

A eutanásia em face da Constituição Portuguesa

PEDRO VAZ PATTO

Alguns acontecimentos recentes tornam particularmente actual o tema que me proponho analisar. Na verdade, o ano de 2001 assistiu à consagração legislativa da despenalização da eutanásia na Holanda¹ (esta como consagração no plano legislativo de uma prática judicial já assente, segundo determinados critérios, há vários anos²) e o ano de 2002 assistiu a essa consagração na Bélgica³. Por outro lado, também em 2002, e pela primeira vez, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Diane Pretty v. Reino Unido*, pronunciou-se sobre a conformidade à Convenção Europeia dos Direitos do Homem de normas que punem o auxílio ao suicídio⁴, questão intimamente conexas com a da penalização da eutanásia⁵.

¹ Ver, sobre esta Lei, Daniel Serrão, «Eutanásia», in *Novos Desafios à Bioética* (coorden. de Luís Archer, Jorge Biscaia, Walter Osswald e Michel Renaud), Porto Editora, Porto, 2001, pgs. 249 a 251.

² Ver, sobre a definição normativa de tais critérios a partir de 1993, Anton von Kalmthout, «Eutanasia. Ayuda al Suicidio y Terminación Activa de la Vida sin Solicitud Expresa en los Países Bajos», in *El Tratamiento Jurídico de la Eutanasia – Una Perspectiva Comparada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pgs. 263 e segs., e Giovanna Fravolini, «La Nuova Normativa sull' Eutanasia nei Paesi Bassi», in *Aggiornamenti Sociali*, 12/1994, pgs. 839 e segs.

³ Ver www.lachambre.be

⁴ ver //A:Vhde e um resumo em *Subjudice*, 22/23, Julho/Dezembro de 2001, pgs. 171 a 174.

⁵ Sobre a despenalização do auxílio ao suicídio no estado norte-americano de Oregon, pode ver-se Walter Osswald, «O Suicídio Assistido no Estado de Oregon», in *Brotéria*, vol. 150, 2, Fevereiro de 2000, pgs. 290 a 293.

O objecto desta análise parte da definição de eutanásia que é dada pela referida Lei belga: «o acto praticado por terceiro que põe termo, intencionalmente, à vida de uma pessoa a pedido desta». Vamos, pois, debruçar-nos, a título principal, sobre a chamada *eutanásia activa*. É em relação ao tratamento jurídico desta que as referidas legislações holandesa e belga inovam em relação à generalidade dos ordenamentos jurídicos. Quanto à por alguns chamada *eutanásia passiva* (também por outros chamada *eutanásia imprópria*), haverá que considerar o seguinte.

Se neste conceito incluímos a abstenção de tratamentos extraordinários ou desproporcionados tendentes a um prolongamento puramente artificial da vida, estaremos claramente fora do âmbito da *eutanásia*, enquanto atentado à vida humana, com todas as questões ético-jurídicas daí decorrentes, mas antes perante situações de *distanásia (obstinação terapêutica ou exacerbação terapêutica)*⁶.

Se restringirmos o conceito à abstenção de tratamentos médicos ordinários e proporcionados com base na falta de consentimento do doente, não será abusivo falar em *eutanásia passiva* ou *eutanásia por omissão*. Na verdade, é corrente a equiparação entre *eutanásia activa* e *omissiva* no âmbito da bioética⁷. Já no âmbito da análise jurídica, poderá ser questionável tal equiparação. Na verdade, poderá entender-se que a criminalização das intervenções médicas arbitrárias (porque praticadas contra a vontade do doente), mesmo em caso de perigo de vida (ver artigo 156.º do Código Penal português) se traduz na despenalização da *eutanásia passiva*⁸, independentemente da posição que se possa tomar a respeito da *eutanásia activa*. O Código Deontológico da Ordem dos Médi-

⁶ Ver, entre outros, Elio Sgreccia, *Manual de Bioética, 1 – Fundamentos e Ética Médica*, tradução portuguesa, Edições Loyola, São Paulo, 1996, pgs. 620 a 623.

⁷ Ver, por exemplo, Lino Ciccone, *Eutanasia – Problema Cattolico o Problema di Tutti?*, Città Nuova Editrice, Roma, 1991, pgs. 14 a 18, e Antonio Tarantino, «Eutanasia, Diritto alla Vita e Diritto Penale», in *Medicina e Morale*, 1994, 5, pg. 889.

Mas também há quem considere a abstenção de tratamentos por falta de consentimento do doente claramente fora do âmbito da eutanásia enquanto morte «procurada». Assim, Amedeo Santosuosso, «Diritti del Paziente e Doveri dei Medici nel Caso dell' Eutanasia», in *Quando Morire? Bioetica e Diritto nel Dibattito sull' Eutanasia*, Fondazione Lanza-Padova, Gregoriana Libreria Editrice, Pádua, 1996, pg 223, e Henk Tem Have, «L' Eutanasia in Olanda – Un' Analisi Critica della Situazione Attuale», in *Quando Morire...*, cit., pgs. 121 e 137.

⁸ Assim, Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pgs. 440 e segs. e 452 e segs.

cos (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de Julho) considera, no n.º 2 do seu artigo 47.º, *falta grave* a prática da eutanásia, mas, de acordo com o n.º 4 do mesmo artigo, não considera eutanásia a «abstenção de qualquer terapêutica não iniciada, quando tal resulte de opção livre e consciente do doente ou do seu representante legal».

Partirei, pois, da análise da conformidade à Constituição portuguesa da *eutanásia activa*, ou da eutanásia tal como vem definida na recente Lei belga acima mencionada. Não deixarei, porém, de analisar, de seguida, a questão da abstenção de intervenção terapêutica (ordinária e proporcionada, fora do âmbito da *exacerbação terapêutica*, portanto) por falta de consentimento do doente quando dessa abstenção resulte a morte deste. Independentemente da qualificação deste acto como *eutanásia*, ou da sua equiparação, ou não equiparação, à produção activa da morte, não pode deixar de reconhecer-se, como veremos, que nele estão de algum modo implicadas as mesmas questões, relativas à irrenunciabilidade e indisponibilidade do direito à vida, que, a propósito da *eutanásia activa*, começaremos por analisar.

Uma última consideração introdutória se impõe. Procurarei encarar a eutanásia em face da Constituição portuguesa, das normas e princípios que nesta encontram acolhimento. Procurarei, pois, evitar uma perspectiva confessional.

Poder-se-á argumentar contra a eutanásia a partir de uma mundividência cristã, hebraica ou islâmica, que encara a vida como dom do Criador, fora do âmbito da disponibilidade da criatura que recebe esse dom, não como objecto de propriedade e uso absolutamente livre e irresponsável, mas como uma missão e tarefa a cumprir, de que somos responsáveis perante Deus. Ou, numa perspectiva panteísta, poder-se-á encarar a inviolabilidade e sacralidade da vida como ligação entre a ordem de cada ser e a do *Logos* universal, no qual todas as coisas encontram a sua justificação universal⁹.

Deparar-nos-íamos, porém, no que à análise jurídica se refere, com o princípio da aconfessionalidade do Estado, princípio que muitas vezes é brandido como argumento a favor da eutanásia. Do mesmo modo, por exemplo, o artigo 9.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (que protege a liberdade de pensamento, de crença e de religião) foi

⁹ Ver, sobre estas perspectivas, por exemplo, Antonio Tarantino, *op. cit.*, pgs. 872 e segs.

invocado, no supramencionado caso *Diane Pretty v. Reino Unido*, contra normas que punem o auxílio ao suicídio, porque estas representariam a imposição estadual de uma mundividência particular. Enrique Gimbernat Ordeig, por exemplo, também invoca a tutela da liberdade ideológica consagrada no artigo 16.º, 1, da Constituição espanhola como argumento a favor da licitude da eutanásia, porque o único argumento para justificar a sua ilicitude seria «a tese católica de que é Deus, e não o homem, a dispor da vida»¹⁰. Mas não é assim, como veremos.

Porque vou procurar analisar a eutanásia à luz dos princípios que encontram acolhimento na Constituição portuguesa (abstraindo até da perspectiva do Direito supra-positivo, que também não se confunde com uma perspectiva confessional, mas em relação à qual algumas dúvidas teriam de ser dissipadas), espero escapar a este tipo de críticas, relativas à aconfessionalidade do Estado¹¹. Diferente seria pretender uma análise neutra sob o ponto de vista axiológico. Não podem ignorar-se os valores substanciais (que vão para além das meras regras de processo) em que assentam a própria Constituição, o conjunto de direitos e deveres dela decorrentes e a vida social que ela pretende de algum modo enquadrar.

O direito à vida e o direito à liberdade

Na relação entre o direito à vida e o direito genérico à liberdade reside em grande medida o fulcro da questão que pretendo analisar. Na verdade, pode defender-se a licitude da eutanásia basicamente a partir da proeminência que um ordenamento jurídico liberal confere ao valor da liberdade. Proeminência que se afirmaria até em relação ao valor da vida. O direito à vida, como outros direitos fundamentais, não seria mais do que uma manifestação de um mais amplo e genérico direito de

¹⁰ Ver «Eutanasia, Constitución y Derecho Penal», in Salvador Urraca ed., *Eutanasia Hoy. Un Debate Abierto*, Editorial Noesis, Madrid, 1996, pgs. 207 a 213.

¹¹ Por exemplo, Maria Manuela Valadão Silveira, ao debruçar-se sobre a questão da configuração jurídica do suicídio (in *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio*, ed. A.A.F.D.L., Lisboa, 1995, pgs. 61 e segs.) começa por rejeitar liminarmente «qualquer forma de abordar o problema do enquadramento jurídico do suicídio de um ponto de vista exclusivamente moral, religioso ou de mundivisão», situada, portanto, fora do âmbito da Constituição e do direito positivo.

liberdade: a vida seria protegida porque o quer o seu titular, se, e na estrita medida em que, tal corresponde à vontade deste. A liberdade estender-se-ia não apenas ao *como* viver, mas também ao *se* viver. E, para alguns, da própria consagração constitucional do direito à vida decorreria uma sua faceta negativa, traduzida num *direito à morte*¹². Levada às últimas consequências, esta ideia conduziria à admissibilidade da licitude do suicídio e do auxílio ao suicídio, assim como da eutanásia e, mais genericamente, do homicídio a pedido.

