A vida é sempre uma coisa boa? Reflexões sobre os crimes de ‘auxílio ao suicídio’ e de ‘homicídio do consentidor’ em Itália*

Is life always a good thing? Reflections on the offences of ‘assisted suicide’ and ‘murder of a consenting person’ in Italy

Mario Caterini¹

Università della Calabria (Italia)
mario.caterini@unical.it

Morena Gallo²

Università della Calabria (Italia)
morena.gallo@unical.it

Resumo

O Tribunal Constitucional italiano declarou inadmissível o pedido de referendo popular para a revogação parcial do artigo 579 do Código Penal, considerando que, em resultado dessa revogação, se perderia a proteção mínima constitucionalmente necessária da vida humana, em geral e com particular referência às pessoas fracas e vulneráveis. Depois de ter feito algumas premissas críticas sobre o paternalismo jurídico e de ter delineado o sistema liberal-solidário que emerge da Constituição italiana, o contributo debruça-se sobre as possíveis opções normativas à disposição do legislador para fazer com que o titular do bem “vida” faça escolhas ponderadas e informadas e, assim, evite quaisquer “erros” autodestrutivos em matéria de escolhas de “fim de vida”. O trabalho investiga a mais recente jurisprudência constitucional italiana sobre o tema do “fim da vida” e os efeitos sobre as alegadas obrigações de proteção penal da vida. A proteção de um bem

* Este trabalho é o resultado de pesquisas e reflexões partilhadas, pelo que os §§ 1, 3 e 6 são atribuíveis a Mario Caterini e os §§ 2, 4 e 5 a Morena Gallo; de modo que o § 7 pode ser atribuído a ambos os autores.

¹ Professor de Direito Penal e Diretor do Instituto de Estudos Criminais ‘Alimena’. Università della Calabria. Dipartimento di Culture, Educazione e Società. Via Pietro Bucci, Edificio Cubo 18/B, piano 5, CEP 87036, Arcavacata di Rende, CS, Italia.

² Doutoranda em Direito Penal na Università della Calabria. Dipartimento di Culture, Educazione e Società. Via Pietro Bucci, Edificio Cubo 18/B, piano 5, CEP 87036, Arcavacata di Rende, CS, Italia.

jurídico constitucionalmente relevante, entre os quais a vida, é uma condição necessária, mas não suficiente para a proteção penal, o que exige uma avaliação ulterior, tanto do mérito como da necessidade da pena, à luz do princípio geral da extrema ratio. As conclusões visam sustentar a inexistência, em Itália, de obrigações constitucionais de penalização, mesmo para proteger a vida, a fortiori em matéria de eutanásia, porque as escolhas devem ser deixadas à autonomia do indivíduo sem interferência forçada do Estado através da sanção penal.

Palavras-chave: homicídio voluntário; proteção da vida humana; paternalismo; função 'crítica' do direito; obrigações de proteção penal; mérito da pena.

Abstract

The Italian Constitutional Court has declared inadmissible the popular referendum request for the partial abrogation of Article 579 of the penal code, considering that as a result of this abrogation the constitutionally necessary minimum protection of human life, in general and with particular reference to weak and vulnerable persons, would have been lost. The contribution, having made some critical premises on legal paternalism and outlined the liberal-solidaristic system that emerges from the Italian Constitution, deals with the possible normative options available to the legislator to make the holder of the good 'life' make well-considered and informed choices and, thus, avoid any self-damaging 'errors' in the matter of 'end of life' choices. The work investigates the most recent Italian constitutional jurisprudence on the subject of the 'end of life' and the effects on the alleged obligations of criminal protection of life. The protection of a constitutionally relevant legal asset, including life, is a necessary but not sufficient condition for criminal protection, which demands a further assessment, both of the merits and of the necessity of the penalty, in the light of the general principle of extrema ratio. The conclusions are aimed at sustaining the lack, in Italy, of constitutional obligations of penalisation, even to protect life, a fortiori in the matter of euthanasia, because choices must be left to the autonomy of the individual without forced interference by the State through penal sanction.

Keywords: murder of the consenting; protection of human life; paternalism; 'critical' function of the legal right; obligations of criminal protection; merits of punishment.

Introdução: a vida é sempre boa e a morte sempre má? Premissas e críticas ao paternalismo jurídico

Leonida Répaci, brilhante escritor calabrês, perguntava-se «se a vida é um bem e a morte um fim» (Repaci, 1932: 340). A literatura é capaz, muito melhor do que o direito, de explicar em poucas palavras a essência de uma questão e, muitas vezes, de sugerir, de forma arguta e sedutora, a sua resolução mais persuasiva. A questão que queremos abordar é a do 'fim da vida', da liberdade de escolher quando e como morrer, sobretudo se quem deseja fazer essa

escolha sofre de patologias graves, dolorosas e, muitas vezes, incuráveis. A solução para os numerosos problemas éticos e jurídicos relacionados com estas situações, em nosso entender, parte da seguinte questão: o 'bem próprio' e o 'mal próprio' têm uma natureza objetiva e absoluta, ou devem ser deixados à avaliação subjetiva e relativa do indivíduo? Répaci, com uma abordagem laica, sugeriu que o que para alguns ou para a maioria pode ser um mal, para outros pode ser visto como um bem, e vice-versa. Se, por outro lado, essas escolhas fossem objetivamente racionais e opções absolutas, quem deveria fazê-las em vez do indivíduo? O Estado? Em caso afirmativo, por que meios legais seria legítimo impor ou induzir o indivíduo a tais escolhas? Nestes casos, em conclusão, pode o Estado recorrer legitimamente à sanção penal?

As muitas questões que colocámos encontram algumas respostas teóricas, não incontroversas, no debate que se desenvolveu em torno do paternalismo jurídico, aquela ideia segundo a qual o Estado poderia usar a força, contra a vontade de um indivíduo adulto, mesmo que as suas escolhas sejam livres e racionais, para proteger um interesse qualificado como o bem do próprio indivíduo (Dworkin, 1971: 20; Kleinig, 1983: 3; Diciotti, 1986: 557; Alemany, 2006: 343). O fundamento original desta conceção pode ser encontrado na influência que os dogmas religiosos tiveram no direito penal pré-iluminista, com uma sobreposição entre a ideia de crime e a ideia de pecado (Schüneman, 2013: 312). Na doutrina cristã, não eram admitidas 'verdades' diferentes, mas apenas a ditada pelo 'credo', e qualquer opinião contrária era denunciada como errónea, capaz de dar origem não só ao pecado, mas também ao crime mais grave, o de lesa majestade divina (Jacobucci, 2005: 179). Santo Agostinho considerava a 'liberdade de errar' a pior morte da alma, afirmando, pelo contrário, que uma das formas de liberdade cristã era a liberdade do erro, ou seja, a liberdade de se submeter à verdade através do dom da fé (Trapè, 1990: 82).

O esforço de superação destas ideias teocráticas, no sentido da secularização do Estado, iniciou-se com o naturalismo laico, por exemplo de Grotius (Moccia, 1979: 61), e com o conceito de dano social como fundamento do crime, ideia mais tarde reafirmada pelos iluministas, como Beccaria e Helvétius, nos seus ulteriores esforços modernizadores (Beccaria, 1764: 46; Helvétius, 1758: 170). Isto reflete o carácter teleológico de uma certa perspectiva utilitarista, sendo o dano considerado o único critério justificativo da punição, excluindo a perspectiva formalista baseada na mera desobediência, ou seja, na simples violação de uma regra. Estes pensadores consideravam o contrato social e a autonomia do indivíduo como as bases deontológicas do direito penal (Schüneman, 2013: 315). A liberdade do homem era considerada o bem mais precioso e incluía a possibilidade de dispor de si próprio da forma que melhor se adequasse à sua própria felicidade, sujeita ao respeito pelos direitos dos outros (Radzinowicz, 1968: 6).

Os princípios do Iluminismo constituíram o manifesto da abordagem liberal, que encontrou desenvolvimento nas teorizações anglo-saxónicas. É bem conhecida a de Mill, segundo a qual a única justificação para limitar a liberdade de ação de um indivíduo é evitar prejudicar os outros. O bem, físico ou moral, do indivíduo que age não é justificação suficiente. Não se pode obrigá-lo a fazer ou a não fazer algo porque é melhor para ele, porque o tornará mais feliz, porque, na opinião dos outros, é conveniente ou mesmo correto. [...] A coerção [...] já não é admissível como meio de fazer o bem aos homens, e só é justificável para a segurança dos outros (Mill, 1997: 31-35).

