

O DIREITO PENAL E A CIÊNCIA: AS METÁFORAS POSSÍVEIS NO SEIO DE RELAÇÕES «PERIGOSAS» (*)

José de FARIA COSTA

1. As relações entre o direito e a ciência, não obstante estarmos perante dois universos autónomos e distintos, sempre existiram. Mais. Consideramos esta proposição, não expressão de redundância lapalissiana, mas antes o chamamento a uma observação de evidência que, por mor de variadíssimas razões, o pensamento jurídico e, de igual passo, o pensamento científico nunca trouxeram à ribalta do discurso crítico e coerente (1). E se, de certa maneira, a força centrípeta que o chamado pensamento científico começou a exercer na grande galáxia do saber geral –qualquer saber, normativo ou outro, para querer fugir a uma hipotética menoridade, perante a chamada ciência «dura», também queria, sem qualquer reflexão crítica, ser científico– foi uma constante, sobretudo a partir dos alvares do séc. XIX, mas que não representa senão o fluxo de uma grande corrente que vem já do séc. XVIII, o certo é que, também aqui, o direito não conseguiu fugir ao seu tempo. Mergulhou em uma vertigem ou turbacão de perspectiva e aceitou ser ancilar à cientificidade esquecendo a sua natureza, a sua matriz, que é a da irrecusável normatividade. Os vários positivismos jurídicos são disso prova insofismável (2).

Porém, naquilo que ora nos interessa, a produção teórica do direito deixou-se inundar –outros poderiam dizer fecundar– por um conjunto de figuras expressivas das chamadas ciências da «natureza» que têm variado ao longo dos tempos. Na verdade, quem se não lembra, quando se estudava e estuda o direito civil, das «patologias» que, nesse específico mundo do direito, se poderiam detectar? (3)

(*) O texto que aqui se publica vai também ser dado à estampa no livro de homenagem ao professor Giorgio Marinucci.

(1) Como manifestação inequívoca do que se acaba de escrever veja-se a obra, absolutamente essencial para tudo aquilo que, doravante, vamos tratar, *Scienza e Diritto nel Prisma del Diritto Comparato (Atti del Convegno tenutosi a Pisa il 22-24 maggio 2003)*, a cura di Giovanni Commandé-Giulio Ponzanelli, Torino, G. Giappichelli, 2004.

(2) Para uma apreciação alargada sobre o sentido gnoseológico do positivismo –*rectius*, dos vários positivismos– no âmbito do pensamento jurídico veja-se CASTANHEIRA NEVES, António, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, 1971-72, pp. 64 e s.

(3) É particularmente interessante notar-se, por exemplo, a força e a influência da linguagem e dos conceitos médicos, nos anos cinquenta, no campo do direito civil. Veja-se, precisamente, a este propósito, a obra marcante de PEREIRA COELHO, Francisco Manuel, *O nexo de causalidade da responsabilidade civil*, Coimbra, 1950. Aí podemos surpreender como elementos essenciais da estrutura argumentativa do trabalho as chamadas «Fisiologia do nexo de causalidade» e a «Patologia do nexo de

Quem se pode ter esquecido das compreensões «organicistas» (4) para sustentar, por exemplo, a noção de Estado? E não vivemos nós, ainda, em tantos e tantos quadrantes, debaixo do império do entendimento «autopoietico»? Patologia, organicismo, autopoiese, eis um conjunto de noções –para só exprimirmos algumas das mais salientes–, pertencentes às ciências da natureza, de que o direito se apropria operando a analogia que se exprime em metáfora (5). A relação jurídica que apresenta vícios substanciais ou de forma é como se fosse um corpo doente, por isso tem uma determinada patologia. O Estado é uma categoria, uma realidade histórica, que precisa de ser compreendido. Daí que se faça a comparação com uma outra entidade do mundo real e também científico: nada melhor do que a ideia de órgão que se apoia em funções mas que, simultaneamente, desencadeia funções. Função ou funções que, em linguagem invertida de intencionalidade consequencial, se diz que fazem o órgão. E o que é que acontece neste jogo de insinuações e de imagens? Descobrem-se analogias e em pensamento reverso faz-se, precisamente, dessas comparações, a razão de ser, a matriz, com a qual é identificável, para considerá-lo também como um órgão. E –olhando agora para o último exemplo– se os seres vivos, todo o sistema vivo, agem, biologicamente, dentro de uma realidade autopoietica e se o direito e o próprio direito penal são uma realidade –pouco importa se normativa– viva, então, em perfeita analogia, podemos utilizar o cânone, realidade viva, e com ele fazer o salto para a metáfora: o direito é igual ou semelhante a qualquer sistema vivo, de sorte que as leis que regem este devem valer para aquele. A significação «natural» (6) –resta saber se há significações

causalidade». Formas conceituais e linguísticas tão importantes que são elevadas à categoria de epígrafe de capítulos (*ob. cit.*, pp. 160 e s.).

(4) Seja-nos permitido chamar aqui a debate a intromissão de uma certa ideia organicista no domínio da legítima defesa. Com efeito, a fundamentação material da legítima defesa foi ou era encontrada, por alguns penalistas, não em um agressor em *auto-defesa* mas em um órgão da ordem jurídica (Wegner). O Estado como que concederia ao cidadão em situação de agressão ilícita, actual e não pré-ordenada o estatuto de órgão defensor do interesse público (de certa maneira também perto desta compreensão Beleza dos Santos). Para uma primeira aproximação a toda esta problemática com aquilo que ela carrega de análogo com o conceito de órgão veja-se CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, reimpressão, II, Coimbra, Almedina, 1968, p. 37 (nota 1).