Para alicerçar este tipo de raciocínio, invocam-se as disposições constitucionais que consagram princípios como o da dignidade da pessoa humana, ou o livre desenvolvimento da personalidade, donde decorreria a proeminência da liberdade individual, princípios que assumiriam a categoria de critérios gerais de interpretação de todos os direitos fundamentais, incluindo o direito à vida. Este seria tutelado dentro do quadro definido por tais princípios, a eles se subordinando.

Assim, por exemplo, no que se refere à Constituição alemã, invoca-se a consagração do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana, no seu artigo 1.º, n.º 1, e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, no seu artigo 2.º, n.º 1¹³.

No que se refere à Constituição espanhola, invoca-se o seu artigo 1.º, n.º 1, que define a liberdade como o primeiro dos «valores superiores» afirmado pelo Estado, e o seu artigo 10.º, n.º 1, que define a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade como fundamento da ordem política e da paz social¹⁴.

¹² Tese invocada no caso *Diane Pretty v. Reino Unido*, que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem rejeitou, por considerar que o direito à vida consignado no artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não pode comportar, sem distorção de linguagem, como aspecto negativo, um direito diametralmente oposto, o direito a morrer. Assim, também, a propósito da Constituição espanhola, José Luis Díez Ripollés, «Eutanasia y Derecho», in *El Tratamiento Jurídico...*, cit., pg. 519.

¹³ Assim, os autores citados por Maria Manuela Valadão Silveira in *op. cit.*, pg. 153, a propósito da justificação da licitude do suicídio.

¹⁴ Assim, Enrique Gimbernat Ordeig, *op. e loc. cit.*, Bernardo del Rosal Blasco, «El Tratamiento Jurídico-Penal y Doctrinal de la Eutanasia en España», in *El Tratamiento Jurídico...*, cit., pgs. 43 e segs, e os autores por ele referidos a pg. 154, assim como os autores referidos por Ana Maria Marcos del Cano in *La Eutanasia, Estudio Filosófico-Jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pg. 185.

Reflecte esta mesma opção o *Manifiesto en Favor de la Disponibilidad de la Propria Vida* do Grupo de Estudios de Política Criminal (ver *El Tratamiento Jurídico...*, cit., pgs. 558 e segs.).

Nos Estados Unidos, também se defendeu que a decisão de um doente terminal de pôr termo à vida era de tal modo inerente à dignidade e autonomia da pessoa que caía dentro das liberdades protegidas pela 14.^a Emenda¹⁵.

Também conduzem a este tipo de resultados as doutrinas que encaram o bem jurídico afectado pelo crime como uma esfera de domínio reconhecida à vontade individual (*doutrinas do interesse*). A pessoa não poderia deter um bem jurídico contra a sua vontade, porque é nessa vontade que reside o fundamento jurídico de um qualquer direito. Em coerência com estes princípios, advoga-se a impunidade do homicídio a pedido¹⁶.

Afigura-se-me, porém, que a liberdade não pode prevalecer sobre a vida, porque a vida é a raiz da própria liberdade. A vida é a base, origem e fim de todos os direitos ou valores humanos, sem a qual nenhum deles é concebível. A liberdade pressupõe necessariamente a vida. A morte não é (na perspectiva em que nos colocamos, em que teremos de abstrair de qualquer dimensão religiosa de vida para além da morte) uma libertação da pessoa, mas uma sua anulação pura e simples. Na expressão de Mário Raposo, «os textos legislativos reconhecem os direitos fundamentais, mas é a *vida* que os cria e viabiliza»¹⁷.

A respeito da relevância do valor da liberdade, é frequente citar Stuart Mill: «Sobre si mesmo, sobre o seu corpo e sobre o seu espírito, o indivíduo é soberano(...) A única razão legítima que pode ter uma comunidade para proceder contra um dos seus membros é a de impedir que prejudique os outros. Não é razão bastante o bem-estar físico e moral desse indivíduo». Mas o próprio Stuart Mill também rejeita que se renuncie à liberdade em nome da liberdade: «o princípio de liberdade não pode exigir que se seja livre de deixar de o ser»¹⁸.

Porque não se pode invocar a liberdade para suprimir a liberdade, não é admissível a escravidão consentida e é admissível a ilegaliza-

¹⁵ Assim, o Tribunal Federal de Washington no caso *Compassion in Dying* (cit. por T. Howard Stone e William J. Winslade, «Ayuda Médica al Suicidio y Eutanasia en los Estados Unidos», in *El Tratamiento Jurídico...*, cit., pgs. 385 e segs.)

¹⁶ Ver, sobre estas doutrinas, Manuel da Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., pgs. 84 e segs. e 204 e segs. e «Comentário ao Artigo 154.º», in *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte especial, I*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pgs. 58 e 59.

¹⁷ Ver «Eutanásia – Alguns Problemas Envolvidos», in *Brotéria*, vol. 150, 2, Fevereiro de 2000, pg. 227.

¹⁸ Cit. por Ana Maria Marcos del Cano, *op. cit.*, pgs. 179, 180 e 212.

ção do consumo de drogas. Por maioria de razão, não pode ser admissível um atentado contra a sua própria vida em nome da liberdade, que dessa forma se elimina de modo absoluto, definitivo e irreversível.

Na linha do que venho afirmando, exprime-se deste modo Gonzalo Miranda:

Podemos compreender como a vida não é algo que nós possuímos, como se fosse um objecto que nos é estranho. Não existe, na realidade, a minha vida; existo eu que vivo e enquanto vivo. Retirar a vida a mim próprio seria anular-me a mim mesmo (...) a apresentação do suicídio ou da eutanásia como «libertação» é radicalmente falsa: libertar-se significa passar de uma situação de falta de liberdade (encerramento físico ou moral) a uma situação de liberdade reconquistada. Mas a morte, para o não crente, não é um «passar a», mas simplesmente um «deixar de existir».¹⁹

Compreende-se, pois, que não se possa invocar o livre desenvolvimento da personalidade (a que se referem os artigos 2.º, n.º 1, da Constituição alemã, 10.º, n.º 1, da Constituição espanhola e 26.º, n.º 1, da Constituição portuguesa) para justificar a sua supressão através de um atentado contra a sua própria vida. Deve ser livre o desenvolvimento da personalidade, não a sua supressão.

E também não pode invocar-se o respeito pela dignidade da pessoa humana (a que se referem os artigos 1.º, n.º 1, da Constituição alemã, 10.º, n.º 1, da Constituição espanhola e 1.º da Constituição portuguesa) para justificar um atentado contra a sua própria vida. A dignidade da pessoa é a dignidade da pessoa livre, mas esta liberdade pressupõe a vida. Respeitar a pessoa significa respeitar a sua liberdade, mas este respeito tem de pressupor o respeito pela sua vida. Porque a liberdade não esgota a dignidade da pessoa, esse respeito impõe-se, como é óbvio, mesmo em caso de incapacidade de exercício da liberdade. O respeito da dignidade da pessoa impõe-se à própria pessoa, que, na perspectiva kantiana, não pode instrumentalizar os outros, reduzindo-os a *meios*, mas também não pode reduzir-se ela própria a instrumento e *meio*. A tutela da dignidade da pessoa implica, como regra, o respeito pela sua liberdade, mas pode também, em certas situações excepcionais, limitar

¹⁹ Ver «Riflessioni Etiche intorno alla Fine della Vita», in Aldo Mazzoni (ed.), *A Sua Imagine e Somiglianza?*, Città Nuova Editrice, Roma, 1997, pgs. 201 e 202.

essa liberdade (nos casos de escravidão consentida, automutilação, prostituição, suicídio ou eutanásia).

Numa outra perspectiva, que supera a do puro individualismo, a dignidade da pessoa é fonte de direitos, mas também de deveres; o valor da pessoa implica o reconhecimento dos seus direitos, mas também o reconhecimento do seu sempre inestimável contributo para a comunidade.

E a dignidade da pessoa humana não pode abstrair da sua relacionabilidade, que também é inerente ao próprio Direito. Afirma, a este respeito, Xavier Dijon:

O direito à dignidade inerente à pessoa humana precede, como seu fundamento, o direito à liberdade. O Direito supõe a relação e a afirmação pura e simples da liberdade não a supõe. Construir o Direito a partir da liberdade individual traduz-se em atribuir carácter puramente contingente – no caso, se a liberdade o consentir – à relação, a qual é, porém, inerente ao Direito. Ora, a formulação do direito supõe uma relação mínima, sem a qual não existe. Que relação mínima? Precisamente a do respeito pela dignidade do outro, pela existência do outro, pela sua vida.²⁰

Verificamos, pois, que a consideração da dignidade da pessoa humana e do respeito pela vida humana nos conduzem a um horizonte que supera uma visão puramente individualista, para onde nos conduziria a consideração exclusiva do valor da liberdade. Sobre as relações entre a tutela da vida humana, a solidariedade e o bem comum, debruçar-me-ei adiante mais em pormenor.

E também aprofundarei adiante a noção de que a dignidade da pessoa humana, e da vida humana, são algo de intrínseco, não uma qualidade contingente, que se possa perder em determinadas fases da vida ou em determinadas situações (vg. em situações de doença terminal, particularmente marcadas pelo sofrimento).

A consagração constitucional do princípio da inviolabilidade da vida humana

Debrucemo-nos agora, mais especificamente, sobre o texto constitucional português.

²⁰ Ver «Le Choix du Politique en Matière d' Euthanasie», in *Nouvelle Revue Théologique*, tomo 117, Julho-Agosto de 1995, pg. 530.

Estatui o artigo 24.º (que tem por epígrafe «direito à vida»), n.º 1, da Constituição portuguesa: «A vida humana é inviolável». E o n.º 2 do mesmo artigo: «Em caso algum haverá pena de morte».

A respeito desta formulação do texto constitucional, pronuncia-se Mário Raposo:

Diferentemente do que sucede com a generalidade das Constituições e da própria Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (art. 3.º), a Constituição portuguesa regista, no n.º 1 do artigo 24.º, que «a vida humana é inviolável». Trata-se de uma fórmula normativa muito mais *forte* e expressiva do que a consagração do direito à vida. Muito mais do que um direito é um *valor*. É o *valor* fundacional que recebe da intransferível dignidade da pessoa o seu decisivo sentido.²¹

A formulação constitucional reforça, assim, a tese, anteriormente exposta, da prevalência da vida sobre a liberdade. À luz do texto constitucional, não se coloca sequer a questão da eventual renunciabilidade ou disponibilidade do direito à vida: nunca se poderá dizer que se trata de um direito cujo exercício estaria, como se verifica com a generalidade dos direitos, sempre dependente da vontade do seu titular. Qualquer acto de renúncia ou disposição do direito à vida colidiria com o princípio objectivo da inviolabilidade da vida humana. De acordo com o preceito em apreço, a vida humana é inviolável sem excepções ou distinções, quer a potencial violação provenha de outrem, quer essa potencial violação provenha do próprio titular.

