

Católica Talks

4

Direito e Personalidade

Comando e liberdade – ou da *legalização* da eutanásia aos crimes contra as pessoas, em busca dos novos desafios que os interpelam

PEDRO GARCIA MARQUES*

O que se segue traduz em forma escrita a *talk* realizada no dia 12 de Julho de 2022, integrada na série *Católica Talks 2021-2022*, do Católica Research Centre for the Future of Law, em Lisboa, subordinada ao tema indicado no título do texto.

A apresentação foi seguida de comentário do Senhor Professor Germano Marques da Silva, a quem agradeço penhoradamente a honra e o privilégio da sua disponibilidade de sempre, sinal de uma generosidade com tanto nos ensina, todos os dias. Bem-haja.

Agradeço-lhe ademais as suas sempre tão pertinentes observações, bem como o debate vivo a que as mesmas deram azo.

Agradeço ainda o gentil e sempre tão amigável convite para a participação nesta iniciativa que me foi dirigido pela Senhora Professora Doutora Elsa Vez de Sequeira, coordenadora da Secção em Lisboa do nosso Centro de investigação.

O escrito tem, por isso, a marca do tempo e identifica o momento preciso em que a intervenção ocorreu. Refere-se ele ao mês de Julho do ano passado.

Importa, por isso, dar nota que conhecemos a evolução ocorrida, entretanto, em relação a um dos temas tratados: aquele respeitante à despenalização da morte medicamente assistida.

Aquando da apresentação do texto por ocasião da mencionada *talk*, importava considerar com particular atenção o Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República, desde logo à luz do acórdão n.º 123/2021 que

* Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, <https://orcid.org/0000-0002-6212-7096>

fiscalizara, em sede preventiva e de forma abstrata, a sua constitucionalidade, a pedido do Presidente da República.

Posteriormente, em momento mais recente, novo impulso legislativo se deu nesta matéria com a aprovação pela Assembleia da República de nova proposta – o Decreto n.º 23/XV da Assembleia da República -, seguida de novo pedido de fiscalização preventiva e abstrata de constitucionalidade pelo Chefe de Estado. E, por fim, na sequência daquele pedido, novo aresto foi exarado pelo Tribunal Constitucional sobre a matéria, o acórdão n.º 5/2023.

Optamos, no que se segue, por manter praticamente inalterado o texto redigido e apresentado em Julho do ano transato, mantendo assim indelével a marca do tempo histórico que então se vivia. E assim, desde logo, porque, o essencial da análise e da argumentação aqui por nós expendida quanto à proposta parlamentar de então, persistem inalteradas, mesmo em face da nova iniciativa do Parlamento no seu Decreto n.º 23/XV. Sendo que, tão pouco, o acórdão n.º 5/2023 do Tribunal Constitucional, seja na decisão da maioria, seja nas declarações de voto expendidas, trazem algo de novo que justifique reconsiderar o sentido e a substância das objeções por nós levantadas em 2022.

Procederemos, então, a referências brevíssimas e apenas a isso, à iniciativa legislativa parlamentar consolidada no Decreto n.º 23/XV, em momentos meramente pontuais da exposição que se segue e na estrita medida em que importem novidade em relação ao que constava do texto apresentado em Julho de 2022.

I. Objeto e abordagem

O esforço que ora se enceta pouco tem de viável no formato que lhe é proposto.

Passa ele por olhar para os desafios recentes colocados aos crimes contra as pessoas, a partir da discussão recente suscitada pela genericamente denominada *legalização* da eutanásia.

A dúvida sobre a viabilidade do esforço resulta óbvia, pois que se poderá sempre perguntar o que tem que ver essa discussão com aquela respeitante a crimes tão diversos daqueles que estão em causa na discussão sobre a eutanásia, o seu tratamento jurídico-penal e sobre as dúvidas suscitadas sobre a admissibilidade do seu acolhimento jurídico-constitucional.

Sendo tão diversos os parâmetros e critérios que delimitam as fronteiras de ilicitude em cada um dos tipos arrumados no pertinente Livro

II, Título I do Código Penal, e tendo como único elemento aparentemente comum o facto de promoverem a tutela de bens jurídicos que, apesar da sua diversidade, seriam, como um todo, dotados de natureza dita pessoal, razão pautaria a quem defenda que a proposta de análise é, de facto, epistemologicamente inviável. A diversidade entre eles é tal que o facto de respeitarem a bens ditos pessoais – também tão diversos entre si – tornaria inviável qualquer abordagem transversal de todos eles, sobretudo quando se partisse da discussão particular da *legalização* da eutanásia. O que pode esta discussão ter que ver com a compreensão dos desafios que se colocam aos crimes contra as pessoas, como um todo, nomeadamente àqueles que em nada respeitam à proteção da vida humana, em face de comportamentos que, intencionalmente, visem pôr-lhe termo?

Ora, o nosso caminho é, precisamente, o de refutação de uma forma de entendimento desses crimes se compreenderem assim arrumados pela aparente mera coincidência de tutelarem bens que, apesar de muito diversos entre si, encontram como traço comum, de alcance transversal, o facto de partilharem a mesma natureza: de se tratar de bens ditos pessoais.

É certo que a compreensão que ora se refuta conta a seu favor com a capacidade de identificar nos crimes contra as pessoas elementos comuns de relevância epistémica no seio das ciências penais, capazes de explicar uma tal arrumação em termos que não a remeta para uma escolha mais ou menos arbitrária do legislador, ditada por razões de conveniência sistemática ou de mera imitação de exemplo similar em sede comparatística.

De entre esses elementos comuns, pontificaria, como traço de presença constante em todos os crimes pessoais, apesar de toda a diversidade entre si, a natureza infungível de cada um dos bens jurídicos aí protegidos. Infungibilidade essa afirmada por verdadeira necessidade civilizacional, fundada na afirmação e necessidade de acolhimento consequente do valor de dignidade a reconhecer em cada um. Despontando como contributo jusdogmático que funda as suas raízes no domínio restrito da constituição material em que o Direito – e todos os que lhe queiram dar voz – assume um papel eminentemente declarativo. Proclama o que se impõe para que normas se chamem de Direito e o próprio Estado mereça ser designado *de Direito*.

Será essa característica capaz de traçar uma linha de comunhão entre crimes ditos, por isso e com propriedade, contra as pessoas. Atravessando

cada um no seu âmago, qual fio que os trespassa e os impregna de uma ideia determinante e capaz de, por si, fornecer a *parte de leão* de um discurso legitimador exigido a cada tipo incriminador num Estado *de Direito*. Cada um destes bens é, porque pessoal, infungível.

É, no entanto, uma abordagem que aproxima e *junta* tipos de crime na perspectiva primordial, para não dizer exclusiva, do bem jurídico. Menos do que aí é protegido, pois que essa será matéria de interesse de cada tipo integrado no capítulo, mas da natureza do bem – comum a todos os bens – por esses tipos protegidos. Natureza, obviamente e como se disse, pessoal.

Não será isso pouco, pois que, como mencionado, será essa abordagem determinante para a afirmação neste campo de um Estado *de Direito*.

Não será, no entanto, se bem nos parece, esta abordagem e este prisma suficiente ainda para a afirmação neste campo de um Estado que, para além *de Direito*, seja ainda, também, *democrático* e *liberal*. E, portanto, para que, por via de cada um destes tipos, se garanta o cumprimento do que resulta imposto numa *democracia*. E, sobretudo, do que resulta imposto num Estado que, sendo *de Direito* e *democrático*, o seja também e, sobretudo, fundado em *liberdade*.

Será outra a perspectiva que, se bem nos parece, se impõe considerar como ocupando o centro do discurso legitimador comum aos crimes contra as pessoas.

Olhemos, por isso, para o objecto escolhido – os crimes contra as pessoas e os desafios atuais que se lhes dirigem –, nessa perspectiva: a da liberdade.

Fundamento, desde logo, para a natureza infungível de cada bem jurídico pessoal tutelado naquele Título, está a *liberdade*, a vontade *livre* e autodeterminada, o desenvolvimento *livre* de personalidade no momento da atuação e sempre neste como *marca de água* de uma abordagem especificamente penal.

De uma liberdade que, no que ao Direito Penal se exige, se surpreende ou infirma no momento do facto, como característica, seja de quem atua realizando o facto típico, seja do que é lesado e colocado em perigo na sua pessoa por força da atuação daquele.

Ora, precisamente aqui se ancora a proposta de abordagem – que, de forma pomposa, se poderia designar de metodológica – no sentido de partir da discussão recente sobre a *legalização* da *eutanásia* para a compreensão mais geral dos crimes contra as pessoas, sob o pano de fundo dos desafios que hoje se colocam a uns e a outros. E assim porque, assim propomos, de desafios fundados precisamente no reconhecimento

de liberdade e capazes de colocar em crise os termos em que esta e, com ela, a vontade *livre* e a autodeterminação *livre* desta, como parte do direito de *livre* autodeterminação da vontade se veem tradicionalmente compreendidos e criticados.

E propomo-lo fazer a partir da consideração da *legalização* da *eutanásia*. Pois que aí, na nossa perspectiva, importa, precisamente, questionar a liberdade ou os termos em que ela se vê topada e reconhecida.

Ora, a dúvida que se levanta quanto à presença aí de uma vontade verdadeiramente livre, em face das condições legais e do procedimento proposto pela recente proposta da Assembleia da República relativa a essa matéria, surge como ponto de partida e ensejo bastante para a consideração dos termos em que liberdade e a autodeterminação são considerados no âmbito dos crimes contra as pessoas.

Aí – na discussão da *legalização* da *eutanásia* –, o centro da atenção mergulha no que seja isso de liberdade e, sobretudo, de liberdade no momento da atuação, exigência incontornável, em razão da definitiva irreversibilidade das consequências, uma vez dada a morte a pedido da pessoa que a requer.

De uma liberdade que, aí discutida e colocada em crise, traz à superfície a dimensão problemática maior que desafia, a seu modo, tipos penais integrados entre os crimes contra as pessoas, assim como tipos justificadores relevantes neste domínio. E todos desafiados se encontram no seu fundamento legitimador, não apenas, nem principalmente, pela natureza do bem lesado ou colocado em perigo na pessoa da vítima, mas, sobretudo, pela dimensão de liberdade e autodeterminação de vontade e de livre desenvolvimento de personalidade que, nuns e noutros, está em causa reconhecer e proteger.

Partimos, então, da discussão da *legalização* da *eutanásia*, para os crimes contra as pessoas. Pois que o problema pode ser bem aquele de uma norma que, no que estabelece em forma de proibição ou em forma de autorização (consoante seja, de um lado, incriminadora ou, de outro, justificativa ou exculpante ou de desculpa), reconhece a existência de liberdade e, nesse reconhecimento, funda a razão de ser para a escolha por um de dois caminhos. Nuns casos, como o da proposta recente de *legalização* da *eutanásia*, de autorizar um comportamento, excluindo-o do âmbito de aplicação de normas incriminadoras a que o comportamento se subsume – assim, dos tipos de homicídio, nas suas diversas modalidades e do tipo e auxílio ao suicídio. Sendo, noutros, o de proibir comportamentos descritos nas normas incriminadoras integradas no elenco dos crimes

contra as pessoas, por se encontrar naquela liberdade e, por isso, na sua lesão ou colocação em perigo, fundamento bastante para a proibição.

Todos, se bem vemos, desafiados e todos nos desafiando quanto à compreensão da liberdade e do que ela exige para quem, na vontade de cada um – seja de quem atua e exige que seja autorizada a sua atuação, mas também de todos os que sofrem as consequências não consentidas da atuação de um terceiro –, encontre a afirmação de uma vontade livre, autodeterminada, afirmação mesma de um desenvolvimento, por isso, livre, de personalidade.

Dessa forma, a incursão final que faremos por crimes como o de violência doméstica e de maus tratos, pela consideração dos bens jurídicos protegidos nos crimes sexuais, todos eles atinentes a dimensões determinantes de liberdade e ainda pelos crimes de mutilação sexual feminina e de casamento forçado. Todos tomados como exemplos do que também aí é a presença indelével de um entendimento atual e novo de uma liberdade que, na forma como se vê protegida penalmente, identifica o cerne dos novos desafios que se colocam aos crimes contra as pessoas e que, como veremos, se bem nos parece, conferirá ao Direito Penal um papel de destaque na identificação de dimensões novas de autonomia e de liberdade a reconhecer pelo Direito.

Até porque, do Direito Penal se esperará, ademais, a definição do modo preciso como, em face de cada caso, se impõe, não apenas, o reconhecimento da existência de liberdade, como também a sua colocação em dúvida. Num caso como noutro, para o Direito Penal, é o caso que requer essa distinção, exigindo-a clara e precisa.

Nesse sentido desempenhará o Direito Penal um papel ancilar no desincumbimento de uma função que compete ao Direito como um todo.

Na verdade, do Direito depende a credibilidade associada a um juízo de adscrição de liberdade associada a cada ato de cada pessoa, em cada momento. Impõe-se, por isso, que esse juízo seja juridicamente válido e sustentável. Este, para lá da proclamação da liberdade como valor, terá de ser capaz de a encontrar – a liberdade – no caso. E de, aí a não encontrando, colocar em dúvida a natureza livre da vontade que aí se afirma pela voz de quem exige o seu reconhecimento.

E é precisamente a existência de liberdade e de vontade, por isso, livre, no caso concreto, que a proposta de *legalização* da eutanásia discutida entre nós traz à discussão no Direito e, em particular, no Direito Penal. A mesma liberdade que neste campo requer atenção quando se atente em cada crime contra a pessoa.

Por isso, de novo, voltamos à proposta e ao ponto de partida.

Começemos pela proposta de *legalização* da eutanásia e mergulhemos depois em alguns crimes contra as pessoas, sob a égide da liberdade como desafio. Antigo, certamente, mas, se não erramos e como poderemos demonstrar, tão antigo como novo.

II. A discussão relativa à *legalização* da eutanásia

1. O Decreto n.º 109/XV e o Decreto n.º 23/XV (quando pertinente) da Assembleia da República. Abordagem crítica

Tocaremos, por isso, na consideração do Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República e das normas dele constantes sobre a não punição da antecipação da morte medicamente assistida. Fá-lo-emos à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 123/2021 que procede à sua fiscalização preventiva de constitucionalidade, a pedido do Presidente da República.

Sendo que de tocar se trata apenas, pois que não procederemos a uma sistemática e cuidada análise de qualquer deles – Decreto e aresto –, antes apenas à partilha de considerações gerais e ao *correr da pena* que a leitura de um e de outro nos suscita.

E assim por fidelidade ao compromisso assumido em cima de tomar essa abordagem como ensejo para a consideração dos desafios que se colocam hoje aos crimes contra as pessoas. Desafios, assumimo-lo, relevantes na precisa dimensão que, assim nos parece, assoma no coração do problema jurídico suscitado por aquele Decreto, no seio da intenção legislativa aí, explicitamente, assumida: o da liberdade e dos termos em que é ou deve ser juridicamente reconhecido, em particular no contexto penal, como dimensão inextrincável de autodeterminação da vontade e do livre desenvolvimento de personalidade. No contexto embora da disposição sobre a própria vida nas situações excepcionais e de limite descritas na proposta e, de modo comum, remissíveis para casos de *eutanásia*.

Se o caminho é viável, caberá ao leitor decidir. Por ora e pela nossa parte, apenas nos cabe pedir que aquele Decreto e aquele Acórdão sejam objeto de leitura autónoma, pois que o que se segue não é, nem tem a pretensão de ser, relato descritivo, distanciado e desapaixonado. Não o é, de facto. Mas, também, não é definitivo. Pois que perguntas, não respostas, aqui trazemos.

