

SEPARATA

RPDC N.º 2 (2022)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



Eutanásia: Entre a Proteção da Vida e a Autonomia!

Jorge Pereira da Silva

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa
jsilva@ucp.pt*

I. Um processo legislativo sinuoso

1. Desde sempre que a matéria de eutanásia é objeto de forte controvérsia política e de um intenso debate jurídico.

Não obstante, considerando a transcendente relevância da questão – que nos toca a todos enquanto pessoas e, sobretudo, enquanto seres mortais – seria de esperar dos diferentes atores políticos, por um lado, um interesse genuíno num debate público aberto e, por outro lado, que revelassem algum espírito de compromisso.

Em tempos em que são já evidentes os danos que o radicalismo causa ao sistema democrático, a circunstância de as diferenças de opinião cruzarem as linhas partidárias (e de muitos protagonistas confessarem as suas dúvidas sobre o assunto) poderia gerar a oportunidade de um processo legislativo diferente, mais participado, mais dialogado e, quem sabe, mais consensual. No fundo, um processo legislativo em que o mais importante não fosse ganhar na contagem dos votos no Parlamento e no Tribunal Constitucional, mas contribuir para o desenho de uma lei que pudesse ter o máximo de aceitação social – não uma lei que consumasse a vitória de uns e a derrota de outros.

2. O primeiro sinal de que o caminho não seria o do diálogo construtivo surgiu logo quando a Assembleia da República rejeitou uma iniciativa popular de referendo, com base em dois argumentos vazios.

Com efeito, o primeiro dos argumentos invocados contra a realização de um referendo sobre a questão da eutanásia é o de que Portugal é uma democracia representativa e não uma democracia direta.

A verdade, porém, é que a Constituição não qualifica a nossa democracia como “representativa”, mas sim como “participativa”. O que faz, justamente, com o objetivo de sublinhar que considera a representação política, nos moldes

tradicionais herdados do liberalismo, insuficiente. Não basta os cidadãos votarem de quatro em quatro anos e, entre eleições, assistirem passivamente às decisões que os governantes tomam em seu nome. É necessário que os cidadãos participem mais ativamente nas decisões políticas fundamentais, por iniciativa dos governantes e por sua própria iniciativa.

Daí que, após amplo debate, na revisão de 1989 se tenha introduzido na Constituição o instituto do referendo. Daí também que na revisão constitucional de 1997, largamente dedicada ao reforço dos direitos políticos, se tenha previsto a iniciativa legislativa popular e a iniciativa popular de referendo. Daí ainda a valorização constitucional e legal do direito de petição e do direito de ação popular, bem como do direito dos cidadãos a participarem nas decisões que lhes dizem respeito e, em geral, em inúmeros processos de consulta pública.

Ser contra a realização de um referendo – numa questão política muito controversa e de “relevante interesse nacional” – significa um retrocesso no caminho que a Constituição qualifica de “aprofundamento da democracia”. Parece, aliás, pouco avisado, considerando que um dos problemas da democracia portuguesa é o afastamento entre governados e governantes, o desinteresse crescente dos cidadãos pela política. Num quadro de crise da representação político-partidária, seria importante não prescindir do mais importante instrumento de democracia direta que a Constituição consagra.

O segundo argumento mais invocado – tanto à esquerda como à direita – contra a realização do referendo sobre a eutanásia foi o de que os direitos fundamentais não se referendam.

Ora, por um lado, é evidente a petição de princípio que consiste em assumir que já existe um direito antes mesmo de se tomar a decisão, em referendo ou por outra via, se esse direito deve ser consagrado legalmente – seja ele o direito a morrer com dignidade, o direito a decidir sobre a própria morte ou o direito ao suicídio. Por outro lado, a tese em causa está em ostensiva contradição com o facto de em Portugal já se terem efetuado, em 1998 e 2007, dois referendos sobre a interrupção voluntária da gravidez, que é igualmente uma questão fraturante sobre o valor da vida e dos seus limites.

De resto, o legislador de revisão constitucional, quando em 1989 consagrou o instituto do referendo, teve o cuidado de excluir do seu âmbito um conjunto de matérias, com receio do seu desvirtuamento populista, como por exemplo as matérias tributárias ou relativas ao estatuto dos titulares de cargos políticos. Mas deixou claramente dentro do âmbito do referendo

todas as matérias respeitantes a “direitos, liberdades e garantias”. Não, naturalmente, para se referendar o direito à vida, como princípio consagrado no artigo 24º, mas apenas algumas das suas declinações específicas, situadas nas franjas do âmbito constitucional de proteção da vida humana.