(5) Uma das obras fundamentais, mesmo que não penetre directamente no mundo da discursividade jurídica, para se perceber os domínios e a importância da analogia e da metáfora continua a ser o estudo de Söhhngen (cfr. SÖHNGEN, Gottlieb, *Analogie und Metapher*, Freiburg/München, Karl Alber, 1962). Ao estudo que acabámos de referir é absolutamente imprescindível juntar, enquanto trabalhos de referência obrigatória, a seguinte obra de PERELMAN, Chaïm, «Analogie et métaphore en science, poésie et philosophie», *Revue Internationale de Philosophie*, 23 (1969), pp. 3-15, e agora também em PERELMAN, *Rétoriques*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1989, pp. 395-410. Finalmente, refira-se, como trabalho de largo espectro informativo e em alguns momentos performativo, o texto de HIBBITTS, Bernard J., «*The metaphor is the message: visuality, aurality and the reconfiguration of american legal discourse*», *International Journal for the Semiotics of Law*, VIII, n.º 22, (1995), pp. 53 e s.

(6) Também aqui urge que se faça uma pausa que leve a uma imprescindível nota. Efectivamente, «natural» é um dos conceitos mais castigados e mais utilizados dentro da linguagem jurídica, mesmo quando não se emprega de maneira expressa. Pense-se, só para dar alguns exemplos, no «direito natural» e na «obrigação natural» (art. 402.º do Código Civil Português). Com a qualificação «natural» quer-se mostrar várias coisas. Salientemos duas. A primeira é que o direito ou a obrigação exprimem no mundo da normatividade aquilo que o comum das pessoas acha correcto e justo. Logo, uma identificação entre o que é «natural» e a justiça. A segunda é que se pode apreender racionalmente o que é natural, mesmo quando essa apreensão se faça *ab imo* como inscrição matricial de tonalidade onto-antropológica. Daí que, se o que é natural beneficia de uma certa ordem, de um determinado

naturais (7) mas, pelo menos, temos de admitir que geneticamente há palavras que estão ligadas a uma estrutura de base, a um radical— de uma palavra é levada para outra por mor da relação de semelhança que se subentende (8). Vale por dizer: as significações naturais de patologia, organicismo, autopoiese nascem para a discursividade das suas respectivas áreas do conhecimento mas, porque se subentende uma semelhança, estende-se o seu significado ao mundo da normatividade jurídica. Eis, em traços breves, um apanhado da contaminação semântica —para dizermos o menos— entre o direito, mormente o direito penal e as chamadas ciências da natureza, para se continuar a empregar a ainda operatória distinção de Dilthey (9).

2. Não se pense, olhando as coisas agora de outro ângulo, que a conexão que se acabou de mostrar e de salientar seja o único momento ou lugar em que o direito penal se cruza com o núcleo duro da ciência.

A matriz de um direito penal liberal-social impõe a aceitação, sem reбуço, dos dados científicos, sem que um tal dado, é evidente, signifique qualquer subserviência ou reconhecimento de menoridade por banda do direito penal. Bem pelo contrário. É sinal de indesmentível autonomia. Com efeito, a clara e distinta separação dos universos dos saberes faz com que as relações, precisamente por isso, se operem dentro da linha sólida da argumentação político-legislativa que se legitima. Nesta óptica, o direito penal afirmará tanto mais a sua vigência e a sua eficácia —e com isso a legitimidade— quanto mais intensamente acolher, em toda a sua autonomia metodológica, teleológica e dogmática, os dados que a ciência lhe fornece.

equilíbrio, de uma «perfeita» harmonia, a única coisa que temos que fazer é adaptar a concreta e real normatividade àquelas qualidades. Isto é: quanto mais perto o direito estiver daquele modelo melhor ele será. Mas não se pense que esta contaminação pelo «natural» foi uma fragilidade da normatividade. Não. Também o nascente pensamento criminológico pela voz de Garofalo reivindicava a existência de um «delito natural». O que, se, por um lado, chamava a debate uma ideia de «constante» do fenómeno criminal em qualquer sociedade humana, também mostrava a importância que se dava ao desvelamento do «natural», sobretudo quando isso era conseguido através de uma disciplina que queria ter o beneplácito da cientificidade.

(7) A questão das significações naturais é de capital importância para o direito penal, mormente quando temos que nos defrontar com a problemática atinente à responsabilidade penal das pessoas colectivas. Como se sabe, quando queremos responsabilizar penalmente as pessoas colectivas, o jogo da analogia com as chamadas pessoas físicas é inultrapassável. Tudo gira, independentemente da construção que se faça, em torno da similitude entre a pessoa física e a pessoa jurídica. Similitude que começa, bom é de ver, com o próprio nome (pessoa). Aceita-se uma significação natural para pessoa física e considera-se que a chamada pessoa colectiva lhe pode ser equiparada porque lhe é análoga. Lhe é matricialmente análoga. Depois é todo um acrescer de analogias que vai permitir que, ao fim e ao cabo, a uma ficção se atribua a mesma realidade (jurídica e jurídico-penal) que, de raiz e onto-antropologicamente, é pertença das chamadas pessoas físicas. Sobre este ponto veja-se WEAT, Matthew, «Swans reflecting elephants: imagery and the law», *Law and Critique*, III, n.º 1 (1992), pp. 56 e s., e aquilo que também já escrevemos em «Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 36 (1993), pp. 1238 e s.

(8) As palavras exercendo a sua função representacional, compreendidas no seu uso quotidiano, emanando as imagens da essência que pretendem projectar. As palavras como linguagem. Nas palavras de Wittgenstein, «eu quero dizer o seguinte: aquilo a que chamamos «linguagem» é antes de tudo o aparelho da nossa linguagem habitual, da nossa linguagem verbal; e a seguir, então, outras coisas, mas a partir da analogia ou da possibilidade de comparação com aquela», in WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigações Filosóficas*, 3.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, prep. 494, p. 432.

(9) DILTHEY, Wilhelm, *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte*, [1883], in: ders.: *Gesammelte Schriften*, Bd. I, 6. Auflage, Stuttgart, 1966.

Não quaisquer dados ou qualquer linha de pensamento científico mas única e exclusivamente aqueles dados ou aquela posição científica que o direito penal reivindica conhecer para assim, em plenitude, se realizar. O que é o mesmo que afirmar: para dessa maneira se cumprir como disciplina normativa que busca e tem a sua razão de ser na paz jurídica (10) e na realização da justiça possível em cada momento histórico.