Por outro lado, como também salienta Mário Raposo, a formulação constitucional é expressão da dimensão dos direitos fundamentais como uma ordem objectiva de valores. Na perspectiva liberal-individualista, os direitos fundamentais são basicamente espaços de autonomia, reservas impenetráveis (como preciosa herança do estado de natureza), que impõem a abstenção do Estado. Na perspectiva acolhida no texto constitucional, os direitos fundamentais integram-se numa ordem objectiva e coerente de valores pré-estadual e indisponível, que se impõem ao próprio titular como inalienáveis, e que serve de cimento unificador de toda a ordem jurídica. Os direitos fundamentais não são apenas limites à actividade estadual, mas também finalidades dessa actividade²².

²¹ *In op. cit.*, pg. 267.

²² Ver. sobre as várias teorias relativas ao sentido dos direitos fundamentais, Bockenforde, «Grunrechtstheorie und Grunrechtsinterpretation», in *Neue Juristische*

A vida humana não constitui, por isso, apenas e exclusivamente, um bem individual, mas também um bem de natureza social (a vida de cada pessoa é um valor para o próprio e para a comunidade), relevante na perspectiva dos próprios fundamentos da ordem jurídica no seu todo, o que também implica a protecção do Estado contra a vontade do seu titular²³.

Ainda como reforço da tese da prevalência da vida sobre a liberdade, e sem que tal seja por si só decisivo, podemos atender à ordenação sistemática do texto constitucional português, que insere o direito à vida e o princípio da inviolabilidade da vida humana à cabeça do catálogo dos direitos, liberdades e garantias pessoais (no artigo 24.º), antes, designadamente, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (no artigo 26.º, n.º1) e do direito à liberdade e segurança (no artigo 27.º, n.º 1)²⁴.

O princípio da inviolabilidade da vida humana torna, pois, claro e inequívoco o carácter irrenunciável e indisponível do direito à vida.

Wochenschrift, 1974, pgs. 1529 e segs., e José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1983, pgs. 54 e segs..

²³ Assim, Ana Maria Marcos del Cano, a qual afirma (*in op. cit.*, pg. 128) que «a vida não constitui um bem privado e exclusivo da pessoa, mas tem um carácter misto, possui um valor sistémico e social, que implica a protecção do Estado contra a vontade do seu titular.»

Afirma também esta autora a respeito do valor da vida humana como bem jurídico protegido:

«Trata-se de recuperar novamente a dimensão do valor como intimamente ligada à titularidade do direito, já que, se a medida de cada valor depende única e exclusivamente de uma decisão de vontade, já não se consegue vislumbrar um critério válido capaz de disciplinar os conflitos intersubjectivos. Estaríamos, pois, perante um direito que protege não apenas a autonomia ou vontade do indivíduo, mas também a vida em si. O bem jurídico protegido pela norma não estaria subordinado à decisão do indivíduo.» (*in op. cit.*, pg. 129).

²⁴ A este respeito, Antonio Tarantino (*in op. cit.*, pg. 893) afirma que, apesar de o direito à vida prevalecer sobre a liberdade, sob a influência de Kant e da Revolução Francesa, muitas Constituições privilegiaram, de um ponto de vista sistemático-formal, o direito à liberdade, «dando por descontado» o direito à vida, uma vez que só poderia falar-se em liberdade se existisse vida. Tal deixou de verificar-se, segundo este autor, depois da 2.ª Guerra Mundial e do Julgamento de Nuremberga, sendo significativo o facto de na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 o direito à vida anteceder o direito à liberdade («direito à vida, liberdade e segurança...»), ao contrário da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (onde, no artigo 2.º, se enunciam os «direitos naturais e imprescritíveis» do Homem como «a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão»).

A respeito desta irrenunciabilidade e indisponibilidade, não é possível distinguir entre a titularidade e o exercício. Em relação aos direitos em geral, pode renunciar-se ao seu exercício em determinados momentos e circunstâncias, sem renunciar à sua titularidade. No que se refere ao direito à vida, tal não é possível. A renúncia a esse direito, em qualquer momento e em qualquer circunstância, implica, como é óbvio, a sua anulação definitiva.

José Luis Díez Ripollés²⁵ entende, porém, que tal distinção é possível no que se refere ao direito à vida. A renúncia ao direito à vida implica o seu abandono definitivo através da transmissão ou alienação em bloco, de modo a que seja um terceiro a decidir se se renuncia ou não e, em caso afirmativo, com total autonomia para decidir o momento e as condições. A renúncia ao exercício (sem renúncia à titularidade do direito) implica a transferência para outrem da execução de pôr termo à vida no momento e condições fixados, de modo mais ou menos preciso, pelo próprio titular (o que se poderia verificar nas situações de eutanásia). Afigura-se-me, porém, que estamos perante uma distinção que pretende, de modo forçado, ultrapassar aquilo que parece óbvio: no que ao direito à vida se refere, não pode distinguir-se, pelas razões indicadas, entre a renúncia à titularidade do mesmo e a renúncia ao seu exercício²⁶.

Do princípio da inviolabilidade da vida humana e da proeminência e indisponibilidade do direito à vida resulta ainda que este direito há-de prevalecer sempre sobre qualquer outro que com ele possa entrar em conflito. A vida é o pressuposto de todos os direitos, não pode deixar de sobre eles prevalecer. A limitação do direito à vida, porque, também para este efeito, não é possível distinguir entre titularidade e exercício, não pode deixar de traduzir-se na sua anulação definitiva. E esta implica a anulação da pessoa, com o que desaparece também o direito como qual a vida poderia conflitar^{27/28}.

²⁵ *In op. cit.*, pgs. 527e 528.

²⁶ Assim, Ana Maria Marcos del Cano, *op. cit.*, pg. 132.

²⁷ Assim, Ana Maria Marcos del Cano, *op. cit.*, pg. 133.

²⁸ Esta tese obriga a questionar a posição do Tribunal Constitucional a respeito da constitucionalidade das leis de despenalização do aborto na base de um princípio de «concordância prática» entre o valor da vida humana (neste caso, intra-uterina) e outros direitos ou valores constitucionalmente protegidos (ver os acórdãos 25/84, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 2.º vol., I.N.M.C., pgs. 7 e segs., 85/85, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5.º vol., I.N.M.C., pgs. 245 e segs. e 288/98, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 40.º vol., I.N.M.C., pgs. 7 e segs.)

Nesta perspectiva, também não faz sentido afirmar, como faz Enrique Gimbernat Ordeig, que no confronto entre um único princípio constitucional, o da tutela da vida (esta desvalorizada pela renúncia do seu titular, por se aproximar o seu fim temporal e por estar dominada pelo sofrimento), e um conjunto de vários princípios constitucionais (como os da tutela da dignidade humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da liberdade ideológica e da proibição de tratamentos desumanos e degradantes), estes devem prevalecer²⁹. É que esse único princípio é pressuposto de todos os outros, pelo que o conflito não é sequer concebível.

Sobre algumas consequências desta tese, pronunciar-me-ei adiante.

O pedido de eutanásia, expressão autêntica de liberdade?

Vimos já como, para justificar a licitude da eutanásia, se invoca a liberdade como valor supremo. Mas vimos também como carece de sentido invocar a liberdade contra a vida. De qualquer modo, haveria sempre que garantir, em termos claros e inequívocos, que o pedido de eutanásia exprime fielmente a vontade de quem o formula, pois só assim seria expressão autêntica de liberdade. É neste ponto que surgem dúvidas eventualmente insuperáveis.

O autores partidários da eutanásia pretendem enquadrá-la através de um regime jurídico particularmente exigente a respeito das condições de formulação do pedido em causa. Assim, por exemplo, Bernardo del Rosal Blasco, aceitando o princípio da disponibilidade da vida humana, entende dever centrar a regulação da eutanásia basicamente nas condições de prestação do consentimento e nos limites de eficácia do mesmo³⁰.

Também as legislações que despenalizam a eutanásia pretendem estabelecer particulares requisitos de autenticidade do pedido em questão.

Para a recente Lei holandesa, esse pedido há-de ser «cuidadosamente ponderado e persistente». Nas situações de doentes em estado terminal já incapazes de exprimir a sua vontade, tal pedido deverá ter sido formulado anteriormente por escrito.

Para a Lei belga, tal pedido deverá ser «voluntário, reflectido, repetido e não resultante de pressões externas». Quando a morte não deva sobrevir

²⁹ Ver *op. e loc. cit.*

³⁰ Ver *op. cit.*, pgs. 63 e segs.

a breve prazo (em doentes incuráveis não em fase terminal, situação a que também se aplica esta Lei), a eutanásia só poderá executar-se pelo menos um mês depois da formulação do pedido. Quando o doente não esteja em condições de exprimir a sua vontade, a declaração antecipada que fundamenta a eutanásia não pode ter sido formulada há mais de cinco anos.

De acordo com a Lei do estado norte-americano de Oregon que despenaliza o auxílio médico ao suicídio, o pedido de auxílio deverá ocorrer três vezes, com intervalos não inferiores a quinze dias, devendo ser formulado por escrito pelo menos numa dessas vezes.

É assim que se pretende garantir a autenticidade dos pedidos de eutanásia ou de auxílio médico ao suicídio. Mas, como vem sendo com frequência salientado, há motivos para pôr em dúvida essa autenticidade em qualquer situação.

Está em causa a interpretação de um pedido formulado em condições muito especiais. Às situações em apreço estão normalmente associados estados depressivos graves. Se o sofrimento do doente é tão intenso que o leva a querer pôr termo à vida, contrariando o instinto básico de sobrevivência e de autoconservação, será legítimo presumir que a sua lucidez poderá ser afectada.

Afirma, a este respeito, Daniel Serrão:

Os psicólogos afirmam que as decisões, quaisquer decisões, tomadas por uma pessoa que sofre com grande intensidade não nascem mais da pessoa como uma unidade organizada, um *eu* homogéneo (neste conceito se fundamenta a atenuação de imputabilidade quando uma decisão tomada por uma pessoa em estado de grande sofrimento se configura como um ilícito penal; curiosamente o Código Penal português invoca esta perda de unidade e organização do *eu* para reduzir a pena do médico que, dominado pela perturbação que lhe provoca o sofrimento do doente, decide matá-lo). Parece, portanto, que a perda de unidade produzida pelo sofrimento compromete, de forma irremediável, a autonomia para a decisão; a pessoa que tem um sofrimento insuportável já não é livre e, por isso, não pode conhecer, de forma clara, qual é o seu melhor interesse em tal situação.³¹

Por outro lado, o pedido de eutanásia reveste-se frequentemente de uma clara ambivalência que desaconselha a sua interpretação literal.