Para além do argumento de origem teológica, outros foram concebidos a favor do paternalismo (Diciotti, 1986: 76). Por exemplo, o perfeccionismo moral, que pode transcender para um verdadeiro moralismo legal, segundo o qual o Estado tem a tarefa de guiar pela persuasão ou, se necessário, pela força, em direção a uma excelência moral ideal, proibindo

assim mesmo as ações consideradas moralmente inaceitáveis, mesmo que só causem danos a si próprio, quando isso for incompatível com o cultivo de certas virtudes (Stephen, 1874: 7; Devlin, 1959: 11; Häyry, 1991: 202; Danesi, 2004: 589). Mais uma vez, o argumento utilitarista foi utilizado na sua versão holística, segundo a qual o indivíduo é uma parte inseparável da sociedade e, uma vez que cria relações com outros indivíduos, essas relações já não podem ser legitimamente cortadas, sem causar danos, precisamente aos outros, à comunidade (Mill, 1997: 92; Padovani, Stortoni, 2006: 51; Dahm, 1938: 225; Schaffstein, 1935: 108).

No debate anglo-americano da segunda metade do século XX, por outro lado, parecem ter prevalecido as ideias contra o moralismo e o paternalismo jurídico, consubstanciadas pelo princípio do *dano* – em alguns aspectos comparável ao princípio da ofensividade na Europa continental (Fiandaca, Francolini, 2008; Cadoppi, 2008: 83; Francolini, 2008: 282; Micheletti, 2011: 275) – centrado na possibilidade de sancionar apenas como consequência de danos a terceiros e não também por danos a si próprio (Donini, 2010: 41). Fundamental neste ponto é a refinada construção teórica de Feinberg, que se baseia na autodeterminação como direito fundamental, como valor em si mesmo, independentemente de as escolhas serem vantajosas, boas ou más, segundo parâmetros selecionados por outros ou pela comunidade (Feinberg, 1984: 115). Daí a oposição ao paternalismo, quer na sua forma direta, isto é, quando a pretensão sancionatória é feita para contrariar ações que afetam apenas a si próprio; quer na sua forma indireta, isto é, quando a situação envolve duas ou mais pessoas, em que um ou mais sujeitos realizam a ação em relação ao outro, com a sua aprovação ou desejo, de acordo com a máxima *volenti non fit iniuria* (Feinberg, 1984: 11).

O verdadeiro paternalismo, por outro lado, é apenas aquele que se define como *duro*, isto é, que limita a autodeterminação de um indivíduo, adulto, capaz e adequadamente apto a tomar decisões livremente; o paternalismo *brando*, por outro lado, isto é, que visa limitar as escolhas autodanificadas que não são total ou efetivamente voluntárias, não é verdadeiro paternalismo (Feinberg, 1984: 12). Neste último caso, trata-se ainda de um modelo antipaternalista, que pode ser definido como moderado (Feinberg, 1984: 15-16).

Sem poder analisar aqui exaustivamente os vários requisitos de voluntariedade da escolha delineados por Feinberg, pode, no entanto, dizer-se que o antipaternalismo moderado não permite que o Estado use a força contra a vontade de um indivíduo adulto e capaz para o impedir de causar o que se considera ser um dano a si próprio, se a sua vontade tiver sido formada racionalmente, se basear no conhecimento dos fatos relevantes, se for estável ao longo do tempo e se estiver suficientemente livre de compulsão ou pressão (Feinberg, 1983: 104). Se o consentimento não for viciado nestes termos, a autodeterminação do indivíduo não pode ser restringida se não causar danos a terceiros (Maniaci, 2011: 134).

Raciocinando assim, verifica-se que mesmo o antipaternalismo moderado admite a possibilidade de sancionar certas escolhas com efeitos apenas sobre si próprio, com base num paradigma ideal de racionalidade, e admite, nos casos de paternalismo indireto, a possibilidade de sancionar quem age em detrimento de outros com base num consentimento irracional, numa vontade falaciosa. O problema fundamental do antipaternalismo moderado é o de circunscrever com precisão as hipóteses em que o Estado é legitimado a restringir as escolhas de adultos aparentemente consentidos, racionais e competentes; o de descrever adequadamente um conceito ideal-típico de racionalidade e competência (Arneson, 2005: 275). As consideráveis dificuldades inerentes a este fato, no entanto, não permitem, por um lado, negar a possibilidade de adultos aparentemente racionais e competentes terem uma vontade 'defeituosa'; por outro, admitir que qualquer escolha feita por um indivíduo alegadamente incapaz é expressão da sua vontade plena, íntima, consciente e livre. Os

condicionamentos que cada indivíduo recebe do exterior, como as induções culturais e sociais, bem como as suas deficiências deliberativas por limitações cognitivas ou falta de informação, tornam difícil negar que há situações em que os indivíduos, adultos e presumivelmente capazes de querer e intencionar, fazem escolhas que, na ausência dessas influências externas ou deficiências cognitivas, provavelmente não teriam feito (Hodson, 1983: 43; Micheletti: 2011: 284).

A questão reside, pois, na dificuldade de discernir as escolhas que resultam de uma vontade autêntica e plena daquelas que decorrem de uma intenção falaciosa e inautêntica, uma vez que as verdadeiras razões da conduta humana permanecem, em grande medida, inescrutáveis (Moccia, 1992: 87; Di Giovine, 2013: 626). Por outro lado, face a esta indefinição, isto é, face à dúvida sobre se a vontade reputada de auto infligida é verdadeiramente genuína, legitimar o instrumento penal, com comandos ou proibições absolutas, para proteger o que o Estado considera ser o bem do indivíduo ou o que deveria ser a sua autêntica vontade racional, significaria, por um lado, impor à força um modelo comportamental à revelia da liberdade de autodeterminação e, por outro, afirmar uma ideia objetiva e universal de 'bem', incompatível com uma ordem pluralista e laica.

Isto não significa necessariamente partilhar a ideia do liberalismo clássico, segundo a qual a razão fundamental da autonomia individual se encontra na sua instrumentalidade em relação ao pleno desenvolvimento e bem-estar da pessoa, porque raciocinar desta forma acabaria por negar que alguns comportamentos humanos – como será melhor explicado mais adiante – nem sempre são racionalmente marcados pelo bem-estar do indivíduo que os realiza, sendo antes condicionados por limitações cognitivas ou fatores externos (Ghini, 2010, 157). No entanto, admitir a existência de tais influências não é o mesmo que negar o valor inalienável da autonomia individual, que, pelo contrário, pode encontrar a sua justificação no 'princípio da reciprocidade', ou seja, no respeito e reconhecimento mútuo da dignidade dos outros como pressuposto das relações humanas, logicamente precedendo e fundando o próprio princípio democrático (Pulitanò, 2011: 499; Cadoppi, 2011: 228-229). Se as razões últimas das escolhas permanecem insondáveis e se, por consequência, muitas vezes não é possível compreender com certeza se essas escolhas são fruto de uma vontade autêntica, o valor da autodeterminação deve, no entanto, ser reafirmado como pressuposto ético, antes mesmo do jurídico, da convivência civil, no sentido de que a liberdade da vontade deve ser assumida nos outros para que os outros a reconheçam em nós (Küng, 2010: 92, 227).

Aliás, esta necessidade ética de reconhecimento da liberdade de escolha, aliada ao reconhecimento dos condicionamentos que podem 'viciar' as decisões dos indivíduos, não impede que se prevejam instrumentos reguladores - como se verá adiante - destinados a garantir que a vontade autodestrutiva seja o mais autêntica possível.

O sistema liberal-solidarista concebido pela Constituição italiana

Mantendo-se no quadro da construção anti-paternalista clássica, tendencialmente restritiva da punibilidade, pode dizer-se que esta pertence ao empíreo teórico e assenta em princípios dirigidos a um legislador 'ideal' (Feinberg, 1984: 4). Para tentar perceber até que ponto esta idealidade se reflete num sistema jurídico, é necessário analisar se estes princípios se refletem em normas positivas e, em primeiro lugar, em normas constitucionais que representam o projeto de um Estado, a ideia de sociedade de um país.

No que respeita à Constituição italiana, há várias normas que nos interessam. Por um lado, emerge o primado da pessoa e dos seus direitos fundamentais, entre os quais se destaca

a liberdade moral de autodeterminação, conjugada com a inviolabilidade da liberdade pessoal consagrada no artigo 13, com o direito à saúde previsto no artigo 32 e a correspondente proibição de impor tratamentos de saúde exceto nos casos previstos na lei no respeito pela pessoa humana. Por outro lado, são evidentes os princípios típicos de um Estado laico e pluralista: a igual dignidade dos cidadãos independentemente das suas diferentes condições de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas e outras de carácter pessoal ou social (art. 3, n. 1); as liberdades religiosas (arts. 7., 8., 18 e 19); a liberdade de manifestação do pensamento (art. 21.) (Romano, 1981: 477; Moccia, 1990: 863; Fiandaca, 1991: 165; Mantovani, 1994: 519; Dolcini, 2009: 1017; Canestrari, 2012: 8; Cavaliere, 2013: 424). O laicismo, entendido como proteção do pluralismo, representa, portanto, em Itália, um princípio inspirador da legislação penal constitucionalmente orientada, que impõe ao Estado uma posição neutra em relação a uma determinada moral ou religião, mesmo em referência a escolhas consideradas prejudiciais para si próprio (Rawls, 1994: 168; Canestrari, Cornacchia, 2007: 225).