Deste modo, olhando, por exemplo, para o Código Penal português, a norma constante do artigo 150.º é disso prova inequívoca (11). Com efeito, o legislador, através de uma formulação particularmente inovadora e com traços de singularidade –olhando, sobretudo, para as consagrações do direito positivo mais do que para a produção doutrinal–, considera que o acto médico consentido, se praticado segundo as *leges artis*, não preenche sequer o tipo legal de crime. Afasta-se, desta maneira, a solução portuguesa de todas aquelas outras em que o acto médico consentido não é punível por, justamente, nele interceder uma causa de justificação do ilícito: o consentimento (12).

Representa, a nossos olhos, aquela enunciação normativa, o reconhecimento, por banda do direito penal, da plenitude da ciência e do pensamento médicos. As *leges artis medicinae* define-as a ciência médica e o pensamento médico. Ao intérprete não lhe resta senão aceitar o que lhes é dito por aqueles dois saberes. Mais. E se quiser contrariar os dados e as informações carreadas não o pode fazer sustentando-se em argumentos valorativos ou de coloração estritamente jurídica. Só o pode levar a cabo se baseado em argumentos de ciência médica ou do próprio pensamento médico. Eis, sem metáforas, uma saudável e, por consequência, não perigosa relação entre o direito penal e a ciência.

Mas há mais exemplos. E exemplos elucidativos. Assim, o tipo legal de crime de infanticídio (art. 136.º do CP) considera, como seu elemento típico, a perturbação puerperal da mãe, fazendo com que a moldura penal abstracta desça, por força daquela fragilidade psíquica da mulher naquelas circunstâncias, para os patamares do acentuado privilegiamento (13). É o direito penal a aceitar um dado científico e a fazer dele um eixo essencial da punição praticada pela mulher aquando debaixo daquele síndrome.

E que dizer da inimputabilidade? (14) Mesmo que se defenda um critério biopsicológico, integrado residualmente por um filtro de determinação

(10) Sobre alguns pontos do que entendemos ser a paz jurídica veja-se o que escrevemos em «O direito penal e o tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)», in *Boletim da Faculdade de Direito*, volume comemorativo relativo ao 75.º tomo publicado, Coimbra, 2003, pp. 1139 e s.

(11) Para uma análise e valoração deste artigo veja-se a anotação de COSTA ANDRADE, Manuel da, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Parte especial), t. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 302 e s.

(12) A propósito do consentimento em direito penal é indispensável consultar o estudo de COSTA ANDRADE, Manuel, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

(13) Uma análise deste tipo legal de crime pode encontrar-se em FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Parte especial), t. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 100 e s.

(14) Veja-se o que dissemos a propósito da imputabilidade ou, mais correctamente, a propósito do direito das medidas de segurança nas nossas lições *Noções Fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta Iuris Poenalis), edição policopiada, Coimbra, 2004, pp. 75 e s.

normativa (15), é indiscutível que é a ciência psiquiátrica –aqui compreendida em sentido translato– a primeira a ser chamada para avaliar uma situação de eventual inimputabilidade. O direito penal espera, como lhe compete, pelo parecer dos peritos que é, como se sabe, um documento sustentado em um juízo de ciência. E se, como se defende, aqueles pareceres não são absolutamente vinculativos, é bom reafirmar que, também aqui, o julgador, para discordar, terá que se basear criticamente em critérios científicos de, pelo menos, igual intensidade e bondade.

E se olharmos, agora, para a causalidade (16), o que vemos? É este, talvez, o domínio onde se cruzam e se sobrepõem, da forma mais intensa, o direito penal e a ciência (17). Porém, o mais interessante é que a causalidade nos aparece como elemento estruturante da própria doutrina da infracção penal. Logo, elemento essencialíssimo do direito penal (18). Na verdade, o que aqui acontece é uma certa apropriação do direito penal perante uma categoria manifestamente pertencente a um outro universo. Ora, esta «nacionalização», esta «naturalização» de uma outra realidade para o reino do direito penal (19) ainda hoje constitui uma das mais controversas matérias no seio da disciplina que cultivamos. Mas a causalidade, é bom dizê-lo, manifesta-se como uma daquelas ideias que fazem uma cultura, uma civilização. Assim, a causalidade, a projecção linear do tempo, o princípio do terceiro excluído são pedras miliárias de todo o nosso pensamento e acção. Por isso a causalidade, muito antes de ser étimo fundante da chamada ciência moderna, era já

(15) Método biopsicológico que, permitindo a existência de elementos normativos, levou, deste modo, a que acabasse por vingar um critério misto na determinação da imputabilidade, aliás, hoje consagrado no artigo 20.º do Código Penal. Misto porque integrado por um substrato biopsicológico e por um efeito normativo, referindo-se aquele à anomalia psíquica e este à incapacidade no momento da prática do facto de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com essa avaliação. De forma mais pormenorizada veja-se ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 433 e s.

(16) A análise dos conceitos causais enquanto forma de linguagem jurídica é sobejamente levada a cabo por HART, H. L. A e HONORÉ, Tony, *Causation in the Law*, 2.ª ed, Oxford, Oxford University Press, 1985. Referindo-se à, por vezes, reinante confusão relativa a estes conceitos, aludindo expressamente à metáfora, afirmam estes autores que «the images and metaphors, the fluid and indeterminate language, upon which both courts and textbook writers (...) still fall back when deciding issues in causal terminology, or explaining such decisions to others, have their roots in certain features of a variety of concepts which permeate the daily non-legal discourse of ordinary men», *ob. cit.*, p. 1.

(17) Ainda que, no campo das ciências e da própria filosofia, a causalidade seja um tema muito discutido, tal não obsta a que o jurista continue a trabalhar com esse mesmo conceito. Realçando este aspecto, refira-se ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1997, pp. 292 e s.

