

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Francisco Ilídio Ferreira Rocha

Do valor da vida humana e da vida humana sem valor

DOUTORADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2013**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Francisco Ilídio Ferreira Rocha

Do valor da vida humana e da vida humana sem valor

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito na área de Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho.

SÃO PAULO

2013

Francisco Ilídio Ferreira Rocha

Do valor da vida humana e da vida humana sem valor

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito na área de Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho.

Aprovado em: ____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Para minha esposa, Cristiane; para meus filhos, Cecília e Victor Hugo; e para meus pais, João e Maria.

AGRADECIMENTOS

Uma tese de doutorado, produto de quatro anos de dedicação, não acontece sem a contribuição direta ou indireta de muitas pessoas. Aproveito, portanto, a oportunidade para demonstrar minha gratidão àqueles que me ajudaram nesta empreitada.

Reporto-me às palavras de *Sir* Isaac Newton: *Se eu vi mais longe, foi por estar de pé nos ombros de gigantes*. Essa verdade comum a todos que se dispõem a realizar qualquer trabalho científico impõe-me o reconhecimento e a enorme gratidão que tenho em relação ao meu professor orientador, Dr. Willis Santiago Guerra Filho, um gigante do Direito.

Agradeço a todos os meus alunos a oportunidade de ter como meu trabalho aquilo que considero minha vocação e, lembrando que sempre somos aprendizes, aproveito para render graças a todos os meus professores - passados, presentes e futuros – nas pessoas de Thiago Matsushita, Álvaro de Azevedo, Márcia Alvim e Georges Abboud, que muito me honram por aceitarem participar de minha banca de doutoramento.

Reconhecendo que, nas palavras de León Tolstói, a verdadeira felicidade somente se encontra na alegria da vida com a família, eu aproveito para penhorar minha gratidão pelo convívio com Fernando, Leina e Arthur, pelo qual me sinto deveras afortunado; da mesma forma, Fernando Barbosa, que apesar da inexistência de vínculo biológico, considero meu segundo irmão. Ademais, não me esqueço do apoio da minha família por afinidade, pela qual expresso meu apreço face à ajuda dispensada por Mitsuo, Gercina, Danielle, Gustavo e Cynthia.

Impõe-me também o reconhecimento da enorme dívida de gratidão com toda a família de professores e funcionários do Centro Universitário do Planalto de Araxá, uma vez que sem o apoio institucional nada disso seria possível. Nas pessoas de Válter Gomes, Nilson Vieira de Carvalho e Vânia Ferreira, eu agradeço a todos.

Para conseguir a amizade de pessoas dignas é preciso, segundo Sócrates, desenvolver em nós mesmos as qualidades de quem admiramos, posso declarar que me esforço para emular as grandes qualidades daqueles a quem agradeço pela paciência, confiança, crítica honesta e amizade. São meus amigos Almir, Haroldo, Isabel, Marco Aurélio, Leonardo, Rafael Tomaz, Danielle, Wisley, Elizabeth, Denise e Marco Antônio.

Por fim, agradeço a Henrique Garbellini Carnio, pois para além da grande estatura moral e intelectual, eis aqui um amigo com quem realmente se pode contar.

Quis custodiet ipsos custodes?

Juvenal, poeta romano

RESUMO

A presente tese tem como objeto a análise do atual estado da tutela constitucional da vida humana e, a partir dessa premissa, precisar a dimensão axiológica da existência vital do ser humano. Nesse sentido, persegue-se a pretensão de determinar, juridicamente, o que é a vida como um bem jurídico constitucional e penalmente protegido, precisando sua definição e apartando-o, adequadamente, daqueles assim designados direitos concernentes à vida. Tais bases conceituais são indispensáveis para a realização do escopo desta tese, a saber, um estudo jurídico-axiológico da vida humana, no qual se reconhece que, a despeito dos imperativos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção jurídica da existência vital do ser humano realiza-se em diferentes graus de intensidade e a partir de critérios arbitrários que permitem deduzir que a vida humana é considerada mais ou menos valiosa em determinadas circunstâncias, e que, noutros casos, pode-se mesmo dizer que a vida biológica do ser humano não possui valor qualquer. A identificação de circunstâncias críticas que implicam em graus variáveis de proteção da vida, bem como aquelas que autorizam o abandono e a negação de seu valor, constitui-se no cerne desta tese.

Palavras-chave: biodireito; direito à vida; vida humana; morte; princípio da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This thesis has the purpose of analyzing the current state of the constitutional protection of human life and, from this, specifies the axiological dimension of the vital existence of the human being. In this sense, it pursues the goal to establish, legally, what is life as a constitutional and legal interest worthy of protection, stating its definition and separating it by differentiation of those so called life related rights. These conceptual foundations are indispensable to the attainment of what is intended as a legal-axiological study of human life, which allows to recognize that, despite the imperatives derived from the principle of human dignity, the legal protection of human life realizes in different degrees of intensity and from arbitrary criteria in a way that allows the deduction that human life is considered more or less valuable in certain circumstances and, in some cases, one can even say that the biological life of the human being does not have any value at all. Identification of the critical circumstances implying varying degrees of protection of life, as well as those authorizing the abandonment and denial of its value, constitutes the core of this thesis.

Keywords: biolaw, right to life, human life, death, the principle of human dignity.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	12
CAPÍTULO I. A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS BRASILEIRAS.....	27
1.1. Da tutela constitucional do direito à vida.....	27
1.2. A proteção da vida humana na Constituição de 1891.....	27
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.....	33
1.6. A proteção da vida humana na Constituição de 1967.....	36
1.7. A proteção da vida humana na Constituição de 1988.....	39
CAPÍTULO II. A DIGNIDADE DA PESSOA E A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA.....	43
2.1. Da dignidade da pessoa humana como alicerce dos direitos fundamentais.....	43
2.2. A dignidade da pessoa humana e o valor do ser humano.....	47
CAPÍTULO III. O DIREITO À VIDA E OS DIREITOS CONCERNENTES À VIDA.....	66
3.1. A diferença entre o direito à vida e os direitos concernentes à vida.....	66
3.2. Os âmbitos de proteção constitucional da vida humana.....	88
3.3. A vida nua: Insuscipibilidade e matabilidade por Giorgio Agamben.....	89
3.4. Matabilidade e mortalidade.....	94
CAPÍTULO IV. DO VALOR DO BEM JURÍDICO VIDA E SUA PROTEÇÃO PELO DIREITO PENAL.....	102
4.1. Breves considerações sobre o desenvolvimento histórico do conceito de bem jurídico.....	102
4.2. O conceito de bem jurídico adotado e suas implicações.....	120
4.3. O valor do bem jurídico vida nos termos do Direito Penal brasileiro.....	128
4.3.1. O valor da vida em função do lugar.....	136

4.3.2. O valor da vida em função do tempo.....	150
CAPÍTULO V. A VIDA HUMANA SEM VALOR E SEM PROTEÇÃO.....	164
5.1. A vida humana sem valor como aquela excluída do suposto de fato do direito à vida.....	164
5.2. Do suposto de fato e o âmbito de proteção dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.....	167
5.3. A inviabilidade e a proteção da vida em razão do lugar nos termos da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF.....	177
5.4. A inviolabilidade e a morte cerebral nos termos da decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF.....	192
5.5. A vida sem valor a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal....	219
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	221
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	232

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 e, em razão disso, aquele merecedor da mais elevada proteção jurídica, especialmente, pelo Direito Penal.

Tal entendimento é ratificado pelo 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 pela precisão de um conceito normativo de vida, que satisfaça as necessidades e 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 mantém a indeterminação do âmbito de proteção da norma penal e a própria proteção do indivíduo contra limitações arbitrárias que, eventual e recorrentemente, recaem sobre o âmbito pessoal de autodeterminação.