Nesta perspectiva, é clara a matriz liberal e antidogmáticas da Constituição italiana, na qual não há lugar para uma presunção de verdade absoluta típica do monopólio totalitário. Nas palavras de Einaudi, um eminente constitucionalista italiano, pode dizer-se que o método da liberdade «reconhece desde logo o poder de cair no erro» (Einaudi, 1959: 60). O pluralismo, considerado um meta-valor (Zagrebelsky, 1992: 11), se não implica a aquiescência a qualquer afirmação, parte, no entanto, da ideia de que ninguém é depositário da única verdade. A ‘bússola’ pluralista em chave personalista, representada pela Constituição italiana, concebe um sistema aberto que, por isso, evita a tirania dos valores de alguém sobre os outros (Zagrebelsky, 1988: 26). O pluralismo, sendo um meta-valor, não permite por si só um equilíbrio estável entre princípios contraditórios, que, pelo contrário, interagem. A sua composição deve ser encontrada pelo legislador dentro, porém, do limite da Constituição, que, deste ponto de vista, estabelece «os pontos inalienáveis de qualquer combinação» (Zagrebelsky, 1992: 127).

Na Constituição italiana, portanto, o princípio liberal deve ser harmonizado com o princípio solidarista expresso nos artigos 2. e 3., visando o cumprimento de deveres de solidariedade e a remoção de obstáculos de natureza económica e social que limitem efetivamente a liberdade e a igualdade dos cidadãos (Barbera, 1975: 50). É este o conjunto de princípios à luz dos quais se deve avaliar se o legislador justifica a adoção de uma legislação penal paternalista. Os ‘pontos cardeais’ axiológicos são, pois, a pessoa, a liberdade, a solidariedade e a igualdade; referências que não são liberais clássicas, mas que se enriquecem com uma componente igualitária e solidária, compatível com o conceito de antipaternalismo moderado, componente que, por outro lado, não parece dar lugar a formas de verdadeiro paternalismo. A solidariedade e a remoção de obstáculos significam o reconhecimento do direito de cada um a perseguir o ‘seu próprio bem’, mesmo através da ajuda oferecida pelo Estado, livremente aceite, mas não representam uma obrigação de aceitar o ‘verdadeiro bem’ segundo os outros, através da imposição de uma suposta ajuda (Cavaliere, 2013: 425, 426).

A perspectiva liberal-solarista assumida pela Constituição italiana é útil, como antecipamos, para legitimar o antipaternalismo moderado e, em particular, as normas que visam regular situações em que se afigura coerente com os princípios constitucionais ‘conter’, até certo ponto, escolhas consideradas autodestrutivas, mesmo em ‘fim de vida’, de um indivíduo adulto e capaz, quando, por exemplo, essas escolhas possam resultar de limitações ou erros cognitivos. A mesma perspectiva, portanto, pode também ser útil para avaliar a legitimidade de normas que imponham determinados comportamentos a terceiros que entrem em contato com indivíduos que tenham vontade de tirar a própria vida, por exemplo, por estarem gravemente doentes.

Somos realmente livres para fazer escolhas racionais? Possíveis opções do legislador para evitar os 'erros' autodestrutivos do indivíduo

O ideal filosófico de autonomia subjacente ao antipaternalismo pode entrar em atrito com o próprio funcionamento da mente humana, de acordo com os conhecimentos atuais da psicologia e das neurociências em geral. Sem poder entrar nos pormenores destas teorias, é possível, no entanto, recordar que, segundo alguns estudos de psicologia cognitiva, existem dois sistemas de pensamento em cada pessoa: um, automático e intuitivo, que governa as reações rápidas ou inconscientes; o outro, racional e reflexivo, que superintende o comportamento consciente, controlado e dedutivo (Kahneman, Tversky, 1979: 47). A concorrência entre estes dois sistemas, associada à heurística ('atalhos mentais', ou seja, elaborações psíquicas simplificadas destinadas a atingir o objetivo num curto espaço de tempo e com um esforço cognitivo mínimo), conduz a erros característicos (*enviesamentos*), que impedem que sejam feitas as melhores escolhas no interesse do indivíduo. Isto tende a mostrar que um modelo baseado na noção de agente racional é inadequado para descrever o comportamento real de tomada de decisão (Kahneman, Tversky, 1982: 3; Bonini, 2001: 391; Rossano, 2012: 85). Se existem limites cognitivos inatos à racionalidade das decisões, pode assumir-se que as normas que tendem a 'influenciar' as escolhas dos indivíduos para condutas consideradas não autodestrutivas não são paternalistas, ou são-no apenas moderadamente; preservando sempre, no entanto, a liberdade última de escolha, i.e., sem coerção, mas assegurando que, eventualmente, o próprio indivíduo se convença, com base num juízo *a posteriori*, de que esse é efetivamente o seu bem (Thaler, Sunstein, 2008: 5; Glaeser, 2006: 133). A moderação deste anti-paternalismo reside no fato de se reconhecer ao Estado, apenas, a possibilidade de influenciar o indivíduo. Tenta-se orientar a sua escolha para o que é considerado ideal, sem, no entanto, comprometer a sua autonomia no momento da decisão final, que caberá sempre ao indivíduo, ainda que depois de efetuados determinados procedimentos para o alertar para as possíveis consequências da sua conduta.

A psicologia cognitiva e a neurociência demonstraram, assim, a abstração, senão mesmo a ficção, da racionalidade perfeita dos indivíduos e da tendência para a maximização da utilidade como objetivo de toda a escolha humana. O reconhecimento de fatores, intrínsecos ou extrínsecos ao homem, como fontes de condicionamento do 'processo' de livre autodeterminação, parece, pois, legitimar constitucionalmente, numa perspectiva solidarista, as normas destinadas a remover os obstáculos representados, por exemplo, por aqueles fatores mórbidos ou sociais, por aquelas deficiências educativas, por aqueles limites cognitivos da racionalidade, que por vezes impedem o indivíduo – embora capaz de compreender e querer – de fazer escolhas no seu próprio interesse; escolhas que podem dar origem a decisões que, sem esses 'obstáculos', talvez não fossem tomadas. No que diz respeito às escolhas de 'fim de vida' feitas por indivíduos que sofrem de patologias graves, é evidente, por um lado, que só quem possui as faculdades mentais adequadas pode aspirar a pedir para ser ajudado a morrer; por outro lado, verifica-se que essas faculdades cognitivas podem, em alguns casos, estar condicionadas, enfraquecidas, se não mesmo comprometidas, pela própria doença ou pelas condições de prostração psicológica devidas ao sofrimento, incluindo o sofrimento moral, suportado talvez durante longos anos. Fatores mórbidos, portanto, que podem ser prejudiciais à suposta racionalidade da decisão e também à 'autenticidade' da liberdade da vontade, embora afetem um sujeito considerado capaz de compreender e querer.

O discurso abre-se, portanto, para as possíveis opções de regulação que o legislador pode adotar na presença de possíveis erros cognitivos ou escolhas que podem ser irracionais (Rangone, 2012: 151; Rubaltelli, 2006: 57). Uma primeira opção é a do ‘comando-controlo’, que proíbe certas atividades, muitas vezes através da utilização de sanções penais, também para evitar os possíveis erros do indivíduo, que faz uma escolha autodestrutiva. Como forma de paternalismo indireto (ver § 1), pense-se no artigo 580. do Código Penal italiano que, como veremos mais adiante, pune com pena de prisão de cinco a doze anos quem facilitar de alguma forma o suicídio de outrem, mesmo quando a decisão parece ser totalmente livre e incondicional.

Deixando de lado outras opções regulatórias pouco adequadas às escolhas em ‘fim de vida’ – como os instrumentos³ de *empowerment* –, a outra opção é a das estratégias de *nudge*, que visam evitar erros, orientando *suavemente* as escolhas no sentido que o legislador considera desejável, sem prejuízo da liberdade final de escolha. Podem ser escolhas pré-definidas, feitas por *default* pelos poderes públicos, mas admitindo uma escolha expressa em contrário por parte do indivíduo (Thaler, Sunstein, 2008; Eidenmüller, 2011: 814). Os problemas associados a uma regulação inspirada neste antipaternalismo moderado ou paternalismo libertário, como o *gentle push*, podem estar relacionados, por exemplo, com a possibilidade de as escolhas do legislador, destinadas a evitar erros cognitivos dos indivíduos, serem, por sua vez, o resultado de erros cognitivos opostos, ou serem, de fato, o resultado de escolhas ideológicas, morais ou religiosas, camufladas pelo suposto ‘bem’ ou interesse do indivíduo. Neste último caso – como poderia ocorrer também em relação às escolhas de fim de vida – instrumentaliza-se o suposto ‘bem’ do indivíduo, quando as verdadeiras razões da escolha legislativa são outras, incompatíveis com um Estado laico e pluralista como o concebido pela Constituição italiana (ver § 2).