(18) Com efeito, o modelo clássico de responsabilidade arranca fundamentalmente de duas ideias de força: a causalidade e a individualidade. Pretendemos, face ao fim que prosseguimos, colocar aqui a tônica na causalidade enquanto realidade penal. Assim, e para uma visão actualizada da *Kausalhandlungsverantwortung* veja-se LENK, Hans, «Zur Verantwortung des Forschers. Verantwortungsdimensionen und externe Verantwortlichkeit in den Wissenschaften», *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, 1 (1996), pp. 33 e s. Além desta, temos para nós que a obra de Hans Kelsen permanece como ponto de referência. Nela se percebem claramente os mil fios de seda que ligam a aparente objectividade da causalidade com as *sfumature* e a densidade axiológicas da mais pura das normatividades (KELSEN, Hans, *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, Hague, W. P. van Stocckum & Zoon, 1941).

(19) Sobre a noção de naturalização jurídica vide as considerações que tecemos em «As definições legais de dolo e negligência enquanto problema de interpretação das normas definitórias em direito penal», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 69 (1993), pp. 361 e s.

uma categoria do pensamento comum e muito particularmente do pensamento filosófico. Assim, faz todo o sentido que o direito penal se aproprie –trabalhando-o, evidentemente– desse conceito (20). Contudo, uma cautela deve haver: esse chamamento à normatividade não pode desvirtuar o que é matricial. De sorte que, também neste campo, a relação entre a ciência e o direito penal, não obstante ser tensa, processa-se como uma metáfora aberta e clara. Isto é: quando o penalista fala em causalidade sabe que está a empregar uma categoria –por certo que usada de maneira legítima– que no essencial lhe foi transmitida por contrato de empréstimo a partir da ciência e da lógica (21).

Por fim, e para não nos alongarmos, também quando nos confrontamos com os crimes de perigo comum damos-nos conta, por exemplo, que o artigo 277.º, n.º 1, al. a) considera, como elemento do tipo, a infracção de *regras técnicas* que devam ser observadas no planeamento, direcção ou execução de construção, demolição ou instalação ou na sua demolição (22). E, no seguimento da linha argumentativa até agora traçada –que é aquela, acrescente-se, que nos parece mais curial e que colhe o beneplácito quase esmagador da doutrina–, dir-se-á que quem define o conteúdo, o sentido e os limites daquelas regras é, justamente, a ciência das construções, isto é, de modo redutor, as engenharias. Também neste específico ponto, por conseguinte, a relação entre o direito penal e a ciência se faz sem sobressaltos nem atropelos de primazia, mesmo quando, como é este o caso, o tipo legal de crime é de perigo concreto. A relação de perigo, a relação perigosa, não é, pois, entre o direito penal e a ciência, é antes um concreto e bem definido elemento do tipo, sem qualquer espécie de metáfora (23).

3. O desenvolvimento científico operado nos últimos decénios, todos o dizem, teve um crescimento exponencial. O inimaginável, o que era do domínio da mais pura ficção, ainda que científica, o que parecia ser só possível aos deuses sofreu a quietude infernal de descer ao patamar das coisas humanas. Dir-se-ia que Prometeu, renascido, foi, de novo, roubar aos deuses o fogo sagrado do conhecimento. Mas agora o que acontece é que estamos longe de saber a que destino está

(20) Para uma panorâmica do desenvolvimento da teoria da causalidade em direito penal, indispensável torna-se a consulta, entre outros, de MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, pp. 116 e s. Entre nós, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal. Parte Geral*, t. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 304 e s.

(21) Permita-se que se insiram aqui as palavras de Giorgio Licci, porquanto particularmente apropriadas ao tom e à melodia do nosso estudo: «*in effetti, chiunque abbia una anche minima dimestichezza col problema giuridico della causalità avverte immediatamente come la questione causale sia una questione di frontiera, collocata al confine fra scienze naturali e giuridiche, fra scienza e tecnologia giuridica, fra metafisica e metafisica e come la pluridimensionalità della tematica implichi, per chi intenda affrontarla, una certa temerarietà*», cfr. LICCI, Giorgio, «Le immagini di scienza cripticamente presupposte nella teorizzazione della causalità giuspenalistica», in *Scienza e Diritto* [n. 1], pp. 87.

(22) Sobre o ilícito-típico de infracção de regras de construção veja-se a anotação de RIBEIRO DE FARIA, Paula, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Parte Especial)*, t. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 911 e s.

(23) Expressando-nos por outras palavras, não há situações abstractamente perigosas, uma vez que toda e qualquer situação apenas é perigosa em relação a um referencial. Neste sentido nos pronunciámos já no nosso *O Perigo em Direito Penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 591 e s., *maxime*, p. 601.

votado Prometeu e, talvez pior, a que destino ficam entregues todos aqueles por quem ele se sacrificou.

Assim, realidades palpáveis como a fertilização *in vitro*, clonagem de mamíferos ou até de seres humanos, utilização de células estaminais para fins curativos ou para simples reprodução, património genético da humanidade passaram a ser não só expressões legítimas dos diversos ramos científicos, mormente da genética, mas também – e com uma intercorrência nem sempre favorável à percepção límpida e clara dos vários elementos em causa – tema de simples e corriqueiras conversas de circunstância, como começaram, de igual modo, a inundar, nem sempre da maneira mais consequente, seminários, congressos e simpósios. Em definitivo: a ciência «dura», uma vez mais, pela força de uma sua particular e bem querida refração específica, a genética, apossou-se tentacularmente do pensamento vivo da actualidade e também muito particularmente do pensamento penal e das suas consequentes preocupações ou irritações temáticas.

Chegamos, por conseguinte, ao âmago da problemática que nos preocupa. De facto, deverá o direito penal intervir, proibindo, em absoluto, os comportamentos que determinam aqueles efeitos? Deve só proibir de forma limitada? Mas se o fizer de maneira restrita o que é que se proíbe e o que é que se deixa fora da discursividade penal? Ou, pura e simplesmente, o direito penal, para já, nada deve fazer? Eis um conjunto de perguntas que ancoram o horizonte problemático onde nos movemos.