A não convocação do referendo – ainda para mais na sequência de uma iniciativa popular – foi claramente uma oportunidade perdida. O chumbo da iniciativa não apenas faz temer pelo destino deste instituto como priva a futura lei da eutanásia de uma legitimidade democrática reforçada, que seria importante para garantir a sua estabilidade.

3. Sem referendo, a lei viria a ser aprovada na Assembleia da República a 29 de janeiro de 2021, em pleno estado de emergência, num dos piores dias da pandemia, com 13.200 infetados e 279 mortos.

A Constituição proíbe que determinadas decisões especialmente importantes sejam tomadas em estado de emergência, como a dissolução da Assembleia da República ou a prática de atos de revisão constitucional. É certo que nada impede, formalmente, que nesse contexto excecional sejam aprovadas lei particularmente sensíveis do prisma político e constitucional, mas talvez o mesmo princípio recomendasse alguma prudência. A verdade é que, com o País em sobressalto, o Serviço Nacional de Saúde em situação de rotura, quando médicos e profissionais de saúde lutavam para salvar a vida de largos milhares de doentes internados, os deputados não viram nisso razão suficiente para adiar a aprovação da lei da morte medicamente assistida.

Assim como haviam rejeitado o referendo, com a aprovação do Decreto n.º 109/XIV, os deputados rejeitaram também a atenção dos cidadãos relativamente aos debates parlamentares, às posições assumidas pelos partidos políticos e aos argumentos esgrimidos por uns e outros. O processo legislativo já se tinha arrastado e era preciso aproveitar a maioria que, entretanto, se tinha formado para a aprovação do diploma.

4. Seja como for, recebido o diploma para promulgação pelo Presidente da República, este haveria de dar-lhe o destino inevitável: o Tribunal Constitucional, para fiscalização preventiva.

Contudo, o pedido de fiscalização formulado pelo Presidente – além de ter tido a pretensão de afastar o Tribunal da análise do problema da constitucionalidade da eutanásia *qua tale* – questionou apenas a utilização de conceitos indeterminados numa lei que, pela sua natureza penal e por

incidir sobre os limites do direito à vida, deveria ser o mais densa e precisa possível. O requerimento ficou a meio caminho, deixando deliberadamente de fora do pedido várias questões essenciais.

A primeira foi a de saber em nome de que outro direito fundamental se admite a limitação do direito à vida. Limitação essa que não se traduz apenas na retirada da incriminação penal, mas também no empenhamento do Estado – e em especial do Serviço Nacional de Saúde – no encurtamento ativo da vida de um número significativo de doentes que estão ao seu cuidado. Não basta afirmar que esse direito é a autonomia individual, a liberdade de cada um – como soberano artífice de si próprio (G.P. Mirandola) – para decidir sobre o seu destino, tanto nos momentos bons como nos maus. Assim formulado, este argumento da liberdade prova demais e, por isso, nada prova em definitivo. No limite, aliás, ele conduziria à inconstitucionalidade dos próprios conceitos que a lei utiliza como pressupostos da eutanásia não punível. E não por serem indeterminados, mas precisamente por comprimirem essa mesma liberdade absoluta de cada um sobre si mesmo.

A segunda questão excluída do requerimento do Presidente foi a da (in)existência de uma alternativa efetiva à decisão de eutanásia. Na verdade, a autonomia individual só poderá ser convocada para comprimir o direito à vida se existirem condições para o seu exercício efetivo, com a formação pelo doente de uma vontade livre e esclarecida (tanto quanto as circunstâncias o permitam). Sem uma alternativa real à eutanásia – que só pode estar no acesso universal a cuidados paliativos – não há liberdade possível. Se nos dois pratos da balança estiverem a eutanásia, por um lado, e uma morte lenta e agónica, por outro, não há verdadeira escolha. É certo que o legislador decretou que “ao doente é sempre garantido, querendo, o acesso a cuidados paliativos”, mas é sabido que o nível de execução prática da Lei de Bases dos Cuidados Paliativos (Lei n.º 52/2012, de 5 de setembro), não se resolve nem por decreto nem de um dia para o outro.

