi e é, ainda hoje, a afirmação não só de limites inultrapassáveis do saber médico, mas também manifestação de um olhar cúmplice de comprometimento com misterioso transcendente e opaco que o fim da vida representa. Para além disso, este sagrado, o sagrado da vida, era como que assumido pelo médico.

---

nível de proposição impositiva de dever-ser. À luz do Código Deontológico parece que o médico só tem o dever de *procurar* esclarecer, informar o doente e não o dever simples e directo de esclarecer e informar o doente. Fórmula capciosa que induz a um amolecimento ético do dever de informar. Fórmula que, não obstante a sua intencionalidade críptica, em nada, mesmo nada, diminui a responsabilidade penal do médico que só *procurou* esclarecer em vez de ter efectivamente esclarecido.

<sup>(78)</sup> O mistério da morte, enquanto limite, encerra uma fronteira que é, mesmo para a divindade, insuperável. Asclépio, deus da medicina, perante a morte afirmou poder curar todas as doenças e ressuscitou um morto. Por tudo isto foi fulminado por Zeus. O que mostra, indesmentivelmente, que “la morte rappresenta [...] un limite invalicabile, anche per la divinità” (AMNERIS ROSELLI, «I medici greci e la morte», in: *La fine della vita*, Bologna: Apèiron, 2001, p. 71).

<sup>(79)</sup> Veja-se, todavia, o que se disse na nota 69.

E tudo isso se traduzia no próprio modelo paternalista. Reproduzia-se, agora dentro da estrutura do pensamento médico, com todas as diferenças que indiscutivelmente sempre se detectaram, a forma de ver e de valorar do sacerdote relativamente ao crente. Assim, amalgamados na mesma crença, distanciados pela relação de supra-infra ordenação, diversificados por saberes infinitamente distintos, o médico e o doente não eram "iguais". E porque não iguais, a aceitação de que o médico jamais poderia praticar actos que levassem à destruição da vida, isso era a segurança que faltava para serenar o doente. Com efeito, numa relação de desiguais, se se admitisse que o mais poderoso dessa relação pudesse praticar tais actos, implicaria uma tal representação colectiva a destruição, justamente, desse estar a dois que, apesar de tudo, só pode sobreviver, mesmo entre desiguais, se entre médico e doente existir o cimento forte da confiança. O "curar" limitado que a proposição hipocrática defendia fazia todo o sentido dentro do modelo paternalista de acto médico.

4. (cont.) A transcendência da sua finitude pela assunção do "outro" como *frater, hospes e amicus*. A responsabilidade social e a solidariedade

Ora, é com este fundo de preocupações, com este património de experiências e de fulgurações, com este desenho de relações de iguais, que o acto médico tem que ser valorado. Assim, quando tudo se alterou e é impensável conceber o acto médico sem a mediação informada — com tudo o que isso implica — do doente, então o que une o médico ao doente é qualquer coisa que se tem de exprimir de forma diferente. Por mais complexo e difícil que seja o acto médico, por mais anónimo e indiferenciado que seja o acto médico, por mais técnico e robótico que seja o acto médico, uma coisa é, hoje, certa: ele baseia-se em um consentimento informado e arranca da conjugação de vontades de iguais. Por isso, a consciencialização — vale por dizer, a interiorização moral — dos pressupostos que fazem, no mundo actual, a vivência médica, não pode deixar de traduzir-se na aceitação de que o acto médico pode e deve ir muito para lá do mero "curar". Podemos estar ou não de acordo, podemos lutar pelas nossas ideias e convicções, com a força do pensamento livre, podemos, quase que por natureza, ter dificuldades em aceitar certas formas dos outros estarem no mundo mas o que não podemos, em honra da tolerância, é admitir que há outros que pensam de forma diferente e que o seu agir, consonante com o seu pensar, não causa dano a terceiros. Este é, por conseguinte, um bom ponto de partida.

Em caso algum ponto de chegada. Por isso se o acto médico ganhar a densidade <sup>(80)</sup> — que nada tem de extraordinário, é antes uma decorrência de tudo aquilo que se tentou fundadamente mostrar — de levar consigo os laços do *frater*, do *hospes* e do *amicus*, então, todos, mas todos, nos enriquecemos espiritualmente. Enriquecemo-nos, nós, comunidade, porque sabemos que os valores da fraternidade, hospitalidade e amizade existem por inteiro no acto médico, sem que isto queira significar que no modelo anterior não pudessem estar ou não estivessem mesmo na maioria das vezes, só que, agora, aparecem-nos na limpidez de uma relação entre “iguais”. Enriquece-se o pensamento médico, a prática médica, os médicos, porque exercem o nobilíssimo acto de curar para além da cura. E fazem-no solidariamente entre irmãos, hóspedes e amigos. Abrimo-nos ou damos os primeiros passos em um mundo novo a que o direito penal não pode ficar alheio. O mundo da “*pathosofia*” <sup>(81)</sup>.