³¹ Ver «Suicídio Assistido» in *Novos Desafios à Bioética*, cit., pg. 255.

Quando se pede a eutanásia, pede-se a morte, ou pede-se a vida em condições diferentes daquelas que afectam o doente naquele momento (marcado por angústia, sofrimento e solidão)? O doente pretende verdadeiramente a morte ou pretende solicitar, através desse pedido dramático, a atenção dos que o rodeiam para a sua penosa situação, apelando ao amor destes? E a prova de que é esta segunda situação que muitas vezes se verifica está na experiência das unidades de cuidados paliativos, em que estes cuidados com grande frequência fazem com que desapareçam os iniciais pedidos de morte.

As dúvidas serão legítimas e estamos num âmbito em que, pelas consequências absolutas e irreversíveis do acto, é inaceitável a mais pequena dúvida a respeito da autenticidade do pedido. E também são inaceitáveis os erros a esse respeito. Não é a sempre possível ocorrência de erros judiciais um argumento de peso (entre outros) contra a pena de morte, também de consequências absolutas e irreversíveis?

Mas, ainda que todas as dúvidas baseadas nas considerações anteriores (relativas à interpretação do pedido) fossem afastadas, uma outra questão se coloca inevitavelmente.

O pedido de eutanásia situa-se no tempo. Em muitas situações de sofrimento em doença terminal, vão-se alternando fases de desespero e maior serenidade e, paralelamente ou não, manifestações de apego à vida e verbalização de desejos de morte. Com que critério se poderá dizer que o pedido formulado num determinado momento é mais autêntico do que outro?

E haveria sempre, desde logo, que distinguir entre, por um lado, o momento em que o pedido é formulado, antecipadamente (mesmo fora do âmbito dos chamados *testamentos vitais*) e abstraindo da situação concreta em que ocorrerá a morte, e, por outro lado, o momento da execução da eutanásia, já numa situação de inconsciência, sempre com a dúvida de saber se seria mantida nesse momento a decisão tomada anteriormente.

E, mesmo que os pedidos sejam uniformes e constantes, nada pode garantir que o doente que formula tais pedidos não poderia vir a arrepender-se no futuro de os ter formulado. É frequente esse arrependimento quando os pedidos de eutanásia não são satisfeitos, tal como são frequentes os arrependimentos subsequentes a tentativas de suicídio.

Afirmam T. Howard Stone e William Winslade, em resposta a este tipo de objecções à admissibilidade da eutanásia, que proibir uma conduta só pela existência de riscos de erro seria contrário aos princípios

universais de autonomia nas tomadas de decisões referentes ao tratamento médico e, em geral, à faculdade de tomar decisões³². Mas não está em causa uma qualquer decisão. Não pode conceber-se uma outra decisão em que as consequências sejam de igual modo absolutas e irreversíveis³³.

Vida humana e solidariedade

A propósito da questão da eutanásia (e também do suicídio), começámos por confrontar os valores da vida humana e da liberdade individual. Mas poderemos dizer que são estes os únicos valores basicamente envolvidos na apreciação da licitude, ou ilicitude, da eutanásia e do suicídio? Não podemos ignorar a natural socialidade da pessoa humana. Não estamos perante um ser isolado, mas perante um ser que depende da comunidade para a sua sobrevivência e, sobretudo, para a sua plena realização como pessoa. Desta realidade surge uma teia de direitos e deveres recíprocos entre pessoa e comunidade, a ter em conta.

Como já foi salientado, os valores da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade da vida humana assumem uma dimensão objectiva que os tornam relevantes numa perspectiva não puramente individual, mas também sistémico-social. A pessoa humana é digna de tutela pelo seu valor intrínseco, mas também pelo seu sempre inestimável contributo para a vida social. Na perspectiva da nossa ordem jurídica, a vida humana é um valor fundamentalmente individual, mas também não deixa de ser um valor com relevância social.

A este respeito, um número significativo de autores italianos parte da relação estabelecida pelo artigo 2.º da Constituição italiana entre, por um lado, «os direitos invioláveis do homem, quer como indivíduo, quer dentro dos agrupamentos sociais em que se projecta a sua personalidade» e, por outro lado, «os deveres indissociáveis de solidariedade política, económica e social», e da necessária complementaridade entre valores personalistas e solidaristas, para reconhecer, como o primeiro

³² *In op. cit.*, pg. 403.

³³ Porque as limitações voluntárias aos direitos de personalidade deverão ser sempre revogáveis, esta irreversibilidade leva Rabindranath Capelo de Sousa (*in O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pg. 412) a rejeitar a licitude da eutanásia.

dos deveres sociais indissociáveis, o de preservar condições mínimas de integridade físico-psíquica, donde derivaria a ilicitude do suicídio e da eutanásia³⁴.

Há quem objecte que ao conceber, deste modo, um *dever de viver* se cairia numa autêntica *colectivização* da vida, numa funcionalização desta com predomínio constante dos interesses colectivos sobre os individuais que conduz à obrigação de viver sempre de modo conforme ao interesse comum, como se o direito à vida fosse uma concessão da sociedade ou do Estado. Esta perspectiva estatista reflectir-se-ia no Código Penal italiano de 1930, mas não seria compatível com as concepções liberais hoje vigentes³⁵.

Afigura-se-me, porém, que o reconhecimento da indisponibilidade da vida com fundamento em deveres básicos de solidariedade (neste sentido, o reconhecimento de um *dever de viver*) não significa passar da visão individualista à visão transpersonalista. O reconhecimento de deveres de solidariedade não põe em causa a fundamental proeminência da pessoa em relação à sociedade e ao Estado (o bem comum é o bem de todas e *cada uma* das pessoas). O direito à vida não é uma concessão da sociedade ou do Estado, nem a vida é «propriedade» da sociedade ou do Estado. Trata-se apenas de reconhecer que a pessoa tem deveres para com a comunidade de que depende para a sua plena realização³⁶. Não se trata de alargar tais deveres de solidariedade ao ponto de funcionalizar a vida na perspectiva do interesse colectivo, concebendo um dever jurídico de viver sempre de acordo com esse interesse. Mas há exigências mínimas de solidariedade cuja imposição jurídica é legítima. E essas

³⁴ Ver os autores citados por Sergio Seminara em «La Eutanasia en Italia», in *El Tratamiento...cit.*, pg. 122, e Franco Vitale. «Che Cosa Dice la Costituzione», in *Studi Cattolici*, n.º 365/366. Julho-Agosto de 1991, pgs. 530 e segs.

³⁵ Ver Sergio Seminara, *op. cit.*, pgs. 122 a 124.

Este autor (*op. cit.*, pg. 109) cita uma sentença da *Corte di Cassazione* de 18 de Novembro de 1954 que, nas afirmações seguintes, poderá considerar-se representativa da referida perspectiva «colectivista»: (a vida humana) «...constitui a razão essencial para a existência e desenvolvimento de todo o povo na sociedade em que o homem representa uma fonte de riqueza e de força como elemento reprodutor da espécie, como trabalhador, como soldado; de maneira que a sociedade organizada juridicamente no Estado, castigando um homicida, tutela um seu direito, para além do direito do indivíduo».

³⁶ Sobre a relação entre pessoa e bem comum, ver, por exemplo, Jacques Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural* (tradução castelhana), Ediciones Palabra, Madrid, 2001, pgs. 13 e segs.

exigências pressupõem necessariamente o dever de salvaguardar a sua própria vida. Do mesmo modo que a vida é pressuposto do exercício de quaisquer direitos, também é pressuposto do cumprimento de quaisquer deveres de solidariedade. Ao suprimir a vida, torna-se absolutamente inviável esse cumprimento.

Tal como a Constituição italiana relaciona os direitos de autonomia individual com os deveres de solidariedade, podemos encontrar na Constituição portuguesa sinais análogos de combinação entre valores personalistas e solidaristas. Desde logo, o seu artigo 1.º define Portugal como uma «República soberana baseada na dignidade da pessoa humana», por um lado, e «empenhada na construção de uma sociedade (...) solidária», por outro lado.

Não se trata, pois, de, deste modo, reflectir uma mundividência particular a respeito do sentido da vida, só ética, e não juridicamente, relevante³⁷. Trata-se de uma decorrência de princípios relativos a deveres constitucionais básicos de solidariedade.

Também é de rejeitar a perspectiva utilitarista que leva a distinguir o interesse social de cada uma das vidas³⁸. Essa perspectiva não deixa de estar presente nalgumas posições. O suicídio seria ilícito apenas quando sobre o agente em causa recaíssem especiais deveres de ordem familiar, por exemplo³⁹. Não se poderia falar em interesse social na preservação da vida de um doente terminal que, numa perspectiva utilitarista, representa um encargo social e económico. Na já referida sentença do Tribunal Federal de Washington *Compassion in Dying*⁴⁰, afirma-se que o Estado poderia ter certo interesse na prevenção do suicídio entre os jovens ou outras pessoas com uma larga expectativa de vida, mas tal não se verifica no que se refere ao prolongamento da vida de um moribundo.

A dignidade da pessoa humana e da sua vida é, como já vimos e como ainda veremos mais em profundidade, algo de intrínseco, não uma

³⁷ É na base do princípio de que a ordem jurídica não pode regular certas áreas no âmbito da ética e deve ser compatível com uma pluralidade de mundividências nesse âmbito que Maria Manuela Valadão Silveira (ver *op. cit.*, pgs. 63 e segs.) sustenta a inexistência de um dever jurídico de viver e a neutralidade jurídica do suicídio.

³⁸ Também no sentido da rejeição dessa perspectiva, ver Ana Maria Marcos del Cano, *in op. cit.*, pg. 120.

³⁹ Assim, Willfried Botke (*cit.* por Maria Manuela Valadão Silveira, *op. cit.*, pg. 56 e 57).

