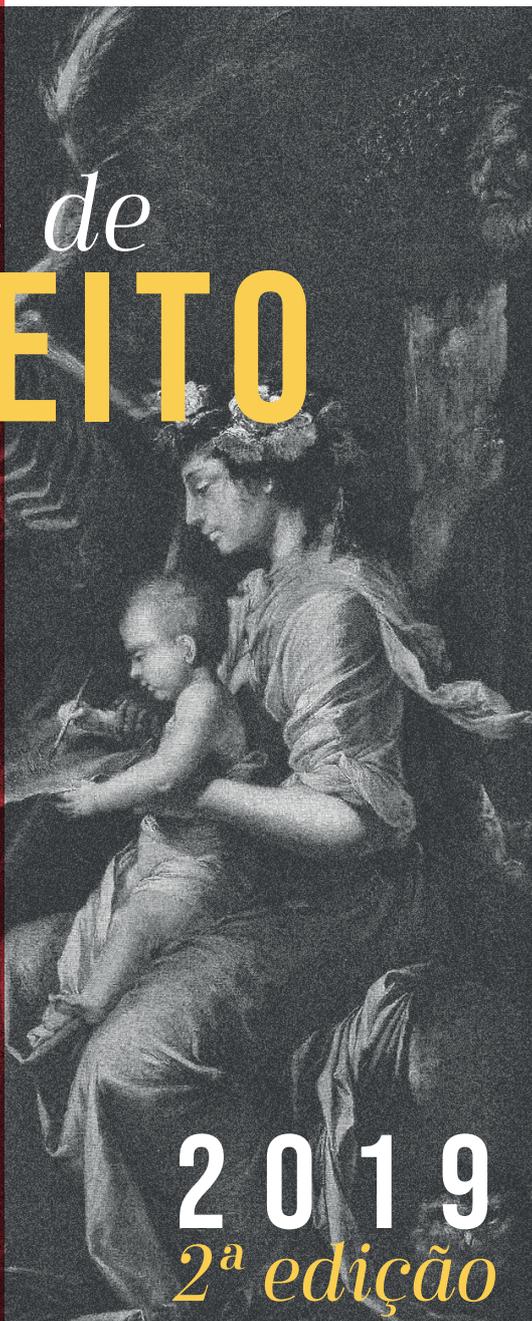
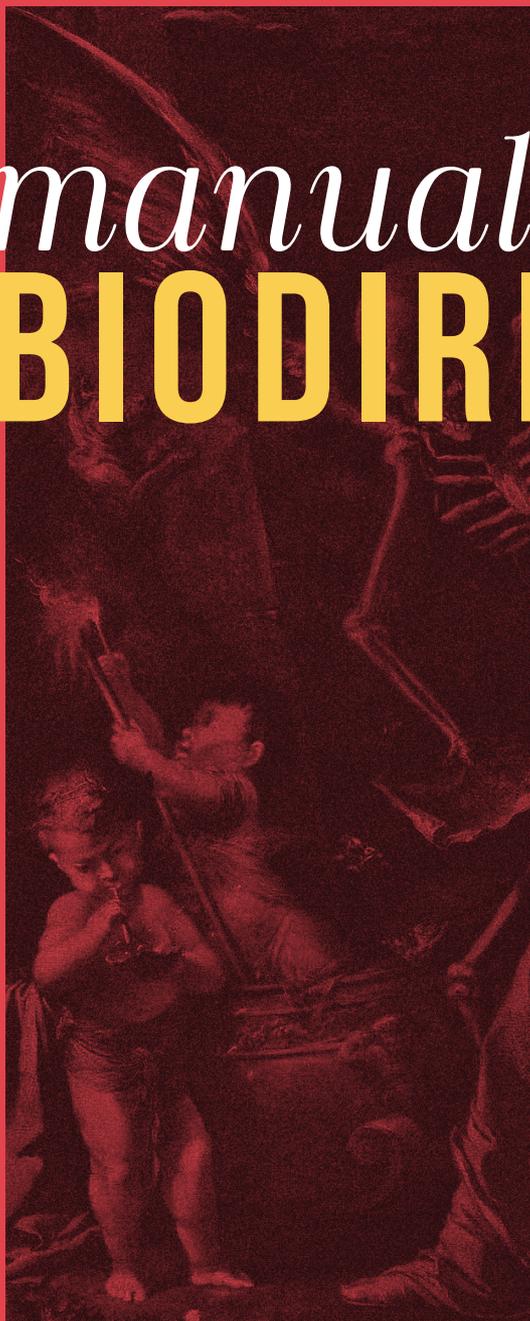