Por outro lado, não se deve subestimar o risco de regulamentações excessivas e injustificadas, susceptíveis de constituir um obstáculo exagerado, por exemplo processual, a certas escolhas dos indivíduos. Se o legislador criar um pesado aparelho burocrático a ultrapassar para chegar à escolha desaconselhada pelo Estado, tal constitui uma forma menos grave, mas ainda assim perceptível, de restrição da liberdade. A processualização da escolha, aliás, deve ser tanto mais grave, laboriosa e minuciosa quanto mais grave for o dano potencial e mais concreta a possibilidade da sua realização. É, pois, evidente que, no caso das escolhas em ‘fim de vida’, tendo em conta o que está em causa, são legítimos procedimentos complexos e articulados destinados a apurar a genuinidade da vontade suicida.

Nas últimas décadas – sobretudo no direito civil, no direito da defesa do consumidor e no direito económico e financeiro – o paternalismo libertário tem recebido vários apoios e tem sido repetidamente sugerido *de lege ferenda*. Parece, pois, tratar-se de uma linha de evolução do direito, que poderia também dizer respeito ao direito penal, tendo em conta as maiores implicações morais e o simbolismo que a proibição penal tradicionalmente comporta (Mill, 1993: 1227). Um exemplo, em alguns aspectos, poderão ser as leis que, em alguns países, com destaque para a Holanda e a Bélgica, permitem a eutanásia ativa sob determinadas condições processuais que visam garantir a plena autonomia, ponderação e informação do indivíduo, procurando evitar formas de ‘vontade falaciosa’ (Magro, 2001: 229; Canestrari, Ciambalo, Pappalardo, 2003: 133).

³ Trata-se de instrumentos destinados a educar os destinatários para enfrentar os erros, à semelhança das advertências nos maços de cigarros ou das calorias dos produtos alimentares, ou ainda dos prospectos de produtos financeiros. Até à data, os resultados destes instrumentos são incertos, quer porque este tipo de informação não consegue muitas vezes ultrapassar as atitudes de carácter dos indivíduos, quer porque seria necessário ir ao fundo da exatidão da informação.

Medidas processuais de exculpação como regulação das escolhas de 'fim de vida'

O exemplo agora dado, do ponto de vista penal, conduz o discurso para as chamadas medidas processuais exculpatórias, que consistem, em geral, em *procedimentos* administrativos destinados a averiguar antecipadamente a certeza de certos pressupostos da licitude do ato (Donini, 2004: 28; Di Giovine, 2009: 178; Sessa, 2018: *passim*; Sessa, 2024: 168). Entre estas, pode também incluir-se a liberdade da escolha auto infligida, informada, consciente, ponderada à luz de uma série de explicações. O bode expiatório processual, por si só, tende a uma neutralidade do Estado em relação ao valor ético da escolha, limitando-se a controlar a própria liberdade da escolha (Donini, 2004: 29-30). Não é de excluir, aliás, que os procedimentos administrativos subjacentes a estas medidas exculpatórias possam também ser utilizados para orientar o indivíduo, com um 'empurrãozinho', para uma determinada escolha (não lesiva) considerada preferível pelo legislador. Por outro lado, se o objetivo for a superação de eventuais erros cognitivos, as intenções do Estado e do indivíduo podem, de certa forma, acabar por coincidir, uma vez que o legislador terá, de fato, a missão de orientar a escolha, mas para aquela opção (não lesiva) que, a jusante do procedimento de informação, se pode revelar a preferível de acordo com o juízo *a posteriori* do próprio indivíduo. Não se trata, portanto, de um paternalismo puramente 'cautelar' (destinado, através de obrigações ou proibições absolutas, a prevenir um acontecimento que, segundo o Estado, o indivíduo tem manifestamente interesse em evitar), mas antes de um carácter 'tutelar', i.e., destinado a garantir a efetividade da vontade auto danosa, onde a matriz 'cautelar' não pode ir além do 'empurrãozinho' (Husak, 2008: 69). O modelo aqui proposto, portanto, pode enquadrar-se no chamado paternalismo libertário em sentido 'tutelar', destinado a sugerir ao indivíduo a adoção de condutas capazes de reduzir a autoexposição a determinados riscos ou danos, como a morte. Condutas que, se afetadas por erros cognitivos, de algum modo saem do domínio da vontade autêntica, para cair antes numa espécie de atitude culposa autodenominada (Capoppi, 2008: 107).

Assim, num sistema liberal-solidarista como o desenhado pela Constituição italiana, a intervenção do Estado deve limitar-se, mesmo através da procedimentalização, a práticas de *soft influence* que não comprometam o direito à autodeterminação, visando, nomeadamente, a superação de eventuais *vieses* típicos cognitivos determinantes (Trout, 2005: 393). A interferência do Estado através da sanção penal, por outro lado, não deve ter como objetivo modificar as preferências individuais em conflito com valores supostamente superiores (morais, ideológicos, religiosos etc.) ou com um conceito de 'bem próprio' definido por outros. Tais estratégias, de *soft push* procedimentalizado, não só são legítimas, como, se destinadas a ultrapassar limitações cognitivas decorrentes de fatores mórbidos ou de prostração psicológica em sujeitos, em todo o caso, considerados capazes de compreender e querer, são deveres de um sistema solidarista, na medida em que visam remover obstáculos que limitam efetivamente a liberdade e a igualdade dos cidadãos. A efetiva liberdade de decisão, de fato, não pode prescindir da possibilidade de acesso ao melhor conjunto de informações relevantes (Risicato, 2024: 139). Assim, no que respeita às escolhas em fim de vida, parece óbvio que uma escolha informada tem como pressuposto uma vontade plenamente informada pela comunicação precisa do diagnóstico e do prognóstico da doença, bem como pela apresentação de alternativas possíveis, como os cuidados paliativos e a terapêutica da dor.

A disciplina legal e a jurisprudência constitucional italiana sobre as escolhas do 'fim da vida'

Até agora, reconstruímos o quadro teórico no qual uma regulamentação legítima das escolhas de fim de vida deveria ser inscrita num sistema liberal-solidário como o que foi concebido pela Constituição italiana de 1948. O código penal italiano, por outro lado, data de 1930, da era fascista, com uma abordagem ideológica profundamente diferente da que foi adotada mais tarde pela Constituição. Esta discrepância é também claramente perceptível no que respeita às escolhas do 'fim da vida'. De fato, os artigos 579 (homicídio da pessoa que consentiu) e 580 (auxílio ao suicídio) do Código Penal italiano parecem demonstrar a indisponibilidade do bem 'vida' por parte do seu titular, mesmo quando a escolha resulta de uma vontade plenamente livre, incondicional e informada.

Consideramos oportuno, neste momento, descrever mais pormenorizadamente as duas infrações. A morte consentida, prevista no artigo 579. do Código Penal, não é mais do que uma infração 'especial' relativamente à infração geral prevista no artigo 575. do Código Penal sobre o homicídio, inserida no ordenamento jurídico para punir também a eutanásia. Esta disposição prevê que «quem provocar a morte de um homem, com o seu consentimento, é punido com uma pena de prisão de seis a quinze anos. Não são aplicáveis as circunstâncias agravantes indicadas no artigo 61. As disposições relativas ao homicídio são aplicáveis se o ato for cometido: 1. contra um menor de dezoito anos; 2. contra uma pessoa insana ou em estado de deficiência mental, devido a outra enfermidade ou devido ao abuso de substâncias alcoólicas ou estupefacientes; 3. contra uma pessoa cujo consentimento tenha sido extorquido pelo autor do crime através de violência, ameaça ou sugestão, ou que tenha sido obtido por engano». A lei considera o homicídio com consentimento como uma infração distinta, embora se trate essencialmente de um homicídio comum, atenuado pelo consentimento da vítima. Com efeito, o elemento especializante do homicídio comum é precisamente o consentimento da vítima, o que, por um lado, diminui o desvalor penal da conduta; por outro lado, não se enquadra na causa de justificação do consentimento do titular do direito prevista no artigo 50. do Código Penal, uma vez que o seu objeto é um direito, a vida, considerado absolutamente inalienável pelo legislador de 1930. ⁴Foi precisamente o artigo 579. do Código Penal que em 2021 foi objeto de uma proposta de referendo, para a sua revogação parcial, sobre a seguinte questão: «Quer o artigo 579. do Código Penal (homicídio da pessoa que consente) aprovado pelo Real Decreto n. 1398, de 19 de outubro de 1930, n. 1, limitado às seguintes palavras 'pena de prisão de seis a quinze anos'; n. 2 na íntegra; n. 3 limitado às seguintes palavras 'aplicase'?» O texto do artigo 579 do Código Penal, que, no caso de a pergunta ser admitida e o referendo aceite, teria sido o seguinte: «quem causar a morte de um homem, com o seu consentimento, é punido de acordo com as disposições relativas ao homicídio, se o ato for cometido: 1. contra um menor de dezoito anos; 2. Contra pessoa insana, ou em estado de deficiência mental, devido a outra enfermidade ou ao abuso de substâncias alcoólicas ou estupefacientes; 3. Contra pessoa cujo consentimento tenha sido extorquido pelo agente por meio de violência, ameaça ou sugestão, ou que tenha sido obtido por meio de engano». Na