O que de pessoal e não científico o leitor aqui encontrar relevará ou não como traço característico do que sempre marcará o contributo de todos os que querem colocar *pen to paper* o que sobre estes temas vão pensando. É ele, tantas vezes, o da urgência de um testemunho, menos que a ponderada descrição de uma opinião cientificamente fundada.

Avancemos, pois.

2. A ausência da presença legalmente afirmada da liberdade

O Decreto em causa parte de uma certeza que, por isso, se não pode, em bom rigor, qualificar de *pressuposto*. Pois que não está *pré-suposto*, antes se pretende assumir presente e, sobretudo, como presente no momento derradeiro em que é *dada a morte*. Parte o Decreto da certeza de que quem pede a morte, nas condições previstas na lei e nos termos do procedimento aí previsto, atua em liberdade. Exerce aí uma vontade livre, livre tornando a forma autodeterminação dessa vontade que, não apenas o pedido, mas do ato de morte, auto- ou heteroinfligido, representa.

Parte o legislador da certeza de que, cumpridas as condições aí previstas e o procedimento aí estipulado, a liberdade existe e que é verdade ser o pedido expressão de uma vontade livre.

De uma liberdade que, portanto, *é*, no sentido de que *existe*, em cada momento em que a vontade é afirmada e depois reafirmada, no seio do processo legalmente previsto para que se possa proceder à autorização administrativa de concessão de morte e de conseqüente não punição daqueles clínicos que participem na sua auto- ou heteroadministração, pela prática de crime de auxílio ao suicídio ou de homicídio nas suas diferentes modalidades, consoante o caso. Não será qualquer destes punidos porque o «doente» (assim denominado no Decreto, assim mantendo nós a designação) *é* livre, porque a sua vontade *é* manifestada livremente, porque *é verdade* que o *doente* atua, em cada um desses momentos, em liberdade.

Assim diz o legislador, considerando «antecipação da morte medicamente assistida não punível» como a que ocorre «por decisão da própria pessoa, maior, cuja vontade seja atual, reiterada, séria, livre e esclarecida» (art. 2º, n.º 1 do Decreto). Acrescentando depois condições e sujeitando a expressão de vontade a um procedimento administrativo de índole autorizativa que descreve e de que, de forma não sistemática é certo, não deixaremos de ir dando notícia.

E assim será necessariamente em face da definitiva irreversibilidade das consequências e da incorrigibilidade de qualquer erro que vicie o preciso fundamento em que se sustenta a decisão administrativa de autorização e a própria não punição dos participantes. A autorização e a não punição fundamenta-se na natureza livre da vontade manifestada e na existência dessa liberdade, em cada momento do processo legalmente previsto e, sobretudo, no momento imediatamente anterior ao derradeiro em que se dá cumprimento à vontade manifestada pelo *doente*. Sempre, porque se assevera ser *livre*. Por haver aí vontade livre. Liberdade, portanto.

Do ponto de vista jurídico será esse o sustento factual mínimo para que o legislador e todos os que subscrevam a sua opção, no conjunto de condições que a proposta estabelece e nos termos do procedimento aí consagrado, encontrem refletida a afirmação e o exercício, no caso e no momento – até ao momento derradeiro –, da autodeterminação de vontade que se encontra constitucionalmente assegurada, nos termos da garantia do livre desenvolvimento de personalidade, enquanto decorrência do reconhecimento, também constitucional, da dignidade da pessoa humana.

E, no entanto, a afirmação de liberdade, nas situações-limite enunciadas, todas marcadas por situação de sofrimento intolerável, a que se acrescenta, ou lesão definitiva de gravidade extrema, de acordo com o consenso médico, ou doença incurável e fatal, permitirá sempre perguntar que liberdade é essa que poderá ainda existir num contexto existencial dominado pelo sofrimento.

Que seja liberdade entendida apenas no sentido de vontade *livre de pressões*, de pouco adianta. Pois que, sempre importará perguntar em que termos o próprio sofrimento, exigido que se torna intolerável, e as próprias lesão e doença, de gravidade extrema, a primeira, e incurável e fatal, a segunda, não serão eles próprios de tomar, por definição, como *pressões*. E como *pressões* porventura insuscetíveis de permitir topar numa vontade construída nestas circunstâncias, a presença de liberdade, pois que é uma vontade por essas circunstâncias dominada e determinada, no sentido de que a vontade de que seja dada a morte apenas existe precisamente por causa dessas circunstâncias. E, levantada a dúvida de, nessas circunstâncias, se poder identificar a presença de liberdade, na mesma medida se levanta a dúvida sobre a possibilidade de presença aí de uma vontade livre. Aquela precisa vontade dita *livre* que assoma como condição *sine qua non* e razão fundamental de autorização do ato e de não punição de quem nela participe.

De todo o modo, ficará a dúvida sobre a verdade da liberdade enquanto característica da vontade em que se sustenta a decisão de autorização em dar a morte ou de antecipação medicamente assistida da morte, seguindo a designação legal.

Sendo que não poderá deixar de ser esta, insiste-se, exigência de uma lei que na verdade nessa liberdade, em cada momento do processo e no momento derradeiro em que é *dada* a morte, procura sustentar a legitimidade de uma autorização de consequências definitivas e irreversíveis e ainda de uma não punição. Uma e outra fundam-se na precisa verdade da verificação dessa liberdade em cada um desses momentos, até ao momento final.

Dúvida essa que se adensa quando, nos termos do procedimento legalmente proposto e que voltaremos a referir *infra*, se exige apenas ao médico orientador contacto pessoal com o *doente*. Nada de semelhante se impondo ao médico especialista da patologia de que o *doente* padece, podendo aquele emitir parecer favorável ao pedido de lhe dar a morte, sem com o *doente* se ter encontrado.

Dúvida que se mantém quando o legislador não exige, por regra, a participação de médico psiquiatra em cada processo. Não exigindo, ainda, nos casos em que essa participação se dê, que contacte pessoalmente com o *doente*, antes da emissão do parecer. De novo se permitindo que o seu parecer, incidente, entre outras coisas e à semelhança do do médico especialista, na existência de vontade séria e livre, além de atual, reiterada e esclarecida, seja exarado sem que se tenha encontrado com o *doente* que requer a sua morte.

A objeção mantém-se por inteiro mesmo à luz do texto proposto pela nova redação constante do Decreto n.º 23/XV¹.

¹ A objeção impõe-se mesmo perante a nova redação do Decreto n.º 23/XV, pois que, apesar desta, pela primeira vez, prever a possibilidade do requerente beneficiar de uma consulta de psicologia clínica, não terá esse psicólogo clínico qualquer participação no processo conducente à decisão sobre a autorização de morte medicamente assistida. Na verdade, a consulta em causa será marcada pelo médico orientador, caso se não verifique oposição expressa do requerente da autorização, e tem um fito preciso, sendo ele, no que respeita ao requerente, o de “garantir a compreensão plena das suas decisões, no que respeita a si próprio e àqueles que o rodeiam, mas também o esclarecimento das relações e da comunicação entre o doente e os familiares, assim como entre o doente e os profissionais de saúde que o acompanham, no sentido de minimizar a possibilidade de influências indevidas na decisão” (art. 4.º, n.º 8). Em momento algum se prevendo a avaliação pelo psicólogo clínico para efeitos de diagnóstico e despiste de doenças mentais, designadamente daquelas capazes de obstar ao exercício livre da vontade; nada se

Dúvida ainda quando, de novo, se não exige esse encontro pessoal entre qualquer dos membros da Comissão de Verificação e de Avaliação (doravante CVA) e o *doente*, mesmo quando àqueles cabe a emissão do parecer final, assim como o papel decisivo na concessão de autorização no sentido de que se lhe *dê a morte*.

Dúvida, por fim, precisamente quanto à dimensão de liberdade enquanto manifestação de vontade *livre de pressões*, quando em momento algum do processo se prevê a participação ou a prestação de testemunho, oral ou escrito, por pessoas próximas do *doente*, nomeadamente pelos seus familiares. Menos ainda se prevê o encontro pessoal de qualquer dos clínicos acima mencionados ou dos membros da CVA com qualquer

prevendo ainda quanto à sua participação no aconselhamento, proposta ou promoção de terapia psicológica, quando entenda esta impor-se; não se prevendo, em suma, qualquer participação sua neste domínio na instrução do processo autorizativo ou no aconselhamento daqueles que aí intervêm, não se contemplando sequer que por estes seja ou deva ser ouvido. De modo que, não apenas se mantém válidas todas as objeções formuladas em texto em relação a esta nova versão aprovada pelo Parlamento e sujeita a controlo de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional em 2021, como a pertinência das mesmas se veem, a nosso ver, ainda reforçadas se considerarmos novo texto proposto. E assim porque, de acordo com esta proposta, o clínico, médico psiquiatra que se pronuncia, por via de um parecer, sobre a sanidade mental e a liberdade do requerente, não se encontra legalmente obrigado a observá-lo em contexto clínico, podendo emití-lo sem sequer o ter visto. Apenas se exigindo contacto pessoal no momento em que o informa do parecer favorável já por si exarado. E, mesmo aí, importa notar, sempre acompanhado do médico orientador, não estando assegurada, nem mesmo nesse momento, a presença a sós com o doente. Privados ficando, clínico e doente, da condição mínima essencial a assegurar em toda a relação clínica fundada, por definição, na garantia de preservação da liberdade do paciente e do clínico: a garantia da confidencialidade. Já o psicólogo clínico, que observa em contexto de consulta o doente, não tem, como mencionado, qualquer participação no processo conducente à autorização sobre morte medicamente assistida, de modo que não se pronuncia no processo autorizativo, nem tão-pouco nele é ouvido, sobre a pessoa que observa, em particular sobre a sua sanidade mental e liberdade para decidir. Tudo conduzindo a um resultado particular: quem, no processo autorizativo, se pronuncia sobre a capacidade e a liberdade da pessoa que deseja morrer não tem de a ver ou de a observar antes da emissão do parecer. E quem a vê em contexto clínico não se pronuncia sobre a capacidade e a liberdade do doente, cuja existência ou falta dela teve a possibilidade de observar em contexto clínico. Que o único contacto do médico psiquiatra com o doente se dê, somente para comunicar um parecer positivo já por si exarado e, mesmo nesse momento, apenas e só na presença do médico orientador, nunca a sós e sem qualquer garantia de confidencialidade, própria de toda a relação clínica, de modo a que se preserve a sempre fundamental liberdade de um e de outro, apenas adensa a peculiaridade de todo o processo e a certeza de que pouco ou nada deve às exigências de legitimidade que, em face do que está em causa, importaria, de pleno, respaldar.

deles. Dúvida ficando, inevitavelmente, sobre a pressão, tantas vezes avassaladora, sentida pelo *doente* nas circunstâncias descritas na lei por se sentir um peso, um fardo. Para não falar da outra, de contornos possivelmente criminais, que possa por aqueles – próximos ou familiares – ser feita sobre este, no sentido de assim se sentir – um peso, um fardo – e, no sentido de, pela morte, se decidir.

Dúvida, já agora e no final, pelo tempo exíguo, limitado a um período mínimo de seis dias, para que todas as fases do procedimento sejam esgotadas. Conferente, por isso, de um período de reflexão que, em casos concretos, poderá não ser muito superior a este tempo mínimo legalmente previsto. Bastando para isso que a primeira manifestação de vontade de antecipação de morte pelo *doente* tenha ocorrido pouco tempo antes do momento em que se procede à abertura de procedimento. De modo que cabe perguntar: Será a opção do legislador capaz de proporcionar tempo suficiente para que a vontade expressa pelo *doente* beneficie de condições mínimas de suficiente maturação e reflexão para poder ter a pretensão de vir a ser considerada como livre?

Dúvida que persiste, no essencial, mesmo em face da nova redação proposta pelo Parlamento no mais recente Decreto n.º 23/XV².

E não se alegue que a declaração de inconstitucionalidade do Decreto apresentado a apreciação pelo Tribunal Constitucional seguramente se traduzirá na refeitura das normas aqui colocadas em crise, pois que nenhuma das normas aqui sujeitas a crítica foram declaradas inconstitucionais.

Sendo que, além disso, pelo exposto, da arquitetura fundamental do texto se trata aqui, nas condições substanciais e de procedimento que

² O essencial da objeção apresentada em texto mantém a sua pertinência, mesmo em face da nova redação constante do Decreto n.º 23/XV, pois que aqui, como novidade em relação à iniciativa anterior, encontramos a previsão de prazos máximos para a realização de cada uma das fases do processo. Nos termos dos quais e considerando a fase eventual de participação de médico psiquiatra, o processo autorizativo parece dever durar no máximo entre 40 e 55 dias úteis. Ora, o essencial da objeção apresentada em texto subsiste em face daquela resultante do novo Decreto porque o que neste se encontra previsto são prazos máximos para o cumprimento de cada fase processual. Prazos que, porque máximos, por definição, apenas não poderão ser ultrapassados, mas que não impedem o completar de cada fase processual respetiva nos primeiros dias em que cada prazo inicia a sua contagem. Razão pela qual não terá sido intenção do legislador, na nova redação, impedir o que, mesmo à sua luz, se torna possível, ou seja, a tomada de decisão de autorização e o ato de dar a morte num curto período de tempo que o novo texto não impede, antes permite, possa ser particularmente curto. Não muito superior, portanto, em relação ao indicado em texto.

estabelece para o reconhecimento de um direito. Ora, estas ou outras condições mais detalhadas em lei posterior não prejudicarão ou infirmarão a natureza da objeção a dirigir a qualquer diploma que se funde nos mesmos pressupostos.

3. *A afirmação da liberdade possível*

Mas dir-se-á, em réplica, que aquela liberdade de vontade é apenas a liberdade que é possível demonstrar. Algo como vontade espontaneamente exercida, de iniciativa reiterada e insistente do *doente*, de alguém consciente das consequências. De uma *liberdade* que, como indicado, nada diz sobre a sua existência no caso, em cada momento da sua afirmação, menos ainda da verdade da sua afirmação em cada um desses momentos. De uma afirmação escrita e reiterada, pelo próprio e por terceiros, se trata que, no entanto, nada diz quanto à verdade de existência de liberdade em cada um desses momentos, em particular no derradeiro e final momento da execução de vontade.

Tudo correspondendo a que se aceite afirmar, como tradução de uma vontade livre, uma decisão em que essa liberdade se não vê, nem procura ver, demonstrada.

Conclusão que, necessariamente, se estende à consideração da precisa liberdade constitucionalmente assegurada na garantia de autodeterminação de vontade assegurada como decorrência do desenvolvimento livre de personalidade, enquanto dimensão inextrincável da dignidade da pessoa que o legislador e quem o secunde pretendem invocar como fundamento daquela decisão de autorização e de conseqüente não punição dos participantes no ato de morte.

Também aí, os termos da autorização e de não punição permitiriam o reconhecimento constitucional de uma vontade livremente autodeterminada e de um livre desenvolvimento de personalidade onde tal liberdade se não demonstre ou procure sequer demonstrar em cada momento em que a vontade se vê expressa pelo *doente* e em cada parecer favorável em que, em cada fase, clínicos e membros da CVA o afirmem.

Naturalmente que, em face desta objeção, uma tréplica poderá ser, então, a justo título, promovida. A de que, por muito competente que seja o legislador não poderá ele alguma vez lograr a descrição e delimitação de condições que sejam idóneas a demonstrar ou a infirmar a existência *aí* da liberdade de que terá o *doente* que beneficiar para que

a sua vontade seja dita e comprovada, na realidade, como livre. Essa verdade e inerente demonstração estaria para além do legislativamente alcançável, situando-se, em boa verdade, para lá daquilo que é suscetível de se ver assegurado pelo Direito.