*Francisco Ilídio
Ferreira Rocha*

manual de
BIODIREITO



2019
2ª edição

manual de
BIODIREITO

*Francisco Ilídio
Ferreira Rocha*

manual de
BIODIREITO

2019
2ª edição





Belo Horizonte | **São Paulo**
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Francisco Ilídio Ferreira Rocha.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Arraes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Tales Leon de Marco

Diagramação Bárbara Rodrigues da Silva
Enzo Zaqueu Prates
Leda Érica Câmara

Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira.
Manual De Biodireito-- 2 ed. -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
364 p.

ISBN: 978-65-80444-94-6

1. Direito. 2. Direito Civil. 3. Biodireito. I. Título. II. Autor

CDD347.1

CDU342.1

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



Para João e Maria, meus pais, responsáveis pelo passado que em grande medida constituiu a essência de quem sou; Para Cristiane, minha esposa, fundação sobre a qual descansa o presente de minha felicidade; Para Victor Hugo e Cecília, meus filhos, que deram sentido e significado à minha existência e constituem-se em promessa de um futuro de orgulho e alegria.

Sumário

PREFÁCIO	11
APRESENTAÇÃO	15
CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	19
I. A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	27
1.1. A Proteção da Vida Humana na Constituição de 1824.....	27
1.2. A Proteção da Vida Humana na Constituição de 1891.....	28
1.3. A Proteção da Vida Humana na Constituição de 1934.....	30
1.4. A Proteção da Vida Humana na Constituição de 1937.....	32
1.5. A Proteção da Vida Humana na Constituição de 1946.....	34
1.6. A Proteção da Vida Humana na Constituição de 1967.....	36
1.7. A Proteção da Vida Humana na Constituição de 1988.....	38
2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROTEÇÃO DA VIDA	43
2.1. A Dignidade da Pessoa Humana Como Alicerce dos Direitos Fundamentais.....	43
2.2. A Dignidade da Pessoa Humana e o Valor do Ser Humano.....	47
2.3. A Dignidade da Pessoa Humana por Immanuel Kant.....	48
2.4. Implicações do Valor da Vida determinado por critérios Subjetivos.....	53

2.5. Implicações do Valor da Vida Determinado Por Critérios Instrumentais.....	56
2.6. O Valor Imanente Da Existência Humana E Suas Implicações.....	59
3. O DIREITO À VIDA E OS DIREITOS CONCERNENTES À VIDA.....	67
3.1. A Distinção entre o Direito à Vida e os Direitos Concernentes à Vida.....	67
3.2. O Direito à Vida como Superação de um Antigo Paradigma de Estado.....	68
3.3. O Direito à Vida e o Direito a ter Direitos.....	73
3.4. Direito à Vida e o Direito à Existência.....	76
3.5. Direito à Vida e Direito à Existência Digna.....	80
3.5.1. Caso Gleitman <i>versus</i> Cosgrove.....	81
3.5.2. Direito à não existência no Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.....	83
3.5.3. O direito à vida e os pleitos de <i>wrongful life</i>	85
3.6. Distinção entre Direitos à Vida e Direitos Concernentes à Vida.....	88
3.7. Os Âmbitos de Proteção Constitucional da Vida Humana.....	91
3.8. A Vida nua: Insuscipibilidade e Matabilidade por Giorgio Agamben.....	91
3.9. Matabilidade e Mortalidade.....	97
4. DO VALOR DO BEM JURÍDICO VIDA E SUA PROTEÇÃO PELO DIREITO PENAL.....	107
4.1. O Desenrolar Histórico do Conceito de Bem Jurídico.....	107
4.2. O Conceito de Bem Jurídico e suas Implicações.....	127
4.3. O Valor do bem Jurídico Vida no Direito Penal Brasileiro.....	136
4.3.1. O valor da vida em função do lugar.....	144
4.3.2. O valor da vida em função do tempo.....	158
5. A VIDA HUMANA SEM VALOR E SEM PROTEÇÃO.....	173
5.1. A Vida Humana sem valor como aquela excluída do suposto de Fato do Direito à Vida.....	173