⁴ O referendo revogatório está previsto no artigo 75.^º da Constituição italiana e estabelece que 500.000 cidadãos ou 5 conselhos regionais podem propor a todo o corpo eleitoral «a revogação total ou parcial de uma lei ou de um ato com força de lei», ou seja, uma lei em sentido formal, isto é, aprovada pelo parlamento de acordo com o procedimento ordinário. Depois de o referendo ser proposto, o Tribunal Constitucional decide sobre a sua admissibilidade. Todos os cidadãos que votam para a eleição do parlamento têm o direito de participar no referendo e, para que este seja válido, é necessário que haja *quórum*, ou seja, que a maioria dos cidadãos com direito de voto participe na votação; para que a norma objeto do referendo seja revogada, é necessário que haja maioria dos votos validamente expressos.

perspectiva dos promotores do referendo, o consentimento passava a assumir um novo valor: de elemento que, qualificando a conduta, atenua o tratamento punitivo do homicídio [ainda que subsistente], a pressuposto que exclui a conduta da área do penalmente relevante, sujeita a exceções construídas sobre a condição dos – residuais – ofendidos (Padovani, 2021: 7). O que foi proferido pelo Tribunal Constitucional italiano sobre a proposta de referendo foi, no entanto, um juízo de (in)admissibilidade, de que falaremos de seguida.

Por outro lado, a infração prevista no artigo 580. do Código Penal (instigação ou auxílio ao suicídio) prevê que «quem determinar o suicídio de outrem ou o encorajar, ou facilitar de qualquer modo o seu suicídio, é punido, se o suicídio se realizar, com pena de prisão de cinco a doze anos. Se o suicídio não se concretizar, é punido com pena de prisão de um a cinco anos, desde que da tentativa de suicídio resultem lesões corporais graves ou muito graves. As penas são agravadas se a pessoa que instigou ou suscitou ou ajudou se encontrar numa das condições indicadas nos números 1 e 2 do artigo anterior. No entanto, se a referida pessoa for menor de catorze anos ou, em qualquer caso, não tiver capacidade de entendimento ou vontade, aplicam-se as disposições relativas ao homicídio». Deixando de lado a análise da conduta de instigação e centrando-nos na de auxílio ao suicídio, podemos dizer que a conduta consiste em facilitar voluntariamente a execução do suicídio de outrem, cometido ou pelo menos tentado com ofensas corporais graves ou muito graves, através de atos de auxílio prestados ao suicídio, por exemplo, fornecendo os meios para a execução do suicídio, criando situações favoráveis, dando instruções adequadas à execução etc. Não deve haver cooperação direta na execução, caso contrário a conduta é abrangida pelo crime de homicídio de uma pessoa que deu o seu consentimento.

Ambas as normas em apreço protegem o bem da vida, na ótica do legislador histórico mesmo contra a vontade do seu titular. De fato, na visão ideológica defendida pelo código de 1930 – imbuída de autoritarismo misturado com catolicismo – a vida era quase um ‘dever’ e não um ‘direito’. Embora a tentativa de suicídio não seja punida em Itália, as razões para tal, na leitura dos trabalhos preparatórios do código, não se encontram na liberdade de tirar a própria vida sem correr o risco de sofrer consequências penais em caso de fracasso, mas na razão – embora correta – de que a ameaça de punição não teria qualquer efeito dissuasor sobre um sujeito angustiado ao ponto de cometer suicídio. Pelo contrário, foi salientado nos trabalhos preparatórios que a ameaça de punição teria o efeito contrário, ou seja, induziria a pessoa a preparar-se bem e a executar o suicídio de forma eficaz, precisamente para evitar a pena em caso de fracasso. O ‘dever’ de viver é um postulado próprio de um Estado ético e totalitário, como o Estado fascista, porque o indivíduo nesse contexto ideológico era uma ‘engrenagem’ do Estado, era-lhe útil para trabalhar, produzir, lutar, procriar etc. Se viver era uma espécie de ‘dever’, então a vida não podia ser livremente alienada pelo seu proprietário, porque ‘pertencia’ [também] ao Estado.

É certo que a perspectiva se alterou profundamente com a entrada em vigor da Constituição Italiana, marcada pelos já referidos princípios liberais e solidaristas que colocaram a pessoa no centro e não mais o Estado e que reconheceram uma série de direitos e liberdades que, certamente, militam numa perspectiva que pôs em causa a plena legitimidade dos casos anteriormente referidos (artigos 579 e 580 do Código Penal), sobretudo no que se refere à tão debatida questão das práticas de eutanásia. Basta ter presente o artigo 32. da Constituição, que, se, por um lado, protege a saúde como um direito fundamental do indivíduo (antes mesmo de ser um interesse da coletividade), por outro, impede que alguém seja obrigado a submeter-se a um determinado tratamento médico (exceto por disposição legal). Em suma, pode dizer-se que a saúde e mesmo a vida, para a Constituição italiana, são um

direito fundamental, mas não um dever, com tudo o que daí pode resultar em termos de direito penal.

O Tribunal Constitucional italiano (sentença n. 242 /2019, caso Cappato), de fato, declarou a ilegitimidade constitucional do artigo 580. do Código Penal (auxílio ao suicídio), na parte em que não exclui a punibilidade de quem, na forma prevista nos artigos 1. e 2. da Lei n. 219/2017 (regras sobre consentimento informado e disposições antecipadas de tratamento), facilite a execução da intenção suicida – autónoma e livremente formada – de uma pessoa mantida viva por tratamentos de suporte de vida e que sofra de uma patologia irreversível, fonte de sofrimento físico ou psíquico que considere intolerável, mas plenamente capaz de tomar decisões livres e conscientes, desde que essas condições e as modalidades de execução tenham sido verificadas por uma estrutura pública do serviço nacional de saúde, após parecer da comissão de ética territorialmente competente.

Hoje, portanto, a Lei n 219/2017 dá relevância à vontade expressa do paciente de recusar o tratamento de saúde necessário à sua sobrevivência (Canestrari, 2023: 35). A hipótese em que uma pessoa plenamente capaz de se autodeterminar exprime a recusa de um tratamento médico, apesar de ter sido informada pelo médico das consequências, portanto do perigo ou certeza de morte ou de grave prejuízo para a saúde, gerou um vivo debate na doutrina e na jurisprudência, através do qual, mesmo antes da Lei n. 219/2017, se afirmava o direito, pelo menos, a ‘não se tratar’ e a ‘deixar-se morrer’, conceito, aliás, diferente de um verdadeiro ‘direito a morrer’.

A jurisprudência constitucional italiana teve oportunidade de se exprimir novamente, muito recentemente, sobre as mesmas questões, reforçando, em substância, o que tinha sido anteriormente afirmado, mas especificando que o acórdão n. 242/2019 não reconhecia um direito geral a pôr termo à vida, mas, à luz da Lei n. 219/2017, afirmava o direito a recusar tratamentos de manutenção da vida, fazendo com que mesmo os procedimentos menos invasivos fossem incluídos entre esses tratamentos (Cort. cost., 18 de julho de 2024, n. 135). Nesta última decisão, o Tribunal reiterou que o direito à vida é objeto de proteção expressa por todas as cartas internacionais de direitos humanos, que mencionam este direito em primeiro lugar sobre qualquer outro (art. 2. da CEDH; art. 6. do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos), ou imediatamente após a proclamação da dignidade humana (art. 2. da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). Destas disposições, segundo o Tribunal italiano, decorrem, portanto, obrigações que vinculam também a ordem jurídica nacional, através do artigo 117, n 1, da Constituição (bem como, no que respeita à CDFUE, do artigo 11 da Constituição). Do reconhecimento do direito à vida decorre, finalmente, o correspondente dever da ordem jurídica de assegurar a sua proteção através da lei (bem como, de um modo mais geral, através da ação de todos os poderes públicos). Este dever – estabelecido em termos explícitos pelo artigo 2., n. 1, da CEDH e pelo artigo 6., n. 1, do PIDCP – foi recentemente afirmado por este Tribunal, com particular clareza, precisamente no que se refere à questão do fim da vida: [d]o artigo 2. – não diferentemente do artigo 2. da CEDH – descende o dever do Estado de proteção da vida de cada indivíduo’ (Despacho n. 207, de 24 de outubro de 2018).

Foi precisamente a afirmação do dever de proteção da vida humana por parte do Estado que esteve na base da já referida decisão de inadmissibilidade do referendo sobre a revogação parcial do artigo 579. do Código Penal (homicídio de pessoa consentida), uma vez que, ao tornar lícito o homicídio mediante consentimento válido, teria privado a vida da proteção mínima exigida pela Constituição (Sentença de 2 de março de 2022, n. 50; Adamo, 2024: 21).