Analisando o modelo do ordenamento jurídico-penal adotado pela República Federativa do Brasil, nos é permitido reconhecer como um de seus fundamentos a eleição de uma política criminal voltada para a proteção de bens jurídicos.

A escolha de um modelo de Direito Penal 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 jus fundamentais decorrentes da ordem constitucional brasileira.

A elaboração de um modelo de Direito Penal orientado pela proteção de bens jurídicos permite a instituição de uma estrutura dogmática e jurídica apta à limitação do próprio Direito Penal. 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 jurídico-penais são construídas, portanto, as garantias limitadoras do *jus puniendi*, 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 Penal e todos os institutos jurídicos de controle social inseridos no contexto da política criminal 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 Penal. 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 Penal? Qual o conteúdo conceitual dos bens jurídico-penais em espécie, particularmente a vida? Qual o valor da vida humana para o ordenamento jurídico pátrio? São essas questões, todas de capital importância, que

se fazem indispensáveis para determinar o âmbito de aplicação da norma penal bem como a própria estruturação jurídica do Direito Penal 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 jus fundamentais não se apresenta na questão de eleição dos valores jurídicos que serão tutelados pelo ordenamento jurídico-penal. A maior ou menor indeterminação conceitual e valorativa de cada qual dos bens jurídicos considerados em espécie, de sua titularidade e de suas limitações, 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.

Nota-se, por certo, que a grau de indeterminação dos bens jurídico-penais não é uniforme, variando de um para outro, alcançando seu ápice no que se refere à vida humana protegida pelo Direito. É justamente nesse ponto que o problema enfrentado neste estudo se apresenta, uma vez que reside na indeterminação do conteúdo conceitual daquele considerado como o mais valioso dos bens jurídicos, a vida humana, uma sombra particularmente perturbadora que lança incertezas e insegurança sobre todo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é imperativa a busca de soluções para as questões relativas ao conceito e ao valor da vida como bem jurídico-penal, 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 princípio 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, redundam em problema particularmente sensível. Uma vez que caráter primordial da proteção da vida humana é facilmente percebido como evidente pela sociedade nota-se acaloradas e apaixonadas discussões sobre o tema. Tais debates, que não raro misturam elementos morais, ideológicos e religiosos, influenciam, limitam e condicionam a investigação jurídica.

A sensibilidade social relacionada à vida humana é especialmente evidente quando considerados grandes temas que dominam o debate nacional. As questões relacionadas à pesquisa com células-tronco, às intermináveis discussões sobre o

aborto e às implicações jurídicas dos diagnósticos de anencefalia e de *morte cerebral* são justamente aqueles problemas relacionados à vida humana nos quais bem podem se reconhecer a qualidade de *hard cases*¹. São tais problemas que testam as 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, considerando 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 Penal?

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 (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 448).

É evidente que um conceito meramente sintomático ou biológico da vida e da morte, ainda que evidentemente útil, não é suficiente para o Direito. A negativa

¹ 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 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).

em transcender o conceito meramente biológico de vida e a recusa ou a desistência em buscar um significado que traduza a essência da vida humana como um direito fundamental não somente sonega ao Direito Penal a compreensão do valor jurídico a ser protegido, mas também diminui a importância da linguagem para a comunicação que deve preencher o espaço entre o Direito e a Sociedade, uma vez que a “ciência jurídica encontra na linguagem a sua possibilidade de existir (...)” (DINIZ, 2007, p. 169).

Longe de ser devidamente trabalhado, o conceito de vida é reduzido à condição de um mero sintoma. Contenta-se com a mera enumeração daquelas condições necessárias para a constatação cabal de que um determinado ser humano é/está vivo, como por exemplo, através da verificação de atividade cardíaco-respiratória, cerebral ou encefálica.

Seria isso, a vida reduzida a um âmbito de significação meramente biológica, o direito fundamental que o Direito Penal protege com especial intensidade? A inadequação de um conceito meramente sintomático de vida é facilmente sustentada uma vez que tal conceituação, além de insuficiente para solucionar, juridicamente, aquelas questões-limites sobre a experiência vital do ser humano, acaba por promover “ao mesmo tempo, uma redução materialista da alma e uma teoria do adestramento, no centro dos quais reina a noção de ‘docilidade’ que une o corpo analisável ao corpo manipulável” (FOUCAULT, 1999, p. 118), destituindo o ser humano de sua inata dignidade e reduzindo a sua existência à simples constatação de atividade cerebral.

É a sociedade de consumo que dita regras nas quais o indivíduo vive e através dela opera-se a substituição o valor imanente decorrente da dignidade humana pela utilidade produtiva do corpo. Diminui-se, assim, a dimensão axiológica da humanidade aos seus aspectos verificáveis e quantificáveis.

O último estágio de uma sociedade de operários, de uma sociedade de consumo, que é a sociedade dos detentores de empregos, requer de seus membros um funcionamento puramente automático, como se a vida individual houvesse sido afogada no processo vital da espécie e única decisão ativa, exigida do indivíduo fosse, por assim dizer, deixar-se levar, abandonar sua individualidade, as dores e as penas de viver ainda sentidas individualmente, e aquiescer num tipo funcional de conduta entorpecida e tranquilizante (FERRAZ JR. 2007, p. 28).

A redução do ser humano ao seu aspecto meramente biológico, a identidade da vida com seus sintomas fisiológicos, o engodo da transformação do indivíduo em reles corpo físico, transmuta o ser humano que de um ser dotado de inata dignidade é relegado àquele *status* de *homo faber*.

Atribuindo ao indivíduo um valor pessoal e social mensurado simplesmente pela sua utilidade, pela sua força de trabalho ou produtividade opera-se uma desnaturação na qual o ser humano não mais é um fim em si mesmo. Tais reducionismos e simplismos redundam num homem tornado *res* e uma vida humana compreendida tão somente em seus aspectos fisiológicos.

Sócrates, em passagem relatada no Fédon, postula que não está encarcerado pelos seus braços e pernas, mas pelas escolhas que fez durante sua vida, indicando, pois que a vida humana, em essência, está centrada mais na autonomia da vontade, na dignidade do ser humano que lhe garante a prerrogativa de ser timoneiro de sua própria existência (PLATÃO, 2008, p. 250).

Daí a necessidade de encontrar um conceito de vida humana que cumpra todos os imperativos exigidos pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Daí a necessidade de uma definição que garanta ao Direito Penal um instrumento apto a compreender a vida humana e seu valor em suas várias dimensões. Daí a necessidade de um retorno ao próprio conceito de bem jurídico, reafirmando sua primeira e elementar vocação liberal, bem como sua função garantidora, limitadora, exegética e valorativa.

Destaca-se, entretanto, que não se ousa determinar uma definição total de vida humana que satisfaça tanto as necessidades da metafísica quanto da medicina ou da sociologia e da biologia. O escopo perseguido pode ser muito bem resumido à busca por uma definição que sane a carência da Ciência do Direito. Por isso, imperativo que tal definição não somente esclareça a essência do que é, juridicamente, a vida humana, mas que também que seja funcional e suficiente para realização das posições jus fundamentais concernentes à autodeterminação do ser humano.