⁴⁰ Ver T. Howard Stone e William Winslade, *op. cit.*, pg. 386.

qualidade contingente que possa desaparecer em determinadas fases da vida ou em determinadas situações. E o valor da vida não pode medir-se quantitativamente. A vida não vale de acordo com a expectativa de tempo de vida (sempre incerta, de qualquer modo). É assim na perspectiva do valor intrínseco da vida de uma qualquer pessoa e é assim na perspectiva do valor social da vida de uma qualquer pessoa. O contributo que esta pode dar à comunidade é sempre algo de precioso e inestimável, mesmo quando improdutivo, doente ou em fase terminal. A comunidade fica sempre mais pobre com a perda de qualquer dos seus membros. Há outros valores para além dos da eficiência produtiva, especificamente humanos, que a ordem jurídico-constitucional tem em consideração ao consagrar o princípio da tutela da dignidade da pessoa humana.

Somos assim conduzidos, também por esta via, à conclusão da ilicitude do suicídio e da eutanásia em face dos valores e princípios acolhidos na Constituição portuguesa.

A respeito da ilicitude do suicídio, compreendemos, a partir das considerações tecidas, que a razão da sua impunidade nos diversos ordenamentos jurídicos não decorre da disponibilidade da vida humana ou da inexistência de repercussão social dessa conduta⁴¹. São simples razões de política criminal que justificam a ausência de punibilidade do suicídio (de qualquer modo, só efectivamente possível no caso de tentativa): a punição da tentativa de suicídio não exerceria quaisquer funções de prevenção geral (como é óbvio, não é essa punição que pode dissuadir os potenciais suicidas) e tem efeitos claramente contraproducentes na perspectiva da prevenção especial (acaba por incitar à repetição da tentativa). Só essas razões explicam a impunidade do suicídio em confronto

⁴¹ Assim, por exemplo, Eduardo Correia, *Direito Criminal*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1971, pgs. 35 e 36, nota 1 da página anterior; Manuel Cavaleiro Ferreira, *Lições de Direito Penal, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Ed. Verbo, Lisboa, 1987, pg. 169; Rabindranath Capelo de Sousa, *op. cit.*, pg. 206, e Franco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, vol. I, Giuffrè Editore, Milão, 1986, pgs. 57 e 58.

Para José Luis Díez Ripollés (*in op. cit.*, pgs. 523 e 524), pelo contrário, a impunidade do suicídio seria a mais directa expressão do reconhecimento, ainda que limitado, de um direito à disponibilidade da própria vida (limitado pela exigência de intervenção exclusiva do suicida).

Para Maria Manuela Valadão Silveira (*in op. cit.*, pgs. 63 e segs.), a impunidade do suicídio compreende-se porque este corresponde a um espaço juridicamente livre, não há um «direito ao suicídio», mas este também não é um acto ilícito.

com a punibilidade do incitamento e do auxílio ao suicídio, assim como do homicídio a pedido (ver artigos 134.º e 135.º do Código Penal português).

Manuel da Costa Andrade⁴² justifica de outro modo a diferença de tratamento jurídico-penal, no que se refere à vida humana, entre a autolesão e a heterolesão consentida. A autolesão seria «uma *acção* cuja trajectória significativa se circunscreve ao interior do sistema pessoal», enquanto a «heterolesão consentida configura, tanto em termos reais como simbólicos, uma *interacção* complexa», «*configura invariavelmente uma relação social*». Por outro lado, no que se refere à autenticidade e seriedade da vontade, de «um lado está a radical autenticidade que se exprime na *acção* autolesiva», a que corresponde, quanto à heterolesão consentida, «uma *mera declaração* que pode estar inquinada de vícios de vária ordem: tanto no que toca à sua génese, verbalização e expressão, como ao processo da sua transmissão». Esta última diferença valerá apenas no que se refere ao homicídio a pedido, não no que refere ao incitamento ou auxílio a um suicídio consumado. Quanto à primeira das diferenças, entendo, pelas razões apontadas, que, no caso de autolesão da vida humana, não estamos perante um comportamento desprovido de relevância social a que a ordem jurídica haja de ser indiferente. A dimensão co-existencial é inerente à pessoa humana e é inerente ao próprio Direito, como já vimos. Por isso, Vincenzo Vitale⁴³ afirma a «anti-juridicidade «estrutural» do suicídio», porque este «contradiz o Direito na sua expressão mais radical e originária».

A igual dignidade de todas as vidas e de todas as fases da vida

Até aqui, abordei a questão da eutanásia à luz dos valores constitucionalmente tutelados da vida, da liberdade e da solidariedade. Esse tratamento é relativo à eutanásia, mas um tratamento paralelo adequa-se às questões do suicídio, auxílio ao suicídio e homicídio a pedido.

⁴² Ver *Consentimento e Acordo...cit.*, pgs. 210 a 217, e «Comentário ao Artigo 135.º», in *Comentário Conimbricense... cit.*, vol. I, pg 79 e 80.

⁴³ Ver «L' Antigiuridicità «Strutturale» del Suicidio», in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. 1983, pgs. 439 a 469.

Vamos agora enfrentar uma questão específica da eutanásia e do auxílio médico ao suicídio em situações semelhantes às que normalmente se invocam para justificar a eutanásia. Essas situações são as de doença irreversível, que provoca sofrimento, normalmente em fase terminal, mas também noutras fases da vida. Não está em causa o valor genérico da liberdade e autonomia individuais (válido em qualquer situação), mas uma questão que se coloca apenas nesse tipo de situações.

Afirma-se que nessas situações a vida pode *perder dignidade* ou *qualidade*. O projecto de resolução do Parlamento Europeu de 27 de Abril de 1991⁴⁴, da autoria do cancerólogo francês Léon Schwartzenberg, que recomendava a despenalização da eutanásia em determinadas condições, era explícito ao falar em «perda de dignidade» da vida numa situação de doença irreversível em fase terminal.

Contrapõe-se, assim, a sacralidade da vida (a vida é inviolável em qualquer situação) à qualidade da vida (o valor e a inviolabilidade da vida dependem da sua qualidade). A qualidade da vida prima sobre a sua quantidade – diz-se. A dignidade da vida humana deixa de ser algo de intrínseco e passa a ser considerada uma qualidade contingente que pode perder-se em determinadas situações.

Haverá que respeitar, de qualquer modo, o juízo do próprio doente sobre a eventual perda de qualidade ou dignidade da sua vida. Para Bernard Baertsch⁴⁵, é essencial que a eutanásia seja voluntária porque, por um lado, numa mesma escala de valores, uma dor pode ser suportada ou não, de acordo com a pessoa em causa e a sua situação, e porque, por outro lado, há que respeitar uma pluralidade de concepções moralmente justas de vida feliz.

Invoca-se, para justificar a eutanásia ou o auxílio ao suicídio nessas situações, a proibição de tratamentos desumanos e degradantes que consta de vários textos constitucionais (consta do artigo 35.º, n.º 2, da Constituição portuguesa, por exemplo) e do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (preceito invocado no já referido caso *Dianne Pretty v. Reino Unido*).

⁴⁴ Pode ver-se o texto em *La Documentation Catholique*, 1-15/9/91, n.º 2034, pgs. 791 e segs.

⁴⁵ Ver *La Valeur de la Vie Humaine et l'Intégrité de la Personne*, P.U.F., Paris, 1991, pgs. 79 a 107.

Estaríamos perante uma situação de conflito de deveres ou de estado de necessidade, que vê em confronto as obrigações de salvaguarda da vida, por um lado, e de evitar tratamentos desumanos ou degradantes, ou de combater o sofrimento, por outro lado.

De acordo com a jurisprudência holandesa que conduziu à despenalização da eutanásia (hoje consagrada por via legislativa), esse conflito provocaria uma situação de «força maior», uma pressão psicológica insuperável que determinaria o agente, de modo necessário e inevitável, à prática da eutanásia⁴⁶.

Para José Luis Díez Ripollés⁴⁷, por exemplo, estaríamos perante um conflito entre os deveres de protecção da vida e de evitar tratamentos desumanos e degradantes. As obrigações de fazer e não fazer deveriam ser moduladas de modo a que, em nenhum caso, o seu cumprimento implique manter a vida com procedimentos ou em condições desumanas e degradantes. Na apreciação da natureza eventualmente desumana ou degradante dessas condições, haveria que conjugar aspectos objectivos e subjectivos (haveria que atender à vontade do visado, mas também não seria suficiente essa vontade).

Na mesma linha, Miguel Ángel Núñez Paz⁴⁸ justifica a eutanásia na base de um conflito de interesses ou deveres. Há um dever de salvaguardar a vida, mas a vida que deverá ser salvaguardada é uma vida digna, livre de tratamentos desumanos e degradantes. Em determinadas situações, o mal que representa a perda da vida será – pelo menos – de importância igual à da perda da dignidade da vida.

Como já vimos, Enrique Gimbernat Ordeig considera que estamos perante o confronto entre o princípio constitucional da tutela da vida (esta desvalorizada pelo facto de se aproximar do fim e de estar dominada pelo sofrimento) e outros princípios constitucionais, entre ao quais o de proibição de tratamentos desumanos e degradantes que decorre do artigo 15.º da Constituição espanhola.

As considerações já tecidas anteriormente permitem compreender o motivo da rejeição destas posições.

⁴⁶ Ver Anton Van Kalmthout, *op. cit.*, pgs. 302 a 305, e Giovanna Fravolini, *op. cit.*, pg. 847.

⁴⁷ Ver *op. cit.*, pgs. 522 a 525, 538 e 539.

⁴⁸ Ver *Homicidio Consentido. Eutanasia y Derecho a Morir con Dignidad*, Tecnos, Madrid, 1999, pgs. 461 a 469.

A dignidade da vida humana é algo de intrínseco. A vida humana reveste-se de dignidade apenas por ser humana e sempre que é humana. Como afirma Étienne Montero⁴⁹, a pessoa, enquanto tal, tem sempre a mesma dignidade ontológica, intangível e inviolável, independentemente de, psicologicamente, haver um sentimento de dignidade diminuída, ou de as condições que acompanham a fase terminal da vida não serem dignas, porque «não é a dignidade que fundamenta a vida humana, mas a vida humana que fundamenta a dignidade».

E, no que se refere mais concretamente à Constituição portuguesa, há que considerar o seguinte. O artigo 24.º, n.º 1, consagra a inviolabilidade da vida humana sem distinções. Inviolável é toda a vida humana, independentemente das condições que possam rodear essa vida. E não é, obviamente, menos inviolável por se aproximar do fim. Também a dignidade da pessoa humana em que, de acordo com o artigo 1.º, se baseia a República portuguesa, é a dignidade de todas as pessoas em qualquer fase da sua vida.