Em terceiro e último lugar, o Presidente não viu razão para questionar o facto de a lei reguladora do procedimento de antecipação da morte revelar um enviesamento dificilmente compaginável com o dever do Estado de dar prioridade à vida em situações dilemáticas. Como grande número de médicos e enfermeiros invocarão objeção de consciência – motivo pelo qual não poderão intervir no procedimento, nem integrar a pequena comissão de cinco personalidades encarregada de analisar *a priori* e *a posteriori* os casos de eutanásia –, as decisões mais difíceis ficarão nas mãos de um número restrito de profissionais de saúde, com a mesma mundividência e sem contraditório.

5. Proferido o Acórdão n.º 123/2021, publicado em abril, a lei regressou ao Parlamento para reapreciação.

Ao contrário daquilo que seria de esperar, porém, o novo decreto que veio a ser aprovado – o Decreto n.º 199/XIV – não se limitaria a corrigir os problemas identificados pelo Tribunal Constitucional. Dos três conceitos indeterminados utilizados no artigo 2.º do anterior Decreto n.º 109/XIV com a função de delimitar o campo da eutanásia não punível – “situação de sofrimento intolerável”, “lesão definitiva de gravidade extrema de acordo com o consenso científico” e “doença incurável e fatal” –, o Tribunal Constitucional pronunciou-se apenas pela inconstitucionalidade do segundo. Normal seria, portanto, que o legislador parlamentar se limitasse a melhorar a determinabilidade desse conceito, explicitando qual o seu entendimento sobre o que deve entender-se por “lesão definitiva de gravidade extrema”.

Em vez disso, porém, a Assembleia da República decidiu também reconfigurar os outros dois conceitos, com vista a maximizar o espectro de casos candidatos a uma morte medicamente assistida não punível, dentro do quadro de oportunidades resultante dos sentidos de voto e das declarações de voto dos diferentes juizes. Assim, o “sofrimento intolerável” passou a ser o sofrimento “considerado intolerável pela própria pessoa” – afastando, aparentemente, a possibilidade de qualquer métrica científica ou avaliação objetiva. Por sua vez, o conceito de “doença incurável e fatal” parece ter sido parcialmente substituído (na alínea *d*) do novo artigo 2.º) pelo conceito de “doença grave ou incurável”. Mas, inexplicavelmente, no preceito central do diploma, que avançou para o artigo 3.º, manteve-se a formulação antiga no n.º 1 e utilizou-se a nova formulação no n.º 3 do mesmo preceito. Ora, “grave” não é seguramente a mesma coisa que “fatal”, assim como não é indiferente saber se entre os dois termos qualificativos da doença está um “e” ou antes um “ou”!

Esta reconfiguração manifestamente descuidada da lei, aprovada já depois de anunciada a dissolução da Assembleia da República e fixada a data das novas eleições, não deixou ao Presidente da República outra alternativa senão recorrer ao veto político. Uma segunda fiscalização preventiva seria uma perda de tempo, uma vez que com os 25 dias para o Tribunal Constitucional decidir, seria impossível o Parlamento voltar a pronunciar-se sobre a lei antes das eleições. Tanta pressa e, afinal, a legislatura terminou e a lei da eutanásia não foi aprovada.

II. O dever de proteção como figura central do acórdão

1. O Acórdão n.º 123/2021 parece ter elegido o dever de proteção da vida como a figura central da decisão. Assim, no seu ponto 30, afirma-se que o direito à vida, consagrado no artigo 24.º, implica “o reconhecimento de um exigente dever para o Estado, e em particular para o legislador, de proteger e promover a vida humana”.

A própria Convenção Europeia dos Direitos Humanos – sublinha-se também – impõe às autoridades “o dever de protegerem as pessoas vulneráveis, defendendo-as dos seus comportamentos que ameacem a sua própria vida”. Aliás, a Convenção “impõe ao Estado não apenas que se abstenha de causar a morte intencionalmente (obrigações negativas), mas também que tome as medidas necessárias à proteção da vida das pessoas sob sua jurisdição (obrigações positivas)”.