Cabe mencionar al menos tres razones por las que BIRBAUM en el año de 1834 elimina del Derecho penal la vulneración del derecho como elemento definidor del delito y la sustituye por el 'bien' lesionado. Por un lado, que la teoría de la vulneración del derecho era equívoca y no suficientemente concreta, pues según la comprensión natural no se pueden lesionar derechos, sino sólo

los 'bienes' sujetos a aquéllos. Por otro, que, debido a su pretensión filosófica, estaba orientada de modo primario a la legislación, pero no a las necesidades del aplicador del Derecho, que ha de partir de derecho positivo y, por ello, necesita de elementos generales por los cuales pueda reconocerse qué es lo que lo Estado quiere saber que se contempla como delito. Además, que el Derecho positivo contiene normas que no se pueden reconducir sistemáticamente a un derecho subjetivo, entre ellas sobre todo las infracciones de policía. Calificarlas como 'delitos', pero no definir las como 'vulneración de un derecho' sería contradictorio. En fin, tradicionalmente han pertenecido siempre al Derecho penal positivo normas que se oponen a una reconducción a derechos individuales de libertad: así, los delitos relativos a la religión y la moralidad. Pues bien, su protección jurídico-penal sólo se puede justificar, si religión y moralidad son entendidas como 'bien común del pueblo' (GÜNTHER, 2000, p. 495).

Essa imperativa necessidade conceitual - que não somente esclareça os contornos essenciais da vida humana protegida pelo Direito, mas que também exerça função limitadora da ingerência do Estado e da sociedade na esfera da autodeterminação individual - é capital para evitar que o Direito Penal seja instrumentalizado para satisfazer interesses de grupos sociais que através do Estado intentam impor sobre a coletividade suas específicas crenças religiosas, morais ou ideológicas. Isso se dá uma vez que o “principal pressuposto metodológico de uma teoria geral do garantismo reside [na separação] entre direito e moral, [...]” (FERRAJOLI, 2000, p. 686).

É de se concluir 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 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).

Essa é a razão para que, mesmo atacando os problemas de definição jurídica da vida humana, faz-se necessário proceder, antes, a uma necessária definição do que vem a ser bem jurídico para uma ordem jurídica inserida em um

Estado Democrático de Direito. Imperativo ainda que tal conceito de bem jurídico seja aberto o suficiente para permitir a interação deste com fundamentais da República Federativa do Brasil.

A precisão conceitual de bem jurídico é indispensável, pois é possível reconhecer necessárias implicações decorrentes da escolha deste ou daquele tal conceito de bem jurídico. Necessário, assim, atrelar os conceitos penais 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 dos tipos penais que a protegem direta (crimes contra a vida) ou indiretamente (crimes contra a saúde pública, p.e.). É justamente essa mediação, entre a norma penal e a norma constitucional, que um bem jurídico necessariamente deve pretender.

[...] la vinculación que debe mediar entre norma penal y una norma constitucional se limita a las características básicas del Estado, en este caso – como hemos advertido – Social y Democrático de Derecho; atendiendo a ello la carta magna debe servir de referencia obligada al legislador penal en la configuración de bienes jurídicos, lo que a nuestro entender resulta nada novedoso, la norma penal debe ser elaborada imperativamente en atención a la concepción que sobre el Estado adopte el cuerpo social en su ordenamiento constitucional, hacerlo de distinta manera implicaría en inconstitucional la norma penal que no siga dichos criterios, el ordenamiento penal debe ser elaborado luego de un examen ex ante de la Constitución, el respeto a la concepción de Estado que adopta una sociedad en plano constitucional se torna inmanente para el orden jurídico-penal (REYBA ALFARO, 2000, p. 17-8).

Além de vincular os fundamentos das normas penais aos preceitos constitucionais, em especial os direitos e garantias fundamentais, o bem jurídico em um Estado Democrático de Direito funcionará como um limitador às eventuais ingerências indevidas na esfera individual, restringindo, por consequência, a própria atuação do poder punitivo estatal. Assim “(...) cresce o valor intrínseco atribuído ao direito privado; ‘o direito no sentido subjetivo’ é legítimo por si mesmo, porque ele,

partindo da invulnerabilidade da pessoa, da aplicação livre da vontade individual, garante ‘uma região de dominação independente’ (HABERMAS, 2003, p. 116). Segundo ROXIN, são quatro as principais implicações da utilização de um conceito de bem jurídico adequadamente fundado em valores democráticos: a) leis penais arbitrárias não protegem os bens jurídicos; b) leis penais de conteúdo meramente ideológico não protegem os bens jurídicos; c) leis penais de conteúdo meramente moral não protegem os bens jurídicos; e d) leis penais de conteúdo meramente religioso não protegem os bens jurídicos (1997, p. 56).

Para precisar o a vida humana enquanto bem jurídico penalmente protegido e o próprio valor da existência vital do indivíduo, é necessário superar o conceito meramente biológico de vida, insuficiente para responder questões éticas e jurídicas, e buscar através da filosofia uma definição suficiente para solucionar adequadamente aqueles *hard cases* que se agigantam neste mundo no qual as fronteiras entre a ficção científica e a realidade são cada vez mais confusas. Uma remissão aos clássicos gregos se impõe, pois eles, já naquela era anciã, já 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: *zoe*, 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 que a vida humana protegida pelo Direito Penal identifica-se com a mera vida biológica, com os sintomas que evidenciam que o corpo está biologicamente funcional, é reduzir o ser humano ao corpo e a dignidade à integridade da carne. Tal entendimento 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 ciertamente 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 en algunos ámbitos casi siempre) no se preocupa de la pérdida de sus bienes: la muerte por decrepitud senil, que una cosa se estropee con 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 clase (JAKOBS, 1997, p. 45).

A tutela penal da vida humana não deve, portanto, recair somente sobre a vida biológica em si. O Direito Penal, com acerto, deve proteger a vida humana contra agressões que afrontam expectativas normativas essenciais para autodeterminação do ser humano em sociedade.

Evidentemente, não se nega que a vida biológica constitui em si uma 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 que mereça especial tutela constitucional e penal. É através da dignidade da pessoa humana que se reconhece ao indivíduo a plenitude de sua autodeterminação.

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”, os quais são 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 corresponde à negativa daquilo que lhe confere especial dignidade: a capacidade de transcendência (MIRANDOLA, p. 39-40).

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

[...] el fundamento de esta exigencia de política jurídica que en una estructura estatal que agrupe hombres de diversas maneras de pensar, de sentir y diferentes ideologías, sólo puede decidir la sanción de normas penales un criterio estrictamente racional; a saber, el criterio de la defensa frente a peligros, que todos los hombres para los que la ley rige comprenden en la misma medida, con prescindencia de su religión, sine convicciones éticas o ideológicas y del círculo de vida social a que pertenecen (RUDOLPHI, 1975, p. 335).

É, pois, imperativa a construção de um modelo de Direito Penal que se realize como um sistema de garantias e que se alicerce, não somente em uma concepção formalista de tutela de bens jurídicos. É necessário ainda que o conceito de bem jurídico seja harmônico com os valores democráticos de uma sociedade livre e que as definições sejam orientadas para a construção de estruturas normativas capazes de proteger o indivíduo mesmo contra os interesses de determinadas classes sociais, amplamente majoritárias ou não.

Os bens jurídicos universais somente requerem proteção como condição da possibilidade de proteção de bens jurídicos individuais, os quais, por isso, possuem uma função orientadora. Deste modo, o fim de proteção dos bens jurídicos é a realização da pessoa individual, sendo o interesse geral apenas uma etapa deste rumo (TAVARES, 2000, p. 180).

Não é admissível, portanto, fundamentar-se no interesse coletivo para subtrair ou abolir dos bens jurídicos sua função garantista. Não é aceitável a confusão de valores universais, de reconhecida importância para todos os

indivíduos, com outros valores metajurídicos da classe dominante. “*Ahora bien, esta realidad indiscutible lleva a considerar también como ‘bien jurídico’ los intereses del grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad. Se trata aquí de una ‘perversión’ del concepto de bien jurídico*” (MUNÑOZ CONDE; GÁRCIA ARÁN, 1998, p. 66). É assim, trocando valores universais, indispensáveis para todos os cidadãos, por valores identificados com um determinado grupo social ou apresentando-os, falaciosamente, como sinônimos que se deturpa o conceito de bens jurídicos e a definição de cada um deles.