5.2. Do suposto de fato e o âmbito de Proteção dos bens Jurídicos Constitucionalmente Tutelados.....	176
5.3. A Inviabilidade e a Proteção da Vida em razão do local nos termos da Decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade N. 3.510/DF.....	187
5.4. A Inviabilidade e Morte Cerebral nos termos da Decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N. 54/DF.....	202
5.5. A Vida sem valor a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal.....	229
6. O INÍCIO DA VIDA HUMANA DIGNA DE PROTEÇÃO JURÍDICA.....	231
6.1. O termo inicial da Proteção Jurídica da Vida Humana.....	231
6.2. Os Supostos de fato Para a Vida Digna de Proteção.....	237
6.3. A Proteção Jurídica daquele que vive Intrauterinamente.....	240
6.4. O Abortamento legal e sua Natureza Jurídica.....	244
7. O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO.....	249
7.1. Direito sobre o próprio corpo como direito de personalidade.....	249
7.2. Disponibilidade do Corpo Humano.....	256
7.2.1. O corpo Humano como bem fora do comércio.....	257
7.2.2. Disponibilidade e contrariedade aos bons costumes.....	258
7.2.3. Disponibilidade e Redução Permanente da Integridade Física.....	262
7.3. Cosmetologia Cirúrgica.....	264
7.4. Intersexualidade e Transexualidade.....	266
7.5. Doação de Órgãos, tecidos e partes do Corpo Humano.....	274
7.5.1. Doação <i>Post Mortem</i>	277
7.5.2. Doação <i>Inter Vivos</i>	284
7.6. Doação de Sangue.....	287
7.7. Doação de Gametas.....	297
7.8. Doação de Cadáveres.....	304

8. O TÉRMINO DA VIDA DIGNA DE PROTEÇÃO JURÍDICA	307
8.1. A Morte Juridicamente Relevante.....	307
8.2. Consequências Jurídicas da Morte Humana.....	316
8.3. A Disponibilidade sobre a própria Vida.....	318
8.4. Os limites da disponibilidade sobre a própria Vida.....	321
8.4.1. O suicídio no ordenamento jurídico brasileiro.....	322
8.4.2. A eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro.....	332
8.4.3. Crítica à tutela jurídica do suicídio e da eutanásia no Brasil.....	334
8.5. A Ortotanásia, Testamento Vital e a Disponibilidade da Própria Vida.....	337
 REFERÊNCIAS	 345

Prefácio

Conheci o autor da presente obra por ocasião de seu mestrado em direito na Universidade de Franca, como meu aluno no curso de Filosofia, e logo me chamou atenção pela forma entusiasmada e autêntica como se posicionava nas discussões em sala de aula, tendo feito um memorável seminário abordando o pensamento de Nietzsche.

A convivência em sala alargou-se para fora dos estreitos muros acadêmicos, onde se encontra a vida propriamente dita, sem deixar de se intensificar também “intra muros”, agora na forma da orientação para a dissertação de mestrado, abordando já temática afim àquela enfrentada magistralmente neste Manual. A seu convite fui ter com seus alunos e colegas na faculdade que lecionava em Araxá, tendo o convívio se estreitado no período de seu doutoramento na PUC-SP, quando novamente se tornou meu aluno e orientando, defendendo com brilho e louvor a tese em que se alicerçam os ensinamentos aqui transmitidos.

Penso merecer destaque a metodologia ora empregada por Francisco Ilídio Ferreira Rocha para deslindar as tormentosas questões da bioética, tendo como norte e vetor maior o princípio da dignidade humana, com sólida fundamentação filosófica, buscada em autores clássicos, como Kant, e também de grande atualidade, como Agamben. A teoria dos direitos fundamentais é uma outra pilastra na qual se assenta a doutrina apresentada na obra sob comento, onde se nota também o cuidado em estabelecer a necessária interlocução com a jurisprudência, máxime aquela de índole constitucional.

Sobre o tema propriamente da bioética só me ocorre acrescentar a informação que recentemente me transmitiu um outro querido