3.1 Todavia, antes de nos abalancharmos às respostas ou, talvez melhor, antes de tentarmos densificar mais intensamente as perguntas, é absolutamente imperioso que nos debrucemos sobre um ponto nevralgico e que continua a ser, em nosso juízo, bastante descurado. É, pois, urgente e imprescindível que olhe mos atentamente para as relações entre o direito e a natureza, entre o direito penal e a natureza.

Como todos sabemos, as relações entre o direito, mormente o direito penal, e a natureza foram sempre vistas como uma realidade, um objecto que não devia merecer a atenção dos juristas, dos penalistas, mas ser, sim, centro de valoração e de compreensão do pensamento filosófico, da filosofia, em suma. Deste jeito não é, por conseguinte, de estranhar que, desde a antiguidade clássica, haja uma profunda ruptura entre *nomos* e *physis* (24) ou, se se quiser, agora já dentro da civilização romana, entre *norma* e *natura*.

É, pois, dentro deste irredutível radical bipolar que se constrói toda a galáxia do direito pertencente àquilo que, à minguia de melhor qualificação, podemos designar por civilização ocidental. No entanto, os mundos em que se encerravam o *nomos* e a *physis*, não obstante serem distintos e autónomos, não deixavam de se tocar e de se influenciarem mutuamente. Na verdade, desde cedo se afirmou alguma primazia da *physis* ou *natura* sobre o *nomos* ou a *norma*, porquanto seriam as leis intemporais que regiam a *physis* ou a *natura* que sempre deveriam ser interpe-ladas – e no limite seguidas ou copiadas – por todos os que quisessem conhecer o verdadeiro conteúdo e sentido das normas que regiam ou deviam reger o governo

(24) Sobre as relações entre *nomos* e *physis* escrevemos já em «Em jeito de abertura», LEÃO, Delfim F./ROSSETI, Lívio/FIALHO, Maria do Céu G. Z., *Nomos. Direito e sociedade na Antiguidade Clássica*, Madrid, Ediciones Clásicas e Coimbra, Imprensa da Universidade, 2004, pp. 11 e s.

dos homens entre si. A natureza, independentemente do verdadeiro e real conteúdo que pudesse ter, era também uma textura simbólica e nesse sentido símbolo ou realidade absolutamente inalterável, imodificável pela mão do homem. E se, de certa maneira, a representação que sempre se teve da natureza fez dela uma *natura naturata* –isto é, uma natureza que era já fabricação das representações humanas sobre o que era natural– é também evidente que a raiz última e indestrutível desse étimo primeiro estava na aceitação, sem limites, de um cânone explicativo que assentava na *natura naturans*. Vale por dizer: o homem podia agredir, atacar, massacar a natureza, podia exasperadamente transformá-la em *natura naturata*, mas, sem falhas ou hiatos, a natureza recompunha-se, criando os seus equilíbrios próprios, dando as suas adequadas respostas, o que levava a admitir que o núcleo da *natura naturans*, esse seria intocável, porque indestrutível –repetimos dolosamente– pela mão do homem (25).

Ora, este quadro –o quadro que serviu o horizonte imutável a todo o pensamento, incluindo o pensamento penal, até aos dias de hoje– parece ter-se alterado. E alterado profundissimamente. Dir-se-ia até que se estilhaçou. Se desfez em mil bocados. E porquê? Pela razão simples e comezinha de que o homem está, neste momento, senhor de ciência e de técnica capaz de alterar o «miolo» da própria natureza. Isto é: está detentor de poder fazer com que a vontade modifique aquilo que durante milénios se considerou o curso normal da natureza.

3.2 Fechada esta reflexão interlocutória, absolutamente essencial, regressemos, por conseguinte, ao esforço de tentar responder às perguntas que deixáramos suspensas nas derradeiras linhas do ponto 3.

O desenvolvimento científico sempre provocou convulsão. Convulsão no tecido social, na ideologia, na moral, na religião, nas mentes mas também e inescapavelmente no direito, no direito penal (26). E olhando só para o direito penal, fácil é de perceber o que se acaba de reflectir. Com efeito, as chamadas revoluções industriais –utilizamos esta nomenclatura por ter grande penetração compreensiva– trouxeram novos e importantes problemas ao direito penal. Pense-se, só para ficarmos nos exemplos mais típicos, na coloração argumentativa que a electricidade fez relativamente aos crimes contra o património ou o que –para nos situarmos agora na actualidade– a informática veio trazer de relevante e de perplexidade dogmática quando olhamos para a grande zona normativa da incriminação sobre as falsidades ou, ainda dentro do grande mundo da informática, o que a *Net* fez chegar de descentramento conceitual no que se refere aos crimes contra a honra (27) ou muito

(25) Sobre os conceitos de *natura naturans* e *natura naturata* veja-se o que a esse propósito escrevemos no nosso *O Perigo*, cit. [n. 23], pp. 76 e s.

(26) O direito penal sempre se viu inserido em um contexto histórico-social e ainda como reflexo desse mesmo contexto. Basta, tão-somente, pensar nas penas aplicadas e a sua forma de aplicação para compreender o que em um particular momento civilizacional constituía a concepção do Homem. Por ser um direito do poder dos homens sobre os homens, um direito vinculado a uma determinada consciência colectiva, o direito penal tem-se apresentado como um ramo do direito pioneiro da densificação axiológica do pulsar colectivo.

(27) A propósito das relações entre as novas formas de comunicação e a honra veja-se o que ponderámos em «O Direito Penal, a Informática e a Reserva da Vida Privada», *Comunicação e Defesa do Consumidor*. Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de novembro de 1993, Coimbra, IJC, 1996, pp. 303 e s.

particularmente no que provocou de ruptura quando nos debruçamos sobre a aplicação da lei penal no espaço (28).