E que, portanto, quando isso se exigisse, em causa estaria uma imposição que, situada para além do que o Direito pode permitir que se demonstre, se traduziria na impossibilidade de alguma vez se poder sustentar juridicamente a possibilidade de autorização da eutanásia e de não punição daqueles que nela participem.

Regressamos deste modo ao que significa e se exige em termos de prova de ausência *de pressões*, pois que liberdade não será mais do que isto. A que se adiciona reiteração, forma escrita, pareceres de terceiros, também reiterados e sujeitos à mesma forma, produzidos nos momentos de procedimento legalmente indicados e nos termos aí rigorosamente estabelecidos.

Quando desta forma se entenda, liberdade não se demonstra. Poderá não haver *aí*. Cumpre-se uma vontade, sem que a natureza livre desta se demonstre. Afirma-se a uma vontade livre sem que se possa demonstrar a verdade dessa afirmação.

Mas, quando assim seja, confia-se no procedimento, nas suas fases, na reiteração, na forma escrita, dessa vontade pelo *doente*. E, no facto de terceiros – médico orientador, médico especialista na doença de que padece e membros da CVA – o afirmarem de forma unânime.

4. O comando e a limitação de um discurso não apofântico

A resposta, em face disto, poderá ser e certamente será para muitos: *Precisamente, por isso* se não pode admitir a *legalização* da eutanásia e a conseqüente não punição de quem participe no ato de auto- ou de heterodeterminação da morte. Surgindo como um dos argumentos possíveis a retirar do arsenal dos que se oponham à lei, desde logo quando rejeitem a admissibilidade de *legalização* da eutanásia, mediante a sua autorização administrativa e de não punição de quem nela participe, seja nas condições e por via do procedimento previsto na lei, seja, na verdade, em geral, e, para tantos, em quaisquer condições.

O argumento maior, quando sustentado na Constituição formal, será certamente fundado no alcance peremptório dos termos em que o legislador constituinte promove a proteção da vida humana – a vida humana é *inviolável*.

De todo o modo, a esse se acrescentará, decerto, a dúvida quanto à existência de liberdade ou mesmo a certeza da sua inexistência em situações-limite de sofrimento e de conseqüente desespero como aquelas inequivocamente descritas pelo legislador como fundamento da pretendida vontade de *autorização/legalização* e de não punição.

E em face disto, independentemente da posição que se adote na contenda, possível será, no entanto, retirar algo de particularmente relevante desta disputa relativa ao que pode ou não ser afirmado quanto à existência *aí* de liberdade e, portanto, de vontade livre.

Releva ela de um ponto de vista analítico e, situando-se para lá dela, encontra-se no centro do que suscita o debate. Ou seja, centra-se na norma de Direito e no que ela impõe em forma de *comando*.

E de comando se trata aqui, pois que, da autorização decorrente de um processo autorizativo resulta, como, de resto, reconhece o Tribunal Constitucional no Acórdão citado, um direito. Aquele do *doente*, cumpridas as condições da lei e os requisitos processuais, ver cumprida a sua vontade de que se lhe *dê a morte* e que seja auxiliado no cumprimento dessa decisão.

Sendo que, em simultâneo e em boa verdade, ainda se ordena que esse *doente*, titular de um direito e em razão precisamente desse título, seja tratado como *livre*, nos termos de um comando que dirá: trate-se como livre e obedeça-se à sua vontade, porque proveniente de alguém que *é* livre.

De uma norma não se trata, portanto, que tenha mero componente autorizativo ou de não punição – seja ele, como se poderá discutir, de exclusão de ilicitude penal ou de exclusão da culpa –, pois que de uma posição ativa cuida tratar e respeitar (naturalmente se lei de conteúdo próximo ao Decreto sujeito a fiscalização de constitucionalidade vier a entrar em vigor). E se trata ainda de obediência à decisão autorizativa que venha a ser proferida pela CVA no sentido de antecipação da morte medicamente assistida. Pois que existirão, entre instituições de saúde, *entidades oficiais* certificadas a quem competirá dar cumprimento àquela vontade. E a todos cabendo, se lei de conteúdo semelhante vier a entrar em vigor, respeitar esse cumprimento.

Ora, a ser assim, a contenda acima descrita deixa a claro que de um *comando* se trata e de um discurso, o jurídico, que afirma a existência do que não pode demonstrar como existente: a liberdade. Que afirma a verdade do que não pode demonstrar como o sendo. Apesar de tomar a

afirmação de existência e de verdade dessa liberdade, em cada momento do processo e, sobretudo, no momento em que é *dada a morte*, como fundamento de um direito. De um direito que, quando respeitado nos termos da vontade manifestada, terá consequências definitivas e irreversíveis. Trata-se, portanto, de um direito fundado e justificado na existência de uma liberdade cuja existência se não pode demonstrar pelo Direito.

De comando e de discurso jurídico se trata que, nesta impossibilidade se junta a outros discursos e respetivas linguagens que, com o Direito partilham um traço comum: o facto de se afirmarem e fazerem a sua aparição sob a forma de comando. Partilhando, por isso, uma característica comum adicional: impõem, fazem-no sob a forma de comando, tomando como sua uma forma de discurso que cuida de impor, de ordenar. Não cuidando, na verdade, da distinção entre o verdadeiro e o falso.

De discursos, por isso, se trata que não cuidam do verdadeiro e do falso e do que possa, por via deles, não apenas ser afirmado como verdadeiro ou como falso, mas que também, como tal – verdadeiro ou falso –, possa ser demonstrado. Não se trata nesses discursos de demonstrar em termos de verdade e de falsidade o que é objeto de comando e, por isso, por ele ordenado. Não podendo, por isso, sustentar o que afirmam em termos de verdade ou de não verdade.

Esta característica subjacente ao discurso jurídico e topada pelos apoiantes e opositores acima colocados em hipotético confronto é característica que parece ressaltar como evidente no contexto da discussão da liberdade no seio da *legalização* da eutanásia.

Mas é ela, na verdade, característica de outros mais discursos, além do Direito, que com ele partilham o facto de manifestarem sob a forma de comando.

Em causa estão discursos *não apofânticos*. Assim os designa ARISTÓTELES, no seu *Sobre a Interpretação*, neles incluindo, como melhor veremos *infra*, o Direito, a moral e a religião. Deles distinguindo os *apofânticos*, onde se integra a ciência, a matemática, a filosofia. Ou seja, os que, nota, ao contrário cuidam da distinção entre o que é verdadeiro e é falso e do que, em verdade, possa ser não apenas afirmado, como demonstrado.

E, isto dito, não cuida mais o pensador de Estagira do *não apofântico*, antes só do que à verdade concerne e da verdade cuida. Abandonado se encontrando desde então, segundo AGAMBEN, a quem regressaremos (como a ARISTÓTELES) em maior detalhe *infra*, no pensamento ocidental toda a reflexão sobre o comando, enquanto imperativo.

Impõe-se, então, em forma de desafio, a pergunta sobre o preciso comando que no Direito e na moral, assim como na religião, dita os termos de uma linguagem e de uma interpelação que deixam na sombra aquela precisa falta de demonstração que os interlocutores acima referidos na contenda suscitada pela *legalização* da eutanásia notaram: afinal, que liberdade é essa que se afirma no comando, quando liberdade alguma se pode demonstrar, *qua* liberdade existente no momento da decisão dramática e irreversível de que seja *dada a morte*?

A isto voltaremos, formando o grosso da parte III e do que nela teremos para dizer sobre esta matéria.

Mas avancemos. Desde logo, para o que será elemento de perturbação ou de exacerbamento do que naquela parte se tomará dito.

5. O processo burocrático – ou Weber contra Kafka

Aquele problema, difícil que é por definição, poderia bem autorizar-nos a uma discussão fundamentalmente teórica deixada aos termos do contributo que a lógica e a filosofia da linguagem permitissem no deslindar daquela que é a pretensão do Direito. Pois que, apesar da natureza *não apofântica* da sua forma de discurso, não deixa o Direito de ter a pretensão – na verdade, não pode deixar de ter a pretensão – de fundar o que impõe em forma de comando em afirmações que exige se sustentem em verdade e em possibilidade da sua demonstração. Apesar dessa demonstração lhe estar vedada pelos quadros estritos dos termos discursivos em que se manifesta como comando.

Mas essa discussão lógica e filosófica, assim como a possibilidade que, por via dela, se abre a um debate situado ao nível conceptual do que a lógica e a compreensão filosófica da linguagem autorizam e promovem, projeta-nos para alturas que, neste tema e para efeitos da sua compreensão, não nos é ainda autorizado.

E não é pois que mais há a ponderar naquela liberdade que o legislador se propõe afirmar como fundamento para que se dê a morte, sobretudo quando consideremos os termos processuais em que a mesma se vê reconhecida e *transformada* em direito individual.

Impõe-se, por isso, uma passagem pela análise dos termos procedimentais que conduzem àquele reconhecimento de liberdade e de direito individual. E, com isso, à confiança que o legislador deposita na *lógica*

procedimental para proceder ao reconhecimento substantivo de uma posição ativa juridicamente acionável, na forma de um direito a que seja *dada a morte*, tutelando juridicamente a mais definitiva e irreversível das decisões que alguém possa tomar.

Na verdade, da tomada em conta do procedimento e da confiança que no seu cumprimento o legislador deposita como parte determinante da decisão administrativa de autorização de morte e de não punição dos clínicos que nela participam, ressaltará, na nossa opinião e como procuraremos demonstrar, a presença dos sinais da burocratização que ao *processo* associa garantias de aparente objetividade, racionalidade, eficiência e, sobretudo, infalibilidade.

Características essas que, exasperadas das suas raízes weberianas, procedimentais tornam dimensões decisivas do fundamento para a autorização e para a não punição. Além disso, esse procedimento surgirá, tanto neste Decreto, como previsivelmente na lei que o venha a corrigir, como dimensão determinante da confiança do legislador na fiabilidade da decisão administrativa de autorização. Certo de que, no procedimento que propõe, se encontra o modo, diríamos, *infalível* de prevenção de erro da decisão administrativa de autorização de antecipação da morte. No *procedimento*, enfim, se fundará a garantia de que a Administração não erra quando autoriza a morte, nomeadamente quanto à natureza *livre* da vontade reiteradamente manifestada por escrito pelo *doente*, incorrigível que semelhante erro se tornará a partir do momento em que seja dado cumprimento àquela vontade manifestada.

Quando se fala de erro, certamente que importa prevenir aquele sobre a natureza expressa da vontade. Sobre a sua atualidade, também. Sobre o seu esclarecimento, com certeza. Tudo dimensões procedimentalmente asseguráveis e exigentes de procedimento adequado, mais do que de regras substantivas, para que erros nesses domínios se vejam prevenidos.

Mas, além disso, confia o legislador no procedimento e nas regras processuais para prevenir o erro de cumprimento de uma vontade não livre e para se certificar, portanto, da existência no caso, em todos os momentos e, sobretudo, no momento derradeiro, da sua existência.

De uma liberdade cuja existência, sabemos, o Direito não pode demonstrar. Menos ainda o procedimento que adote, assim como o seu escrupuloso cumprimento no caso.

E, uma vez encetado esse esforço de conhecimento, nos seus traços essenciais, do procedimento em que legislador tanto confia, voltaremos ao princípio. E, então, sim talvez nos autorizemos aquele nível de abstração,

conceptual, por definição, de um desafio que, trazido pela lógica e a filosofia da linguagem, desafia agora o Direito como um todo e o Estado que se diz, também, *de Direito*, perguntando-lhe pela admissibilidade de um *comando* nos termos em que no-lo impõe.

Tratar-se-á de uma abordagem necessariamente cruzada e espera-se que mutuamente inter-relacionada e, como referimos, reciprocamente enriquecida.

Mas apenas o *será* – enriquecida – quando esse nível de análise se veja enriquecido com os dados concretos do problema. Desta feita, do procedimento, que, adiantámos sem justificar, chamámos burocrático, no sentido weberiano. E exasperada expressão deste, porque mergulhado na dimensão mais dramática do espaço decisional que, de facto, cada um tem nas suas mãos – decidir sobre a sua vida –, nele faz refletir uma regulação cujo procedimento parece refletir alguns elementos fundamentais daquela burocracia. Para o bem poderia ser, mas, em face do que está em causa, arriscamos adiantar, se bem nos parece, sobretudo para o mal.

E que procedimento é esse? Que confiança é essa que nele é colocada?

Sem pretensão de sistematicidade, menos ainda de exaustividade, lembramos o que se segue.

A consideração conjunta do procedimento adotado e proposto no Decreto sob apreciação permite notar, como traço indelével que atravessa as suas diversas fases, a desnecessidade de contacto pessoal com o *doente* que requer a antecipação medicamente assistida da sua morte, com exceção do médico orientador.

Não se exige esse contacto, desde logo, em contexto clínico, ao médico especialista na patologia de que o requerente padece. Assim como na eventual, mas não necessária, nem obrigatória em todos os casos, participação de médico psiquiatra, antes da emissão do seu parecer. Menos ainda se impõe qualquer exigência de contacto pessoal similar com qualquer dos membros da CVA, seja a título individual, seja como colégio.

Antes a todos, médico orientador incluído, se exige a produção de relatórios e de pareceres escritos, decisivos se tornando, cada um deles, para a decisão final de autorização ou falta dela de *dar a morte* e de não punição do clínico ou clínicos que nela participem, em caso de deferimento.

Em todos os casos se mostrando uma evidente preferência pela produção documental escrita no procedimento administrativo autorizativo proposto.

E assim, mesmo quando se sabe que, em razão da natureza do pedido – de que se antecipe a morte – e das circunstâncias em que ocorre – em

situação limite de sofrimento intolerável, num contexto de lesão definitiva de gravidade extrema ou de doença incurável e fatal – se exigiria, nos termos das *leges artis* relevantes na prática médica, a consequente necessidade de despiste clínico de patologias, relevantes, desde logo, no domínio de saúde mental. Impondo-se, ademais, nos termos das *leges artis* em vigor, o contacto pessoal como parte de consulta clínica idónea à competente anamnese, à *adequada formulação de diagnóstico* e, quando necessário, à definição de terapêutica adequada. Tudo em função de um prognóstico cujo quadro somente pode ser definido nos termos de um conhecimento apenas possível quando assegurado um contacto pessoal, direto e, sempre que possível, presencial com o *doente* – e assim, de resto, designado e nesses termos reconhecido pelo legislador.

Burocrático mesmo aí, sobretudo escrito, se apresenta, então, o procedimento proposto pelo legislador. E burocrático mesmo quando outra seja a forma cientificamente exigida e deontologicamente propugnada de construir qualquer procedimento que exija intervenção clínica, sobretudo quando ocorra num contexto marcado não apenas pela lesão definitiva de gravidade extrema (e cuja identificação deve concitar, segundo o legislador, o consenso científico), como por doença grave e incurável. *Razões já de si mais que suficientes* para que essa intervenção se dê em obediência estrita ao que as *leges artis* imponham no caso. Sendo que, a essas, uma mais ainda, de forma inevitável assoma como fundamento último para a exigência de consulta pessoal, direta e, sempre que possível, presencial com o *doente* que pede para morrer. Justifica-se ela pelo mais profundo desespero humano que a natureza do pedido e a vontade nele expressa de forma instante. Demonstra isso à *saciedade* a necessidade desse contacto pessoal e direto e dispensa, se bem nos parece, qualquer argumentação adicional.