amigo Henderson Fürst, atualmente meu orientando no doutorado em Filosofia do Direito da PUC-SP, notável pesquisador na área, em que obteve já o mestrado. A matéria não surge no bojo de discussões norte-americanas encetada na década de 1970, como normalmente referem as obras sobre bioética, tanto aqui como alhures – mas não a que o leitor tem em mãos, vale anotar –, pois em 1927 aparece publicado artigo de autoria do teólogo evangélico Fritz Jahr, intitulado “Bio-Ética” (ou *Bio-Ethik*), na revista “*Kosmos. Handweiser für Naturfreunde*”, então já em seu 24º. ano de existência, editada pela *Kosmos, Gesellschaft der Naturfreunde*, ou seja, uma sociedade (e revista) para amigos da natureza, de Stuttgart. O texto, como indica o seu subtítulo (*Eine Umschau über die etischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze*), pretende esboçar princípios para um relacionamento ético das pessoas com os animais e plantas, sem adotar a postura antropocêntrica que nos primórdios da disciplina será majoritária, sendo ainda hoje a que privilegia o senso comum, mesmo aquele “teórico”, para referir expressão cunhada por um outro querido e saudoso amigo, Luis Alberto Warat. Para comprovar que além de pioneira a contribuição de Jahr se reveste de atualidade basta atentarmos para o modo como se inicia, postulando que a separação rígida entre animais e humanos, predominante na moderna cultura europeia, não era mais sustentável; ao final, propõe uma extensão do imperativo categórico kantiano, no sentido de que atuemos, na medida do possível, respeitando fundamentalmente todo ser vivo como um fim em si mesmo, sem instrumentalizá-los, portanto.

Penso que adotando um tal respeito à vida estaremos nos preparando para respeitarmos-nos mais, a si e uns aos outros, isto é, a quem, além da vida “nua”, para utilizar a expressão consagrada pelo referido filósofo italiano, Giorgio Agamben, tem consciência de seus limites, donde, literalmente, ser a partir daí, com Heidegger, definido. E assim poderemos também nos preparar para o que vem se anunciando de modo alvissareiro para uns, assustador para outros, como uma superação dessa condição limitadora, orgânica, em favor de uma outra, que já é aquela de máquinas de que nos servimos, sem perceber o quanto a ela estamos nos assujeitando e conformando o modo de vivermos.

Mas eis que tocamos em tema que vai além dos limites em que se encontram as discussões atuais em bioética, embora esteja aí um prenúncio do que os viventes humanos terão de em breve se defrontar: valorizando a condição precária e nobre de estar vivo e consciente,

por meio do estudo de obras como a que agora o leitor tem em mãos, acredito que estará se preparando da melhor maneira possível.

São Paulo, 10 de novembro de 2015

*Willis Santiago Guerra Filho*¹

¹ Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Colaborador dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM-RJ) e Escola Paulista de Direito (EPD). Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade de Bielefeld (Alemanha). Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC)

Apresentação

Tenho a honra e a grata satisfação de apresentar esta obra, fruto da tese de doutoramento de seu autor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi na ocasião da minha participação na banca em que o autor defendeu seu trabalho, em que tive o privilégio de ter o primeiro contato com as reflexões que agora se apresentam aqui de forma ainda mais substancial.

Uma obra bem pensada reflete a integridade intelectual com que foi produzida, algo que desvela certamente, nesta nossa condição de homem como ser histórico, a autenticidade e qualidade da pessoa de seu autor, algo que pude atestar desde quando tive o privilégio de conhece-lo na agradável cidade de Araxá, onde trabalhamos juntos durante um curto tempo, mas que, por bem, foi suficiente para consolidar nossa amizade.

O livro desperta para uma abordagem do fenômeno complexo que é o direito de forma honesta e cuidadosa, e ao tempo em que desenvolve com cuidado conceitos fundamentais da bioética e sua relação com o direito, se afasta completamente da descuidada e sintomática produção de obras jurídicas que fornecem perfis esquematizados e simplificados que na realidade ocultam e confundem os conteúdos adequados e revelam um cinismo típico dos dias atuais.

Ao resgatar a noção de Bio-ética o texto revela algumas profundas sendas a serem desenvolvidas e uma das que nos parece, oportunamente, mais interessante, pelo contexto atual da discussão da Bio-ética e da Bio-política em nossa época, é a urgente tarefa de refletir sobre a essência do homem num tempo histórico em que a expansão planetária da tecnologia ameaça esta própria essência.