É justamente isso o que acontece com o bem jurídico-penal vida humana. Além de uma falta de preocupação na determinação de sua definição e de seu valor, é comum encontrar em lições doutrinárias algumas afirmações que sustentam a indisponibilidade total da vida humana.

Segundo Hungria, “a vida de um homem não pertence a ele só, mas também ao agregado social” (1955a, p. 221). Este, inclusive, é esse o entendimento dominante em nosso Direito Penal que, mesmo sem precisar uma definição de vida, ou talvez por isso, opera uma confusão sobre a titularidade da vida humana, ora oscilando para teorias monistas personalistas, investindo o indivíduo na titularidade, ora aproximando-se de teorias monistas coletivistas, entregando a titularidade da vida humana nas mãos da sociedade e/ou do Estado.

Ainda que no passado o fosse, é impensável, no atual momento constitucional brasileiro, sustentar que a vida humana pertença enquanto bem jurídico a outro ente que não o próprio sujeito vivente. Entregar a titularidade do bem jurídico-penal vida aos grupos de interesses sociais ou ao Estado exorta toda sorte de perigos decorrentes de entregar a individualidade à coletividade. É permitir, portanto, dar valor/desvalor à vida humana a partir da régua estatal ou social, que protege/abandona ou ser humano conforme útil/inútil aos interesses ditados pelo Estado ou pela sociedade.

O respeito à vida é uma imposição absoluta do direito. Não importa o desvalor que o próprio indivíduo ou a sociedade lhe possam atribuir em determinadas circunstâncias; que ela possa parecer inútil ou nociva, porque constitui para quem a possui uma fonte sofrimento e não de gozo dos bens legítimos da existência, ou porque represente para a sociedade um elemento negativo ou perturbador (BRUNO, 1966, P. 64).

O entendimento de que a vida humana é um bem jurídico que pertence à sociedade ou ao Estado ou, ainda que pertencente ao indivíduo, não seria o caso de titularidade exclusiva, é, além de uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma perversão da própria teoria liberal dos bens jurídicos.

Aqueles que entendem que o homem existe para o Estado, se utilizarão de um conceito transcendente do direito – o direito não existe para o homem, e sim o homem para o direito – e o conceito de bem jurídico desaparecerá, ou então se sustentará que o único titular dos bens jurídicos é o Estado e até o próprio homem um bem jurídico do Estado. O homicídio e o aborto não serão punidos porque destroem um ente único em sua individualidade, e que deve ser tratado como um fim em si mesmo e respeitado como tal na autonomia de sua consciência e sim porque privam o Estado de um soldado, de uma fonte de mão-de-obra, de um contribuinte (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 463).

É evidente que a vida humana deve ser objeto das maiores proteções jurídicas que um Estado pode dispor, pois é ela condição para a fruição de todos os outros direitos. Não se nega, portanto, que o Estado deve proteger a vida humana. Afirma-se, por outro lado, que não é aceitável escudar neste dever para tomar para si a titularidade da vida que demanda proteção. Não é admissível sustentar que o indivíduo existe para o Estado.

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

De modo a estabelecer um roteiro adequado para o desenvolvimento de uma análise sistemática sobre a definição e os limites da tutela constitucional e penal do bem jurídico vida, é de se afirmar que qualquer pretensão de solução para tal premente problema jurídico não pode deixar de levar em consideração que o objeto tutelado, a vida humana, é, antes de tudo e principalmente, um direito constitucionalmente garantido.

Sendo assim, o primeiro capítulo é reservado ao estudo histórico e ao jurídico-dogmático do *direito à vida* nas sucessivas Constituições brasileiras. Neste capítulo inicial, desenvolve-se a verificação do âmbito de proteção constitucional da existência vital do ser humano e da transição de uma proteção indireta fundada nos *direitos concernentes à vida* até a atual Carta Política que pugna pela proteção do *direito à vida* fundamentada na dignidade da pessoa humana.

A etapa seguinte é centrada num estudo histórico da evolução do bem jurídico-penal, observando sua formação desde Birnbaum e Feurbach, buscando marcar sua função liberal e garantista até as modernas acepções de Roxin e Jakobs. Para tanto, busca-se na doutrina penal, nacional e estrangeira, elementos suficientes para a realização de uma análise histórica pormenorizada.

Uma vez estudado o desenrolar histórico do processo de aperfeiçoamento do conceito de bem jurídico penal, uma análise comparativa deve ser realizada de modo que seja possível estabelecer um conceito de bem jurídico que não somente seja útil para solução de problemas jurídico-penais, mas que, necessariamente, também satisfaça os critérios e requisitos mínimos de um modelo de Direito Penal garantista nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil. Parte-se, portanto, da análise jurídica da própria ordem constitucional brasileira, seus fundamentos e objetivos de modo a determinar um conceito de bem jurídico adequado ao Direito Penal brasileiro.

Aliando as conclusões estabelecidas sobre o *direito à vida* constitucionalmente tutelado e a teoria do bem jurídico adequada ao Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil, realiza-se nos capítulos seguintes uma análise jurídico-dogmática da legislação brasileira com o escopo de determinar a dimensão axiológica da vida humana enquanto bem jurídico. Trata-se, pois, de verificar a intensidade da proteção jurídica dispensada à vida do ser humano e, através dela, precisar o próprio valor da existência vital do homem para o direito brasileiro.

A investigação axiológica da vida humana a partir do ordenamento jurídico brasileiro permitirá determinar se, nos termos da legislação vigente e da Carta Política, é possível afirmar a verdade de uma dentre duas hipóteses: (i) a vida humana é sempre igualmente valorada e, portanto, igualmente protegida em qualquer situação; ou (ii) a vida humana merece maior ou menor proteção jurídica conforme se apresentem circunstâncias que permitam afirmar um maior ou menor valor da própria existência humana de um indivíduo em particular. Sendo o caso da segunda hipótese necessário e imprescindível se fará que a investigação oriente-se noutro rumo.

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 do 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 aquela que afirma 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.

CAPÍTULO I - A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS BRASILEIRAS

1.1. Da tutela constitucional do direito à vida

A análise conceitual e axiológica de qualquer bem jurídico-penal demanda, necessária e previamente, uma remissão inescapável aos fundamentos constitucionais que alicerçam o arcabouço teórico-normativo sobre o qual descansa todo ordenamento jurídico pátrio. Não se pode olvidar das disposições de direito internacional encontradas nos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, já que é reconhecido, nos termos da Carta Política, posição hierárquica desupralegalidade ou constitucionalidade, conforme o caso.

Neste capítulo, será desenvolvida, portanto, a análise do âmbito de proteção da vida humana a partir dos dispositivos constitucionais pertinentes, especialmente aquele constante no art. 5º, *caput*, da Carta Magna no qual se distingue a inviolabilidade do *direito à vida*.

Para levar a cabo tal tarefa, lançar-se-á mão, em um primeiro momento, de um estudo histórico da proteção da vida humana através da sucessão das Constituições nacionais; buscar-se-á, apoiado nos elementos históricos apurados, a precisão das implicações derivadas do abandono do termo *dos direitos concernentes à vida* em detrimento da atual redação que opta pela *inviolabilidade do direito à vida*; e, por fim, apoiando-se nas bases teóricas estabelecidas, identificar os imperativos constitucionais indispensáveis para circunscrever os âmbitos de proteção penal da vida humana.