Além disso, a natureza burocrática e o afastamento do que clinicamente se espera e impõe que se faça é manifestada ademais na já mencionada dispensa de exigência de participação em todos os casos de médico psiquiatra. E mesmo quando ocorra, essa natureza burocrática persiste na dispensa, mais uma vez, da obrigatoriedade do contacto pessoal e direto do psiquiatra com o *doente*, para efeitos de (e, por isso, antes da) emissão do seu parecer. Aí, apenas relatório e parecer escritos, documentos, portanto, são necessários. Sem que, como indicado, entre eles tenha de necessariamente constar algum documento produzido por médico psiquiatra, visto que a participação de um ou de outro não é obrigatória.

De documentos se trata, então. Suficientes, decerto, na ótica do legislador, para despistar e, com isso, prevenir casos de possível doença mental impeditiva de gozo e do exercício de capacidade para disposição livre e esclarecida da vontade pelo *doente*, sobretudo para dela dispor no sentido de que se lhe tire a vida.

Sem participação necessária de psiquiatra ou, quando se dê, sem obrigatório contacto pessoal com o *doente*, antes da emissão do seu parecer – assim sintomaticamente designado pelo legislador –, confia o legislador que o procedimento assim pensado assegura e não erra na garantia da natureza livre e, com isso, da capacidade desse *doente* – de novo, assim o designa – de decidir sobre a disposição da sua própria vida. Para tanto confiando na natureza predominantemente escrita e não pessoal de um processo que, com exceção do médico orientador, todos os demais dispensa, clínicos incluídos, de conhecer o *doente* sobre cuja capacidade para decidir sobre a sua morte opinam.

Burocrático, no que denota de confiança na virtualidade do processo escrito de tudo garantir sem erro. O preciso erro que, quando levado o processo ao seu termo, jamais poderá ser corrigido. Burocrático, portanto, no que nesse procedimento se vê investido em confiança na sua infalibilidade.

Burocrático ainda pelo que manifesta de autossuficiência procedimental numa outra dimensão que se situa para lá da desnecessidade de conhecimento pessoal por parte de todos, com exceção do médico orientador, do *doente* – apesar de o ser e de assim o admitir o legislador. Antes que respeita à total ausência de previsão de participação dos que do *doente* estejam mais próximos, desde logo, dos familiares e ainda dos que, não o sendo, com ele partilham dimensões de intimidade que lhes trazem o benefício que se não pode reconhecer a todos aqueles a quem é concedido o poder de participação em tão definitivo, irremediável e trágica decisão – sejam clínicos, mesmo do médico orientador, sejam membros da CVA. Terão *os mais próximos*, familiares e amigos, o benefício de conhecimento do *doente*.

E, cabe perguntar, *não será elemento decisivo de todo um procedimento que culmina na possível morte de alguém* a seu pedido e que tem a pretensão de afirmar ser livre e séria a vontade dessa pessoa, o conhecimento de quem essa pessoa seja, da sua história de vida, das suas circunstâncias e das suas motivações? E quem mais que não aqueles, diríamos sem tibiezas, os que o amam, para que esse vital – vital, com certeza – conhecimento transpareça não tanto para o processo (embora,

com certeza, também), mas para aqueles outros a quem o legislador confere o designado poder de participação e de autorização?

Ora, de próximos e familiares, companheiras/os, filhas/os e demais que habitam o mundo de vida do que pede a morte não reza, no procedimento proposto, qualquer exigência de presença ou participação, seja de que forma for, nem mesmo na forma escrita, *tão da predileção do legislador*.

E nessa *ausência de presença* (perdoe-se o aparente contra-senso) dos próximos, tão mais presente se torna, em todo o procedimento, a dispensa do testemunho do que esses próximos pensem e queiram, sintam e desejem, sofram – sim, também – e, naquelas circunstâncias, desesperem ainda também. Do processo não constando o que neles ocorra, a esses, aos que ficam, se...

E assim, nessa dispensa de uma presença, desponta a presença impessoal e desumanizadora que ao processo confere, então e de forma consumada, a sua burocrática forma.

Dirão alguns que essa ausência se impõe por necessidade de tutela da liberdade e autodeterminação *individual* do *doente* apenas. E de liberdade do *doente* se trata, decerto. Mas da liberdade de *quem* no *doente*? Cabe perguntar.

Burocrático, ainda, quando se atente no modo como o processo tem o seu epílogo. Não, em boa verdade, com a morte, antes, sim, caracteristicamente com um relatório. Escrito (*et pour cause*). Terceiro e último, como os anteriores a cargo do médico orientador, que, enquanto redige, proporciona ao Direito o controlo de legalidade que ao legislador verdadeiramente importa: aquele de cumprimento escrupuloso de cada momento do procedimento, na forma visível e para memória futura de documentos, escritos, que avaliam e opinam pela mão de quem, porventura, não viu e, quase certamente, não conhece. No vazio que fica por preencher não está a pessoa que já não é e que, num processo obcecado pela regularidade formal, nunca se procurou dar a conhecer.

E tudo em passo rápido. Traço adicional e final de uma burocratização incontornável. Passo rápido e curto, pois que se exige um tempo mínimo de seis dias para que todas as fases sejam percorridas, desde que o processo é aberto. Ou seja, desde o momento em que o pedido do *doente* é formalizado. *Contados uns dias adicionais que antecedam aquele e que correspondam às primeiras exteriorizações de vontade, nada impedirá que o tempo corra* curto e célere. Permitindo que, entre as primeiras manifestações de vontade e o momento em que ocorre a morte, pouco mais que seis dias tenham passado. De modo que, em face desta opção

do legislador, impõe-se perguntar se se encontram nela garantidas condições mínimas que assegurem a possibilidade mesma de reflexão, mesmo até de reflexão madura, por parte do *doente*. Pois que nada menos é de esperar que se assegure quando em causa está uma decisão irreversível. Uma decisão que, além de irreversível, pretende o legislador, de novo, que seja expressão genuína de uma vontade e de uma vontade livre.

Passo rápido e curto, portanto, num processo que não desconfia, nem duvida da sua eficiência e que não concebe o erro.

Burocrático, portanto.

Weberiano, sem dúvida. Kafkiano, no entanto, também.

E kafkiano, pois que, considerando o pregnante contributo que a sua obra e, em particular, o seu *O Castelo* pode trazer à dilucidação do problema em mãos, pergunta-se: ao risco da pergunta de K. dirigida ao regedor – «Não mencionou há pouco um órgão de fiscalização?»³ –, quem pode negar que, também aqui, plausível se tornaria a resposta ali dada pelo regedor: «Se existem órgãos de fiscalização? Mas se só existem órgãos de fiscalização!»⁴?

E como afastar, na auto-suficiência escrita *deste* processo, o eco da proclamação ali proferida, pela boca do mesmo regedor:

«Um princípio fundamental que rege o trabalho das autoridades é: com a possibilidade de erro nem sequer se conta. Este princípio justifica-se pela primorosa organização do conjunto da máquina administrativa, e é também necessário, caso se queira atingir a maior prontidão possível nos despachos»⁵.

Fica, então, a percepção de que, aqui como ali, a confiança é a mesma. E mesma é também a *húbris* vertida, aqui como ali, na seguinte afirmação: «quem é que se pode arrogar o direito de afirmar em definitivo que se trata de um erro?»⁶. *Tão plausível se torna* ela quando olhamos para o processo que o legislador propõe.

Kafkiano, enfim, no que o *castelo*, como edifício, simboliza no romance e no que dele se pode retirar para o significado do que, pelo legislador, nos é trazido.

Conta o Autor:

³ FRANZ KAFKA, *O Castelo*, Tradução de VINGA MARTINS, Livros do Brasil, Lisboa, 1947, p. 74.

⁴ *Idem, ibidem.*

⁵ *Idem*, p. 73.

⁶ *Idem*, p. 74.

«Continuou, pois [K.]: mas como era longo o caminho! A estrada, a principal da terra, não chegava até ao monte do Castelo, ia só até perto dele; depois, como de propósito, fazia uma curva e, embora não se afastasse do Castelo, a verdade é que também não se aproximava dele. K. esperava a todo o momento e instante que a estrada se resolvesse, finalmente, a tomar a direcção do Castelo, e, se teimava em continuar era só por essa esperança: hesitava em abandonar a estrada, certamente por causa do grande cansaço que sentia (...) de repente parou, não podia mais.»⁷

Sede do poder e da autoridade, em burocracia fundada e burocraticamente exercida, próximo, na aparência, mas inalcançável, na realidade, o *castelo*, símbolo visível do processo burocrático na sua autosuficiente percepção de infalibilidade, domina sobre a vida de todos, torna-os dependentes, decide por eles e proíbe-lhes qualquer veleidade de autonomia.

E não será assim com o *nosso* processo aqui descrito?

6. *Como prosseguir?*

No deserto discursivo justificador fornecido pelo próprio comando – ou a que o comando condena a insuscetibilidade de justificação do conteúdo do que impõe –, o que fica é a consideração do destinatário da norma – e seu simultâneo autor, num mencionado contexto de democracia *nominal* – como *corpo* apenas. Agravada pelo facto de, colocados no contexto de meros executores ou colocados sob o domínio do Executivo, serão, apenas e só, destinatários da norma, vinculados, sem mais, à sua execução e obediência.

A recente crise pandémica e as políticas de preservação do corpo mostram a possibilidade dessa redução compreensiva como espaço, por isso, também de compreensão de toda uma política pública necessariamente determinada pela vontade da sua preservação – do *corpo* enquanto *corpo*.

E, com isso, ressurge a denúncia de FOUCAULT (e de AGAMBEN na sua senda), de um Estado que, na contemporaneidade, *autoriza a morte e ordena a vida*, mas que apenas concebe a *vida* (meramente) *biológica*. Por isso, o *campo* – no sentido literal de campo de concentração – como

⁷ *Idem*, p. 15.

metáfora proposta por AGAMBEN do tempo corrente surge como paradigma e ameaça pertinentes.

O problema assim colocado lança a semente da dúvida sobre todo o espaço de legitimidade de imposição penal – seja por via de incriminação ou mesmo de autorização – nos campos marcados pela controvérsia social (como seguramente o é, no campo dos crimes contra as pessoas, o da regulação da eutanásia, mas também o sendo, por ex., o da regulação do aborto ou da interrupção voluntária da gravidez).

E a dúvida *assenta arraiais* numa dimensão que se projeta para lá do espaço de discussão ideológica ou da discussão incidente sobre a influência da política sentida no Direito Penal, não encontrando a sua sede naquela que seria a discussão sistémica sob a égide do propalado risco de *contágio* do jurídico como sistema pelo político como seu ambiente. Tão-pouco, e onde interesse respeitar o nó problemático identificado, se sedia a dúvida sobre a legitimidade da imposição penal na discussão do papel do Direito Penal quando sujeito ao risco de ver a sua missão reduzida a um papel meramente *simbólico*.

Na verdade, impõe-se aquela dúvida no seu terreno próprio feito da identificação de traços que, se bem vemos a questão, partem da natureza própria do discurso jurídico *qua não aponfântico*, associada à sua manifestação enquanto comando.

Mas é, precisamente aí, qual aparente paradoxo que, no entanto, acreditamos, poderemos encontrar resposta para aquela dúvida incidente sobre a legitimidade da proibição ou da autorização penal, desde logo em domínios marcados pela controvérsia. Precisamente aí onde o Direito se afirma como comando e, precisamente, marcado como forma de discurso não apofântico; precisamente aí onde o Direito se manifesta em incontornável insuscetibilidade de pretendida afirmação de verdade; aí onde se suscita, a muito justo título, a pergunta sobre se não será ele marcado pela ausência de um discurso legitimador que do comando possa despontar e que poderá ser capaz de se traduzir num risco de se transformar o Direito Penal (o Direito, na verdade), nos seus comandos e quando considerados enquanto comandos, como matéria do que pode tornar o discurso jurídico – se não mesmo o próprio Direito – autoritário.

Se assim é, será num quadro de empobrecimento da possibilidade epistémica de justificação própria de um discurso jurídico, porque *não apofântico* e incapaz de demonstrar o que ordena em termos de correspondência com a verdade (ou falta dela) daquilo que, precisamente, deveria sustentar a razão de ser disso que se impõe ou justifica, ordena ou

autoriza, será nesse quadro, dizemos, que se impõe, então uma pergunta: se assim é, dizíamos, nesse quadro, o que fica, então, para o Direito Penal enquanto possibilidade ou pretensão de adequada e suficiente sustentação do que impõe por via precisamente de um comando?

Mas como? Ou o que fica para o Direito Penal da pretensão associada ao *tipo de garantia*, nesse espaço de afirmação civilizacional de compromisso com o respeito de cada um na sua irrefragável dignidade, quando as exigências decorrentes do *tipo de garantia* se imponham para lá da imposição de cumprimento da imposição formal de clareza e determinabilidade associadas ao princípio da tipicidade? Como pode o Direito Penal desincumbir-se da sua tarefa de justificação legitimadora do que impõe e autoriza, quando o comando, e assim todo o Direito quando no comando fundado, se afirma, no momento da sua criação, por via apenas de um comando, afirmando-se apenas e só em modo de imposição?

O que pode o Direito e, por via dele, o comando como paradigma do seu conteúdo inerentemente não apofântico afirmar em forma de justificação, quando essa justificação exija uma demonstração, uma afirmação com pretensão de verdade, para além da verdade da própria imposição?

O que fica para o Direito Penal, como paradigma desse preciso modo de se entender o Direito enquanto comando, enquanto forma de justificação que se oferece em face daquela pretensão e expectativa, verdadeiramente comunitária, quando não mais que o comando se pode afirmar como a verdade possível que o Direito pode apontar e justificar? Quando o que cria e o que, em boa verdade, pode apontar como realidade dessa criação é a imposição ou a autorização, consoante a natureza da norma penal, mas não a verdade ou falta dela dos pressupostos fácticos em que essa norma funda a razão de ser do seu sentido imperativo, assim como a severidade da sua consequência sancionatória?

Num primeiro olhar, dir-se-ia, pouco.

E, no entanto, esse pouco ou nada surge como uma resposta inaceitável num Estado de Direito, democrático e liberal. Pois que nele, proibição e correspondente restrição de liberdade, assim como autorização, com a correspondente garantia de liberdade, requestam justificação. Impondo-se que se explicita a razão de ser de cada tipo. Seja ele incriminador ou autorizativo. Tornando cada um como corporização mesma da exigência de forma concretizada de uma liberdade concretamente garantida. Cada um exigindo a assunção, num Estado de Direito democrático e liberal, de uma função de justificação legitimadora própria, assim o julgamos,

de um entendimento epistemicamente enriquecido do conceito de *tipo de garantia*, que o projeta para além da mera função de verificação lexical, ao serviço de uma hermenêutica fundada em normas de sentido e alcance claro e preciso.

Ora, quando se entenda o tipo como comando e o Direito (e, nele, o Direito Penal) como discurso não apofântico, pergunta-se o que fica, no fim de contas, de cada tipo enquanto *tipo de garantia*, pois que, assim visto, o papel atribuído ao *tipo de garantia* não supera o de uma verificação meramente lexical, exigente de clareza e determinabilidade na redação?

Não foi, porventura, esse entendimento reduzido (e, porventura, redutor) que poderá ter sustentado a decisão da maioria do Tribunal Constitucional no sentido de não violação do princípio da tipicidade penal de porções relevantes das normas relativas à *legalização* da eutanásia, constantes do Decreto em análise?

Não será esse entendimento limitado da função a atribuir ao *tipo de garantia* que subjaz à afirmação da maioria no sentido de que «a causa de exclusão de punibilidade prevista no mesmo Decreto é integrada *apenas* por *elementos descritivos* e *conceitos determinados*, o que coloca o *autor material do facto* em condições de poder motivar e dirigir a sua atuação»?

Que mais do que essa presença meramente lexical se topa desse sentido possível, sempre tão reduzido, associado a tão decisivo princípio de Direito Penal na afirmação mesma do jurídico e, com isso, do que seja o Direito?