Assim, o texto propõe uma profícua discussão dos *usos e formas* da vida humana e seu atrelamento a uma racionalidade violenta que encaminha de maneira disciplinar, calculista e notarial, cada vez mais, uma despedida do humano. Isto reforça a fundamentalidade de nos voltarmos para aquilo que nos acomete de forma irredutível e esse percurso tem um lugar privilegiado de discussão, a saber, na noção da bioética e sua relação limiar à genealogia do sujeito moderno, já que em seus estudos originários, Fritz Jhar mostra como, na perspectiva crítica sobre o papel das ciências naturais ante a seus estudos imparciais sobre o mundo, a “busca da verdade” foi projetada para o campo dos experimentos com animais, exames de sangue, sorologia e outros, fato que, em contrapartida, não deixa negar que os triunfos científicos do espírito humano infringiram precisamente a posição dominante do indivíduo no mundo em geral, que resultou, em primeiro lugar, na equiparação fundamental (*grundsätzliche Gleichstellung*) entre homens e animais como objeto de estudo da psicologia², de tal forma que seu estudo de psicologia passa a não se restringir aos seres humanos ao aplicar os mesmos métodos para os animais, algo que se estende também para um estudo da psicologia das plantas. Isso mostra que a pesquisa da, então, psicologia moderna abrangia o estudo de todos os seres vivos chegando ao ponto de se chegar a falar, como direta consequência, nas pesquisas de Robert Eisler, numa Bio-psiquê - Bio-psicologia - como o estudo da alma de todos os seres vivos. Dessa forma, da Bio-psicologia para a Bio-ética basta um movimento no sentido de se propor e defender a aceitação de compromissos éticos não só em relação ao ser humano, mas em relação a todos os seres vivos.

Tal defesa decorre da necessidade de se atentar para uma percepção que se revela avassaladora hodiernamente: o ser humano criador de mundo, nele lançado, que projeta-o se projetando, faz do seu projetar destruição e está nos levando para o aniquilamento do próprio mundo e de nós mesmos.

Ao propor um jogo entra a noção de direito à vida e direitos concernentes à vida o autor revela uma conjugação que passa pelo cerne do conceito e conteúdo da dignidade humana e a importância de pensar e garantir a qualidade das condições da vida humana.

² JHAR, Fritz. *Bio-Ethik: eine Umschau über die Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze in Kosmos: Handweiser für Naturfreunde, Gesellschaft der Naturfreunde*, Stuttgart, n. 24, 1927, p. 2

Por esses trilhos que o livro revela o âmago de sua originalidade, pois se propõe corajosamente a enfrentar uma reflexão sobre os conteúdos jurídicos do viver e do morrer, sempre com uma cuidadosa exploração teórica e filosófica que nos chama para reflexão da vida nesse tempo em que a regra é um “fazer viver e deixar morrer”.

Parabenizo a Editora pela publicação da obra e ao seu autor. Recomendo este livro com a intuição de que servirá como um ponto demarcatório importante no Brasil sobre os estudos de bioética e sua relação com o direito.

*Henrique Garbellini Carnio*³

³ Doutor e Mestre em Filosofia do direito e teoria do estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-doutora em Filosofia pela UNICAMP. Professor titular permanente dos cursos de mestrado e doutorado em direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP.

Considerações introdutórias

A eleição do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é determinante para ratificar, em nosso ordenamento jurídico, a tradicional posição da vida humana como o bem jurídico mais valioso. Tal entendimento encontra fulcro no próprio art. 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)”. Tal ordem de apresentação dos direitos individuais (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade) não se constitui num arranjo aleatório, mas sim, numa escala de valores através da qual o constituinte enuncia a supremacia da vida humana sobre todos os outros direitos fundamentais.

O direito à vida é o primeiro dos direitos fundamentais constitucionalmente enunciados. É, logicamente, um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos fundamentais. Não se trata, porém, apenas de um *prius* lógico: o direito à vida é material e valorativamente (localiza-se, logo, em termos ontológicos no ter e ser vida, e não apenas no plano ético-deontológico do valor ou no plano jurídico-axiológico dos princípios) mais importante do catálogo de direitos fundamentais e da ordem jurídico-constitucional no seu conjunto (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 446-7).

A coroação da vida humana como o mais importante dentre os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, entretanto, não é acompanhada pelo esforço dogmático-jurídico em prol da precisão de um conceito normativo de vida que satisfaça as necessidades e resolva os

dilemas atuais do Biodireito, especialmente considerando uma sociedade na qual os avanços científicos, especialmente das Ciências da Saúde ousam confundir os limites entre a realidade e a ficção.

As questões relacionadas aos termos iniciais e finais da vida humana juridicamente tutelada e aquelas afeitas aos limites da proteção da existência vital da pessoa natural continuam sendo objeto de acalorados debates, tanto religiosos, quanto morais e, particularmente, jurídicos. Entretanto, a despeito de tais intensos debates, o conceito de vida humana para o Direito segue sem uma adequada clarificação.

É justamente essa indeterminação conceitual sobre o que constitui isso, a vida humana protegida pelo Direito, que provoca incertezas que nublam a segurança da tutela constitucional sobre a vida, bem como preenche de indeterminação o âmbito de proteção da norma penal e a própria tutela do indivíduo contra limitações arbitrárias que, eventual e recorrentemente, recaem sobre o âmbito pessoal de autodeterminação.