1.2. A proteção da vida humana na Constituição de 1891

Analisando a sucessão histórica das Constituições brasileiras, especialmente no que se refere ao *direito à vida*, é nota-se que, até a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, não é de se identificar a

presença de um dispositivo constitucional no qual seja possível reconhecer uma expressa menção ao direito fundamental à vida.

Segundo a hipótese levantada por Gisele Mendes de CARVALHO (2001), a ausência de um exposto reconhecimento do *direito à vida* poderia ser explicada pela percepção, naquele momento histórico, de que a vida humana, compreendida como um fato natural, não careceria de licença ou garantia jurídica para que se apresentasse como certa e existente. Nesses termos e segundo tal hipótese, não seria o caso de garantir a vida em si, pois ela existiria independentemente de qualquer direito juridicamente estabelecido. Tratar-se-ia, com acerto, de, reconhecendo tal existência natural, atribuir direitos e garantias ao ser humano de forma a protegê-lo naqueles aspectos biográficos decorrentes da personalidade. Sendo acertada tal hipótese, a vida humana seria considerada, não como um direito, mas, como um fato natural que, uma vez presente, toma-se como pré-condição para o gozo de direitos civis e políticos.

Noutro sentido, cumpre destacar a hipótese apresentada por Aristides Augusto MILTON (1898). Segundo o autor, a proteção da vida, apesar de não disposta de forma expressa no art. 72 do texto constitucional de 1891², poderia ser aduzida como um dos aspectos fundamentais do *direito à segurança individual*³. Dando seguimento a esta linha de interpretação, a vida estaria inserida no âmbito de valores constitucionalmente assegurados, ainda que indiretamente, de modo que o *direito à segurança individual* poderia e deveria ser compreendido como suficientemente amplo para abarcar a inviolabilidade do *direito à vida*, assim como da liberdade e de todos os aspectos inerentes ao exercício das faculdades naturais e inerentes à individualidade.

Nos termos da Carta Magna de 1891 e através da proteção da segurança individual, restariam outros direitos - especialmente o *direito à vida* - amparados sob

² Redação do dispositivo constitucional: “Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

³ Neste sentido: “Quanto à segurança, devemos considerá-la como a garantia real e efectiva, quer da liberdade, quer dos outros direitos naturaes. Della até se pôde dizer — que é o primeiro sentimento do homem, tanto quanto um dos instinctos mais aguçados de todos os animaes. Pois que resolve-se na defesa de si mesmo, na conservação da existência individual, no direito supremo de viver e não sofrer. Quimper ensina — que a segurança consiste no gozo legal, e não interrompido, da vida e de tudo que a ella se refere, inclusive a reputação. Consequentemente, no estado social — é o direito que o homem tem de ser protegido pelas leis em sua vida, propriedade, saúde e honra, assim como em todos os outros seus bens; de não ficar sujeito senão à benfazeja acção da lei, mas de seus executores legítimos ; de estar ao abrigo de todo arbítrio, e superior a quaisquer violências também.”(MILTON, 1898, p. 371).

o domo de tal dispositivo, sendo, por conseguinte, protegidos de qualquer afronta fundada na arbitrariedade humana e, assim, constituindo-se em posições jus fundamentais que não encontrariam limites senão face restrições derivadas da legalidade, do devido processo legal e da tensão entre direitos fundamentais.

Essa concepção de proteção da vida inserida no contexto da segurança individual conecta-se com o princípio da legalidade e do devido processo legal, dispostos respectivamente no art. 72, § 1º e § 15 do texto constitucional de 1891, possibilitando o reconhecimento tácito da inviolabilidade da vida humana. Corroborando tal entendimento, é ainda de se destacar o art. 72, § 21, da Constituição de 1891, que abole a pena de morte, reservando sua aplicação somente a um conjunto particular de crimes praticados durante tempo de guerra, excepcionalidade ainda observada no texto constitucional de 1988. Ou seja, o Estado somente poderia tomar a vida de um daqueles submetidos ao seu poder soberano em particulares situações expressamente previstas no texto constitucional e, ainda assim, em estrita obediência ao devido processo legal. Nestes termos, a hipótese de que o *direito à vida* está inserido no contexto mais amplo do direito à segurança individual parece ser mais adequado do que a hipótese da vida enquanto fato natural.

A análise sistemática dos preceitos constitucionais da Carta Política de 1891 permite afirmar que, apesar de não disposta expressamente, a proteção da vida poderia, naquela Constituição, ser contemplada como uma posição jus fundamental decorrente do expressamente reconhecido direito à segurança pessoal. Neste sentido, a inviolabilidade da sua existência natural poderia ser sustentada contra ataques de particulares e, mesmo, estatais, uma vez que o Estado não poderia, em obediência à legalidade e ao devido processo legal, determinar, juridicamente, o extermínio do indivíduo por meio da pena de morte salvo, evidentemente, naqueles casos de guerra declarada.

1.3.A proteção da vida humana na Constituição de 1934

A Carta Política de 1934 continua sem uma expressa indicação da inviolabilidade do *direito à vida* ainda que, entretanto, apresentasse uma evidente inovação ao incluir no rol de posições jus fundamentais o *direito à subsistência*⁴.

A inserção do *direito à subsistência*, indiscutivelmente, amplia a proteção da vida ao reconhecer a necessidade de garantir o direito a um mínimo de condições indispensáveis ao sustento do ser humano.

É, então, de se afirmar que, face os dispositivos da Constituição de 1934, não somente a inviolabilidade da vida humana era garantida – inserida ainda sob o manto da proteção à segurança individual –, mas, a ela, somou-se o direito a um padrão básico de qualidade de vida. Tal entendimento é facilmente referendado pela inteligência do art. 115⁵ do texto constitucional de 1934 que indicava como um dos objetivos primordiais da outrora Ordem Econômica a garantia de uma *existência digna* para todos.

A adição do direito à subsistência e outros inseridos no Capítulo da Ordem Econômica e Social⁶ podem ser compreendidos à luz do impacto inspirador da Constituição de México e da Constituição de Weimar⁷ e do surgimento de uma nova categoria de direitos constitucionais designados como de *segunda dimensão* ou *geração*⁸.

⁴ Redação do dispositivo constitucional: “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

⁵ Redação do dispositivo constitucional: “Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

⁶ Sobre a Constituição de 1934: “Ao lado da clássica declaração de direitos e garantidas individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar” (SILVA, 2006, p. 82).

⁷ Sobre os direitos de segunda dimensão: “A recepção constitucional destas novas tendências da Declaração dos Direitos Individuais, para conferir ao Estado a posição de prestador de benefícios, verificou-se em duas Constituições do mundo ocidental, que se distinguem pelas peculiaridades de cada uma, mas que se identificam nas circunstâncias extraordinárias que precederam sua eclosão. Trata-se da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 5 de fevereiro de 1917, produto da revolução mexicana, votada pelo Congresso Constituinte, reunido no Teatro da República, na cidade de Querétaro, documento que os mexicanos consideram a Primeira Constituição Política e Social do Mundo. E da Constituição da República Alemã, de 11 de agosto de 1919, aprovada pela Assembleia Constituinte, reunida na cidade de Weimar, pouco depois da explosão revolucionária que se seguiu à derrota militar da Alemanha, à abdicação do Kaiser Guilherme II e à supressão da Monarquia” (HORTA, 1995, p. 247).