O Tribunal Constitucional, de fato, deveria ter respondido à questão «o referendo é admissível?», mas respondeu a uma questão diferente, nomeadamente «a legislação

resultante do referendo é admissível?»; uma questão que – é evidente – ajudou a declarar a questão inadmissível (Penasa, 2022: 1). Nas últimas linhas do acórdão, afirma-se que o referendo é inadmissível «devido à natureza constitucionalmente necessária da legislação objeto da pergunta», considerando-se, assim, que a *ratio do* artigo 579. do Código Penal é a proteção do valor supremo da vida, ameaçado por uma revogação, ainda que parcial, da disposição do Código. No entanto, a disposição em causa não parece ter um conteúdo constitucionalmente vinculativo, o que se pode deduzir da posição adotada pelo próprio Tribunal Constitucional na resolução do ‘caso Cappato’ acima referido. Nesse pronunciamento, limitou-se a afirmar que «o legislador não se pode considerar impedido» de incriminar «condutas que abrem caminho a escolhas suicidas» (Ord., 24 de outubro de 2018, n. 207) e a excluir que o crime de facilitação do suicídio «possa ser considerado per se como contrário à Constituição» (Sent., 24 de setembro de 2019, n. 242). Daqui decorre que, segundo o Tribunal italiano, se, por um lado, a nossa Constituição não proíbe a incriminação do homicídio da pessoa que consente, bem como a do auxílio ao suicídio, por outro lado, nem sequer a impõe, faltando-lhe precisamente – como veremos melhor no parágrafo seguinte – deveres constitucionais de criminalização (Bricola, 1973: 7; Paonessa, 2009: 65).

No Acórdão n. 50/2022, por outro lado, o Tribunal Constitucional viu no artigo 579. do Código Penal uma espécie de disposição constitucionalmente necessária. Se, porém, os modos e formas de concretização da proteção constitucional forem deixados ao critério do legislador, as leis «embora constitucionalmente necessárias, não têm conteúdo vinculativo» (Tribunal Constitucional, Acórdão n. 49, de 13 de janeiro de 2000). O Tribunal Constitucional, porém, tem sustentado – lemos de novo no Acórdão n. 50/2022, § 4 – que «disciplinas como a que está em causa podem ser alteradas ou substituídas pelo próprio legislador por outras disciplinas, mas não podem ser pura e simplesmente revogadas, porque assim não se preservaria o nível mínimo de proteção exigido pelas referências constitucionais a que estão associadas». Também deste ponto de vista, porém, não parece bem compreendida a inadmissibilidade da pergunta referendária pronunciada pelo Tribunal Constitucional, pois se se invoca um nível mínimo de proteção da vida, a revogação parcial pedida com o referendo não teria afetado as hipóteses em que a invalidade do consentimento exige a aplicação do caso geral de homicídio voluntário *previsto no* artigo 575. A admissão da questão e a aprovação popular do referendo, portanto, teriam deixado inalterada a proteção penal da vida nos casos em que o consentimento é viciado por certas ‘fragilidades’ do titular da propriedade: menores de dezoito anos, doentes mentais ou pessoas em estado de deficiência mental devido a outra enfermidade ou devido ao abuso de substâncias alcoólicas ou estupefacientes, pessoas cujo consentimento tenha sido extorquido com violência, ameaças ou sugestão, ou roubado com artifício. O pronunciamento do Tribunal Constitucional não permitiu, no entanto, que os italianos se pronunciassem sobre uma questão tão delicada quanto eticamente complexa, a do auxílio ao suicídio através de práticas de eutanásia, afirmando indiretamente o carácter obrigatório da proteção (penal) da vida, mesmo nos casos em que o consentimento do titular para a morte se afigura não prejudicado por deficiência psíquica ou outra enfermidade ou fragilidade.

A questão do referendo foi também ‘rejeitada’ pelo Tribunal Constitucional porque teria conduzido a uma «licença generalizada para matar» (Luccioli, 2022: 5). O cenário denunciado pelo Tribunal era o de uma «corrida ao suicídio em massa às mãos de outros», mas era uma visão distorcida «pela perspectiva escolhida pelos juízes constitucionais de olhar para o artigo 579. do Código Penal como uma disposição abstrata atomizada do contexto jurídico» (Pugiotto, 2022: 87). Segundo o Tribunal, o homicídio da pessoa que consentiu teria passado a ser possível ‘sem qualquer referência limitativa’ e, por isso, a aprovação da

proposta de referendo teria tornado «indiscriminadamente lícito o homicídio de quem validamente o consentiu», com a legitimação de «escolhas autodestrutivas do titular do direito, que se podem revelar, no entanto, não adequadamente ponderadas». Se, no entanto, fizermos um reconhecimento da jurisprudência sobre o artigo 579. do Código Penal, verifica-se que a verificação positiva de um consentimento válido nunca encontrou confirmação na prática, uma vez que a disposição do artigo 579., n. 3, do Código Penal tem sido entendida de forma rigorosa, postulando a prova da certeza absoluta, devido à peculiar relevância do direito à vida relativamente à agressão de terceiros (Padovani, 20220: 27). Então, a esfera em que o consentimento dado para a própria morte poderia ter exculpado a ação homicida seria exclusivamente aquela dentro do que prescreve a referida Lei n. 219/2017 em matéria de consentimento livre e esclarecido, já que a expressão «com o seu consentimento» teria sido salva pela revogação parcial do artigo 579.

Outro argumento pelo qual o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n. 50/2022, considerou necessário rejeitar a proposta de referendo encontra-se na qualificação da vida como um «valor que se situa no vértice». Um valor definido pelo Tribunal como «o primeiro dos direitos invioláveis do homem, como pressuposto do exercício de todos os outros». No entanto, as questões relativas ao valor da vida e, em particular, ao 'fim da vida', são todas questões sobre as quais é efetivamente difícil um acordo generalizado. Poderá haver unanimidade na resposta à questão de saber se e como se mede a qualidade da vida ou até que ponto vale a pena viver? Ou ainda, se a morte é o fim ou o fim da vida? (Pugiotto, 2022: 89). É por isso que, numa democracia liberal, não deve haver o que em alguns casos parece ser uma espécie de imposição para viver, deixando mais espaço para a livre escolha individual, em torno da qual, no entanto, devem existir salvaguardas e procedimentos adequados para verificar a genuinidade da vontade. O referendo foi nesta direção: despenalizar no sentido de permitir e não de obrigar (Pugiotto, 2022: 89).

O bem jurídico 'vida' como limite ao poder punitivo de um Estado laico e pluralista

Do que escrevemos, parece emergir que o Tribunal italiano quis afirmar, ainda que implicitamente, uma espécie de obrigação constitucional do legislador de proteger a vida (penal), mesmo contra aquelas formas mais modestas de agressão, características das escolhas livres de pôr termo prematuramente à própria existência em caso de patologias graves que tornam, na opinião do titular do bem, a própria vida não mais digna de ser continuada.

Tal conclusão, porém, parece-nos entrar em atrito com a teoria que legitima a intervenção punitiva do Estado, pelo menos quando essa suposta obrigação de proteção é necessariamente entendida através da sanção penal. Como é sabido e como já antecipamos, de fato, para distinguir o crime do pecado e, portanto, o direito penal da moral, é necessário um comportamento material – não bastando o mero pensamento – que ofenda um bem jurídico apreensível e bem determinado. Embora em Itália o princípio da ofensividade não esteja expressamente constitucionalizado, pode, no entanto, ser deduzido da nossa Carta Fundamental, em especial no artigo 13 (inviolabilidade da liberdade pessoal), no n 2 do artigo 25 (princípio da legalidade), no n 1 do artigo 27 (personalidade da responsabilidade penal) e no n 3 do artigo 27 (função reeducativa da pena); lido sistematicamente, em ligação com os princípios da liberdade de expressão do pensamento (artigo 21), da tolerância ideológica e do respeito pela pessoa humana. A pena limita e compromete as liberdades fundamentais do

indivíduo e, por isso, só pode ser legitimada se for consequência de um fato material, mas também ofensivo (Moccia, 1992: 109). As pedras angulares do princípio da ofensividade encontram-se nestas normas constitucionais, pois nelas assenta o carácter de *extrema ratio* do direito penal, que reduz a intervenção punitiva apenas a fatos ofensivos de bens jurídicos apreensíveis (Caterini, 2004: *passim*; Manes, 2005: *passim*). Raciocinando de outra forma, a responsabilidade penal poderia basear-se na mera violação de uma obrigação, na simples desobediência ou transgressão de um comando legislativo, como acontece nos Estados éticos e totalitários. Um Estado laico e pluralista, como o configurado pela Constituição italiana, por outro lado, como fundamento de um crime só pode exigir uma ofensa a um bem jurídico. O próprio conceito de bem jurídico, aliás, não é assim tão fácil de definir, mas se quisermos tentar fazê-lo, podemos dizer que deve ser um interesse, uma entidade bem definida, realmente apreensível e consolidada na consciência coletiva, de modo a poder ser facilmente reconhecida pelos destinatários da lei penal, que poderão também aperceber-se da sua ofensa (Jäger, 1957: 13).