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro, é pertinente afirmar que a tutela constitucional dos direitos e garantias fundamentais é estabelecido pela proteção de bens jurídicos. A escolha deste modelo, orientado pela missão de tutela dos bens jurídicos, não foi determinada por capricho, mas sim, fundamentada pela função garantista, uma vez que os bens jurídicos podem e devem ser identificados com posições jusfundamentais reconhecidas pela ordem constitucional brasileira.

A elaboração de um sistema de proteção orientado pela proteção de bens jurídicos permite a instituição de uma estrutura dogmática e jurídica apta à limitação do próprio Direito. O reconhecimento da missão de proteção de bens jurídico pode e deve funcionar como uma baliza humanizadora, exegética e crítica para toda intervenção estatal e da política criminal (LOPES, 2000, p. 338-43).

Justamente por meio do arcabouço teórico dos bens jurídicos são construídas as garantias limitadoras da *atuação estatal*, protegendo a confiança social de que o Estado pautará toda a ingerência na esfera da autodeterminação individual por critérios identificáveis, previsíveis e justificáveis.

Aceitando e partindo do pressuposto de que o Direito, assim como todos os institutos jurídicos de controle social que gravitam ao seu redor, estão alicerçados teleologicamente na missão protetora dos bens jurídicos, restam importantes questionamentos que devem ser enfrentados por aquele que se dispõe à compreensão científica do Direito. Qual concepção de bem jurídico, dentre as várias teorias possíveis, é mais

adequada para satisfazer as exigências constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro? Quais as implicações de tal concepção para o Direito? Qual o conteúdo conceitual dos bens jurídicos em espécie, particularmente a vida? Qual o valor da vida humana para o ordenamento jurídico pátrio? São todas questões de capital e premente importância para determinar o âmbito de aplicação da norma, bem como a própria estruturação jurídica do Direito global e sistematicamente considerado como uma garantia ao cidadão que se encontra numa posição antinômica e desigual frente ao poder (MALAREE, 1992, p. 139).

Destaca-se, entretanto, que o maior entrave para a instrumentalização dos bens jurídicos na defesa das posições jusfundamentais não se apresenta na questão de eleição dos valores jurídicos que serão tutelados pelo ordenamento jurídico. A maior ou menor indeterminação conceitual e valorativa de cada qual dos bens jurídicos considerados em espécie, de sua titularidade e de suas limitações inatas e recíprocas, implica, necessariamente, em uma maior ou menor funcionalidade dos mesmos bens jurídicos como marcos garantidores da liberdade individual e como elementos essenciais para a realização da tutela penal de direitos fundamentais.

Nesse sentido, é imperativa a busca de soluções para as questões relativas ao conceito e ao valor da vida enquanto bem jurídico, verificando, inevitavelmente, nesse processo, a coerência lógica e sistemática com os fundamentos elementares da República Federativa do Brasil, especialmente, o princípio do estado democrático de Direito e o primado da dignidade da pessoa humana.

A necessidade de desbravar as incertezas que cercam as questões biojurídicas e biopolíticas relacionadas com a vida humana, ainda que evidente, esbarra em problema particularmente sensível. A enorme carga de preconceções emotivas, religiosas, morais e ideológicas atrelada àquelas temáticas envolvidas com a proteção da vida humana é evidente quando considerados os grandes dilemas que dominam o debate nacional. As questões relacionadas à pesquisa com células-tronco, as intermináveis discussões sobre o aborto e as implicações jurídicas dos diagnósticos de anencefalia e de morte cerebral consubstanciam-se em problemas jusfundamentais que, sem qualquer dúvida, devem ser compreendidos como *hard cases*⁴. São tais problemas que testam as

⁴ Sobre a importância dos casos-limites para a investigação jurídica: “São os chamados *hard cases*, as questões mais tormentosas, aquelas que terminam sendo examinadas no exercício da jurisdição constitucional, as quais não se resolve satisfatoriamente

fronteiras entre as liberdades individuais e os interesses sociais e/ou estatais. São também estes nos quais é testada a precisão do âmbito de proteção constitucional do ser humano, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme ponderado, apesar de impossível negar a necessidade da discussão jurídica sobre tais temas, uma pergunta fundamental parece esquecida ou relegada à insignificância. Considerada um dado intuitivamente evidente, a definição de vida humana para o Direito resta abandonada e esse abandono não ocorre sem graves consequências.