O aresto prossegue ainda salientando que “o dever de proteção da vida impõe atuações não predeterminadas, mas com um sentido ou a finalidade de salvaguardar o bem vida”, competindo ao legislador “conceber modelos de proteção e de os estabelecer normativamente, gozando para o efeito de liberdade de conformação”. É esta liberdade que determina que as possibilidades de “controlo de eventuais défices de proteção” sejam algo limitadas.

2. Não obstante, importa reconhecer que a morte medicamente assistida não é um caso típico de deveres estaduais de proteção, semelhante àqueles que nasceram na jurisprudência alemã e portuguesa, a respeito da interrupção voluntária da gravidez, mas que depois se alargaram a outras situações em que determinados bens jusfundamentais carecem de salvaguarda em face de perigos ou ameaças causadas por outros sujeitos privados.

Por outras palavras, o problema constitucional da morte medicamente assistida não se enquadra bem na estrutura triangular das relações jurídicas de proteção. Relações em que o Estado é chamado a intervir, restringindo de um lado os direitos de uns sujeitos privados para proteger, do outro lado, os bens jurídicos fundamentais de outros sujeitos privados. Relações em que há um agressor, potencial ou efetivo, dos direitos de outrem, de um lesado, também ele potencial ou efetivo – e em que, por isso, o Estado tem a responsabilidade de salvaguardar a parte mais vulnerável.

Com efeito, nos casos de eutanásia em sentido estrito (em que um terceiro causa a morte a pedido da vítima) e ainda mais nos casos de suicídio medicamente assistido (ato suicida executado com o apoio de um terceiro),

o agressor e o lesado são uma e a mesma pessoa: o doente em sofrimento intolerável. Ainda que o médico assistente esteja presente em ambos os casos – participando mais ou menos ativamente no processo –, não se pode descrevê-lo cabalmente como um agressor da vida do seu doente, contra quem o titular do direito tenha de ser defendido ou protegido. Ainda que a lei penal possa considerar por ora a sua conduta como ilícita, do que se trata nos debates sobre a eutanásia em sentido amplo não é de como defender os doentes terminais contra os médicos. De resto, os médicos não são titulares, neste contexto, de qualquer direito que se confronte ou que tenha de se harmonizar com o direito à vida dos doentes terminais.

O caso é, portanto, bastante diferente da interrupção voluntária da gravidez, em que o feto não manifestou vontade alguma quanto à subsistência da sua vida e carece de proteção relativamente a uma decisão da gestante (e de quem possa fazer uma intervenção abortiva a seu pedido). Seguramente, a situação é muito diversa daquelas em que se confrontam trabalhadores e empregadores, consumidores e produtores de bens e serviços, cidadãos em geral e empresas privadas poluentes, titulares de dados pessoais e responsáveis pelo seu tratamento, ou os utilizadores das redes sociais com as respetivas plataformas digitais.

3. Do ponto de vista constitucional, a questão é sobretudo a de saber se as pessoas podem ser defendidas contra si próprias – ou se, ao invés, podem dispor sem especiais limites dos seus direitos fundamentais, incluindo o direito à vida.

Ainda que a resposta a esta interrogação não seja pacífica, existe algum consenso em torno da ideia de que as pessoas capazes de formar a sua vontade em termos livres e esclarecidos – e de se determinarem em conformidade com essa vontade – não podem por regra ser protegidas pelo Estado contra si mesmas. Se as condutas de auto-colocação em perigo ou mesmo de auto-lesão não implicarem também risco para os direitos de terceiros ou para o interesse público, estão normalmente protegidas por um princípio geral de disponibilidade dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não são direitos bumerangue, nem deve admitir-se que possam revoltar-se contra os seus próprios titulares.

A ideia de indisponibilidade ou de irrenunciabilidade que muitas vezes se associa aos direitos fundamentais decorre da circunstância de, historicamente, estes terem sido consagrados como direitos contra o Estado. Ou seja, esferas de autonomia em face do poder do Estado e prerrogativas

de defesa dos cidadãos contra o Estado. E, nesta perspetiva vertical, o Estado não deve promover nem beneficiar de condutas dos sujeitos privados em que estes abdicam de exercer ou renunciaram, unilateral ou contratualmente, aos seus direitos fundamentais. A questão, porém, coloca-se de forma completamente diferente quando as condutas em causa são adotadas – de forma livre e esclarecida – nas relações entre particulares (relações intersubjetivas privadas) ou são puramente autorreferentes (relações do titular do direito consigo mesmo).