Sobretudo quando, logo de seguida, a mesma maioria que havia afirmado estarem satisfeitas «as exigências de *determinabilidade*» penal, «conforme vêm sendo delineadas pela jurisprudência deste Tribunal», toma os mesmíssimos conceitos e respetivos elementos, nos mesmos termos em que se encontram descritos na lei, como não cumprindo o princípio da determinabilidade das leis, no domínio administrativo, enquanto corolário do princípio do Estado de Direito democrático e da reserva de lei parlamentar. E assim, por não lograr o legislador fornecer critérios «com um grau de precisão e determinabilidade tal, que viabilize na adoção de decisões fundamentadas, congruentes e sindicáveis».

De modo que, regressando à pergunta inicial, aparentemente pouco se poderia esperar do Direito Penal em capacidade epistémica de fundamentar o que proíbe e autoriza, quando se queira reivindicar para o Direito Penal um espaço discursivo que, centrado no comando, terá dificuldade em fornecer o campo discursivo que lhe permite, por si só, fornecer o

espaço de justificação e de legitimidade necessário a cada comando presente em cada tipo, em particular daquele que requesta uma justificação situada no preciso campo de demonstração de verdade a que o Direito e o seu discurso são estranhos.

Mas será, de facto, assim?

Será este o cenário, necessariamente, desolador que se nos abre quando olhamos para o Direito e, nele, para o Direito como aquele que ele é, ou seja, como comando?

Insistindo no regresso à pergunta inicialmente colocada:

O que pode o Direito e, por via dele, o comando como paradigma do seu conteúdo inerentemente não apofântico afirmar em forma de justificação, quando essa justificação exija uma demonstração, uma afirmação com pretensão de verdade, para além da verdade da própria imposição?

Dissemos, num primeiro momento, que, aparentemente, pouco.

Mas, tendo a ela regressado, possível será antes responder, por outro lado, possivelmente, muito.

Muito, quando atentemos na origem etimológica associada à palavra *comando*. Fundada como veremos no grego *archè*, partilha-a com criação, nascimento, ação e iniciativa. Comando é criação, como o é nascimento e iniciativa e ainda discurso. Em causa está, como melhor veremos, criar algo de novo, nascimento, originalidade e, com isso, autoria.

Arquein surge, então e em termos que melhor veremos *infra*, como o criador que, por isso, no ato de criação, decide e, nessa decisão, ordena que se faça.

Eis, então, sob a égide de uma origem etimológica comum, revelado o que criador, ação e comando são: sinal de nascimento, do brotar de algo novo, original, que até aí não existia no mundo. Testemunho, por isso, da presença neste mundo da sempre surpreendente novidade do nascimento.

Muito, por isso, insistimos, quando comando seja recuperado da sua origem etimológica e se associe a *criação*. E, precisamente onde a crítica acima se situou – o entendimento do Direito como comando e a limitação que daí deriva como discurso não apofântico –, precisamente aí, dizíamos, em aparente paradoxo, se encontrará, estamos em crer, o *muito* que fica para o Direito Penal poder, *pelas suas próprias forças*, àquela pergunta responder.

Mas apenas assim será quando criação e início se vejam entendidos de um modo que possa vir a revelar-se epistemicamente pregnante em

consequências. Assim tentaremos que seja, mas apenas quando em baixo voltarmos à questão.

Por ora, apenas adiantaremos que *muito* se espera do Direito Penal quando comando se vincule à sua origem etimológica de criação não apenas para a discussão da *legalização* da eutanásia, mas, partindo dela, para os crimes contra as pessoas, como expressão mesma dos desafios atuais que a todos eles, mesmo com sua forma particular, se colocam.

Todos, se bem vemos, desafiados e todos nos desafiando na compreensão da liberdade e do que ela exige para que, na vontade de cada um, de quem atua e exige que seja autorizada a sua atuação, mas também de todos os que sofrem as consequências da atuação de alguém, se veja a afirmação de uma vontade livre e autodeterminada, afirmação mesma de um desenvolvimento, por isso, livre, de personalidade.

Por essa razão, a incursão final que faremos por crimes como os de violência doméstica e de maus tratos, pela consideração dos bens jurídicos protegidos nos crimes sexuais, pelo crime de mutilação sexual feminina e de casamento forçado. Todos como exemplos do que também aí é a presença indelével de um entendimento atual e novo de uma liberdade que, na forma como se vê protegida penalmente, coloca o Direito Penal na primeira linha de discussão e esclarecimento do que, sem o seu contributo, tantos deixará à *porta da Justiça*, no preciso sentido que referiremos *infra* e que só nessa altura se tornará claro.

Prossigamos, então.

III. O Direito como discurso não apofântico

Falámos acima de discurso apofântico e não apofântico.

O ponto de partida foi precisamente aquele que encontrou na norma penal a afirmação da certeza científica de um facto. Do preciso facto que a norma e que o Direito como um todo não podem afirmar como existente.

E o problema surgiu, por isso, como aquele de uma norma que, no que estabelece em forma de proibição ou em forma de autorização (consoante seja, de um lado, incriminadora ou, de outro, justificativa ou exculpante ou de desculpa), encontra fundamento num juízo de verdade. E, nessa razão fundada, traz a norma para o mundo a afirmação de uma verdade – de um facto em forma de comando.

Fá-lo, no entanto, na forma de um discurso que se distingue daquele que se funda precisamente na possibilidade de destrinça e de discriminação entre o que é ou não verdade.

Será essa distinção devida, segundo AGAMBEN e como adiantámos acima, a ARISTÓTELES que, na sua destrinça entre *discurso apofântico* e *não apofântico*, funda a razão de ser para afirmação, por AGAMBEN, de nada menos que «duas ontologias» – assim o Autor, em 2017, «Existem, na cultura ocidental, duas ontologias, distintas mas não irrelacionadas (*distinte ma non irrelate*)»⁸.

Dessa proposta ora daremos breve notícia e assim também do *esquecimento* a que se viu votada no pensamento ocidental.

«Apesar de todo o discurso ter significado», assim ARISTÓTELES no seu *Periérmenias*, desde a Escolástica Latina conhecido também pela designação nesse idioma *De Interpretatione*, «(...) nem todo [o discurso] é apofântico. Mas apenas aquele discurso no qual é possível dizer o verdadeiro e o falso. Isso não acontece em todos os discursos. A oração, por exemplo, é um discurso, mas não é nem verdadeiro, nem falso.»⁹. E logo acrescenta, «mas não nos ocupemos destes outros discursos, pois a sua investigação pertence à retórica ou à poesia. Objeto do presente estudo será apenas o discurso apofântico»¹⁰.

Nestes termos, *discurso não apofântico*, com MATIASHVILI, «não revela, mostra ou demonstra algo que pode ser verdadeiro ou falso»¹¹. Antes, é uma «automanifestação singular, que é neutral ou indiferente à oposição binária da lógica e que pode ser colocada para lá da verdade ou falsidade proposicional»¹².

⁸ GIORGIO AGAMBEN, «Che cos'è un comando?», in GIORGIO AGAMBEN, *Creazione e anarchia. L'opera nell'età della religione capitalista*, Neri Pozza, Vicenza, 5.ª edição, 2021, pp. 91 a 112.

⁹ ARISTÓTELES, *Periérmenias*, 17a1-7, Segundo livro do *Organon*, a obra de ARISTÓTELES sobre lógica, é antecedido por *Categorias* e sucedido por *Análíticos Anteriores*, num total de seis obras. Indicamos datação indicada como possível, embora incerta quanto ao ano exato. Tradução nossa a partir da consideração das versões em italiano, inglês e português, respetivamente constantes de AGAMBEN (2017), p. 97 (sem indicação de edição, possivelmente tradução direta do Autor a partir do original em grego clássico), ARISTOTLE (1983), I, edição bilingue em grego clássico e em inglês, Tradução de H. P. COOKE e H. TREDENNICK, pp. 121, e ARISTÓTELES, *Organon* (1985), Tradução, Prefácio e Notas de PINHARANDA GOMES, p. 127 e 128. Para versão original em grego clássico, cfr., entre outros, ARISTOTLE (1983), I, neste passo, pp. 120. Parêntesis retos nossos.

¹⁰ ARISTÓTELES, *op. cit.*, *ibidem*.

¹¹ LASHA MATIASHVILI, «Non-Apophantic logos as model ontology», in *European Scientific Journal*, Special Edition, December 2016, p. 261. Tradução nossa.

¹² *Idem*, *ibidem*.

No que respeita o discurso, o *logos*, mais precisamente cunhado, em ARISTÓTELES, como de *apofântico* é a designação devida ao facto de ser capaz de manifestar se uma coisa existe ou não, sendo, portanto, necessariamente, verdadeiro ou falso. Diferentemente de outros discursos, de outros *logoi* que «não manifestam o ser ou o não ser de alguma coisa e são, portanto, indiferentes à verdade e à falsidade»¹³. Assim acontece, com AGAMBEN com a oração, o comando, a ameaça, a narração, a pergunta e a resposta¹⁴ e também, acrescenta ainda o Autor, entre outros, com a exclamação, a saudação, o conselho, a maldição e a blasfémia¹⁵.

Retomando a sua proposta, defende que a esta partição linguística corresponde a «partição do real em duas esferas correlatas, mas distintas»¹⁶.

Apesar das dúvidas que possamos ter sobre esta derivação consequencial, sigamo-la, no entanto, por ora. Propugna o Autor que «a primeira ontologia [a apofântica] define, na verdade, e governa o âmbito da filosofia e da ciência e a segunda [a não apofântica] aquele do direito e da religião e ainda», curiosamente, acrescentamos nós, «da magia»¹⁷.

Facto será, independentemente da afirmação nestes domínios de duas autónomas e diversas ontologias, que «Direito, religião e magia – que na origem não é sempre fácil de distinguir – constituem, na verdade, uma esfera na qual a linguagem é sempre imperativa (*è sempre all' imperativo*)»¹⁸.

Ora, com AGAMBEN, de novo, procede ARISTÓTELES a «uma grande cesura» que «divide (...) o campo da linguagem»¹⁹ e «deixou de parte, como um território impraticável» aquela «enorme porção» da linguagem de que nos servimos quotidianamente, a do discurso não apofântico, que não pode ser nem verdadeiro, nem falso²⁰. Como tal, conclui, «quando não era simplesmente ignorado, é abandonado à competência dos retóricos, dos eticistas (*dei moralisti*) e dos teólogos». Seguramente, com aquela

¹³ *Idem, ibidem.*

¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁶ AGAMBEN, *op. cit.*, p. 103.

¹⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁸ *Idem*, pp. 103 e 104. Cfr. aí exemplos bastos na tradição cristã e também na helénica clássica.

¹⁹ AGAMBEN, *Che cos'è un comando?*, p. 98. Tradução nossa.

²⁰ *Idem*, p. 99.

cesura, exclui ARISTÓTELES, assim o Autor, «em simultâneo uma parte significativa da competência profissional dos filósofos»²¹.

Remata, então, dando o mote para uma reflexão prenhe em consequências: «[a] decisão aristotélica de excluir o discurso não apofântico da filosofia marcou a história da lógica ocidental»²².

De modo que, na tradição filosófica ocidental, no que concerne a linguagem do comando: «nunca teve lugar uma reflexão sistemática e intencional sobre o comando»²³.

E as consequências dessa ausência não apenas, nem principalmente, se fazem sentir no campo da filosofia, antes também e sobretudo, como o próprio Autor nos diz, deixam a sua marca indelével no do Direito.

Essa forma e esse discurso são, então, deixados *à margem* dos discursos filosófico e matemático, ou seja, daqueles que se fundam precisamente na possibilidade de destrição e de discriminação entre o que é ou não verdade. Apesar de, quando falamos de Direito, *nessa forma de comando e nesse discurso jurídico*, se fundear a precisa pretensão de fundamento e de legitimidade num juízo de veracidade. Ou seja, naquele preciso juízo que, *no discurso jurídico e na forma de comando* em que se manifesta, escapa à natureza mesma das suas possibilidades epistemológicas.

O Direito, agora colocado no seu lugar de um campo discursivo que não afirma uma verdade comprovável, ao lado da religião e da Moral (e da magia, acrescenta ainda, curiosamente, AGAMBEN), impõe o que não pode demonstrar na sua veracidade. Na linguagem de comando, nada se justifica com pretensão de verdade. Antes, tudo se justifica no simples facto de se impor e pelo simples ato de vontade da sua imposição.

O autor (da norma), neste espaço discursivo carecido de demonstração em sede de verdade – de *não verdade*, podemos dizê-lo (mais do que de *não verosimilhança*) –, definir-se-á em função do ato de vontade, uma vez afirmado.

Mas, quando assim seja, a dúvida sobre a verdade ou falta dela quanto à razão da imposição ou autorização deveria impor, no espaço discursivo próprio daquele onde o comando se afirma, ou seja, de uma lógica *não apofântica*, a não tomada de posição onde o sentido do comando impo-nha a certeza que um *discurso não apofântico* não consiga sustentar na forma de certeza.

²¹ *Idem, ibidem.*

²² *Idem, p. 98.*

²³ MATIASHVILI, *op. cit.*, p. 262.

Se retomarmos o exemplo da proposta acima mencionada respeitante à *legalização* da eutanásia, onde o comando afirma a existência de uma vontade livre, onde a norma não permite afirmá-la com certeza, a ausência de instrumentos críticos próprios associados ao discurso jurídico para discutir a dúvida ou a certeza como conformes a um juízo de verdade, por se tratar de um discurso não apofântico, importaria antes a necessidade de tomada de posição, própria de um discurso apofântico, capaz de um juízo de certeza sobre o que é verdadeiro ou falso. Certeza essa, no entanto, que um comando não é capaz de fornecer.

Ora, esta compreensão das *coisas* tem consequências relevantes para o Direito, quando este se veja integrado no âmbito dos discursos *não apofânticos*.

E assim será, pois que, quanto ao *comando* e no que aqui mais de próximo nos traz no campo do Direito, quando surgia a necessidade de o mencionar, era ele «simplesmente explicado (*semplicemente spiegato*)»²⁴, como um ato de vontade e, como tal, «encerrado no âmbito do Direito e da moral (*confinato nell'ambito della giurisprudenza e della morale*)»²⁵. De modo que, observa, «um pensador certamente não convencional como Hobbes, no seu *Elements of Law*, define o comando simplesmente como *an expression of appetite and will*»²⁶.

Afirmação que, lacónica no teor e esgotada em pouco mais do que o aí afirmado, sintomática se torna, assim defende, da «ausência quase completa na tradição filosófica de uma reflexão sobre o comando»²⁷. Estamos, quando falamos de comando, em *terra incognita*. E dessa *terra incognita* é o Direito «parte essencial»²⁸.

Não escasseiam, nota o Autor, obras e investigação sobre a obediência e sobre a razão pela qual «os homens obedecem»²⁹. Mas nenhuma ou quase nenhuma encontramos sobre «o necessário pressuposto da

²⁴ *Idem*, p. 99.

²⁵ *Idem, ibidem*.

²⁶ *Idem, ibidem*. Em tradução nossa, optamos por manter no trecho traduzido de AGAMBEN a citação de HOBBS no original em inglês, mantendo-nos fiéis à opção do filósofo italiano.

²⁷ AGAMBEN, *op. cit.*, p. 95.

²⁸ *Idem*, p. 99.

²⁹ *Idem, ibidem*.

obediência, isto é, o comando e sobre razão (*su perché*) pela qual os homens comandam»³⁰.

E esta constatação mantém-se válida, assim ainda AGAMBEN, mesmo em face de um século XX, marcado pela descoberta, entre os lógicos, do interesse por aquilo a que se chamou «linguagem prescritiva», ou seja, pelo «discurso expresso no modo imperativo»³¹.