Segundo Étienne Montero⁵⁰, é neste sentido que aponta claramente a filosofia clássica dos Direitos do Homem, reflectida nos artigos 1.º («Todos os seres humanos nascem livres e iguais») e 2.º (os direitos do Homem são reconhecidos «sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, nacionalidade, extracto social, fortuna, nascimento, ou *qualquer outra situação*») da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

No que se refere à Constituição portuguesa pode invocar-se, a este respeito, os princípios da universalidade (artigo 12.º) e da igualdade (artigo 13.º) como princípios gerais relativos à aplicação dos direitos fundamentais.

Afirma-se que o Estado, ao autorizar a prática da eutanásia, se limita, de forma neutra, a respeitar o juízo do próprio doente quanto à falta de dignidade (ou qualidade) da sua vida. Mas, ao admitir que se satisfaça o pedido de eutanásia em determinadas situações (e não noutras, nas quais já não se colocaria a questão da «falta de dignidade»), o Estado corrobora e confirma o juízo relativo a essa «falta de dignidade»⁵¹. Como se afirma na declaração dos bispos belgas de 16 de Maio de 2002, sobre a

⁴⁹ Ver «L'Eutanasia è un Diritto?», in *Studi Cattolici*, n.º 469, Março de 2000, pg. 167.

⁵⁰ In *op. cit.*, pg. 168.

⁵¹ Assim, Étienne Montero, *op. cit.*, pg. 169.

recente Lei belga que despenalizou a eutanásia, o Estado «está de acordo em que determinadas vidas têm menos valor do que outras». Por outro lado, quer a Lei belga, quer a Lei holandesa, condicionam a admissibilidade da eutanásia à inexistência de «outra solução razoável», o que pressupõe uma postura não neutra e um juízo positivo a respeito da razoabilidade da eutanásia numa determinada situação.

A este respeito, afirma Gonzalo Miranda:

Concordar (com o pedido de eutanásia) seria simplesmente dizer-lhe: «Sim, tens razão: a tua vida não tem mais sentido, já não tem valor nenhum; e, portanto, tu mesmo já não tens também nenhum valor: é melhor que morras, que não existas mais». Contudo, recusando-se a acatar o seu pedido, o médico está a dizer ao doente:

«Não é verdade que a tua vida não tenha mais sentido; não estás capaz de o encontrar e eu compreendo-te. Mas a tua vida, mesmo nestas condições, tem um sentido. Porque tu tens um valor que não depende do teu estado: tens valor porque és tu próprio. Continuarei a estar junto de ti e a ajudar-te; e continuarei a tentar ajudar-te para que possas encontrar o teu sentido e o teu valor até ao último momento. Simplesmente porque gosto de ti.»⁵²

Nesta linha, afirma Luciano Eusebi que a incompatibilidade da eutanásia com o ordenamento jurídico não deve ser entendida como mera exigência de tutela passiva de um bem fundamental como a vida, mas antes como opção por uma resposta de tipo solidarístico às condições individuais de sofrimento⁵³.

E se o Estado admite que a vida humana pode perder dignidade em situações de doença em fase terminal, torna-se mais fácil justificar até a eutanásia involuntária nessas situações. Como afirma François Coppens, «se a vida perde dignidade, como se justificaria o doente que pretende continuar a viver, impondo aos outros uma presença penosa, talvez dispendiosa e inútil?»⁵⁴ Nessas situações, a eutanásia involuntária seria apenas um atentado à vontade do doente, não um atentado à objectiva

⁵² Ver «O Sentido da Vida e a Aceitação da Morte», in *Brotéria*, vol. 150, 2, Fevereiro de 2000, pg. 173.

⁵³ Ver «Tra Indisponibilità della Vita e Miti di Radicale Disponibilità della Medicina: Il Nodo dell' Eutanasia», in *Quando Morire?... cit.*, pg. 236.

⁵⁴ Ver «La Loi et la Vie Humaine – Reflexions à propos du Débat sur l' Euthanasie», in *Nouvelle Revue Théologique*, 119, 1987, pg. 55.

dignidade da sua vida. Se o doente não está em condições de exprimir a sua vontade, não estará aberta a porta a uma justificação da eutanásia involuntária? É a essa justificação que chega Peter Singer⁵⁵ no caso de recém-nascidos com graves incapacidades, doentes mentais e doentes terminais em estado de inconsciência. E também as normas holandesas promulgadas em 1983 prevêm a possibilidade de «supressão da vida sem pedido expresso» nesse tipo de situações⁵⁶.

Não me parece adequado invocar a proibição de tratamentos desumanos e degradantes para justificar a eutanásia. Essa proibição impede que se provoquem sofrimentos ou que não se eliminem os sofrimentos evitáveis. Poderá ser pertinente a sua invocação a respeito de algumas situações de *exacerbação terapêutica*. Para além disso, não pode dizer-se que o sofrimento é estranho à condição humana. Pelo contrário, o sofrimento (físico ou psicológico, em qualquer idade e em qualquer fase da vida) será sempre algo de inerente à condição humana, a que o Homem nunca poderá escapar sem se negar a si próprio, com que sempre deverá confrontar-se e cujo sentido há-de buscar se quiser realizar-se plena e salutarmente como Homem⁵⁷.

E não me parece adequado invocar, a respeito da eutanásia, o estado de necessidade ou o conflito de deveres⁵⁸.

Pelas razões já apontadas, não pode opor-se à inviolabilidade da vida a qualidade da vida. Para além da imprecisão do conceito de «qualidade de vida» (esta supõe a ausência de sofrimento, a autosuficiência, a capacidade de relacionamento com os outros?), não é admissível aceitar que a vida, por falta de «qualidade», possa perder dignidade. Porque a vida humana é sempre digna, não pode deixar de ter «qualidade».

E mesmo que se entendesse que poderia estar em causa o dever de evitar o sofrimento, ou de evitar tratamentos desumanos e degradantes,

⁵⁵ Ver *Ética Prática* (tradução portuguesa). Gradiva. Lisboa. 2002. pgs. 195 e segs.

⁵⁶ Ver Anton Van Kalmthout. *op.cit.*, pgs 261 e segs., Giovanna Fravolini. *op.cit.*, pg 845. Henk Ten Have. *op. cit.*, pgs. 129 e segs., e Massimo Reichlin, «L' Eutanasia in Olanda: Contraddizioni, Ambiguità. Alternative», in *Quando Morire?...cit.*, pgs. 186 e segs.

⁵⁷ Gonzalo Miranda (in «O Sentido da Vida...», *cit.*, pgs. 161 e segs.) alude, a este respeito, às teses da *logoterapia* de Viktor Frankl.

⁵⁸ Jorge Figueiredo Dias também considera, afirmando ser essa a opinião maioritária nas doutrinas alemã e suíça, que, *de jure constituto*, não podem ser invocadas causas de justificação para a eutanásia (ver «Comentário ao Artigo 131.º», in *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, vol. I, pg. 15).

nunca esse dever poderia ser cumprido através da supressão da vida. Para suprimir a parte (o sofrimento), não pode suprimir-se o todo (a vida). O dever de eliminar o sofrimento só faz sentido se a pessoa se mantém viva. Com a eutanásia, a pessoa não permanece livre do sofrimento, é suprimida.

A eutanásia e a função de prevenção geral positiva do direito penal

Já acentuei o facto de o bem jurídico que representa a vida humana se revestir de um alcance não apenas individual, mas também sistémico-social. uma vez que cada vida humana em concreto tem um relevo social significativo. Mas o bem jurídico da vida humana tem um alcance sistémico-social também noutra sentido. Na protecção penal da vida humana não está em causa apenas a vida de uma pessoa em concreto, mas também a afirmação cultural do valor da vida humana em geral. O Direito Penal cumpre uma função de prevenção geral positiva, de reforço da confiança da comunidade na vigência de normas que protegem bens jurídicos fundamentais na perspectiva da própria sobrevivência e regular funcionamento dessa comunidade. Mais do que intimidar os potenciais violadores da norma (a prevenção geral negativa), há que confirmar e fortalecer a atitude dos que a cumprem por motivos de ordem moral que vão para além desse temor (a prevenção geral positiva). Essa função, que poderíamos considerar «pedagógica», assume uma importância capital quando está em causa o bem jurídico e valor supremo que é a vida humana.

A respeito da punibilidade da heterolesão da vida humana consentida, Manuel da Costa Andrade⁵⁹, fazendo referência às opiniões concordes de Claus Roxin e Dieter Dolling, afirma que tal punibilidade se justifica porque «no plano político-criminal e axiológico-material avulta o propósito de não abrir brechas na protecção penal da vida humana, em torno da qual o direito (penal) deve erigir um verdadeiro *tabú*».

Sensível a esta questão, Sergio Seminara⁶⁰ admite a despenalização da eutanásia através de «uma causa de justificação (*rectius*, de isenção de pena) tão rigorosa e determinada que exclua o perigo de que a legali-

⁵⁹ Ver «Comentário ao Artigo 134.º», in *Comentário Conimbricense.... cit.*, pg. 59.

⁶⁰ In *op. cit.*, pg. 441.

zação da eutanásia consensual prejudique a função de prevenção geral positiva do Direito Penal, debilitando nela a mensagem cultural e a autoridade sócio-psicológica precisa a respeito do bem jurídico vida».

Parece-me, porém, que não é possível excluir tal perigo. A despenalização da eutanásia tem, até, um particular efeito antipedagógico. Introduce uma brecha na «mensagem cultural» relativa à protecção da vida em geral, mas também na «mensagem cultural» relativa à protecção da vida dos mais débeis (e mais carentes de protecção, portanto). Como vimos, ao admitir que determinadas vidas (marcadas pela doença e pelo sofrimento) podem «perder dignidade», introduz-se uma brecha na «mensagem cultural» relativa à igual dignidade de todas as vidas e de todas as fases da vida.

A este respeito, não será inoportuno evocar a tão célebre imagem da *rampa deslizante* ou do *tobogan*. Quando se permite a abertura de uma brecha num edifício, este pode entrar numa desagregação progressiva até à derrocada final. Se o *tabú* da protecção absoluta e incondicional da vida humana é violado, ainda que de forma circunscrita e excepcional, é de temer que outras violações se sigam e não sabemos onde poderemos chegar, onde poderão tais violações terminar. E tudo isto resulta do enfraquecimento progressivo da afirmação cultural do valor da vida humana, quando a mentalidade corrente se vai habituando e insensibilizando perante os atentados a esse valor.