4. Com esta prevenção de que os deveres estaduais de proteção aqui se cruzam com o princípio da disponibilidade dos direitos fundamentais – do qual decorrem limites muito claros à proteção das pessoas contra si próprias –, importa sublinhar o seguinte:

- a) Ainda que os deveres de proteção estaduais impendam sobre todos os órgãos do Estado, independentemente da função que desempenham, em matéria de eutanásia é antes de mais ao legislador que compete definir um modelo de proteção eficaz da vida, a respetiva intensidade e os instrumentos que podem ser utilizados para o efeito;
- b) Para a salvaguarda da vida humana, o legislador pode e deve combinar instrumentos de proteção (mais agressivos) de natureza penal e instrumentos (mais suaves) de natureza procedimental – pelo que o dever de proteção se traduz também num dever de organização e procedimento;
- c) Os deveres de proteção assistem normalmente direitos negativos, ou direitos na sua dimensão negativa, suscetíveis de produzir efeitos nas relações horizontais, mas podem também estar associados a deveres de concretização de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, como as que consagram a generalidade dos direitos sociais e, em particular, o direito à saúde.

Por conseguinte, o que o legislador procura fazer quando regula a eutanásia é reduzir o âmbito da proteção penal da vida e compensar essa redução com um procedimento administrativo garantístico, destinado a permitir aos médicos e a quem tem a obrigação de tomar decisões neste domínio alcançar a certeza de que o doente em sofrimento profundo conseguiu, ainda assim, formar a sua vontade de forma livre e consciente. Nesta perspetiva, a regulação da eutanásia é estruturalmente semelhante à efetuada a respeito da interrupção voluntária da gravidez: recuo da proteção

penal para as situações mais graves e criação de um mecanismo de tutela procedimental destinado a proteger a vida nas demais situações, objeto de uma decisão política descriminalizadora.

Além do procedimento, há também na regulação da eutanásia uma dimensão de organização, uma vez que – à semelhança do que ocorre no aborto – é necessário criar no Serviço Nacional de Saúde uma nova valência, uma vez que as condutas em causa só deixam de ser qualificadas como ilícitos criminais quando praticadas dentro de um enquadramento institucional específico. Fora desse quadro institucional e desse procedimento garantístico, a incriminação permanece.

5. Por sua vez, a determinação da intensidade da proteção devida ao bem jurídico fundamental em apreço obedece a uma fórmula que, resumidamente, se poderia designar “quanto mais... mais...”. A saber:

- a) Quanto mais elevada a posição de um bem jurídico na ordem de valores constitucional – ainda que essa ordem seja necessariamente aberta e flexível –, mais intenso deve ser o nível de proteção e mais se justifica o recurso a instrumentos de tutela robustos;
- b) Quanto mais forte ou mais elevado é o risco de uma lesão significativa do bem jusfundamental em questão, mais intensa e mais completa deve ser a proteção garantida a esse mesmo bem;
- c) Quanto mais frágil é ou está o titular do direito ameaçado, mais intensa deve ser a proteção proporcionada pelo legislador e mais cuidada deve ser a seleção dos instrumentos de tutela a mobilizar;
- d) Quando maior é a irreversibilidade das lesões do bem jusfundamental carecido de proteção, maior deve ser o investimento em mecanismos de tutela preventiva desse mesmo bem.

Em contrapartida:

- e) Quando maior for a capacidade de autoproteção do titular do direito sob ameaça ou a reversibilidade das lesões efetivas do bem fundamental em jogo, menos se justifica vincular o legislador a deveres de proteção muito intensos;
- f) Quanto mais fortes forem os sinais jusfundamentais de sinal contrário – e, em particular, os direitos afetados pelas próprias medidas de proteção – menos intenso (ou mais balanceado) deve ser o modelo de tutela adotado pelo legislador.

Assim, no caso da eutanásia, é evidente que pelo menos os fatores referidos nas alíneas *a)*, *c)*, *d)* e *e)* convergem na exigência de um nível elevado de proteção. Não há grandes dúvidas de que a vida ocupa a posição mais elevada da ordem de valores constitucional, que um doente em sofrimento intolerável se encontra numa situação de grande vulnerabilidade – quando não praticamente impossibilitado de se defender – e que a perda da vida é uma lesão absolutamente irreversível.