⁸ Conforme ensinamento de Willis Santiago GUERRA FILHO aponta-se uma melhor adequação do termo “dimensão” ao revés de “geração” para designar a formação sucessiva dos direitos

Inaugura-se com o advento da Constituição de 1934, uma nova dimensão de proteção jurídica da vida humana, ampliando o *direito à vida* para além da inviolabilidade da existência natural do indivíduo, explicitando, ainda que de forma programática⁹, a necessidade de um direito social que estabelecesse e garantisse um padrão mínimo de qualidade de vida relacionada ao *direito de subsistência* que, inclusive, constituía-se em um dos objetivos fundamentais da organização da ordem econômica e social.

Outros fatos históricos se seguem, e a política torna-se claramente influenciada pelo avanço das ideologias fascistas na Itália de Mussolini e na Alemanha de Hitler. Getúlio Vargas, alçado ao poder no contexto da Revolução de 1930, é eleito presidente em 17 de julho de 1934, colocando fim ao período do Governo Provisório, e anuncia o início de um Governo Constitucional com um mandato de quatro anos legitimado por uma eleição indireta na qual Getúlio Vargas recebeu a maioria dos votos dos deputados da Assembleia Constituinte. O recrudescimento da verve autoritária de Getúlio Vargas faz-se culminante na ocasião do golpe de estado que marca o advento do Estado Novo em 10 de novembro de 1937. É justamente neste ambiente golpista e claramente autoritário que Vargas dissolve a Assembleia Constituinte e outorga, no mesmo dia do golpe, aquela Constituição que ficaria conhecida como “Polaca”, em razão das flagrantes influências da Carta autoritária polonesa.

fundamentais. Neste sentido: “Que ao invés de ‘gerações’ é melhor falar em ‘dimensões de direitos fundamentais’, neste contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem na ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual à propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira geração, observando-se igualmente sua função ambiental” (2009, p. 43).

⁹ Do caráter programático dos designados direitos de segunda dimensão (geração): “De juridicidade questionada nesta fase [primeira metade do século XX], foram eles [direitos constitucionais de segunda geração] remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para a sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessam, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que as recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formulam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais” (BONAVIDES, 2011, p. 518).

1.4.A proteção da vida humana na Constituição de 1937

Como sempre em regimes autoritários e totalitários, a proteção da vida experimenta um grave revés. Apesar do art. 122 da Constituição de 1937 repetir textualmente aquela garantia à segurança individual constante em textos constitucionais anteriores, resta patente que os direitos fundamentais foram severamente mitigados. No preâmbulo da “Polaca” a relativização das posições jus fundamentais é evidente e fundamentado sob o pretexto, expressamente enunciado, de que sob a égide das “instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; [...]”.

Sob a tradicional escusa, típica de governos autoritários e totalitários, de que seria necessário o cerceamento da proteção constitucional dos direitos e garantias individuais para satisfação de necessidades decorrentes de políticas de defesa da segurança e do bem-estar do povo, é observada uma tirânica violação dos direitos humanos.

Resta incontestado, pelo exame do texto constitucional de 1937, o evidente retrocesso na proteção dos direitos individuais, especialmente, no que se refere aos elementos constitucionais relacionados com a proteção da segurança individual e, por consequência, da proteção da própria vida humana¹⁰. Verifica-se que, apesar de reconhecer expressamente os direitos de liberdade, segurança e propriedade do indivíduo, a Carta outorgada em 1937, destacava que tais direitos deveriam ser compreendidos, sempre, como limitados e relativizados quando opostos a interesses públicos. Esta proposição é facilmente confirmada pelas restrições expressas que

¹⁰ Ainda sobre a Constituição de 1937: “Era de se esperar que a Constituição de 1937 criasse restrições aos direitos individuais e às suas garantias. Sua origem depunha contra vários princípios de obrigatoria inclusão dos Textos Constitucionais regradores do Regime Democrático, por isso nela não foram albergados os princípios da legalidade, da irretroatividade da lei nem tampouco o Mandado de Segurança orgulhosamente inaugurado pela Carta Política de 1934. Em lugar deles reapareceu a pena de morte para os crimes políticos e para os homicídios cometidos por motivo fútil e com extremos de perversidade. O direito de manifestação de pensamento foi limitado através da censura prévia da imprensa, teatro, cinema e radiofusão, sendo facultado à autoridade competente proibir a circulação, a difusão e a representação, nenhum jornal podia, ainda recusar a inserção de comunicados do governo, nas dimensões taxadas pela lei; ao diretor responsável seria imposta pena de prisão e à empresa aplicada a pena pecuniária; as máquinas e os utensílios tipográficos utilizados na impressão do jornal constituíam garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa. Tudo isso, como prescrito no artigo 15 da Constituição Polaca, em garantia da paz, da ordem e da Segurança Pública” (ALVES apud BASTOS; MARTINS, 1988, p. 310).

foram gravadas no próprio art. 122 da *Polaca* que dispunha sobre os direitos e garantias individuais (SILVA, 2006, p. 83).

A mitigação da proteção constitucional do *direito à vida* é ainda mais evidente quando analisado, especificamente, o disposto no art. 122, parágrafo 13 da Carta de 1937¹¹, que pugnava pela aplicação da pena de morte para além dos casos previstos na legislação militar quando de situação de estado de guerra. Ampliando, assim, as possibilidades da pena capital para vários delitos que atentassem contra a segurança nacional e, também, para situações de homicídio qualificado por motivo fútil ou com extrema perversidade, mesmo que tais crimes fossem perpetrados em tempos de paz.

1.5.A proteção da vida humana na Constituição de 1946

Inserida no contexto histórico do pós-guerra e da derrocada no nacional-socialismo alemão e do fascismo, a Carta Política de 1946, em um claro rompimento com as inspirações autoritárias da predecessora, afirmava-se mais democrática em várias questões relacionadas com direitos civis. Esse fato é facilmente comprovado por dispositivos constitucionais que ampliaram a liberdade de criação de partidos políticos, ressalvadas, entretanto, as hipóteses, nas quais a tal associação ou partido político estivesse organizado com vistas a finalidades expressamente vedadas nos termos do art. 141, § 13 da referida Carta Política, a saber, nesses termos “é vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido

¹¹ Redação do dispositivo constitucional: “Art. 122 [...]:[...]13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes: a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; b) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; f) a insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito; g) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles; h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror; i) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República; j) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade”.

Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem”. Esse particular dispositivo da Carta Política de 1946 é deveras esclarecedor sobre a importância dos direitos humanos nos primeiros anos após o sombrio período da II Guerra Mundial.

Os terrores testemunhados durante aquele período daquele conflito, que superaram em método e escala quaisquer outros na história da humanidade, serviram para triste demonstração da relação necessária entre a democracia e os direitos fundamentais do homem¹².

A degeneração da democracia e a ascensão dos regimes totalitários – notadamente, na Alemanha, Itália e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – somente foram possíveis em face da crise do capitalismo e do liberalismo político. Os sistemas de proteção dos direitos humanos, de forma geral, falharam fragorosamente, inclusive no Brasil, e permitiram a instrumentalização do Estado a serviço de ideologias totalitárias, da demagogia e do culto à personalidade de terríveis tiranos. Nesse contexto, o art. 141, § 13 da Constituição de 1946 é particularmente emblemático, pois enuncia a compreensão da importante lição aprendida através dos horrores decorrentes da ascensão e queda dos regimes totalitários nos vinte anos anteriores, pois afirma que democracia está indissociavelmente relacionada à *garantia dos direitos fundamentais do homem*.

Os direitos e garantias individuais, segundo o art. 141, § 13 da Carta Política de 1946, seriam elevados à condição de fundamento antropológico da própria democracia, reconhecendo que essa não pode ser construída sem a elaboração de um sistema efetivo de tutela daqueles considerados os mais elementares direitos humanos e sem o reconhecimento da dignidade inerente ao ser humano¹³.