Vem à memória a experiência histórica do regime nacional-socialista (que marcou os autores alemães a ponto de estes terem deixado de utilizar a expressão «eutanásia», substituindo-a por «ajuda a morrer»). Essa experiência também começou pela admissibilidade da eutanásia numa situação particularmente dramática de uma criança gravemente deficiente com motivações pretensamente misericordiosas. Apoiou-se basicamente no conceito de «vidas indignas de ser vividas» e de «vidas sem interesse vital» (*Lebenswerten Leben*)⁶¹. Diz-se que nesse caso a eutanásia não era voluntária (era até secreta) e motivada apenas por interesses estaduais⁶². Mas ao admitir que a vida pode «perder dignidade», não estaremos a enveredar perigosamente pelo mesmo caminho?

Sem chegar a evocar esses extremos (e sem fazer uso, pois, do chamado argumento *ad hitlerum*), também podemos encontrar na experiên-

⁶¹ Ver, sobre a experiência do regime nacional-socialista, por exemplo, Fernando Monge, *Eutanasia? Sentido de la Vida, del Dolor y de la Muerte*, Ediciones Palabra, Madrid, pgs. 67 a 80.

cia recente de legalização da eutanásia alguns indícios de um resvalar progressivo para uma cada vez mais fácil aceitação de atentados à vida.

Federico Stella, na esteira de English, alerta para os perigos que a despenalização da eutanásia pode acarretar quando a um primeiro passo se podem seguir passos sucessivos que não representam algo de radicalmente diverso em relação a esse primeiro passo. Em relação à admissibilidade inicial da eutanásia em doentes terminais, não representa algo de radicalmente diverso a admissibilidade da eutanásia de doentes incuráveis não terminais ou da eutanásia por piedade de deficientes ou doentes mentais⁶³. E a experiência recente confirma esse perigo.

Como vimos, os partidários da legalização da eutanásia insistem na necessidade de esta ser sempre, e em qualquer circunstância, voluntária (até porque é com base no valor da liberdade que se justificaria essa legalização). Mas, como também já vimos, as normas holandesas de 1983 admitem a supressão da vida «sem pedido expresse» em casos de nascituros com graves deficiências, doentes mentais e doentes terminais em fase de inconsciência (situações nas quais, como também já vimos, Peter Singer admite a eutanásia involuntária). Segundo o relatório (oficial) Remmelink⁶⁴, em 1990 tal verificou-se em cerca de mil pessoas (0,8% das mortes). Por outro lado, a Lei holandesa de 2001 admite a eutanásia de doentes inconscientes que tenham formulado antecipadamente (sem que se fixe o prazo máximo dessa antecipação) o seu pedido, e a eutanásia de menores (entre os 12 e os 16 anos com o consentimento dos pais, sendo que fora inicialmente proposta a dispensa desse consentimento, e entre os 16 e os 18 anos sem o consentimento dos pais), menores cuja vontade é para outros efeitos jurídicos irrelevante⁶⁵.

⁶² Assim, María Casado González, *La Eutanasia, Aspectos Éticos y Jurídicos*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1994, pg. 53 e 54.

⁶³ Ver «Il Problema Giuridico dell' Eutanasia», in AA. VV., *Il Valore della Vita - L' Uomo di Fronte al Problema del Dolore, della Vecchiaia e dell' Eutanasia*, Vita e Pensiero, Milão, 1985, pgs. 166 e 167.

⁶⁴ *Cit.* por Ana Maria Marcos del Cano *in op. cit.*, pg. 248, nota 51.

Ver também, sobre esta questão e os resultados deste relatório, Henk Ten Have, *op. cit.*, pgs. 129 e segs., e Massimo Reichlin, *op. cit.*, pgs. 186 e segs. O exemplo holandês, de um resvalar da eutanásia voluntária para a eutanásia «sem pedido expresse», é apresentado por estes dois autores como concretização dos perigos da referida «rampa deslizante».

⁶⁵ Ver, sobre esta Lei, Daniel Serrão, *in «Eutanásia», cit.*, pgs. 249 a 251

Começou por admitir-se, na doutrina e na legislação, a eutanásia em situações de doença terminal. A Lei belga de 2002 despenaliza a eutanásia em situações de doença incurável, fora do âmbito terminal. Na Holanda, já se discutiu, a propósito do caso do antigo senador Eduard Brongersma, a possibilidade de eutanásia já fora do âmbito de uma qualquer doença, numa situação de simples «cansaço de viver».

A impunidade da «eutanásia passiva», expressão da disponibilidade do direito à vida?

Ao delimitar o âmbito deste trabalho, começámos por dele retirar a chamada *eutanásia passiva*, a abstenção de intervenção terapêutica com base na recusa de consentimento do doente e quando dessa abstenção resulta a morte deste. Impõe-se, porém, uma referência a esta questão, pois há quem invoque precisamente a impunidade deste tipo de conduta como manifestação da disponibilidade do direito à vida, o que contraria abertamente as teses que vimos defendendo. Afirmam Ana Maria Marcos del Cano⁶⁶ que «não é em vão que a reivindicação da licitude da eutanásia (...) encontra a sua origem no direito, reconhecido em múltiplas legislações, de recusa de um tratamento médico, mesmo que este sirva para manter a pessoa em vida».

Para Manuel da Costa Andrade⁶⁷, através da punição das intervenções médicas arbitrárias (artigo 156.º do Código Penal), a partir da qual se tem de concluir pela impunidade da *eutanásia passiva*, protege-se o bem jurídico que representa o direito a dispor do seu próprio corpo e da sua própria vida. Maria Manuela Valadão Silveira⁶⁸ invoca a proibição de tratamentos médicos arbitrários como manifestação da inexistência de um dever jurídico de viver e da não ilicitude do suicídio.

A doutrina italiana divide-se a respeito da abstenção terapêutica com base na recusa de consentimento do doente quando daí possa resultar a

⁶⁶ *In op. cit.*, pg 113.

⁶⁷ Ver *Consentimento e Acordo...*, *cit.*, pg 440 e 452 e segs. e «Comentário ao artigo 156.º», in *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, vol. I, pg 379.

⁶⁸ *In op. cit.*, pgs. 63 e segs.

morte deste, e a raiz dessas divergências liga-se à questão da disponibilidade do direito à vida⁶⁹.

Invocando o princípio contrário, a indisponibilidade do direito à vida, o Tribunal Constitucional espanhol defendeu a constitucionalidade da alimentação forçada de reclusos em greve de fome e da transfusão sanguínea de «testemunhas de Jeová» contra a vontade destas⁷⁰. Em Portugal, como na Alemanha e na Áustria, está previsto o dever de alimentação forçada de reclusos em caso de grave perigo para a sua saúde. É o que resulta do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 49/80, de 22 de Março)⁷¹.

O dever (ou mesmo a possibilidade) de alimentação forçada de reclusos, designadamente em resultado de greve de fome, tem sido contestado em nome do primado da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade. Figueiredo Dias e Sinde Monteiro⁷² invocam, a esse respeito, o artigo 25.º, n.º 1, da Constituição (que consagra a inviolabilidade da integridade física e moral da pessoa). Augusto Silva Dias⁷³ invoca o artigo 41.º (que consagra a liberdade de consciência). Rabindranath Capelo de Sousa⁷⁴ invoca o *direito a ser deixado sózinho* (*right to be let alone*), mas também a liberdade de expressão e a defesa dos bens e valores reputados idóneos pelo grevista. Maria Manuela Valadão Silveira⁷⁵ contesta este regime, por não ser configurável, à luz dos princípios constitucionais, um dever jurídico de viver. Mário Raposo⁷⁶ contesta também este regime, embora também afirme que «a magna razão que poderá ser invocada no sentido de o médico poder impedir a morte re-

⁶⁹ Ver Sergio Seminara, *op. cit.*, pgs. 95 e segs.

Luciano Eusebi (*in op. cit.*, pgs. 235 e segs.) considera que da indisponibilidade da vida decorre a ilicitude quer da eutanásia activa, quer da eutanásia passiva, sendo neste aspecto limitada a proibição de tratamentos coercivos que decorre do artigo 32.º da Constituição italiana.

⁷⁰ Ver Ana Maria Marcos del Cano, *op. cit.*, pgs. 150 e segs.

⁷¹ Ver o Parecer da P.G.R. n.º 99/82, de 14 de Junho (*in B.M.J.*, n.º 321, Dezembro de 1982, pgs. 193 a 199), que afirma a prevalência desse dever sobre disposições contrárias do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

⁷² Ver «Responsabilidade Médica em Portugal», *in B.M.J.*, n.º 332, Janeiro de 1984, pg. 70, nota 134.

⁷³ *In A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, Almedina, Coimbra, pgs. 131 e 132.

⁷⁴ *In op. cit.*, pg. 207, nota 401.

⁷⁵ *In op. cit.*, pgs. 68 e segs.

⁷⁶ *In op. cit.*, pg. 280 e 281.

sultante da recusa de tratamento será o carácter inviolável da vida humana, de que o próprio não poderá dispor».

E é precisamente esta indisponibilidade que leva a aceitar o regime em apreço. É essa a posição de António José dos Santos Lopes Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo⁷⁷. Anabela Miranda Rodrigues⁷⁸ entende que o direito individual de liberdade poderá ser limitado pelo interesse do Estado em preservar a vida e a manutenção da ordem e segurança do estabelecimentos prisionais, nos termos estritamente necessários à satisfação desses interesses (o que se verificará em caso de perigo de vida resultante de uma tentativa de suicídio ou de um acidente laboral). Manuel da Costa Andrade⁷⁹ entende que há que atender à autonomia pessoal, mas também ao interesse de um Estado Social em evitar a proliferação de suicídios nas prisões, o que impõe, antes de mais, uma interpretação conforme à Constituição do regime em apreço, que leva a distinguir as várias situações, designadamente as de suicídio «passivo» (situações de doença natural, em que não seria admissível a alimentação forçada de reclusos, como não é a de qualquer outra pessoa) e as de suicídio «activo» (resultante de greve de fome, por exemplo)^{80/81}.

Questão paralela à da *eutanásia passiva*, é a da omissão diante da prática de um suicídio.

Partindo da tese da indisponibilidade do direito à vida e da ilicitude do suicídio, o Supremo Tribunal federal alemão, no caso *Wittig*⁸², considerou o suicídio como «acidente» susceptível de gerar um dever de auxílio cujo incumprimento seria criminalmente sancionado. Esta deci-

⁷⁷ *In Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal – Direito sobre a Vida ou Direito de Viver?*. Almedina, Coimbra, 2000, pg. 101.

⁷⁸ *In Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária – Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização, Jurisdicionalização, Consensualismo e Prisão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pgs. 101 a 108.