Também aqui se regista uma grande proximidade com a questão da interrupção voluntária da gravidez, que praticamente fez nascer a figura dos deveres de proteção. Em ambos os casos é da proteção de uma vida especialmente frágil que se trata, em face de uma lesão por definição irreversível. A grande diferença está na circunstância de, no aborto, a vida e o livre desenvolvimento da personalidade pertencerem a entes diversos – o feto e a gestante – e de, na eutanásia, a vida e a autonomia pessoal pertencerem à mesma pessoa – o doente em sofrimento profundo.

6. De um modo geral, os deveres de proteção são relativamente neutros quanto aos instrumentos normativos de cumprimento por parte do legislador.

Assim, é comum o legislador editar, com fins de proteção, diferentes categorias de normas:

- a) sancionatórias, a começar pelas incriminatórias;
- b) de organização, procedimento e processo;
- c) de informação;
- d) de segurança;
- e) e de correção de posições desigualmente (v.g., ónus da prova, presunções, regras especiais de responsabilidade).

O legislador democrático guarda, por isso, uma significativa liberdade de conformação quanto à escolha dos meios que considera mais adequados para alcançar os objetivos de proteção que se propõe. A salvaguarda efetiva da vida implica, por regra, a mobilização do Direito Penal. Mas, mesmo em relação à vida de pessoas particularmente frágeis ou indefesas, essa proteção não tem de ser feita sempre e necessariamente com recurso a normas penais incriminadoras. Não podemos é cair no polo diametralmente oposto, segundo o qual da Constituição nunca resultaria nenhuma imposição de criminalização. O mais comum é, em todo o caso, que o legislador recorra a estratégias complexas de proteção, combinando diferentes tipos de normas,

umas com uma função mais preventiva e outras com uma função mais sancionatória ou ressarcitória.

7. Importante é que, no conjunto das soluções adotadas, o legislador não incorra num défice de proteção. Numa leitura integrada do artigo 18.º da Constituição, em que as restrições se justificam para proteger outros direitos (ou interesses) constitucionais, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em duas vertentes: a proibição do excesso e a proibição de défice (de defeito ou de proteção insuficiente).

O legislador navega num corredor de liberdade conformativa, que está balizado acima pela proibição do excesso – na medida em que restringe direitos – e pela proibição de défice – na medida em que tem um dever de proteção de outros direitos para cumprir. A dificuldade da tarefa legislativa está, portanto, nesse equilíbrio instável, em que é necessário proteger de forma suficiente certos bens jusfundamentais em risco de lesão, sem contudo ir longe de mais na compressão de outros.

A esta luz, o problema da denominada legalização da eutanásia não é tanto saber se a inviolabilidade da vida, a que se refere a letra do artigo 24.º, resolve em bloco a questão constitucional. Esta questão é pertinente e o Tribunal Constitucional não podia ser afastado dela – como, aparentemente, pretendeu fazer o requerimento de fiscalização preventiva. Mas a questão central é a de saber se o procedimento administrativo concretamente estabelecido pela lei está bem desenhado e se protege suficientemente a vida, quando esta se confronta com a autonomia ou a autodeterminação pessoal dos doentes em sofrimento intenso. Por outras palavras, o ponto é garantir que os pressupostos de abertura do procedimento e os seus diferentes passos constituem – com um nível razoável de certeza e segurança jurídicas – uma medida justa de salvaguarda da vida humana, em face de solicitações formuladas por pessoas numa situação de profunda vulnerabilidade.

III. O equilíbrio da posição maioritária no Acórdão n.º 123/2021

1. A esta luz, a posição que fez vencimento no Acórdão n.º 123/2021 – concorde-se ou não com ela na sua totalidade – é claramente uma decisão equilibrada.

Essencialmente por quatro motivos:

- a) não considerou a figura da eutanásia inconstitucional por violação da garantia da inviolabilidade da vida, tal como consagrada no n.º 1 do artigo 24.º;

- b) aceitou o conceito de sofrimento intolerável – embora com algumas dúvidas quanto à sua mensurabilidade – como pressuposto base da eutanásia não punível;
- c) considerou que o conceito de doença incurável e fatal, apesar de indeterminável, era passível de ser determinado;
- d) permitiu que a eutanásia fosse algo mais do que a antecipação de uma morte iminente ou a acontecer a muito breve trecho, uma vez que a lesão definitiva de gravidade extrema não tem de ser *fatal*, nem sequer a doença fatal tem de se encontrar em fase verdadeiramente *terminal*.