O direito e muito particularmente o direito penal são estruturas normativas que radicam em um real construído, que assumem, entre outras dimensões, um autêntico valor simbólico, mas que não transformam a realidade. O real verdadeiro de qualquer comunidade feita de homens e mulheres vai sempre à frente dos ordenamentos jurídicos. E é bom que assim seja. E é bom que os juristas e os penalistas assumam com humildade essa condição que, não obstante não ser de vanguarda, não é por isso menos nobre. E é bom que seja deste jeito porque sempre que o direito penal quis ser vanguarda ou de uma ideologia ou de uma moral a história mostra-nos que o resultado foi dolorosamente negativo. Que o resultado foi trágico e deixou rastros de cinza e de dor por muitos e muitos anos.

4. A esta luz é para nós –para nós enquanto penalistas mas também enquanto cidadãos e académicos atentos ao mundo e aos sinais do mundo– evidente ver se chegou o tempo de alteração do paradigma em que se insere a legitimidade punitiva atinente ao direito penal (29). Esta é, quanto a nós, a questão central, o nódulo em torno do qual giram as questões que nos preocupam. Em torno do qual, em síntese, gravitam as relações entre o direito penal e a genética.

Para bem entender o que trazemos a debate, mandam as mais elementares regras do discurso argumentativo livre, sério e empenhado que se afirme, sem peias ou tergiversações, donde se parte e o que se questiona.

Assim, nesta lógica, dever-se-á dizer que partimos ainda de um referencial que assenta toda a legitimidade do direito penal na protecção de um concreto bem jurídico-penal e perguntamo-nos se este horizonte de legitimidade está ou não esgotado.

4.1 No entanto, antes de avançarmos uma tentativa de resposta convém, uma vez mais, levar a cabo um compasso de espera reflexivo em torno do que se passa com a genética e sobre tudo aquilo que desencadeou salutaros fenómenos de hipersensibilidade ética. Estamos a pensar, obviamente, na fulgurante aparição, no espaço discursivo da contemporaneidade, da nova interrogação e forma de saber que se denomina bioética (30).

Ora, esta particular sensibilidade ética suscitada ou provocada pelos avanços da ciência médica e muito particularmente pelos saltos qualitativos da genética não

(28) Sobre a despacialização do nosso viver e a problemática do lugar da prática da infracção, permita-se-nos que indiquemos o nosso estudo «A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude)», *Globalização e Direito, BFDC*, Stvdia Ivridica 73, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 181 e s.

(29) A problemática da alteração do paradigma da legitimidade punitiva tem suscitado acesa discussão entre a doutrina penalista, sendo actualmente a literatura sobre esta questão quase interminável. Limitamo-nos aqui a dar notícia dos contributos mais recentes. Assim veja-se Arroyo Zapatero, Luis/Neumann/Nieto Martín (orgs.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, 2003 e Eser, Albin/Hassemer, Winfried/Burkhardt, Björn/Muñoz Conde, Francisco (coords.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valência, Tirant lo Blanch, 2004.

(30) ENGELHARDT JR., H. Tristram, *The foundations of bioethics*, 2.^a ed., New York/Oxford, Oxford University Press, 1996. Não obstante a existência de já quase inabarcável literatura sobre o assunto, merecem ainda, em nosso modo de ver, especial referência as obras *Nascita e morte dell'uomo. Problemi filosofici e scientifici della bioetica*, a cura di Salvino Biolo, Génova, Marietti, 1993, e *Medizin und Ethik*, Hrsg. Hans Martin Sass, Stuttgart, Reclam, 1989.

é neutra. Nasce em determinado contexto histórico-social e perfila-se como resposta às inúmeras interrogações e preocupações que começaram a afligir as sociedades contemporâneas. Mais ainda. A fragmentação do pensar e reflectir eticamente em um patamar diferenciado –patamar esse que é aquele onde aparece a emergente bioética– corresponde a uma ideia muito cara aos tempos de hoje. Muita cara –para utilizarmos uma nomenclatura conceitual já consagrada mas que, digamo-lo abertamente, não nos exalta– à pós-modernidade.

No entanto, tem toda a pertinência perguntar a que propósito se insere a bioética no articulado discursivo que estamos a tecer. Em uma primeira análise poder-se-ia argumentar que parece incongruente solicitar a atenção da bioética para aquilo que manifestamente nos preocupa e que é tema das nossas reflexões. Contudo, se aprofundarmos um pouco mais –pelo menos é essa a nossa convicção– vemos que se desfazem rapidamente todas as incongruências e todas as possíveis irritações hermenêuticas.

Deste jeito, tentando ir directamente ao assunto –sabendo de antemão quanto isso possa ter de redutor e de empobrecedor do discurso– julgamos que o âmbito discursivo da bioética constitui ou pode constituir o elemento de descompressão e de evitação do contacto directo entre o direito penal e a ética, no seu sentido mais translato. Por outras palavras: a bioética, enquanto espaço público de discussão interventiva e interventora onde se reflectem os problemas gerais da ciência médica e muito particularmente daqueles atinentes à genética (31), como que cria uma zona «tampão» onde é possível defender uma censura ética relevante que não tenha de atingir o patamar da intervenção penal. A que acresce uma outra vantagem: ao deslocarem-se todas estas importantíssimas questões da contemporaneidade para um novo espaço público de discussão ganha-se um novo fôlego para uma sua exacta e precisa valoração –isto é, não temos de nos ater aos *topoi* tradicionais de censura, nos quais se inclui, obviamente, o direito penal– e permite-se, agora em sentido contrário, um momento de distensão ao próprio direito penal.

A bioética, enquanto lugar privilegiado de construção e de realização das possibilidades que permitam relações comunitárias estáveis entre cidadãos –já não só dentro do tradicional espaço nacional (Estado-nação) mas antes de relações tendencialmente globais– afirma-se, por conseguinte, como a primeira plataforma giratória capaz de perceber racionalmente aquilo que precisa ou não precisa de ser mudado ou modificado. Para aquilo que nos interessa e enquanto penalistas a bioética é como que antecâmara, o lugar laboratorial –e cá estamos a empregar metaforicamente uma inócua expressão– do pensamento e da acção humanas onde se poderão fazer as filtragens e as lentas decantações que permitirão saber o que é que é a poeira dos tempos e o que é que constitui o essencial das coisas.