Outra questão é o grau de importância que o bem deve possuir para se tornar um objeto legítimo de proteção penal. A questão é a seguinte: pode o legislador escolher livremente qualquer bem e protegê-lo através do direito penal, ou está limitado nessa escolha, tendo de restringir as suas opções apenas aos bens mais importantes? Com base no já referido princípio da *extrema ratio*, a resposta só pode ser no sentido de uma liberdade apenas parcial do legislador na escolha dos bens jurídicos a proteger, pois não está completamente livre de limites. Ele deve restringir a escolha apenas aos interesses mais importantes, excluindo os mais insignificantes e modestos. Esta é a função ‘crítica’ do bem jurídico, que permite censurar o legislador quando este elabora normas para proteger interesses modestos que não merecem gerar a reação sancionatória mais grave, ou seja, a penal.

Se assim é, qual é o critério para determinar quais são os bens mais relevantes? A resposta está sempre ligada à Constituição italiana. Em primeiro lugar, há que ter em conta o artigo 13. da Constituição, que define a liberdade pessoal como inviolável, proibindo qualquer forma de detenção e qualquer outra restrição, exceto nos casos e nos modos previstos na lei. É claro, portanto, que a liberdade pessoal é um ‘bem’ protegido de forma direta e muito pregnante pela nossa Carta fundamental; um bem que, aliás, é ofendido através da sanção penal que, por excelência, consiste precisamente na limitação da liberdade penal. Ainda com base no princípio da igualdade (artigo 3 da Constituição), que também exprime a necessidade de proporcionalidade entre a ofensa ao bem e a sanção, seria uma reação exagerada impor a sanção penal a atos ofensivos de bens jurídicos secundários. A mesma exigência de proporcionalidade, portanto, implica logicamente que, sendo o bem comprometido pela pena a liberdade pessoal, que tem importância constitucional, a mesma importância deve ser atribuída ao bem que o legislador pretende proteger com a sanção penal. Se assim não fosse, estar-se-ia a legitimar a ofensa – através da pena – a um bem que se encontra no vértice da hierarquia dos valores constitucionais (a liberdade pessoal), para proteger outro que não tem tanta importância, pelo menos constitucional. Em última análise, seguindo esta abordagem, os bens jurídicos que o legislador pode legitimamente proteger através da imposição de sanções penais são apenas aqueles que têm importância constitucional, excluindo, em vez disso, aqueles que são mais marginais, precisamente porque não têm essa importância (Bricola, 1973: 42; Angioni, 1983: *passim*; Fiandaca, 2014: 70-71).

Voltando às escolhas de ‘fim de vida’ e aos casos penais previstos no Código Penal italiano, não há dúvida de que a vida é um bem jurídico no vértice da Constituição italiana e, como tal, legitimamente tutelável pelo legislador. Embora não expressamente protegida, não há dúvida de que a Constituição protege claramente a vida humana. Esta proteção está consagrada no

artigo 2. da Constituição, embora não seja feita qualquer referência explícita ao bem 'vida' nesta disposição. A garantia que a República Italiana reconhece aos direitos invioláveis do homem implica necessariamente a proteção da sua vida. Esta proteção é, pois, reforçada pela proibição da pena de morte consagrada no artigo 27, n 4, da Constituição.

A Constituição italiana adquire, assim, o papel de limite ao poder punitivo do Estado também em relação à sua função de 'catálogo' de bens que o legislador pode legitimamente proteger com sanções penais. É bom salientar, no entanto, que este carácter de 'limite' ao legislador, que possui o bem jurídico, impede que o próprio bem tenha uma função que poderíamos definir como 'propulsora' do direito penal, se se pensasse que, uma vez verificada a relevância constitucional do bem, o legislador estaria de alguma forma obrigado a prever a sua proteção penal. Não é assim, pois o valor constitucional do bem constitui uma condição necessária, mas não suficiente, para que o legislador ameace a sanção penal, uma vez que o próprio legislador terá também de avaliar se a pena é indispensável ou se, pelo contrário, a proteção daquele bem pode ser garantida com medidas diferentes, precisamente com base nos conhecidos princípios da *extrema ratio*, da fragmentariedade, da subsidiariedade e do merecimento da pena que devem caracterizar o sistema penal. Esta foi, aliás, a orientação constante da mesma jurisprudência constitucional: «a eventual imputação ao legislador de ter omitido a penalização de certas condutas, em hipótese socialmente reprováveis ou lesivas, ou mesmo ilícitas sob outro ponto de vista, ou de ter definido os casos incriminadores de forma demasiado restritiva, deixando de fora tais condutas, não pode, em princípio, traduzir-se numa censura à legitimidade constitucional da lei, e muito menos num pedido de 'aditamento' à mesma por acórdão deste Tribunal» (acórdãos n. 447/21998, n. 226/1983; n. 49/1985, n. 411/1995; despachos n. 288/1996, n. 355/1997).

Breves observações finais

Por conseguinte, com base nestes argumentos, a jurisprudência citada do Tribunal Constitucional italiano, que declarou inadmissível a questão do referendo sobre o artigo 579 do Código Penal, não é convincente, uma vez que utiliza o bem 'vida' não como um limite ao poder punitivo do Estado, mas como um critério que legitima por si só a sanção penal. A escolha, por outro lado, deve ser remetida ao legislador, ou à vontade do povo, mesmo através de referendo, como mais um critério de política criminal. No fundo, a extrema e segura relevância constitucional do bem da vida, por si só, não é suficiente para legitimar a sanção penal, *a fortiori* quando a ofensa ao mesmo bem – se for o caso – tenha resultado de uma escolha plenamente livre e informada do titular do bem. Em nosso entender, não existe, nestes casos, qualquer tipo de obrigação constitucional de proteção do bem da vida pelo Direito Penal, tanto mais quando a sanção colide com a liberdade de autodeterminação do indivíduo que, como vimos supra, só admite proteção penal – através de isenções processuais – contra intenções autodestrutivas formadas de forma não genuína, fruto de erros cognitivos ou, nas palavras do Tribunal Constitucional, de «escolhas autodestrutivas do titular do direito [...] não adequadamente ponderadas».

A referida perspectiva liberal-solidária da Constituição italiana, de fato, é útil, como antecipamos, para legitimar aquelas normas que visam regular situações em que parece coerente 'conter', até certo ponto, as escolhas autodestrutivas de um indivíduo adulto e capaz, quando, por exemplo, essas escolhas podem ser o resultado de limitações ou erros cognitivos, ou de uma ponderação deficiente ou inadequada. Em nosso entender, o Estado não está legitimado a comportar-se como um 'pai', mas mais como uma espécie de 'irmão' mais velho, a

quem compete aconselhar, orientar, proteger, sem, no entanto, impor proibições absolutas presididas pela sanção penal. Assim, o Estado, através do direito penal, só está legitimado a garantir que a escolha considerada prejudicial para si próprio seja adequadamente meditada, fundamentada, refletida, com base em todas as melhores informações disponíveis. A sanção penal, portanto, só deve ser imposta para as condutas que facilitem o suicídio de outrem ou provoquem a morte da pessoa que consentiu, quando a escolha do titular do bem 'vida' não resultar dessa necessária ponderação segundo procedimentos padronizados que, se adotados, devem ser exculpatórios.

Em conclusão, voltando à questão de partida, estamos de acordo quanto ao carácter subjetivo e relativo do que constitui o 'próprio bem' e o 'próprio mal', que não pode ser atribuído a visões pretensamente objetivamente racionais e absolutas. Permanece a convicção de que os comportamentos tidos como autodestrutivos, se não estiverem sujeitos a coação ou pressão indevida, se não estiverem viciados por vulnerabilidade cognitiva, se resultarem de uma escolha bem-informada e ponderada, devem ser deixados à autonomia do indivíduo sem interferência forçada do Estado, porque a cada um deve ser permitido, conscientemente, cometer erros em seu próprio prejuízo, se é que se pode realmente falar de erros (Waldron, 1981: 21).