⁷⁹ Ver *Consentimento e Acordo...*, cit., pg. 408 a 410, nota 129, «Comentário ao Artigo 135.º», in *Comentário Conimbricense...*, cit., vol. I, pgs. 93 e 94, e «Comentário ao artigo 156.º», in *Comentário Conimbricense...*, cit., vol. I, pg. 392.

⁸⁰ Sobre as divergências da doutrina italiana a este respeito, pode ver-se Sergio Seminara, *op.cit.*, pg. 131 e segs.

Quanto à doutrina alemã, pode ver-se Manuel da Costa Andrade, *op.cit.* na nota anterior.

⁸¹ Registe-se o facto de ter sido recentemente autorizada judicialmente a alimentação forçada do dirigente político italiano em greve de fome Marco Panella, (ver *Corriere della Sera* de 10 de Julho de 2002).

⁸² Ver *Neue Juristische Zeitung*, 1984, pgs. 2639 e segs.

são foi objecto de viva discussão na doutrina alemã, que maioritariamente a criticou. Esteve na origem do Projecto Alternativo de Lei sobre Ajuda a Morrer (*Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*)⁸³.

Para Maria Manuela Valadão Silveira⁸⁴, embora não seja ilícito impedir um suicídio, tal conduta não pode tornar-se obrigatória, pois releva apenas da esfera dos comportamentos morais, uma vez que não existe um dever jurídico de viver. Manuel da Costa Andrade⁸⁵ também entende que há um direito de intervir para evitar o suicídio, mas tal não corresponde a um dever penalmente sancionável. A oposição do paciente faz cessar o dever de garante (quer do paciente normal, quer do suicida, tanto antes, como depois da perda de consciência). Para Miguel Ángel Nunez Paz⁸⁶, não existe uma obrigação de impedir o suicídio porque existe o direito a dispor da vida e o suicídio é uma manifestação desse direito (limitado pela exigência de não intervenção de terceiros). Da mesma forma que não existe um dever de viver contra a vontade do titular do direito à vida, não existe um dever de intervir diante de quem deseja pôr termo à vida. O facto de o suicida ter vontade de morrer elimina a posição de garante.

Como encarar todas estas questões à luz das teses que venho defendendo e que se apoiam na indisponibilidade do direito à vida?

Independentemente da questão de saber se a chamada «eutanásia passiva» é uma verdadeira «eutanásia» (não a considera assim o artigo 47.º, n.º 4, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, como vimos) ou deverá, antes considerar-se «eutanásia imprópria»⁸⁷, não deve considerar-se que a sua eventual impunidade resulta da disponibilidade do direito à vida.

Não é com base nessa disponibilidade que poderá ser sustentada a impunidade da abstenção de tratamentos médicos contrários à vontade do

⁸³ Ver Hans-Georg Koch, «La Ayuda a Morir como Problema -Legal en Alemania», in *El Tratamiento...*, cit., pg. 248, Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo...*, cit., pg. 446 e segs., e Maria Manuela Valadão Silveira, *op.cit.*, pg. 58 e 59.

⁸⁴ *In op. cit.*, pgs. 68 e segs.

⁸⁵ *In Consentimento e Acordo...*, cit., pg. 441 e 442, «Comentário ao Artigo 134.º», in *Comentário Conimbricense...*, cit., vol. I, pgs. 66 e 67. e «Comentário ao Artigo 135.º», in *Comentário Conimbricense...*, cit., vol. I, pg. 92.

⁸⁶ *In op. cit.*, pgs. 455 e segs.

⁸⁷ Para François-Régis Cerruti (in *L'Euthanasie - Approche Médicale et Juridique*, Privat, Toulouse, 1987, pg. 67 e 68), por exemplo, a eutanásia supõe a escolha activa da morte, directa e não indirecta, por comissão e não por omissão.

doente quando dessa abstenção possa resultar a morte deste, nem a impunidade da abstenção de comportamentos destinados a evitar um suicídio.

Há que atender, antes, à distinção entre o tratamento penal dos comportamentos activos e o dos comportamentos omissivos. *Matar e deixar morrer* são comportamentos com um relevo ético e criminal distinto (ainda que equiparável para certos efeitos e em certas situações). É diferente a situação em que a morte é causada directamente pela intervenção eutanásica e a situação em que a morte é causada directamente por uma doença natural, ou pela conduta do suicida, podendo ser evitada pela intervenção (terapêutica ou não) de terceiro⁸⁸.

Se em relação à primeira dessas situações (em que a inviolabilidade da vida humana é afrontada directamente), como vimos, tal inviolabilidade não pode ceder diante de qualquer outro direito ou princípio, na segunda dessas situações (em que a inviolabilidade da vida humana não é posta em causa de forma directa) já será admissível alguma forma de concordância prática com princípios como os da liberdade, integridade física ou do consentimento e confiança em que se deve basear a relação entre o médico e o doente.

Do princípio da inviolabilidade da vida humana resulta a punição das condutas que produzem activamente a morte, mas não necessariamente de todas e quaisquer condutas omissivas que contribuam causalmente para a morte, mesmo em caso de inexistência de um dever jurídico de garante. É ao legislador ordinário que caberá definir as fontes desse dever e é admissível que se entenda que cessa esse dever em caso de oposição do beneficiário do mesmo. Pode, pois, entender-se que não há uma obrigação, sancionável criminalmente, de impedir o suicídio ou que os médicos não serão obrigados a intervir para evitar a morte no caso de reclusos em greve de fome ou, mais genericamente, na ausência de consentimento do doente⁸⁹.

Mas, precisamente porque não está em causa a disponibilidade da vida, há que considerar o seguinte.

⁸⁸ Ver. em sentido idêntico, François-Régis Cerruti, *in op. cit.*, pg. 67.

⁸⁹ Federico Stella (ver *op. cit.*, pgs. 169 e 170), recusando claramente a licitude da eutanásia em geral e a idêntica de disponibilidade da vida humana, considera que em face da recusa de consentimento do tratamento por parte do doente cessa o dever de garante do médico, sendo a decisão final sobre as consequências da omissão, ao contrário do que se verifica com a eutanásia *activa*, imputável ao próprio doente, e não ao médico.

Dentro do quadro constitucional são admissíveis soluções diferenciadas. Pode o legislador ordinário dar prevalência absoluta ao princípio da inviolabilidade da vida humana sobre a autonomia mesmo nessas situações. São admissíveis (embora possam não ser essas as únicas opções legítimas), à luz dos princípios constitucionais, o regime de alimentação forçada de reclusos decorrente do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, assim como as teses da jurisprudência espanhola a respeito da alimentação forçada de reclusos e transfusões sanguíneas de «testemunhas de Jeová».

E, por outro lado, precisamente porque não está em causa a disponibilidade da vida humana, se pode não ser punida a omissão de um comportamento destinado à salvaguarda da vida, também não deverá ser punida uma intervenção destinada a essa salvaguarda e contrária à vontade do titular (o que não se compreenderia se estivesse em causa a disponibilidade da vida e a consequente prevalência absoluta da autonomia desse titular).

Se pode não ser sancionada criminalmente a conduta de quem não evita um suicídio, também não é sancionada a conduta de quem intervir para o evitar. O artigo 154.º, n.º 3, b), do Código Penal considera justificadas condutas que integram o tipo de crime de coacção quando as mesmas se destinam a impedir a prática de um suicídio. De acordo com Manuel da Costa Andrade⁹⁰, este preceito também será aplicável às intervenções médicas arbitrárias. Na ausência de um preceito análogo, poderia ser invocado o direito de necessidade (artigo 31.º do Código Penal) e a prevalência da inviolabilidade da vida humana sobre a autonomia, quer no caso da coacção para evitar o suicídio^{91/92/93}, quer em

⁹⁰ Ver «Comentário ao artigo 135.º», in *Comentário Conimbricense...*, cit., vol. I, pg. 93.

⁹¹ Assim, *apud* Américo Taipa de Carvalho (in «Comentário ao artigo 154.º», in *Comentário Conimbricense...*, cit., vol. I, pg. 363.), a doutrina alemã e austríaca. Este autor também considera que o regime do artigo 154.º, n.º 3, b), é expressão do princípio da indisponibilidade da vida humana.

⁹² Precisamente porque não considera a indisponibilidade da vida e considera o suicídio uma manifestação de liberdade como tal tutelada, Sergio Seminará (in *op. cit.*, pgs 132 e 133), não aceita a invocação, a este respeito, do direito de necessidade.

⁹³ Numa perspectiva civilista, pressupondo ambos a indisponibilidade da vida, Rabindranath Capelo de Sousa (in *op. cit.*, pg. 207, nota 409) considera que estamos perante uma colisão de direitos, nos termos do artigo 336.º, n.º 2, do Código Civil, entre o direito de salvar a vida, que prevalece, e o *direito a ser deixado sozinho* do

situações de intervenções médicas arbitrárias necessárias à salvaguarda da vida⁹⁴.

Por outro lado, haverá sempre que garantir a autenticidade da manifestação de vontade em que se traduz a recusa de consentimento para uma intervenção de salvaguarda da vida. Essa autenticidade não está garantida quando o suicídio resulta (como é frequente) de estados patológicos. E também é sempre possível questionar a autenticidade (e actualidade) da recusa de consentimento anterior a um estado de inconsciência. É sempre possível admitir que poderia mudar de opinião e arrepende-se, depois da última manifestação clara de vontade, o doente em estado de inconsciência subsequente a uma tentativa de suicídio, ou o recluso em greve de fome em estado de inconsciência. Nestas, e noutras situações a dúvida deve favorecer a vida (*in dubio pro vita*)^{95/96}.

suicida, e João Antunes Varela (*in Das Obrigações em Geral*, I, Almedina, Coimbra, 1991, pg. 549, nota 2) considera que se verifica uma situação de legítima defesa de terceiro titular de um direito indisponível.

⁹⁴ Assim, Ana Maria Marcos del Cano (*in op. cit.*, pg. 129, nota 13) em comentário a uma decisão de um tribunal espanhol que justificou uma transfusão de sangue numa «testemunha de Jeová».

⁹⁵ Assim, Manuel da Costa Andrade, *in Consentimento e Acordo...*, cit., pg. 459.

⁹⁶ Sergio Seminara afirma (*in op. cit.*, pg 130) que será uma «ficção quase grotesca» considerar a recusa de consentimento e, imediatamente a seguir, quando se entra em estado de inconsciência, presumir o consentimento. Mas, em meu entender, não podemos menosprezar a necessidade de, atendendo à relevância e irreversibilidade da decisão em causa, ter certezas quanto ao sentido da vontade da pessoa.