(31) De facto, as implicações éticas da genética ou «nova genética» e correlativa discussão têm gerado diversa e múltipla bibliografia, o que bem reflecte o interesse suscitado por este novo espaço público de discussão. Especificamente sobre o papel do direito penal em este contexto, em confronto com o modo de protecção de bens jurídicos, interessante ler-se SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J., «La función del derecho penal y sus consecuencias para el genoma humano», *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, Laura Zúñiga Rodríguez, Cristina Méndez Rodríguez, M.ª Rosário Diego Dias-Santos (coords.), Madrid, Colex, 2001, pp. 153 e s.

4.2 Ainda no âmbito de uma consequente apreensão da realidade dever-se-á, muito embora de maneira perfunctória, perceber o que é o risco e sobretudo tentar entender as diferentes percepções do risco (32).

A noção de risco (33), como se sabe, foi introduzida no espaço cultural da nossa civilização a partir do mercantilismo marítimo e significa, na sua determinação específica, a possibilidade de se sofrer um dano conexionado com circunstâncias mais ou menos previsíveis. No entanto, nela estão implícitas duas ideias fortes. A primeira baseia-se no pressuposto dinâmico, na acção que se desencadeia na esperança de se obter uma vantagem através, precisamente, da acção arriscada. Por isso, Jean Jacques Rousseau dizia, antropologicamente sustentado no étimo do movimento da vida, que «Tout homme a droit de risquer sa propre vie pour la conserver» (34). A outra reside no próprio conceito de acaso mas em um acaso que, contudo, aceita que o risco pode ser controlado. Isto é: que a probabilidade de um evento negativo possa ser diminuída através de um comportamento prudente ou aumentada por força de uma conduta imprudente ou perigosa. O que implica, por conseguinte, que só um perigo dominado possa tornar-se em risco.

O problema que se põe, no quadro das preocupações que nos inundam, é o de saber se quando os cientistas, os geneticistas se lançam na aventura do espírito que é a ciência no seu máximo esplendor (35) o fazem dentro dos padrões de um chamado risco calculado (36). O qual, como também se não desconhece, é ele já não estritamente um conceito científico mas antes uma noção penetrada pelo circunstancial, pela história, pelo normativo que se expande sabe-se lá para onde. Porém, ao chegarmos a este ponto convém que se diga tudo e o dizer tudo neste contexto é formular uma pergunta radical: mas a ciência, mesmo nas suas manifestações mais puras e altruístas, não avançou sempre desleixando o risco calculado? Que coisa fez Pasteur quando se inoculou, ele próprio, com aquilo que poderia ser a vacina contra a raiva? Rompeu, estilhou o risco calculado. Que coisa fez Marie Curie quando se expunha à radioactividade? Rompeu, estilhou o risco calculado.

5. O caminho que se percorreu e a forma como se percorreu deixa, por certo, algumas marcas interpretativas e sugere outras tantas. No entanto, para que não surjam desvios de compreensão ou mesmo incompreensões, dizemos que estamos

(32) Sem dúvida que o risco não pode hoje ser descurado na discursividade penal, pelo contrário, tem de aí ter um forte reflexo. A própria produção legislativa assenta, muitas das vezes, em uma política criminal de prevenção dos riscos. O que não significa, todavia, que aceitemos um direito penal preventivo. Veja-se, a propósito de um direito penal do risco, ROXIN, Claus, *ob. cit.* [n. 17], pp. 19 e s.

(33) Interessante consultar, sobre as relações entre o risco e o facto, no âmbito do direito penal, MILITELLO, Vincenzo, *Rischio e Responsabilità Penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1988.

(34) ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Le contrat social*, II, V.

(35) É inquestionável que os avanços da genética e da biologia celular ampliaram a aplicabilidade do próprio conceito de risco, estendendo-o no tempo e colocando o problema das bases biológicas das gerações futuras. As palavras que usamos aqui como empréstimo ao nosso pensamento pertencem a FANTINI, Bernardino, «La percezione del rischio nella storia della medicina», *Pericoli e paure. La percezione del rischio tra allarmismo e disinformazione*, Venezia, Marsilio Editore, 1994, pp. 49 e s. e, muito em particular, pp. 64 e s.

(36) Acerca do método científico, do direito penal do facto e da ciência do risco veja-se STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2003, pp. 475 e s.

longe de defender –o que parece uma evidência perante tudo o que se disse– uma qualquer posição estática ou imobilista no que toca ao direito penal e muito particularmente quando o queremos avaliar no concerto de todos os outros saberes da contemporaneidade. Isso não implica que se não defenda, como fazemos, que a assunção de uma ideia de matriz de cautela seja, neste preciso enquadramento, uma concretização do princípio da precaução (37).

Com efeito, uma correcta, integrada e global percepção do princípio da precaução não se pode ater, exclusivamente, ao campo técnico-científico, muito embora, como se sabe, tenha tido aí a sua génese. Se, de facto, vivemos em uma sociedade pejada de mil e um perigos –e sabemos agora que um perigo não é mais do que um risco controlado– e se, cada vez mais, se concretiza em ciência a própria avaliação dos riscos (pense-se na epidemiologia) é bom também pensar que a produção normativa e muito particularmente aquela que toca a incriminação não está menos isenta de riscos.