Mesmo assim, sublinha, e apesar da vastíssima bibliografia produzida nesse domínio, permanecemos em *terra incognita*, pois que, no centro do esforço desses Autores, seja no campo da lógica, seja no da filosofia da linguagem que a partir daquele se viu construída, o problema parecer ser sobretudo o de «evitar as aporias implícitas no comando, transformando o discurso no imperativo num discurso no indicativo»³². Ora, nota e nós com ele, «o meu problema» é antes precisamente aquele de «definir o imperativo como tal»³³.

Ora, é porventura possível afirmar que a particular eficácia da *ontologia do comando* pode bem ser compreendida quando se tenha em conta «o problema do performativo»³⁴, que, com J. L. AUSTIN, ganha particular pertinência ao integrar os comandos entre os performativos ou *atos de fala* (*speech acts*). E, assim, particular relevo assume a sua integração entre os já conhecidos enunciados que não descrevem um estado de coisas externo, mas antes que, através do seu proferimento, produzem «como um facto o que eles querem dizer»³⁵. Sobre isto já dissemos algo no passado, para aí remetemos para abordagem mais detalhada³⁶.

De modo que, se se considerar o crescente êxito da «categoria do performativo», não apenas entre linguistas, mas também entre filósofos e juristas, é seguro afirmar a importância da distinção entre assertivo/locutório e imperativo/ilocutório, assim como o efeito particular dessa descoberta no campo estrito da filosofia da linguagem, em sede do uso do discurso na contemporaneidade.

³⁰ *Idem, ibidem.*

³¹ *Idem*, p. 99.

³² *Idem, ibidem.*

³³ *Idem, ibidem.*

³⁴ *Idem*, p. 104.

³⁵ *Idem, ibidem.*

³⁶ Cfr., a propósito, o nosso, *O Juízo Crítico da Culpa*, Dissertação de doutoramento, Lisboa, 2016, inédito, pp. 686 e ss.

No entanto e apesar de, nesta sede, não ter cabimento que nos debruçemos sobre «este capítulo da história da lógica»³⁷, a verdade é que, apesar da atenção prestada a partir do século passado ao modo imperativo, será ela ainda determinada pela procura de a transformar em declarativa e não ainda da sua compreensão *como* imperativa. Reflexo, porventura, do que, como notado em cima, em contraste com o fenómeno da obediência, o facto é que, quando olhamos para a linguagem do comando, na tradição filosófica ocidental, nunca teve lugar «uma reflexão sistemática e intencional sobre o comando»³⁸.

De modo que, o facto da atenção contemporânea se ter centrado, com inegável êxito, no *carácter performativo* da linguagem envolvida naquilo que AGAMBEN denomina de *ontologia do comando*, a verdade é que essa atenção não permitiu ainda suprir os efeitos da ausência de reflexão, no pensamento ocidental, sobre o imperativo considerado como tal, no seu preciso carácter *não apofântico*. Sobretudo quando, como no Direito, *maxime* em contextos determinados como aquele envolvido na discussão acima descrita da legalização da eutanásia, se funde esse comando numa asserção de facto, com pretensão de verdade que, por definição, o discurso do comando não pode demonstrar.

Assim, quanto ao comando envolvido na *legalização da eutanásia*, nos termos acima vistos, tem esse comando a pretensão de se sustentar na seguinte afirmação: Aceite-se a disposição sobre a vida (auto ou heterodisposição). Participe-se na sua eliminação, pois a vontade do *doente* no sentido de sobre a sua vida dispor, cumpridas certas condições e seguido certo processo, é livre.

Esse comando é *performativo*. Isso a lógica e a filosofia de linguagem explicam. Mas o comando e a razão de ser do seu efeito têm a pretensão de se fundar em verdade: na existência de liberdade, momento em que essa vontade é afirmada. Na natureza livre da vontade. Numa vontade que é livre até ao derradeiro momento em que efetivamente se dispõe da vida do *doente*. Mais. A definitiva irreversibilidade da consequência de dar cumprimento ou de obedecer a essa vontade não autoriza outra pretensão que não a de verdade quanto à existência de liberdade em cada momento em que aquela vontade é afirmada. Mais que a certeza da vontade que se vê afirmada como um facto, é a sua afirmação dessa vontade como

³⁷ *Idem, ibidem.*

³⁸ MATIASHVILI, *op. cit.*, p. 262.

expressão de uma vontade livre que se impõe como exigência de uma pretensão de verdade. E que, em face do fim, não tolera erro: é verdade que essa vontade é livre. Assim nos *pretende* dizer o comando.

Mas aquele efeito, *performativo* por definição, ocorre sem que essa pretensão de verdade se veja fundada. Limitação decerto de um Direito e de uma sua linguagem que, *não apofântica*, nada pode demonstrar no domínio de pretensão de verdade e da sua demonstração – aqui da verdade relativa à existência de liberdade no momento em que o *doente* decide pela morte. Muito embora de uma pretensão e, por isso, de uma verdade, em que pretende fundar a legitimidade de um comando que, autorizando-a, verificadas certas condições e certo procedimento, e excluindo a punição de quem na antecipação da morte participe, ordena o reconhecimento aí de um direito do *doente* a dispor sobre a sua própria. De um direito que importa, portanto, ser por todos respeitado.

Uma linguagem que, por não ter natureza apofântica, se afasta daquela que, regressando às raízes aristotélicas da distinção, o é, por definição, ou seja, a da filosofia e da ciência.

E perde-se para a filosofia e para a ciência e para todo o discurso que não trata, não cuida, nem se detem no *não apofântico*, o processo de justificação do que no Direito se traduz apenas e só no comando e, mais precisamente, num ato. No ato de comandar que se sustenta em si mesmo pelo simples facto de existir enquanto tal. Restando apenas a forma pela qual se faz anunciar, sendo ela a da afirmação. De uma afirmação que, no que impõe, porque de comando se trata, gera, no efeito performativo que decorre dessa afirmação, o equívoco de nela encontrar uma qualquer justificação que esse comando e o seu efeito performativo fossem capazes de trazer para o que impõem. Equívoco maior quando essa justificação requeira uma pretensão de verdade: a da existência de uma vontade livre.

Deixados à afirmação como um facto, o que o Direito nos apresenta, nos termos da linguagem de que é capaz, é o relato, a história de uma vontade. Da vontade que conduziu àquele comando e que configurou os termos da sua imposição.

Por isso, e regressando a HOBBS pela mão de AGAMBEN, alerta este último para o risco de explicar o comando e, acrescentamos nós, o Direito, como um ato de vontade. Pois, numa tradição filosófica marcada pela ausência de reflexão sobre o comando encarado *qua* imperativo e porventura, precisamente por força daquela ausência, «o comando, quando é mencionado, é constantemente e obrigatoriamente explicado (*spiegato*)

como um «ato de vontade»³⁹, nisso encerrando, com AGAMBEN, o Direito e a Moral⁴⁰.

Se isso é verdade, acompanhamos, então, o Autor ao afirmar que «a partir do momento em que ninguém alguma vez logrou definir o que significa “querer”», em causa estará pretender explicar «*un obscurum per obscurius*, qualquer coisa de obscuro com alguma coisa ainda mais obscura»⁴¹.

1. O Direito como discurso não apofântico no contexto de um processo eminentemente burocratizado

Reduzidos a um mero ato de vontade e a essa dimensão, perdida para a ciência e para a filosofia e, como dissemos, para todo o discurso que não trata, não cuida e se não detém no *não apofântico* a compreensão de tudo o que não trate de comando e de tudo o que importa em forma de sua justificação, não é apenas o risco de equívoco acima mencionado que se vê corrido: o de excogitar do Direito, e dos termos do que o seu discurso – não apofântico – é capaz, a demonstração de uma verdade que lhe escapa – pois que escapa ao espaço da sua possibilidade discursiva –, na forma de uma justificação que o Direito não é e os seus cultores não são capazes de fornecer.

Outro risco, na verdade, desponta na pretensão quando atentemos, desde logo, em particular, a proposta de *legalização* de eutanásia que temos vindo a discutir. É ele o de afirmação da existência de liberdade e, com isso, de autonomia e, com ela, de um espaço de autodeterminação tutelável para decidir colocar fim à vida quando verificadas as condições que a proposta prevê e no contexto do procedimento que propõe. Risco esse que se não esgota no equívoco decorrente da impossibilidade de demonstração da existência da precisa liberdade que a lei pretende afirmar como fundamento do reconhecimento de um direito a morrer e da possibilidade mesma de naquelas condições, assim como aquele procedimento, assegurarem a existência de liberdade na decisão, em cada momento de afirmação de vontade e, sobretudo, no momento derradeiro e final que imediatamente precede o da morte.

³⁹ *Idem*, p. 107.

⁴⁰ *Idem*, *ibidem*.

⁴¹ *Idem*, *ibidem*.

Aquele outro risco respeita à natureza do processo escolhido. Burocrático, por definição, na nossa óptica e como vimos.

Dessa natureza burocrática resultam dificuldades maiores.

São essas dificuldades, desde logo, manifestadas:

a. Na ausência de resposta fornecida pelo elenco das condições descritas na lei relativa à questão de saber sobre se, nas circunstâncias limite de sofrimento descritas na lei – de uma vida que, no momento, é para quem sofre, só sofrimento –, *é sequer possível a existência de liberdade, sobretudo* quando de liberdade se trata para decidir sobre a própria vida. Possivelmente, pelas razões que veremos, será mesmo a proposta legislativa marcada pelo desinteresse pela pergunta.

E assim, como vimos, quando se dispensa a necessidade do *médico especialista contactar pessoalmente o doente, emitindo parecer escrito que, sendo favorável, o é no sentido de pôr termo à sua vida, sem que, na verdade, o tenha sequer conhecido.*

Assim também quando se dispensa a necessidade de participação de psiquiatras, sem que, portanto, em momento algum se imponha o despiste, fazendo uso dos melhores conhecimentos da ciência médica, do risco de condição mental incompatível com a capacidade de tomada de decisão sobre si.

Assim também e não necessariamente por fim, pelo período mínimo de tempo de decurso do procedimento administrativo.

Prevedo o legislador como único limite temporal mínimo o período de seis dias, daí decorrerá que, na ausência de constrangimentos procedimentais ou de outra natureza, poderá bem ser dada a morte num período de tempo que não excederá de forma significativa essa extensão temporal. Breve, para não dizer exígua, quando a quem decida sobre a sua vida se deva garantir o período de tempo suficiente e sempre necessário para prevenir, em face da natureza irreversível e, por definição, dramática da decisão, a impulsividade e a precipitação. Ou seja, aquilo que o desespero, nunca a maturada reflexão, quererá impor em rapidez de execução, apesar de e até contra toda a dúvida.

b. Na natureza burocrática e procedimental do processo que, além da dispensa de contacto pessoal entre médico especialista e o doente e da não exigência de participação necessária de psiquiatra no processo, também não encontra necessidade de exigir que a CVA e qualquer dos seus membros entrem em contacto pessoal com o doente, apesar do seu parecer favorável ser decisivo para a autorização de morte auto- ou heterodeterminada.

c. Presente na centralidade da natureza eminentemente documental do processo, exigindo-se de médico especialista, de médico psiquiatra e dos membros da Comissão a produção de relatórios e pareceres escritos. Mas a nenhum deles se exigindo qualquer contacto com o *doente*.

Natureza eminentemente documental notada ainda também na importância decisiva depositada na sucessão de três relatórios escritos, culminando num relatório final, também escrito, após a morte, por parte do médico orientador. E ainda na exigência de redução a escrito de toda a informação clínica do *doente* e da sua inclusão no seu ficheiro clínico, mas não já que todos os clínicos que a obtenham, com exceção do médico orientador, o façam por via de contacto pessoal. Permitindo-se que as conclusões clínicas a que cheguem se fundem apenas e só, também elas, nos documentos, necessariamente escritos, constantes do processo.

Preferência, por fim, por essa natureza documental do procedimento, quando se não exija que a informação constante do processo clínico seja obtida, confirmada ou infirmada e, sobretudo, sopesada, por contacto direto e pessoal com o *doente*, por parte de qualquer dos clínicos participantes, que não seja o médico orientador.

d. Dificuldade, por fim, pela confiança plena num processo de natureza eminentemente documental para prevenir uma decisão administrativa autorizativa isenta de erro. Não apenas isenta de erro quanto à expressão de vontade e quanto ao sentido dessa expressão por parte do *doente*; não apenas isenta de erro quanto ao grau de esclarecimento das alternativas, das exigências do processo e das consequências da decisão; mas, sobretudo, isenta de erro quanto à natureza livre da vontade expressa.

Para todas elas e, em particular, no que concerne a certeza quanto à liberdade de vontade, a prevenção de erro não justifica, no procedimento proposto pelo legislador, a exigência legal de contacto pessoal com o *doente* pela maioria dos participantes no processo, a começar por todos os clínicos, com exceção do médico orientador. Antes sim e apenas o conhecimento por estes (espera-se que detalhado) da documentação escrita produzida até ao momento da sua participação.

Apenas por essa via, documental e escrita, conhecendo o *doente*, dele conhecendo, como sendo dele, os requerimentos, também eles apenas na forma escrita, onde afirma e reafirma, por escrito, a vontade, escrita, de que lhe seja *dada a morte*.

Burocratização, neste ponto, presente, então, na confiança de que um processo dominado pela forma escrita encontrará nela a forma idónea de assegurar a infalibilidade possível da decisão administrativa da autorização.

Da infalibilidade, lembra-se, quanto à existência de liberdade na expressão de vontade pelo *doente* de que lhe seja dada a morte.

E assim mesmo quando, em face da definitividade das consequências e da incorrigibilidade do erro, o contacto pessoal com o *doente* e, diga-se também, com os seus mais próximos, se apresentaria como alternativa. Uma alternativa, de resto, que, quanto à intervenção de médicos, se vê imposta pelas *leges artis*. Não se antevendo em que termos a acentuação daquela forma – meramente documental e escrita –, em detrimento da relevância desta – fundada no contacto pessoal e direto –, se pudesse afigurar como mais capaz daquele risco de erro prevenir.

E assim possivelmente, por aquilo que está no centro da caracterização do processo consumadamente burocratizado: pela confiança na infalibilidade do processo quando assuma forma documental, escrita e seja promovido por técnicos formados e profissionais. Mas que, sobre o conhecimento dessa pessoa em caso algum poderá ter a pretensão de versar. Porventura porque, apenas podemos especular, tomará o conhecimento direto – por isso, entre leigos, denominado *pessoal* – com o *doente*, tomado como requerente de uma autorização, ele próprio (o conhecimento pessoal) como um erro.

De uma burocratização se trata, então, que retira da equação o erro.

Que erro?

O erro quanto à existência de liberdade no momento em que o *doente* decide a morte e decide que lhe seja dada. De uma liberdade, no entanto, que surge como fundamento de atribuição de um direito seu e, por isso, como comando dirigido a e capaz, portanto, de impor a sua execução.

De procedimento burocrático que não considera, portanto, a possibilidade de erro sobre a existência de algo cuja verdade quanto a essa existência não pode ter a pretensão de afirmar: a (existência de) liberdade, desde logo no momento em que é *dada* a morte.

Que a Administração faça essa aferição no seio de um procedimento capaz de fundar um discurso plausível em sede de direitos fundamentais e, nele, num de afirmação de liberdade e de autodeterminação no Direito, não tornará essa Administração feitora de algo – a liberdade – que, para poder ter qualquer pretensão de ser afirmada, sempre dependerá que a essa aferição algo mais, de forma crucial, se veja acrescentado.