O que seria a vida humana protegida pelo Direito? Tal qual Santo Agostinho que quando perguntado sobre a definição de *tempo* ofereceu como resposta a afirmação de que “se ninguém me pergunta eu sei, mas se ousar explicar a alguém, não sei”; parece ser o caso da maioria daqueles que se aventuram na peleja pela definição de vida. A vida humana é dada, por muitos, como um conceito intuitivamente certo sem que, contudo, reste acompanhada de uma adequada explicação de seus elementos essenciais. Outros simplesmente rendem-se a um conceito meramente sintomático, capturado sem mais daquelas ciências ditas biológicas.

Os problemas constitucionais mais controvertidos na actualidade dizem respeito ao começo e fim da vida humana. Ao afirmar-se que a vida humana é inviolável, pretende-se aludir seguramente à existência física e psíquica entre o princípio e o fim da vida. Os critérios normativos definidores da vida e da morte, embora alicerçados em conhecimentos científicos e permanentemente renovados, devem ser em conformidade com os parâmetros materiais da Constituição conjunto (CA-NOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 448).

É forçoso reconhecer que o Direito, enquanto sistema organizado de garantias, não pode abrir mão de definir o que vem a ser a vida humana dentro do contexto da teoria dos bens jurídicos.

Lo positivo de esta tese es que con ella se propugna el respecto del principio de legalidad, se determina lo protegible por el Derecho penal y exige que el delito signifique un peligro o lesión a un concreto bien (material o inmaterial); y lo negativo es que introduce como bienes protegibles a la moral y la religión, al establecer tres categorías de bienes

com o emprego apenas de regras jurídicas, mas demandam o recurso aos princípios, para que sejam solucionadas em sintonia com o fundamento constitucional da ordem jurídica” (GUERRA FILHO, 2009, p. 64).

jurídicos: individuales, del Estado y el bien común, y sobre esta última base situó a la sociedad, dando carta blanca para penalizar conductas meramente inmorales o contra la religión a las que denominó delitos de peligro común (SÁNCHEZ, p. 647).

A precisão conceitual do bem jurídico é indispensável, pois é possível distinguir necessárias implicações decorrentes da escolha deste ou daquele tal conceito de bem jurídico. Necessário, assim, atrelar os conceitos jurídicos às determinações constitucionais, visto que “em um Estado de Direito democrático e social, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária” (PRADO, 1997, p. 59-60). Somente assim, precisando o conceito de bem jurídico e através dele definindo a vida humana como tal, permite-se o diálogo entre a realidade social e os valores constitucionais e, por conseguinte, a própria compreensão da “vida humana” como uma categoria jurídica verdadeiramente informadora dos limites de sua tutela.

Uma remissão aos clássicos gregos se impõe, pois eles, já naquela Era Anciã, notavam que a vida humana não pode e não deve ser reduzida à mera condição biológica.

Os gregos não possuíam um termo único para exprimir o que nós queremos dizer com a palavra vida. Serviam-se de dois termos, semântica e morfológicamente distintos, ainda que reportáveis a um étimo comum: *zoé*, que exprimia o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) e *bíos*, que indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo. Quando Platão, no *Filebo*, menciona três gêneros de vida e Aristóteles, na *Ethica nicomachea*, distingue a vida contemplativa do filósofo (*bíos theoreticós*) da vida de prazer (*bíos apolausticós*) e da vida política (*bíos politicós*), eles jamais poderiam ter empregado o termo *zoé* (que, significativamente, em grego carece de plural) pelo simples fato de que para ambos não estava em questão de modo algum a simples vida natural, mas uma vida qualificada, um modo particular de vida (AGAMBEN, 2002, p. 9).

Compreender a vida humana protegida pelo Direito como mera vida biológica, resumindo-a aos sintomas que evidenciam que o corpo está biologicamente funcional, é reduzir o ser humano ao corpo material e a dignidade à integridade da carne. Tal percepção ainda mitigaria as obrigações do Estado para com seus cidadãos, visto que, assim, bastaria

apenas preocupar-se em manter os corações dos seres humanos pulsando, desconhecendo aquele *quid* que aparta a humanidade dos semoventes.