## § 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

### Algumas considerações finais que não são de fechamento, mas antes de abertura

É tempo de concluir. Se um trabalho científico é, por natureza, permita-se-nos o jargão com uma tonalidade de *déjà vu*, uma “obra aberta”, uma obra que procura sempre outros afeiçoamentos, outros contributos ou mesmo a sua negação para se superar, é evidente que o tratamento de um tema como o que se acabou de levar a cabo mostra-se ainda mais precário, mais dolorosamente aberto. Precário, porque a densidade, a complexidade e a importância da questão com que se joga não admite a sobranceria nem a soberba intelectual ou moral de julgar que se tem a verdade ou que se tem qualquer coisa que esteja muito perto da verdade. Precário porque os problemas jurídico-penais

---

<sup>(80)</sup> É bom que se diga que se está muito longe ainda de se atingir uma tal densidade reflexiva. É bom que se diga, acrescentando-se, que o Código Deontológico dos Médicos no seu art. 47.º, n.º 2 consagra que constitui falta deontológica grave a prática da eutanásia.

<sup>(81)</sup> Para uma primeira aproximação a esse mundo — e estritamente com essa finalidade, frise-se — veja-se o recente estudo de MIGUEL BAPTISTA PEREIRA, «Meditação filosófica e medicina», *Revista Filosófica de Coimbra*, 11 (2002), p. 3 e s., sobretudo p. 26-30; dentro de uma linha de maior aprofundamento do que seja o pensamento estruturado na “*pathosofia*” veja-se ALDO MASULLO, *Pateticità e indifferenza*, Genova: Il Melangolo, 2003.

que suscita na arquitectura daquilo que se tem por consolidado dogmaticamente mostram, justamente, o supetão que a dogmática sofre nestas circunstâncias. Precário, finalmente, porque a procura dos novos sinais que a sociedade inexoravelmente vai enviando não é fácil de levar a cabo por ausência de instrumentos teóricos de percepção, a que acresce que os próprios sinais vêm sempre envolvidos em ruídos. Em ruídos da condição humana.

Mas, atenção, permita-se-nos o chamamento: precariedade, com o sentido que se acaba de exprimir, quer dizer tudo, a nossos olhos, menos insuficiência sintética, teórica ou didáctica. Quer antes e definitivamente trazer ao mundo académico o rigor da dúvida, a simplicidade do recorte entre o sim e o não e a clareza ampla, diversificada e antagónica dos pressupostos racionais que permitem as decisões comunitariamente esclarecidas e empenhadas. Talvez seja pouco. Talvez. Pensamos, todavia, que é por aqui que se encontram a asa e a raiz do nosso viver comunitário.

## § 8 EXCURSO TEMPESTIVO E NECESSÁRIO

### A razão das coisas

Mesmo quando o sentido do que acontece ou do que se faz não é imediatamente perceptível é bom não esquecer que há sempre uma “razão das coisas”. Tentemos, pois, mostrar o porquê deste último parágrafo.

Verdadeiramente, o estudo termina no parágrafo anterior. Por isso, à primeira vista poder-se-ia afirmar que tudo o que depois se dissesse seria espúrio e absolutamente desnecessário. Mostremos, no entanto, que a “razão das coisas” está alhures e é bem funda.

Uma pequena parte do texto que, ora, se publica constituiu a “Lição” que “demos” — talvez melhor que “lemos” — em recentes provas públicas de agregação. Considerámos que o estudo completo — sobretudo com a roupagem de algumas esclarecedoras, pelo menos é essa a nossa intenção, notas de pé de página — seria uma forma merecida, correcta e justa de homenagear a figura do Professor, do nosso Professor, e do penalista insigne. E esta convicção radica, não no eventual mérito do trabalho — a versar uma matéria, aliás, que sugestivamente já apaixonara, em um dos seus primeiros trabalhos académicos <sup>(82)</sup>,

---

<sup>(82)</sup> Há precisamente trinta anos sai, sob os auspícios do chamado Instituto da Conferência (Ordem dos advogados — Conselho Distrital do Porto), uma publicação inintitulada *As*

já como professor, o nosso Homenageado — mas sobretudo naquele pedaço de vida que, ao refazê-lo recentemente, pusemos como dádiva e entrega. Há, por conseguinte, uma razão “forte” para a existência destas derradeiras palavras.

---

*técnicas modernas de reanimação; conceito de morte; aspectos médicos, teológico-morais e jurídicos*, Porto, 1973. E é precisamente aí que FIGUEIREDO DIAS escreve «O problema da ortotanásia: Introdução à sua consideração jurídica», p. 29 e s.