Ora, isso que importa acrescentar apenas o poderá ser quando se afaste um procedimento confiado num retrato (nunca num conhecimento), chamemos-lhe, consumadamente *documental* da pessoa. Pois que dela ou da necessidade do conhecimento desta algo parece estar ausente, por

parte significativa das pessoas que participam na elaboração de pareceres determinantes no sentido de assegurar a morte.

Ausente se encontra o momento ou momentos em que esses poderiam ouvir – não ler – *da boca* do próprio – não de terceiros, menos ainda do médico orientador – das motivações que o levam a decidir. E ausente ainda a pergunta por aqueles que o rodeiam ou a própria pergunta sobre se saber se existem – se tem alguém. E a pergunta pelo que, em existindo, têm a dizer. Ausente ainda estando saber – possivelmente porque interessando ainda menos a um processo burocratizado – o que deles fica depois do ato de morte. Um ato que, no espaço cultural em que o legislador nacional se insere, *é dotado de* um peso emocional e de um significado cultural que os acompanhará e com que terão de lidar até ao fim dos seus dias («*Não quis ficar entre nós*»; «*não o conseguimos prender à vida*»).

Mas tudo, dir-se-á, assim terá de ser em nome da garantia da autonomia, porque está em causa a necessidade de garantir a autodeterminação individual. Do doente, apenas e só e do respeito pela sua vontade.

Ora, numa e noutra, deste modo garantidas, além do que fica dito sobre a indemonstrabilidade da existência da liberdade num discurso marcado pelo comando, e além do que fica em forma de dúvida sobre a demonstrabilidade dessa liberdade em face deste procedimento ou mesmo sobre a própria pretensão dessa efetiva demonstração, em cada caso, em cada decisão e em cada momento em que essa decisão é tomada, outra dúvida, porventura maior, fica que urge registar.

Respeita ela ao facto de, entregue aos termos procedimentais propostos, se perder para a ciência e para a filosofia a possibilidade de se afirmar um discurso que atente no que é humano e pessoal. Pois que, a ciência, assim como a filosofia e, porque não, assim também o Direito e a Moral, uns e outros, apofânticos ou não, podem ser, deverão ser, humanos ainda assim e pessoais, por definição. A todos se impondo no âmbito das suas possibilidades epistémicas um discurso capaz de captar a realidade dos termos em que cada um se vê lançado na vida fundada nos precisos traços humanos e, com isso, pessoais que a tornam vida especificamente humana. Um discurso, à falta de melhor, da emoção e dos sentidos e do desafio da relação.

Desse modo permitindo mergulhar a linguagem dos direitos e, nela, da autodeterminação *na realidade* dos termos em que cada vida é. *Qualificada*, de novo com GADAMER – de *vida qualificada*, de *Bios* – e não estritamente fisiológica – *vida nua*, como diz. De *pessoa* e não de *corpo*.

Apofântico tornando, confessemos-lo, nesta dimensão e neste espaço reflexivo que ora se vê desafiado, o discurso do Direito e, já agora, da Moral. Mas que, para assim ser, exige que se não perca de vista, desde logo, na forma do procedimento e do caminho proposto pelo legislador, a atenção ao que de particular faz esse discurso que reflete e dá corpo àquela relação e a esta existência capaz de a tornar pessoal.

Um discurso, portanto, particular que requer uma atenção não menos particular ao jurista ou ao eticista quando queira ter a pretensão de topar a presença de vontade, de vontade autodeterminada, de vontade *livremente* autodeterminada e, por via dela, de desenvolvimento e de desenvolvimento *livre* de personalidade.

Pois que, onde ocorra, despontará sempre de um espaço discursivo que, no modo como ocorre, tem a marca precisa de uma forma de relação também particular que a reveste daquilo que é especificamente humana.

No contexto do comando, não o tomar em atenção, importará, não topar a natureza particular de um *discurso de comando* que, por isso, se torna empobrecido, porque incapaz de sustentar em verdade, a realidade da liberdade em que se fundamenta para justificar esse comando. Empobrecido também porque importará que ao observador passe despercebida a natureza particular do discurso e, com isso, do *modo* de relação que, apenas quando apercebida e notada, permite identificar o *modo* como nela os participantes se reconhecem mutuamente como *pessoas*.

Se pudermos trazer em nosso auxílio um modo melhor, mesmo que heterodoxo, de descrever isso que ao jurista e ao eticista se exige em olhar particular no contexto da *ontologia de comando* de que partem e o que acontecerá quando esse olhar particular falhe ou não esteja sequer presente, voltemos a ARISTÓTELES, desta feita na sua *Poética*. E fazemo-lo explicitamente pela mão e pela lembrança de AGAMBEN, de onde retiramos o passo e, sobretudo, o sentido do trecho escolhido.

Diz o pensador de Estagira:

«Diz respeito ao pensamento tudo o que tem de ser expresso pela palavra. Faz parte disto demonstrar, refutar, despertar emoções (como compaixão, temor, cólera e outras similares) e também engrandecer ou minimizar. É evidente que também nas acções se deve partir destes mesmos princípios quando for necessário conseguir efeitos de compaixão, temor, grandiosidade ou verosimilhança. A única diferença é que estes devem ser revelados sem explicação verbal, enquanto os outros são conseguidos, através de palavras, pelo seu

emissor, e derivam dessas palavras. Qual seria, na verdade, o papel de quem fala, se o efeito pretendido já fosse evidente mesmo sem as palavras? Do que respeita à elocução, um aspeto a considerar são as variantes da entoação, mas conhecê-las é próprio do ator e de quem é especialista neste assunto, como, por exemplo, o que é uma ordem, uma súplica, uma narração, uma ameaça, uma pergunta, uma resposta e outras coisas semelhantes. O conhecimento ou desconhecimento destas coisas não é motivo para que se faça uma séria censura à arte do poeta. Realmente, quem consideraria erro o que Protágoras censura a Homero, a saber, que, pensando fazer um a prece, dá uma ordem ao dizer «canta, ó deusa, a cólera»? É que mandar fazer ou não alguma coisa, diz ele, é uma ordem.

Considere-se, pois, ser este estudo próprio de outra arte que não da arte poética.»⁴²

De *pensamento* se trata. Assim como da sua dependência no modo de ser humano que torna o reconhecimento de cada um como pessoa possível. De um *pensamento* que, no espaço de um comando, essencial se torna à *consideração de uma liberdade que não existe no facto da sua proclamação, uma vez cumpridas as condições* e o procedimento abstratamente estabelecidos pelo legislador. De um *pensamento* que mergulha na experiência concreta de cada indivíduo, no modo como orienta o olhar para o particular. E que, por isso, notará, no comando em que essa afirmação se transforma em exigência de respeito de um direito a morrer, a decorrência de uma vontade do legislador, não mais. E, por isso, não tanto, nem necessariamente da existência de liberdade que, por via daquela asserção, se vê legalmente afirmada em cada caso em que as condições e o procedimento que estabelece se veem, respetivamente, respeitadas e cumprido.

Por força disso, onde falhe esse *pensamento*, a *poetas* – partindo do modo desfavorável como a poesia era vista na Antiguidade, em particular na filosofia, a que ARISTÓTELES dá voz – em cujas mãos liberdade, não apenas é, como *existe* nos termos de um exercício de verificação de condições e de procedimento legais, caberá fazer coincidir a sua afirmação/

⁴² ARISTÓTELES, *Poética*, Prefácio de Maria Helena da Rocha Pereira, Tradução e notas de Ana Maria Valente, 3.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2008, 1456b, pp. 1-19.

/asserção com um comando. Para *poetas*, é livre, a pessoa e a decisão que toma e tem direito a que se lhe dê a morte e se respeite esse direito.

Ao *poeta* escapa, então, o *pensamento* no modo como humanamente se expressa, por palavras ou sem elas, e no modo como, nesse modo particular, se vê intersubjetivamente compreendido. Ao *poeta* escapa a liberdade e a sua afirmação em cada caso para lá do exercício de verificação de condições e de processo legalmente estabelecidos.

Ao *poeta* escapando a consideração da liberdade – e da vontade livre e da sua autodeterminação e do desenvolvimento livre de personalidade – como asserção tornada em comando legalmente afirmado.

À *arte* do *poeta*, que pode bem transformar-se na do jurista, no seu esforço de aferição de liberdade, escapa a vontade livre, a autodeterminação de vontade e de livre desenvolvimento de personalidade, em face do particular, em face *daquela* pessoa.

A razão maior dessa falha funda-se, se bem cremos, na burocratização mencionada.

E assim por aquilo que está no centro da caracterização do processo burocrático: pela confiança na infalibilidade do processo documental, escrito, promovido por técnicos formados e profissionais no conhecimento do processo, não já da pessoa que o tem como nome, dispensando-o. Mas que, sobre o conhecimento dessa pessoa em caso algum poderá ter a pretensão de versar. Porventura porque tomará o conhecimento direto – por isso, entre leigos, denominado *peçoal* – como um erro.

Que Homero não saiba...

IV. O comando como *archè*, nascimento (criação)

Quando assim seja, ao Direito e aos seus cultores fica o risco do equívoco mencionado: o de excogitar do Direito e dos termos do que o seu discurso – não apofântico – é capaz, a demonstração de uma verdade que lhe escapa – pois que escapa ao espaço da sua possibilidade discursiva –, na forma de uma justificação que o Direito não é e os seus cultores não são capazes de fornecer.

E regressamos às perguntas iniciais: O que podem o Direito e, por via dele, o comando como paradigma do seu conteúdo inerentemente não apofântico afirmar em forma de justificação quando para ela se exija uma demonstração, uma afirmação com pretensão de verdade, para além da verdade da própria imposição? O que fica para o Direito Penal, como paradigma desse preciso modo de se entender o Direito enquanto

comando, enquanto forma de justificação que se oferece em face daquela pretensão e expectativa, verdadeiramente comunitária, quando não mais que o comando se pode afirmar como a verdade possível que o Direito pode apontar e justificar? Quando o que cria e o que, em boa verdade, pode apontar como realidade dessa criação é a imposição ou a autorização, consoante a natureza da norma penal, mas não a verdade ou falta dela dos pressupostos fácticos e da conclusão que, neles fundados, fundarão em necessidade aquela norma, o seu sentido (proibitivo ou autorizador) e, no caso de incriminação, a severidade da sua consequência?

Entre o *pouco* e o *muito*, propusemos que *muito* seria, antes, de esperar do Direito Penal.

E assim, dissemos, sem justificar, quando ao comando se associe a criação mas precisamente aí, muito fica para o Direito Penal. Mas apenas aí, acrescentámos quando criação e início se vejam entendidos de outro modo.

Avancemos, então, agora, nesta ideia.

Nascimento e criação assomam como origem comum do termo que designa o termo comando.

E assim pois que, *comando* tem, na sua origem etimológica grega originária, a palavra *archè*. Termo grego dotado de um duplo significado. Valendo tanto para «“origem, princípio”», como para «“comando, ordem”»⁴³.

Poderemos, porventura, aí encontrar a resposta possível – ou o início da resposta possível – à pergunta que aqui nos traz como ponto incontornável do percurso a que nos propusemos: onde colocar o proveito do contributo de uma *ontologia do comando* para um discurso que, não apofântico, assume ainda assim a pretensão de fundar o que ordena em fundamento suficiente de legitimidade?

De aparente aporia e contradição se trata aparentemente aqui topada a «arqueologia do comando»⁴⁴, como nota AGAMBEN e que temos seguido tão de perto e em detalhe. Afinal comando/ordem, origem/princípio têm a mesma origem. Derivam do mesmo étimo. Fundam-se uns e outros na ideia mesma de natalidade, de nascimento original, de presença de um sinal de autoria. E assim de modo supreendente, pois, entre ordem/

⁴³ AGAMBEN, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁴ *Idem*, p. 91.

/comando e origem/princípio se parecia impor a distância de significados opostos, polos também opostos da experiência humana situada entre a obediência – ordem/comando – e a liberdade – origem/princípio.

E, no entanto, da aparente oposição brota o que ela, na sua aparência, parecia encobrir: o traço comum de uns e outros, presente no mesmo étimo de que todos provêm e que a todos confere o mesmo sinal significante fundamental. Todos são, afinal, afirmação no mundo da natalidade, da novidade e da autoria.

É essa surpresa resultante de uma contradição aparente, própria, de novo com AGAMBEN, não de uma «homonímia», mas, «em vez disso, de uma polissemia» que, por via de um étimo comum, permite a aproximação de «significados, pelo menos na aparência, muito distantes entre si»⁴⁵. Mas, diz, essa contradição e surpresa é necessária em línguas e em culturas que, apenas no «duplo movimento de reunificação e disseminação semântica», permitem, por via de um «gesto contraditório»⁴⁶, que as palavras revelem o seu verdadeiro significado e, assim também, afirmem o seu alcance – cultural, certamente – de sentido.

Afirmção de sentido que, na parte que nos interessa, corresponde a um facto «certamente não casual»⁴⁷. Será ele, com o Autor, de que «a nossa cultura, a *arché*, a origem, é sempre já também o comando, o início é sempre já antes o princípio que governa e comanda»⁴⁸.

No *nascimento*, na *criação* que se confunde com *comando*, permite-se possivelmente afirmar que, na «nossa cultura», dessa «homonímia estrutural» deriva «o prestígio da origem»⁴⁹. E nela, um passo em frente, que parte desse nascimento e dessa criação, se atribui, se bem pensamos nós, o preciso cunho que à *ontologia do comando* pode trazer a precisa legitimidade que resulta, em simultâneo, questionada e requestada. Será ele fundado na ideia de que:

«a origem é aquilo que comanda e governa não apenas o nascimento, mas também o crescimento, o desenvolvimento, a circulação e a transmissão – numa palavra: a história – daquilo a que deu origem»⁵⁰.

De modo que, insiste GADAMER, quer se trate de um ser, de uma ideia, de um saber ou de uma prática, em qualquer caso «o início não

⁴⁵ *Idem*, pp. 91 e 92.

⁴⁶ *Idem*, p. 92.

⁴⁷ *Idem*, p. 93.

⁴⁸ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁵⁰ *Idem*, *ibidem*.

é uma simples estreia (*esordio*)», antes o início «não cessa jamais de iniciar, isto é, de comandar e de governar o que criou/colocou no lugar (*ha posto in essere*)»⁵¹.

Comando e iniciativa, ordem e ação partilham, então, a mesma origem etimológica. É ele, como mencionei noutra escrito a que ora recorro citando⁵², «*archein*, começar, ser primeiro – num sentido originário que sofre uma progressiva *descharacterização*, no sentido de um muito outro, o de governar, do qual desaparecerá por completo aquele de começo, de criação –, imprimir movimento a (o latino *agere*)»⁵³.

Archein como o início não apenas do comando/ordem, mas também «de alguém que é, ele próprio, o iniciador». E de um início/*arché* que não é apenas o do comando e de cada ato de cada indivíduo, mas que o é também – o início, a criação – de uma comunidade.

De novo regressando ao que já no passado referira⁵⁴, no relato de PLUTARCO sobre a fundação de Roma:

«Uma vala foi escavada num círculo à volta do que é agora o *Comitium* e para dentro dela foram lançados os primeiros frutos de todas as coisas que eram honradas e necessárias aos homens. Finalmente, cada homem trouxe um pouco de terra da terra de que proveio e lançou-a para uma pilha e misturaram tudo. Chamam esta vala pelo mesmo nome que dão aos céus, *Mundus*.»⁵⁵

E foi fundada a *Polis*: «Depois, quando a cidade [*polis*] foi, então, fundada, eles tornaram-na um santuário a pessoas em perigo para aí buscarem refúgio, dizendo que pertencia ao deus *Asylus*; e receberam nele todo o tipo de pessoas, não entregando escravos aos seus donos, devedores aos seus credores ou assassinos aos seus juizes, mas dizendo que, de acordo com um oráculo pítio, o santuário era livre para todos;

⁵¹ *Idem, ibidem.*

⁵² Assim, nestes precisos termos, *apud o nosso*, «Nem Sempre Nomes – ou o Nomear como Transgressão Constitutiva do Direito», in José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz Sequeira e Pedro Garcia Marques (coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, IV, UCE, Lisboa, junho 2020, pp. 2473 a 2529, neste ponto, pp. 2507 e ss. e 2514 e ss.