Pero los bienes de esta clase pueden resultar menoscabados también mediante sucesos naturales (enfermedad, «cansancio» de los materiales), y asimismo mediante procesos en los que certamente intervienen personas, pero que no son evitables (ni dolosos ni imprudentes). Esto puede carecer de importancia para su entendimiento como bienes, pero no para su cualificación como bienes jurídico-penales. Si, p. ej., se denominan bienes jurídico-penales sin más a las situaciones valoradas positivamente, se deriva La extraña consecuencia de que el Derecho penal a veces (e incluso em algunos ámbitos casi siempre) no se preocupa de la pérdida de sus bienes: la muerte por decrepitud senil, que una cosa se estropee com el tiempo, etc., representan pérdidas de bienes en el sentido mencionado, pero no realizan ningún tipo penal. Así pues, el Derecho penal no cumple La función de garantizar La existencia de dichos bienes en todo caso, sino solo frente a ataques de determinada classe (JAKOBS, 1997, p. 45).

Evidente que não se nega que a vida biológica constitui *per se* numa pré-condição elementar para a existência do ser humano. Salienta-se, entretanto, que não é a presença de sinais vitais aquilo que é protegido pelo Direito, mas sim a vida como uma decorrência daquela condição elementar que diferencia o ser humano de todos os outros seres vivos. Este *quid* de dignidade que torna o ser humano, não um meio, mas, um fim em si mesmo. “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT, 1997, p. 68). É, pois, elementar para definição de vida humana para o Direito, aquela ideia de dignidade sem a qual não existe fundamento para uma existência merecedora de especial tutela constitucional. É através da dignidade da pessoa humana que se reconhece no indivíduo a plenitude de sua autodeterminação e a essencialidade de sua presença.

Na sociedade civil cada um é o seu fim e tudo o que resta para ele é nada. Mas sem relações com os outros ele não pode alcançar o conjunto para os seus fins. Estes outros são, por consequência, meios para o fim particular. Mas o fim particular confere a si mesmo por meio da relação com os outros a forma de universalidade e satisfaz-se, satisfazendo ao mesmo tempo o bem-estar dos outros (HABERMAS, 1998, p. 45-6).

Assim, o homem é colocado entre *dois mundos*, o celestial e o terreno, sendo impossível, para os fins de uma definição jurídica da vida, operar

o reducionismo de situar a existência do ser humano no plano corpóreo, pois isso corresponderia à negativa daquilo que lhe confere especial dignidade: a capacidade de transcendência (MIRANDOLA, p. 39-40).

A definição jurídica da vida humana como posição jusfundamental informada pela dignidade da pessoa humana é imprescindível para evitar a deturpação da condição humana por interesses de grupos sociais que, não raramente, pretendem utilizar o Direito como uma ferramenta para impor um particular valor moral, religioso ou ideológico.

A clarificação conceitual da vida humana para o Direito, portanto, é condição necessária para proteger o próprio fundamento antropológico dos direitos fundamentais.

Se verdade que nem toda vida humana é dotada do mesmo valor, quais são as circunstâncias relevantes que autorizam o reconhecimento que este indivíduo é essencialmente mais importante ou valioso que outro? Quais são as qualidades do ser humano que permitem dizer que, a despeito de todos os seres humanos serem fundamentalmente iguais, alguns são ainda mais iguais do que os outros? Sendo o caso de o Direito Pátrio identificar, dentre as pessoas naturais, estas ou aquelas que possuem uma vida digna de proteção jurídica mais intensa do que outras que não a merecem, seria também o caso de existir no ordenamento jurídico brasileiro uma vida humana sem valor? Quais seriam as condições sob as quais um ser humano vivo é relegado à condição de *homo sacer*?

As respostas para tais perguntas, especialmente relacionadas com o valor da vida humana e com a vida humana sem valor, podem causar estupefação ou mesmo incredulidade. Não é uma ideia de fácil aceitação a afirmação que alguns seres humanos possuam uma vida valorada em limites superiores a de outros; mais problemático ainda é o caso de afirmar que, em determinadas circunstâncias e mesmo reconhecendo a existência de uma vida humana, ela não possui qualquer valor para o Direito. Entretanto, ainda assim, as respostas para tais questionamentos não se fazem, por isso, menos necessárias.

A investigação sobre o valor da vida humana é, pois, a primeira e mais premente questão do Direito.

A proteção da vida humana na história das constituições brasileiras • A dignidade da pessoa humana e a proteção da vida • O direito à vida e os direitos concernentes à vida • Do valor do bem jurídico vida e sua proteção pelo direito penal • A vida humana sem valor e sem proteção • O início da vida humana digna de proteção jurídica • O término da vida digna de proteção jurídica