Partindo de tal premissa e, especialmente, no tocante à proteção da vida humana, observa-se que o *caput* do art. 141 da Constituição de 1946 inova em

¹² Sobre a relação entre os direitos fundamentais e a Democracia: “Os direitos fundamentais tornam-se, assim, o que há de mais importante a ser consagrado na Constituição de um Estado Democrático, com sua multidimensionalidade, enquanto os direitos de liberdade, direitos a prestações (os direitos sociais), direitos à participação na formação da vontade política estatal, direitos de natureza processual, etc.” (GUERRA FILHO, 1997, p. 71).

¹³ Sobre a democracia e sua relação com os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana: “A democracia, por seu turno, representa o reconhecimento de igual *dignidade* em todas as pessoas, individualmente, a ser acatada no convívio social. Essa dignidade não pode ser sacrificada em nome da segurança, na hipótese de um confronto entre os dois valores, o que pode ocorrer com frequência, embora a garantia de segurança seja essencial para haver respeito à dignidade humana” (GUERRA, 2009a, p. 155).

relação aos textos constitucionais anteriores. A tutela constitucional da vida humana, antes inserida no contexto da segurança individual, passa a ser considerada como digna de proteção expressa e autônoma, nos seguintes termos: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos *direitos concernentes à vida*, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

A proteção dos *direitos concernentes à vida* não constitui em única inovação apresentada na Constituição de 1946. Em relação aos limites da inviolabilidade da vida, é de se destacar o art. 141, § 31 da mesma Carta, que determinava uma redução das possibilidades de pena de morte em relação à Constituição de 1937. Restringia a pena capital aos casos expressamente previstos na “legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro”.

Digna, ainda, de nota a adição da garantia de prestação jurisdicional no caso de lesões de direitos individuais, nos termos do disposto do § 4º do art. 141 da Carta Magna de 1946¹⁴.

Porém, ainda que seja possível reconhecer um evidente avanço na tutela constitucional dos direitos e garantias individuais em relação ao texto constitucional de 1937, tais avanços em matéria de direitos humanos, em verdade, eram, pouco mais, do que um retorno às situações anteriores à Constituição Polaca.

Como se afirma o clichê, a história continuamente se repete; o avanço democrático observado na Constituição de 1946 não durou muito tempo, e um novo e grave retrocesso em relação à proteção constitucional dos direitos e garantias individuais fez-se mais uma vez presente na história brasileira quando do dia 1º de abril de 1964, um Comando, dito, “Revolucionário”, instaurou uma ditadura militar que duraria mais de duas décadas que se fazem lembrar como um período sombrio que mancharia para sempre a memória nacional com sistemáticas supressões de liberdades individuais e direitos políticos, assim como a instrumentalização do aparato estatal para práticas de desaparecimentos, torturas e assassinatos políticos.

Já nas primeiras alvoradas do governo militar golpista, nota-se o início de uma sequência de atos institucionais e outros complementares que serviriam à

¹⁴ Ainda sobre a Constituição de 1946: “Em matéria de direitos individuais, retoma-se o rol já constante da Constituição de 1934, mas agregam-se alguns dispositivos de muita importância: é o caso do § 4º do art. 141, que assegura o acesso incondicional ao Poder Judiciário ao afirmar que nenhuma lesão de direito individual poderá ser subtraída de sua apreciação. Trata-se, sem dúvida, de garantia de grande alcance que compõe um dos pilares sobre os quais se erige o estado de direito” (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 315).

instauração de um estado de exceção que progressivamente esmagou inúmeros direitos considerados fundamentais para qualquer Estado que queira para si a qualidade de democrático de Direito.

Os direitos políticos foram, então, sistematicamente limitados, suspensos ou suprimidos. A discordância era confundida com traição; a liberdade de expressão era vigiada e mitigada, sendo que a liberdade de imprensa foi limada por meio de censura prévia¹⁵.

É nesse contexto, de estado de exceção e de completa crise de legitimidade, que se verificou a promulgação da Constituição de 1967, precisamente no dia 24 de janeiro de 1967 durante o governo do, então presidente, marechal Arthur da Costa e Silva.

1.6.A proteção da vida humana na Constituição de 1967

Pode parecer estranho notar que, em relação aos direitos e garantias individuais, pouco do texto da Carta Política (1946) anterior foi modificado na redação da Constituição de 1967. Isso fica patente pela leitura do art. 150, *caput*, do referido diploma constitucional. “A inviolabilidade dos *direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade*”, apesar de textualmente garantida, foi limitada por uma série de dispositivos - encontrados tanto na Constituição, quanto na legislação ordinária - que deixava claro o retrocesso em matéria de direitos humanos e permitia identificar a evidente influência dos ditames encontrados na Constituição “Polaca” de 1937¹⁶ neste texto de 1967.

Tais limitações de caráter claramente antidemocrático materializaram na Carta de 1967 a prevalência da proteção da “segurança nacional” sobre as garantias

¹⁵ Nas palavras de Carlos Medeiros Silva, Ministro da Justiça quando dos idos de 1967: “o estado de sítio ficou estruturado tendo em vista o disposto nos Atos Institucionais nº 1 e 2 e que a sua decretação importa, desde logo, na suspensão de certas garantias constitucionais [...]” (BONAVIDES, 1991, p. 443).

¹⁶ Sobre a influência Polaca na Carta Política de 1967: “Sofreu ela [Constituição de 1967] poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao Presidente da República. [...]. Reduziu a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, salvo a de 1937” (SILVA, 2006, p. 97).

constitucionais, irradiando-se¹⁷ por todo o sistema jurídico brasileiro que, contaminado por uma patológica influência autoritária e golpista, pode ser considerado como formalmente ilegítimo e materialmente injusto. O caráter injusto daquela ordem jurídica pode ser facilmente comprovado pela histórica observação de flagrantes e recorrentes atentados contra os direitos fundamentais que foram perpetrados pelo Estado brasileiro durante os chamados “anos de chumbo”.

A verve autoritária e a obsessão pela segurança nacional presentes na Carta de 1967 são visíveis, de pronto, pela análise do art. 155, § 11, que ampliou os casos de pena de morte para além dos crimes militares em caso de guerra declarada de modo a abarcar, também, toda uma gama de crimes políticos praticados por agentes “subversivos”, como eram designados pelo governo militar¹⁸.

Porém, mesmo todo o retrocesso em matéria de direitos humanos, conforme identificado pela análise da Constituição de 1967, não foi suficiente para satisfazer o imperativo da segurança nacional.

O Ato Institucional n. 5, para todos os efeitos, viria a substituir a Carta Política de 1967, fundando assim uma nova ordem jurídica na qual os poderes acabaram por concentrar-se nas mãos do Presidente da República. Tal ato institucional, de tão intenso em seu autoritarismo que reconhecia situações nas quais seria admissível a suspensão do *Habeas Corpus*¹⁹. Aquela histórica crise de legitimidade, ainda que patente, não foi desafiada, salvo honrosas exceções, pela comunidade jurídica brasileira.

¹⁷Sobre a tese da irradiação: “*La tesis de la irradiación dice que la falta de carácter jurídico de las normas substantivas básicas de un sistema jurídico trae consigo la falta de carácter jurídico de todas las normas típicas del sistema y, en este sentido, ejerce una irradiación sobre ellas*” (ALEXY, 2004, p. 69)

¹⁸Segue-se a redação do referido dispositivo constitucional da Carta de 1967: “Art. 155. [...]§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta”.