Ainda sobre este ponto, cfr., ainda a propósito, o nosso, *O Juízo Crítico da Culpa*, *cit.*, 2017, pp. 311 e segs., pp. 415 e segs., pp. 521 e ss. e pp. 538 e ss.

⁵³ *Apud o nosso* «Nem Sempre Nomes», *cit.*, p. 2507.

⁵⁴ Assim já aludido no nosso «Nem Sempre Nomes», *cit.*, desta feita, p. 2507.

⁵⁵ PLUTARCO, *Plutarch's Lives*, tradução do grego para inglês designada DRYDEN'S corrigida e revista por A. H. CLOUGH, volume 2, Boston Little Brown & Co., Boston, 1875, XI.

de tal modo que a cidade [*polis*] cedo ficou cheia de homens, pois eles dizem que, no começo, continha nada menos do que mil terras.»⁵⁶

E temos, então, a ação enquanto *initium*.

Todo o início, como também antes dissemos⁵⁷, toda a origem traz com ela o cunho da imprevisibilidade. E assim porque o homem «é único», pois que, com cada nascimento, «algo unicamente novo vem ao mundo»⁵⁸. De tal modo que – e regressando agora com pleno sentido a AGOSTINHO –, «em relação a este alguém que é único, pode ser dito, com plena verdade, que ninguém alguma vez aí estava antes»⁵⁹.

Pelo que «se a ação, como início, corresponde ao facto do nascimento, se é a actualização da condição humana da natalidade, então a fala/o discurso (*speech*) corresponde ao facto da distinção (*distinctness*) e é a actualização (*the actualization*) da condição humana da pluralidade, *i. e.*, de viver com ser distinto e único entre iguais»⁶⁰.

Assim, apesar de problemático, no preciso caminho da contradição e, com isso, da aporia encontrada na fundação daquela origem semântica, um outro sentido se encerra na afirmação de que «não existe um *archè* para o comando, porque o comando, ele próprio, é uma *archè*, é a origem ou, pelo menos, esta/existe (è) no lugar da origem»⁶¹.

Na verdade, assim, criação, criador e vontade unir-se-ão e formarão o eixo discursivo que dispensa mais justificações.

V. O relevo do que resulta exposto para os desafios atuais colocados aos crimes contra as pessoas

E assim a liberdade, como comando/início que o Direito pode e tem de assegurar em dimensões de realização existencial que assomam como

⁵⁶ *Idem, ibidem*, IX.

⁵⁷ *Apud* o nosso «Nem Sempre Nomes», *cit.*, p. 2508, citando HANNAH ARENDT, *The Human Condition*, Introdução de Margaret Canovan, 2.^a edição do original de 1958, University of Chicago Press, Chicago, 1998, p. 178 (disponível em português sob o título *A Condição Humana*, Tradução de Roberto Raposo, Coleção Antropos, Relógio d'Água, Lisboa, 2001).

⁵⁸ Citado por ARENDT, *idem, ibidem*.

⁵⁹ ARENDT, *op. cit.*, *ibidem*.

⁶⁰ *Idem, ibidem*.

⁶¹ GADAMER, *op. cit.*, p. 95.

realidades *novas* ou de percepção recente, como espaços de afirmação individual de autonomia essenciais ao cumprimento de mandato constitucional de livre desenvolvimento de personalidade, surge como *parte de leão* dos desafios novos dirigidos aos crimes contra pessoas.

Dimensões de realização carecidas de tutela e de promoção também por via da mobilização dos instrumentos penais disponíveis num Estado de Direito, democrático, que funda as suas raízes naquela precisa dimensão de reconhecimento de liberdade como garantia de *iniciativa/ação/nascimento/criação* que, com *comando* e, com isso, com *norma penal*, incriminadora, justificativa ou exculpante, partilha a mesmíssima origem etimológica fundada em *arquê*.

Assim, é precisamente essa dimensão de liberdade e de garantia de autodeterminação existencial que presidiu à criação dos tipos de violência doméstica e de maus-tratos, nos arts.^{os} 152.º e 152.º-A do CP, paradigmáticos que se tornam da compreensão pelo legislador de que em causa estará, como desafio a um dever de tutela do Estado a prosseguir criminalmente, a repressão de comportamentos que se não compreendem, nem se veem censurados por via de atos singulares e isolados, mesmo quando reiterados, lesivos de bens jurídicos pessoais, mas antes por se compreenderem em razão de uma vontade de *domínio existencial* da vítima pelo agente.

De um agente que se faz valer desses atos individuais, os quais praticará uma ou mais vezes, para se impor sobre a existência inteira de vítima(s), de forma não apenas duradoura, mas permanente. Numa forma de *domínio existencial* que se mantém enquanto forma de agressão, mesmo nos momentos em que se não esteja a traduzir em atos concretos de lesão de bens pessoais ou de sua colocação em perigo.

Por isso, a opção pela natureza pública associada a estes tipos, assim como pela não exigência de reiteração associada a atos concretos de lesão ou perigo, de entre os descritos.

Nem uma nem outra se associam apenas a pretensão de maior eficácia de perseguição criminal, seja pela oficiosidade na ação penal que a natureza pública autoriza, seja pela menor exigência em sede probatória, pois que a condenação não ficará dependente da demonstração plena e circunstanciada de cada ato individual de agressão. Antes sim, pela eleição de um bem jurídico, novo e complexo, que mergulha as suas raízes naquela compreensão de liberdade, que na ação e no comando, enquanto *arquê*, encontra a mesma raiz.

Em causa está a garantia da iniciativa, da originalidade, da diferença, como traço de uma vida que a todos é garantida como fruto das suas escolhas e do destino que para si elejam. Como fruto, por isso, da sua criação, enquanto forma vivida de uma existência que assegura a cada um o lugar de autoria.

Por isso, o *domínio existencial* como dimensão de censura particular associada a estes tipos e assim a natureza pública destes, bem como a não exigência de reiteração. E assim também a possibilidade de se considerar estar aí em causa o repelir de uma agressão atual, para efeitos de preenchimento do respetivo pressuposto da legítima defesa (que não ainda, no entanto e não sendo de mais sublinhá-lo, dos seus requisitos para efeitos de exclusão de ilicitude), nos casos de ato de afastamento de agressão por vítima de violência doméstica, mesmo que, no momento da sua atuação, não se encontre o agente a executar ou prestes a infligir maus tratos físicos ou psicológicos descritos pelo legislador ou não se encontre a impedir ou prestes a impedir o acesso ou a fruição aos recursos na lei mencionados. A tudo isto me referi, em tempos, de forma mais detalhada e para aí remeto mais considerações sobre o assunto⁶².

Mais. A mesma ideia de liberdade, enquanto dimensão de autoria original, capaz de ação e de iniciativa e, com isso, de afirmação em diferença de uma vida que, por isso, se não vê pelo Direito concebida como meramente fisiológica – *vida nua* com AGAMBEN –, mas como afirmação de autonomia e autodeterminação plenamente livre de vontade está na base de novos tipos e ainda reconsideração do bem ou bens jurídicos que outros tipos já existentes se propõem tutelar.

Assim na compreensão de crimes sexuais previstos na Secção II, do Título I do Código Penal. Tornados, recentemente apenas, como contra a liberdade e autodeterminação sexual, não já contra ou não apenas contra o corpo – apenas, de novo, sublinhamos – da vítima, menos ainda contra o pudor, deixando, por isso, de se ver remetidos para um campo de tutela fundado na defesa de valores coletivos.

De novo aí a rejeição da compreensão de cada um como mero *corpo* e da sua vida como mera sobrevivência fisiológica. Não. Isso que se bastaria com a consideração da vida numa dimensão biológica que em nada de relevante se destacaria da vida animal – a agambeniana *vida nua*, referida acima, entendida como *zoon* – e justificaria, de pleno, a

⁶² Assim, o nosso, «Ora, Trabalha, Sofre e Cala... ou Não», in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, II, UCE, Lisboa, 2013, pp. 319 a 373.

felizmente ultrapassada consideração da maior parte destes tipos como *crimes de mão própria*, não alcança o que o legislador compreendeu como estando encerrado na censurabilidade específica associada aos crimes sexuais.

Contra a liberdade o são. De uma dimensão de autonomia existencial que se escreve pela mão do seu autor, na forma de decisões sobre a sua existência que apenas a si lhe cabem e que mobilizam todo o seu ser, no seu corpo e, no que nele se reflete, do seu espírito criador. E criador que o é, porque fundador de uma nova vida, original e na sua raiz, por esse motivo, radicalmente distinta das demais. Por isso, crimes contra a dimensão de liberdade que, no domínio da vivência sexual de cada um, aí reflete essa autodeterminação emancipada e livre de interferência não só da vontade, mas *pessoa* que, para o ser, exige de todos os outros o respeito e consideração necessários ao seu livre desenvolvimento.

Por isso, as consequências imediatas, entre outras tantas, do afastamento da consideração de muitos daqueles como *crimes de mão própria* e da incorreta interpretação no sentido de que aqui está em causa um atentado contra o corpo da vítima que apenas pelo corpo do agente se pode infligir. Não assim. O que fica dito acima mostra como assim não pode ser.

E com isso, também, as possibilidades novas que nesse domínio se abrem, e por aquela razão, à admissibilidade de formas de participação que correspondentes aos aos modos diversos e não menos lesivos de formas interferência não necessariamente físicas na liberdade e autodeterminação sexual, enquanto manifestação da forma mais vasta de autodeterminação e livre desenvolvimento de personalidade constitucionalmente garantidos.

Não diferentemente quanto à introdução do tipo de mutilação genital feminina no Código Penal, nos termos do art. 144.º-A, em 2008. E da sua consagração não como forma grave de ofensa à integridade física – sendo que, na verdade, poderia corresponder, antes desta alteração, a uma forma grave deste ilícito –, mas como tipo autónomo.

Sinal claro da importância simbólica de uma distinção que remete, decerto, para os termos particulares, únicos, na verdade, em que a proteção integridade pessoal se vê aqui tutelada. Porque de integridade pessoal se trata, nos termos não apenas do que aí se joga de proteção contra a interferência na integridade física e também psíquica, pelos efeitos traumáticos do tipo de amputações genitais descritos no tipo. Mas, mais do que isso, pois que, se mais não houvesse a considerar, dificilmente se

comprenderia aquela autonomização face à ofensa à integridade física grave, desde logo quando para ela se prevê a mesma penalidade.

Esse mais, traço simbólico do que aí está em causa, joga-se precisamente, e de novo, naquela dimensão de ação, iniciativa, novidade, criação que comando e originalidade como fundamento da liberdade etimologicamente partilham. Trata-se aqui de tutela dessa autonomia criadora, dessa garantia de emancipação na vida presente e futura, feita pelas mãos de quem se constrói por via das suas próprias escolhas, para além de e mais além da tutela da integridade física e pessoal. E por a integridade *pessoal* sobretudo de meninas que em fase precoce da vida se devem ver protegidas do que em ato, na amputação que se lhes impõe, as condena a um enclausuramento cultural que visa afastá-las da possibilidade mesma de sobre si, a partir desse momento e sobretudo na vida adulta, poderem dispor.

Símbolo de uma afirmação que, nisso que aí desponta de afirmação de liberdade e emancipação individual, é, por definição, cosmopolita e, portanto, universal no seu alcance e no seu alcance de sempre. E de sempre no sentido de em todo o tempo ou, pelo menos, em todo o tempo feito de humanidade. E assim a resposta ao que se alegue em forma de procura de exculpação ou de isenção pessoal de pena a favor do agente por convicção culturalmente motivado. Pois que, nenhuma cultura, assim designada na sua raiz, ou seja, enquanto *cultivo*, como fonte do que de humano brota em cada gesto que nos define como tal, questiona, quando seja *cultura/cultivo*, o que de universal marca a compreensão mesma do que à existência humana empresta a marca indelével de dignidade.

E não caberá dizer *coisa* substancialmente similar em relação à criação no mesmo ano e por via do mesmo diploma do crime de casamento forçado, constante do art. 154.º-B do Código Penal?

É essa criação, autoria, originalidade, a possibilidade mesma de nascimento de algo de novo que brota do simples facto de cada um nascer e estar aí e aí se realizar que ao Direito cabe proteger nos crimes contra as pessoas, abarcando nele o ponto de síntese do que em todos os tipos importa tutelar e proteger.

De liberdade falamos e, sim, de vontade livre.

De um livre desenvolvimento de personalidade que, mais do que em autonomia, em verdadeira emancipação se vê compreendida como horizonte do que ao Direito Penal importa assegurar na parte que lhe toca da construção, pelo Direito, de um Estado que, no quotidiano e

na existência de cada um e em cada momento particular, se afirma *de Direito* e democrático e fundado em *liberdade*.

Onde o Direito Penal tope dimensões de vulnerabilidade que a cada um, em momentos particulares da sua vida e em dimensões únicas da sua existência, impeçam a possibilidade de realização pessoal numa vida que seja sua e, por isso, juridicamente garantida como estando nas suas mãos, nelas se moldando na forma em que cada um melhor se reveja, onde isso tope, dizíamos, cumprirá o Direito Penal o que se lhe impõe de reconhecimento em cada um, em cada fase da sua vida, desde a sua concepção à sua morte, uma vida que é sua e, nesse sentido, *qualificada*.

Para encerrar. Não encerrando, na verdade.

Falámos de KAFKA e dele conhecemos *a* história:

«Em frente da Lei está um porteiro; um homem que vem do campo acerca-se dele e pede-lhe que o deixe entrar na Lei. O porteiro, porém, responde que nesse momento não pode deixá-lo entrar.»⁶³

À porta da lei fica, então, o camponês à espera. E, entre o muito que faz, para convencer o porteiro a deixá-lo entrar, pensa para consigo que a «Lei devia ser sempre acessível a toda a gente». E espera. Décadas. Até ao momento em que, já velho e, agonizante, espera a morte iminente e pergunta ao porteiro: «Se todos aspiram a conhecer a Lei, (...) como se explica que durante estes anos todos ninguém, a não ser eu, pedisse para entrar?» O porteiro reconhece que o homem já está perto do fim e, para alcançar o seu ouvido moribundo, berra: «Aqui, ninguém, a não ser tu, podia entrar, pois esta entrada era apenas destinada a ti. Agora vou-me embora e fecho.»⁶⁴

Por tantas matérias nos cruzamos no Direito, sobre tantos temas nos debruçamos, mas por tudo com que nos cruzamos, poucas vezes, como nos crimes contra as pessoas, ressoa de modo tão intenso o sentido (fugidio) desta história.

Pois em todos esses *crimes* se contam histórias de quem chega e se coloca à porta e espera e espera.

⁶³ FRANZ KAFKA, *O Processo*, Tradução de GERVÁSIO ÁLVARO, Livros do Brasil, Lisboa, 1968, p. 222.

⁶⁴ *Idem, ibidem*,

E espera de cada um de nós, aqui hoje e onde estejamos amanhã, por que finalmente lhes franqueemos a *porta*. Aquela porta por onde «ninguém, a não ser tu, podia entrar, pois esta entrada era apenas destinada a ti». A porta, na verdade, não tanto *da Lei*, mas *a porta da Justiça*.

Assim seja.