A tudo isto acresce que as alterações qualitativas que as novas fronteiras da genética possibilitam não podem, dir-se-ia que na esmagadora maioria dos casos, ser realizadas ou prosseguidas individualmente. Tudo se opera, se leva a cabo no seio de grandes estruturas laboratoriais –estaduais ou privadas, pouco monta para o caso– que deixam pouco espaço para uma compreensão tradicional da responsabilidade penal individual (38). Por outro lado, a responsabilização colectiva desses organismos determinaria um novo alargamento da responsabilidade penal, ficando indefinidos, para lá do limite do razoável em uma sociedade democrática, plural e hiper-complexa, os contornos dessa nova forma de responsabilidade. Isto é: uma responsabilidade colectiva por projecto. Mas como se pode ser responsável por querer descobrir novas fronteiras? Ou então temos de descortinar uma nova concepção de responsabilidade. Mas se assim fizermos não estaremos a criar uma metáfora e essa perigosíssima –ao menos segundo os parâmetros tradicionais– sobre a própria noção de responsabilidade? Cremos bem que sim (39).

Para além de que, digamo-lo de forma aberta e sem rodeios, qual o sentido da actuação do direito penal se um grupo, um Estado ou quem quer que seja –aqui mais uma dificuldade na exacta definição do sujeito activo da infracção– alterar o património genético da humanidade? Podemos estar de acordo ou não, não só com

(37) Acerca do princípio da precaução é fundamental a obra de JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt, Suhrkamp, erste Auflage, 1984. Para além disso, como de imediato se compreenderá, o princípio da precaução que chamamos a debate e a horizonte crítico e integrador mostra-se com valências heurísticas transversais que, eventualmente, não estariam na primitiva génese.

(38) Interessante consultar, para uma visão das inextricáveis relações entre o mundo da bio-ética e o mundo da responsabilidade CADORÉ, Bruno, *L'expérience bioéthique de la responsabilité*, Artel-Fides, 1994.

(39) A função modelar da responsabilidade não se compatibiliza –senão de forma estéril– com os novos *topoi* da modernidade. A aguerrida tentativa de manutenção de um mesmo conceito de responsabilidade, para o ontem e para o hoje, configura, em nosso modo de compreender o *multiversum* integrado pelo real –verdadeiro e construído– uma vã e inócua resposta às novas e futuras questões relacionadas com a responsabilidade e, bem assim, com a própria responsabilização. No entanto, tal não implica que se tenha de criar um novo conceito de responsabilidade, mas antes de repensar –não esquecendo as exigências que as conquistas do direito penal de matriz liberal implicam– o próprio conceito.

o sentido da alteração mas até e sobretudo só com o facto da alteração; no entanto, é importantíssimo não esquecer que a eventual e posterior alteração repristinatória seria, também ela, uma modificação. Justificável ou condenável. E no *interim* não teríamos, não continuaríamos a ter natureza humana.

O sentido quase mágico e misterioso que anda associado ao *bios* (40) –muito diferente da *zoë* (41)– desdobra-se, a nossos olhos, em horizontes que vão muito para lá do direito penal (42). A não ser que comecemos a trabalhar em um «*Ferns-trafrecht*» (43). Um direito penal à distância. O que reputamos pouco cauto, para dizer o menos, porquanto –e agora não são palavras nossas– «as nossas escolhas, pelo próprio facto de serem tomadas, modificam necessariamente não só as condições, nas quais as gerações futuras se encontrarão relativamente à energia ou à qualidade do ambiente, relações políticas e sociais, mas também a própria natureza biológica das gerações futuras. E se cada escolha, seleccionada entre as alternativas possíveis, comporta uma responsabilidade, não podemos escolher não ser responsáveis: somo-lo sempre em qualquer caso» (44). Ora, se isto é uma inevitabilidade, demos, então, espaço –sem metáforas– às formas intermédias de censura –nas quais cabe, por inteiro, a bioética, mas também toda a parafrenália ético-social com que a comunidade dos tempos de hoje já não pode passar (p. ex., comissões hospitalares de ética –que, como vimos, são a resposta actual e adequada à prossecução de um «princípio de precaução» mesmo quando partimos do direito penal).

Para além de que, nesta linha de fronteira –de fronteira última para o nosso tempo histórico, pois outras hão-de vir–, há um radical que é insusceptível de ser dominado, de ser regulamentado, de ser jurisdicionalizado: é aquele que se concretiza, sem metáforas ou talvez com a mais densa de todas as metáforas e por isso se supera e destrói a si própria, no insondável do «*Unheimlich*» (o inquietante).

(40) É importante, neste específico domínio, ver ESPOSITO, Roberto, *Bíos*, Torino, Einaudi, 2004.

(41) A terminologia a que recorremos justifica-se pela distinção entre o viver e o viver integrado em uma determinada comunidade política historicamente determinada. Entre o simples acto de viver humano ou a nua vida e o Homem. Assim, o ser vivo enquanto *zoon* e o Homem como *bios*. Mas o *bios* não poderá configurar-se como noção una do Homem. O *bios* é a fusão das suas vertentes integracionais. Aristóteles distingue, por exemplo, o *bios theoreticus* (a vida contemplativa do filósofo), o *bios apolausticus* (a vida de prazer) e o *bios politicus* (a vida política). Sobre estas concepções, particularmente nas relações entre a vida e poder político, é incontornável a obra de AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1995. E ainda do mesmo autor, *Stato di Eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri editore, 2003.

(42) Em termos tais que se justifica falar em uma bio-política, por outras palavras, as implicações da vida natural do homem nos mecanismos e cálculos do poder. Cfr. AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer*, ob. cit. [n. 41], pp. 131 e s. Fundamental sobre bio-política é ainda a obra de FOUCAULT, Michel, *La volonté de savoir*, Paris, 1976.

(43) Existem autores alemães que falam já em uma «*Fernethik*», ou seja, uma ética que pretende –apoiada na consideração de que os efeitos ou resultados da actuação presente se repercutem em um futuro longínquo– uma responsabilidade de todos e para todos. Cfr. BIRNBACHER, Dieter, «*Grenzen der Verantwortung*», *Verantwortung, Prinzip oder Problem?*, Hrsg. Kurt Bayertz, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995, pp. 143 e s.

(44) FANTINI, Bernardino, ob. cit. [n. 35], p. 66.