2. Em contrapartida, o Tribunal Constitucional exigiu um razoável nível de determinabilidade dos conceitos cujo preenchimento é necessário para obter uma decisão de morte medicamente assistida, assim como objetividade (e controlabilidade) da avaliação do sofrimento intolerável.

A decisão do Tribunal não é, assim, uma decisão fechada, nem insuficientemente consideradora da autonomia ou autodeterminação individual. Como se sublinha a dado momento na fundamentação, para o Tribunal, ir mais longe seria incorrer no risco de relativização da vida humana, lançando sobre as pessoas em fim de vida um “ónus subliminar de justificar a própria existência”.

O que o Tribunal rejeita é que a autonomia e a autodeterminação pessoal possam ser promovidas através da indeterminação dos conceitos que constituem os pressupostos de uma decisão favorável do procedimento de eutanásia. Havendo envolvimento de terceiros e a convocação do Estado para a organização de um sistema público de antecipação da morte, no quadro do Serviço Nacional de Saúde, a vida e o livre desenvolvimento da personalidade não podem ser colocados no mesmo plano, nem, menos ainda, se pode deixar a porta aberta a uma sistemática prevalência desta liberdade sobre um direito que constitui o *prius* fundante de todo o catálogo de direitos fundamentais.

A autonomia e a autodeterminação individuais, mesmo na sua relação com a vida humana, merecem certamente ampla tutela jurídica, sobretudo quando a vida já não reveste especial valor para o próprio. Mas não só a vida não pode nunca deixar de ter valor para a sociedade, como os poderes públicos têm a obrigação estrita de verificar se a vontade expressa pelas pessoas no ocaso da sua existência corresponde a uma vontade genuína, formada autónoma e conscientemente. Em particular, e em termos muito práticos, o legislador tem o dever de desenhar um procedimento decisório que evite o drama das rampas deslizantes, o alargamento desmesurado da

morte medicamente assistida e, conseqüentemente, a banalização da vida humana.

Num domínio em que a terminologia não é de todo irrelevante, a diferença entre um *sistema de morte medicamente assistida* e um *sistema de morte a pedido* passa justamente pela circunstância de, no primeiro caso, o direito a uma morte autodeterminada resultar de um processo de diálogo entre o doente e o seu médico e de, no segundo caso, o médico ser um simples figurante ou um mero executor de uma vontade autossuficiente.

3. Por outro lado, a autonomia e a autodeterminação pessoais devem ser valorizadas – embora o Tribunal não o afirme neste ponto – pela abertura de alternativas reais à morte medicamente assistida, nos momentos mais dilemáticos do fim da vida.

O Conselho de Ética para as Ciências da Vida, num dos seus pareceres sobre esta matéria, afirmou que “não é eticamente aceitável legislar sobre procedimentos (de eutanásia) sem assegurar, ao mesmo tempo, uma oferta de cuidados organizados em fim de vida aos quais todos os cidadãos possam recorrer se assim o desejarem”.

Um Estado de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana, que declara a vida humana como um direito inviolável, não pode colocar os seus cidadãos em fim de vida perante a alternativa de continuar a viver num sofrimento agonizante ou recorrer à eutanásia. Tem a obrigação de garantir aos seus cidadãos acesso universal aos cuidados de saúde, incluindo cuidados paliativos. Só há verdadeira autodeterminação se o doente tiver, antes de mais, a possibilidade efetiva de escolher continuar a viver os seus últimos dias com dignidade. Pelo que o Estado tem a obrigação de lhe oferecer uma alternativa eticamente válida à eutanásia.

Ciente disso, o legislador afirmou, laconicamente, que “ao doente é sempre garantido, querendo, o acesso a cuidados paliativos”. Mas a questão não foi colocada nestes termos pelo requerimento de fiscalização preventiva e, mesmo que tivesse sido, o Tribunal teria sempre muita dificuldade em pronunciar-se sobre ela, uma vez que – considerando também a vigência da Lei de Bases dos Cuidados Paliativos –, o problema é claramente mais de natureza empírica do que de índole normativa.