Referências

- ADAMO, U. 2024. Corte cost., sent. n. 50/2022: dal giudizio di ammissibilità a quello di legittimità, ma nessuna decisione definitiva in tema di eutanasia. In: Canestrari, S., Faralli C., Lanzillotta M. Riscato, L. (org.), *Il punto sull'eutanasia dal diritto alla letteratura*, Quaderni dell'Ispa, vol.6, Pisa, p. 21-34.
- ALEMANY M. 2006. *El paternalismo jurídico*. Madrid, Iustel.
- ANGIONI, F. 1983. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano, Giuffè.
- ARNESON, R. 2005. Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism. *Legal Theory*, **11**(3):259-284.
- BARBERA, A. 1975. Commento all'art. 2 della Costituzione. In: G. Branca, *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli.
- BECCARIA, C.1764. *Dei delitti e delle pene*, Livorno, Marco Coltellini.
- BONINI, N. 2001. Preferenze incoerenti e psicologia della decisione. *Sistemi intelligenti*, **3**:391-400.
- BRICOLA, F. 1973. Teoria generale del reato. *Noviss. dig. It.*, **XIV**:7-93.
- CADOPPI, A. 2008. Liberalismo, paternalismo e diritto penale. In: Fiandaca G., Francolini G. (org.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli.
- _____. 2011. Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi. *Criminalia*, 223-237.
- CANESTRARI, S. 2023. Gli interrogativi di un diritto penale liberale e solidale dinnanzi alle sfide poste dall'aiuto medico a morire. In: Canestrari S., Faralli C., Lanzillotta M., Riscato L. (org.), *Il punto sull'eutanasia dal diritto alla letteratura*, in *Quaderni dell'Ispa*, **6**:35-54.
- _____. 2012. Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali. In: Canestrari S. (org.), *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, Giappichelli, p. 5-28.
- CANESTRARI, S.; CORNACCHIA, L.; DE SIMONE, G. 2007. *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Bologna, Il Mulino.
- CANESTRARI, S., FAENZA, F. 2008. Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale. *Criminalia*, p. 73-95.

- CATERINI, M. 2004. *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*. Napoli, Esi.
- CAVALIERE, A. 2013. Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale. *i-lex*, **20**:421-440.
- DAHM, G. 1938. Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, **57**(1):225-294.
- DANESI, G. 2004. Diritto e morale. Variazioni su un (sotto)tema. *Ragion pratica*, **23**:589-616.
- DEVLIN, P. 1959. *The Enforcement of Morals*. Oxford, Amagi.
- DI GIOVINE, O. 2009. *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neurotica*. Torino, Giappichelli.
- _____. 2013. La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze. *Riv. it. dir. proc. pen*, **56**(2):626-642.
- DICIOTTI, E. 1986. Paternalismo. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, **16**(2):557-586.
- DOLCINI, E. 2009. Laicità, 'sana laicità' e diritto penale. *Riv. it. dir. proc. pen.*, **52**:1017-1032.
- DONINI, M. 2004. *Il volto attuale dell'illecito penale*. Milano, Giuffrè.
- _____. 2010. 'Danno' e 'offesa' nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg. In: A. Cadoppi (org.), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè, p. 41-101.
- DWORKIN, G. 1971. Paternalism. In: R.A. Wasserstrom (ed.), *Morality and the Law*, Belmont, Wadsworth, p. 107-126
- EIDENMÜLLER, H. 2011. Liberaler Paternalismus. *Juristische Zeitung*, **17**:814-821.
- EINAUDI, L. 1959. *Prediche inutili*. Torino, Einaudi.
- FEINBERG, J. 1986. *Harm to Others*. New York, Oxford University Press.
- FIANDACA, G. 1991. Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati. In: Aa. Vv., *Studi in memoria di P. Nuvolone*, I, Milano, Giuffrè, p. 165-198.
- _____. 2014. *Sul bene giuridico: un consuntivo critico*. Torino, Giappichelli.
- FRANCOLINI, G. 2008. L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg. *Riv. it. dir. proc. pen*, **51**(1):276-308.
- GHINI, F. 2010. Una rilettura communitarian del diritto penale italiano. *Ius/17-Diritto penale*, p. 149-164.
- GLAESER, E.L. 2006. Paternalism and Psychology. *The University of Chicago Law Review*, **73**(1):133-156.
- HÄYRY, H. 1991. Liberalism and Legal Moralism: The Hart - Devlin Debate and Beyond. *Ratio Juris*, **4**:202-218.
- HELVÉTIUS, C.A. 1758. *De l'Esprit*. Paris, Chez Durand
- HODSON, J.D. 1983. *The Ethics of Legal Coercion*. Dordrecht, Springer.
- HUSAK, D. 2008. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press.
- JACOBUCCI, M. 2005. *I nemici del dialogo. Ragioni e perversioni dell'intolleranza*. Roma, Armando Editore.
- JÄGER, H. 1957. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*. Stuttgart, Enke.
- KAHNEMAN, D.E.; TVERSKY, A. 1979. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, **47**(2):263-292.
- KLEINIG, J. 1983. *Paternalism*. Manchester, Manchester University Press.
- KÜNG, H. 2010. *Ciò che credo*. Milano, Rizzoli.
- LUCCIOLI, G. 2022. Le ragioni di un'inammissibilità. Il grande equivoco dell'eutanasia.

Giustizia insieme, on line, 8 marzo.

MAGRO, M.B. 2001. *Eutanasia e diritto penale*. Torino, Giappichelli.

MANES, V. 2005. *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*. Torino, Giappichelli.

MANIACI, G. 2011. Contro il paternalismo giuridico. *Mat. stor. cult. giur.*, p. 133-159.

MANTOVANI, F. 1994. Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale. In: Aa. Vv., *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, I, Bari, Cacucci, p. 519-537.

MICHELETTI, D. 2011. Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence. *Criminalia*, 1:275-312.

MILL, J.S. 1997. *Saggio sulla libertà* (1859), trad. it. Milano, Il Saggiatore.

_____. 1993. *Principi di economia politica*, trad. it. Torino, Utet.

MOCCIA, S. 1979. *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*. Napoli, Esi.

_____. 1990. Bioetica o 'biodiritto'? *Riv. it. dir. proc. pen.*, 33:863-884.

_____. 1992. *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*. Napoli, Esi.

PADOVANI, T. 2022. Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. *La via referendaria al fine vita*, p. 20-29.

_____. 2021. Note circa il referendum sull'art. 579 c.p. e la portata sistematica della sua approvazione. *Giur. pen.*, p. 1-4.

PADOVANI, T., STORTONI L. 2006. *Diritto penale e fattispecie criminose*. Bologna, Il Mulino.

PAONESSA, C. 2009. *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*. Napoli, Edizioni ETS.

PENASA, S. 2022. Una disposizione costituzionalmente necessaria, ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? *Dir. comp.*, 17 marzo, p. 1-6.

PUGIOTTO, A. 2022. Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022. *Rivista AIC*, 2:83-100.

PULITANÒ, D. 2011. Paternalismo penale. In: M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (org.), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, Jovene, p. 489-524.

RADZINOWICZ, L. 1968. *Ideologia e criminalità*. Milano, Giuffrè.

RANGONE, N. 2012. Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole. *Mercato Concorrenza Regole, rivista quadrimestrale*, 1:151-166.

RAWLS, J. 1994. *Liberalismo politico*. Milano, Einaudi.

RÉPACI, L. 1932. *I fratelli Rupe*. Soveria Mannelli, Rubbettino.

RISICATO, L. 2024. Consenso alla propria morte tra spazi liberi dal diritto e scriminanti procedurali. Un'indagine sulla giurisprudenza costituzionale e convenzionale. In: Canestrari S., Faralli C., Lanzillotta M., Risicato L. (org.), *Il punto sull'eutanasia dal diritto alla letteratura*, in *Quaderni dell'Isipa*, vol. 6, Pisa, p. 139-166.

ROMANO, M. 1981. Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2:477-508.

ROSSANO, D. 2012. Il contributo delle scienze cognitive nella valutazione della propensione al rischio. *Anal. giur. ec.*, 1:85-95.

RUBALTELLI, E. 2006. Psicologia dei mercati finanziari: distorsioni cognitive, percezione del rischio e comportamenti collettivi. *Giornale italiano di psicologia*, 33(1):57-82.

SCHAFFSTEIN, F. 1935. Das Verbrechen als Pflichtverletzung. In: Aa.Vv., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlin, Junker und Dünnhaupt, p. 108-142.

SCHÜNEMANN, B. 2013. La critica al paternalismo giuridico-penale. Un lavoro di Sisifo? *i-lex*,

19:311-330.

SESSA, A. 2024. Il trattamento di sostegno vitale alla prova della legalità penale: una paradigmatica sulla razionalità del trattamento lecito di fine vita. In: Canestrari S., Faralli C., Lanzillotta M., Risicato, L. (org.), *Il punto sull'eutanasia dal diritto alla letteratura, Quaderni dell'Isipa*, Pisa, vol. 6, p. 167-190.

_____. 2018. *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*. Napoli, Esi.

STEPHEN, J.F. 1874. *Liberty, Equality, Fraternity*. London, Liberty Fund.

THALER, R.H.; SUNSTEIN, C.S. 2008. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven-London, Yale University Press.

TRAPÈ, E. 1990. *S. Agostino: introduzione alla dottrina della grazia*. Vol. II. Roma, Città nuova.

TROUT, D. 2005. Paternalism and Cognitive Bias. *Law and Philosophy*, **24**:393-434.

WALDRON, J. 1981. A Right to Do Wrong. *Ethics*, **92**:21-39.

ZAGREBELSKY, G. 1992. *Il diritto mite*. Torino, Einaudi.

_____. 1988. *La giustizia costituzionale*. Bologna, Il Mulino.

Submetido: 16/08/2024

Aceito: 03/10/2024