4. Esta decisão do Tribunal Constitucional constitui uma decisão apelativa.

Com efeito, em vários momentos da fundamentação, o Tribunal desafia o legislador a inspirar-se em normas legais nacionais e estrangeiras quando

for chegado o momento de corrigir as soluções que adotou, em particular para densificar o conceito de doença definitiva de gravidade extrema. É assim que são convocadas:

- a) leis estrangeiras, de alguns países próximos;
- b) legislação nacional, como a já referida Lei de Bases dos Cuidados Paliativos;
- c) alguns projetos legislativos apresentados entre nós;
- d) e, por último, o artigo 144.º do Código Penal, que tipifica o crime de ofensa à integridade física grave.

Esta atitude cooperante do Tribunal relativamente ao legislador ordinário torna ainda mais chocante a reformulação do diploma que a Assembleia da República viria a aprovar com o Decreto n.º 199/XIV. Na verdade, apesar de ter seguido algumas das orientações do Tribunal, sobretudo no aproveitamento das lições de outros regimes nacionais da eutanásia, o Parlamento criou um conjunto de parâmetros novos para a morte medicamente assistida. A manter-se num próximo projeto legislativo a reconfiguração dos conceitos de “sofrimento intolerável” e de “doença incurável e fatal” – em parte transmutado em “doença grave ou incurável” –, será inevitável uma nova fiscalização preventiva.

Muito em especial, não parece aceitável que o conceito de sofrimento – não obstante o cruzamento (redundante) deste com os conceitos de doença grave ou incurável e de lesão de gravidade extrema, na alínea f) do novo artigo 2º – seja, em última análise, aquele que é “considerado intolerável pela própria pessoa”, sem possibilidade de avaliação externa objetiva e de qualquer processo de diálogo com os médicos assistentes. Se há ponto em que o Tribunal foi claro é o de que o sofrimento se pode medir: não deve ser um simples autorrelato, mas carece de alguma forma de aferição objetiva.

5. Finalmente, importa salientar que o parâmetro utilizado pelo Tribunal para se pronunciar pela inconstitucionalidade foi o princípio da determinabilidade da lei, que remonta originalmente ao conhecido Acórdão n.º 285/92, sobre a então denominada “lei dos disponíveis”, e que foi também acolhido noutros arestos posteriores, como os Acórdãos n.ºs. 296/2013 e 225/2018.

Não é seguramente dos princípios com mais presença na jurisprudência constitucional. Mas é um princípio que constitui um corolário da reserva de lei, que a Constituição associa às leis sobre direitos, liberdades e garantias e, sobretudo, às leis restritivas do conteúdo dos respetivos preceitos. Com

algum excesso de ecletismo, o Tribunal fundamenta o princípio em causa na ideia de Estado de Direito, na reserva de competência legislativa do Parlamento, no artigo 24.º e no princípio fundamental da dignidade humana. Em última análise, porém, o que está em causa é a necessidade de as decisões fundamentais sobre o alcance concreto dos direitos, liberdades e garantias de maior sensibilidade – como sucede com o direito à vida – serem tomadas pelo próprio legislador e não deixadas para os momentos posteriores, da aplicação administrativa ou jurisdicional das leis. Isso implica uma elevada exigência de precisão das normas emanadas pelo legislador, em termos tais que os respetivos destinatários possam prever com segurança os efeitos dessas mesmas normas legais e pautar a sua conduta em conformidade.

Em coerência com esse elevado padrão de determinabilidade da lei, exige-se igualmente uma elevada densidade de controlo por parte dos tribunais – a começar pelo próprio Tribunal Constitucional. Ao contrário do que sucedeu noutros arestos, incluindo alguns incidentes sobre o direito à vida, desta vez o Tribunal não se limitou a um controlo de evidência, não se cingiu a efetuar um controlo restrito das inconstitucionalidades mais manifestas, não valorizou especialmente a liberdade de conformação do legislador, nem tão pouco sublinhou a necessidade de confiar em regras técnicas ou nas *leges artis* da profissão médica. Numa palavra, o Acórdão n.º 123/2021 é um bom exemplo daquilo que a literatura chama de controlo intensificado de conteúdo.