¹⁹Sobre as disposições do Ato Institucional n. 5: “O Ato [Institucional n. 5] também permitia medidas extremamente drásticas, consistentes na cassação de mandatos de parlamentares, assim como na possibilidade de suspender os direitos políticos por dez anos de qualquer pessoa. Garantias próprias da magistratura como vitaliciedade e inamobibilidade estavam suspensas, assim como as garantias do funcionalismo em geral, tal como a estabilidade. Tudo isto ficava suspenso pelo Ato Institucional n. 5, visto que com fundamento nele esses direitos poderiam ser afastados. O seu autoritarismo era tão grande que chegava ao ponto de suspender o *Habeas Corpus*, no caso de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular” (BASTOS; MARTINS:1988, p. 323).

A Junta Militar, no uso dos poderes que lhe foram atribuídos pelo Ato Institucional n. 5, apresentou a Emenda Constitucional n. 1 (1969) que substituiu o já autoritário texto de 1967. Seguidas emendas constitucionais sucederam-se nos anos seguintes, sendo que uma dessas alterações, particularmente digna de nota, apresentou-se na emenda do art. 155, § 11²⁰, que restringiu novamente a aplicação da pena de morte aos casos previstos na legislação militar e nos tempos de guerra declarada. Tal alteração do texto constitucional foi operada pela Emenda Constitucional n. 11 de 1978, quando a ditadura militar brasileira mostrava evidentes sinais de desgaste e já se apresentava no horizonte o fortalecimento dos movimentos pela democracia e as conversações iniciais pela Lei da Anistia. Tal emenda constitucional, infelizmente, não veio em tempo devido para evitar o fato historicamente incontestável, de que vários casos de assassinatos, torturas e desaparecimentos, patrocinados por militares e civis acobertados pelo Estado, tenham encontrado tempo durante os designados “anos de chumbo” da história brasileira.

A Emenda Constitucional n. 26, em 27 de novembro de 1985, que convocou uma Assembleia Nacional Constituinte, é verdadeiro ato político²¹ que marca o ápice da popularização e do fortalecimento dos movimentos pelo retorno da democracia no Brasil, bem como a inevitabilidade de um retorno à normalidade e legitimidade jurídica depois de mais de duas décadas de um governo golpista e autoritário. Ainda que a transição tenha sido intermediada por um governo eleito indiretamente naquele mesmo ano, serviu de prenúncio para a designada “Constituição Cidadã” de 1988 e para as eleições diretas que teriam seu momento em 1989.

²⁰Nos termos da redação do referido dispositivo constitucional: “Art. 155. [...] [...]. § 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública”.

²¹ Sobre o caráter ato constituinte originário da Emenda n. 26, de 27 de novembro de 1985: “Em verdade, a EC n. 26 de 27.11.85, ao convocar a Assembleia Nacional Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, por certo não tem natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente o sentido de manter a Constituição emendada. Se visa destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político” (SILVA, 2006, p. 87).

1.7.A proteção da vida humana na Constituição de 1988

A histórica caminhada até o momento da promulgação da Constituição Federal de 1988 é marcada por avanços e retrocessos na proteção dos direitos e garantias fundamentais do ser humano e, especialmente, como não poderia deixar de ser, no que se refere ao *direito à vida*.

As inovações realizadas pelo constituinte originário da Carta Política de 1988 marcam, não somente, a pedra angular sobre a qual a democracia brasileira foi erigida, mas também, informam uma nova visão de direitos e garantias individuais e sociais e, especialmente, da proteção da vida humana em seus vários aspectos.

Sob o véu da Constituição de 1988, dita “Constituição Cidadã”, os direitos e garantias fundamentais passam a ser compreendidos, não somente, como direitos públicos subjetivos do indivíduo, mas também como elementos de ordem objetiva²² e elevados, assim, ao patamar de base estrutural da configuração jurídica e política brasileira. O Estado, sob tal égide, passa a tomar para si, como missão primordial, a guarda, a proteção e a promoção dos direitos humanos²³.

Tal compreensão de direitos humanos pode ser despreendida da análise de vários elementos textuais da Carta Política de 1988, a começar pelo próprio preâmbulo, que, mesmo considerando a ausência de caráter dispositivo de suas linhas, permite reconhecer a histórica finalidade do constituinte quando da redação. O constituinte originário declara que a República Federativa do Brasil, assim criada como Estado Democrático, tem para si a missão, nos termos do Preâmbulo da Constituição Federal, de:

²² Sobre direitos e garantias individuais como elementos constitucionais de ordem objetiva: “Como elementos da ordem objetiva, determinante de *status*, limitadora de *status* e asseguradora de *status*, que inserem o particular na coletividade, os direitos fundamentais constituem bases da ordem jurídica da coletividade. Nisso existe, para as camadas de significado individuais dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, uma relação de complemento e fortalecimento recíprocos; esta exclui separar o significado de direitos fundamentais como princípios objetivos, do significado primitivo e fundamental, como direitos do homem e do cidadão. Ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular corresponde seu significado jurídico-objetivo como determinações de competências negativas para os poderes estatais. Sem dúvida, é a sua função proteger os direitos fundamentais, podem eles ser obrigados a concretizar direitos fundamentais, e podem eles ser autorizados a limitar direitos fundamentais; mas o *status* individual da liberdade e igualdade garantido com essa medida pelos direitos fundamentais está subtraído à sua competência e ele é protegido por essa subtração contra os poderes estatais” (HESSE, 1998, p. 239).

²³ Da natureza objetiva dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira: “Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 265).

[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, [...].

O reconhecimento do caráter objetivo dos direitos humanos determina, conseqüentemente, que o *status* individual da pessoa inserida na ordem social é um elemento limitador e organizador dos poderes estatais²⁴.

A atual Carta Política determina uma série de posições fundamentais da ordem constitucional que permitem o reconhecimento de princípios sob os quais o Estado deverá exercer sua missão, dentre eles, destacando-se o art. 1º, III, da Constituição Federal que impõe como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

O caráter jurídico-objetivo dos direitos humanos na Carta Política de 1988 é ainda mais evidente quando da análise de seu art. 60, § 4º, IV que dispõe uma expressa limitação ao poder constituinte derivado no sentido de que “não será objeto de deliberação nenhuma proposta de emenda tendente a abolir [...] os direitos e garantias fundamentais”²⁵.

Em suma, a Constituição Federal de 1988, não somente resgata e amplia os designados direitos humanos previstos nas Cartas Políticas anteriores, mas vai além daquilo que lhe foi historicamente anterior e eleva os direitos humanos, particularmente os individuais e suas concernentes garantias, ao patamar de elementos fundamentais de ordem objetiva, protegidos inclusive contra o poder constituinte derivado. Tudo isso alicerçado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento de todas as posições jusfundamentais, princípio

²⁴ Do aspecto subjetivo-objetivo dos direitos fundamentais: “Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos que, por causa de sua atualização, são garantidos, corresponde seu significado jurídico-objetivo como elementos da ordem jurídica total da coletividade, pela qual o *status* do participante é organizado, delimitado e protegido, que, porém, por sua vez, primeiro pode ganhar realidade quando ela, pela atualização dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, é cumprida como vida” (HESSE, 1998, p. 240).

²⁵ Sobre os direitos fundamentais e sua consideração como cláusulas pétreas: “Analisando a questão das chamadas cláusulas pétreas e a possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, Gilmar Ferreira Mendes aponta que tais cláusulas de garantia trazem a verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profundas mudanças de identidade, pois a constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado Direito democrático sob a forma da legalidade, evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria constituição” (MORAES, 2008, p. 664).

esse, portanto, determinante na informação de como o Estado deverá configurar suas relações com as pessoas e de como devem relacionar-se os indivíduos entre si no âmbito das relações sociais acobertadas pela ordem jurídica vigente²⁶.

Trata-se de considerar que o caráter objetivo dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo constitui-se em uma mudança de paradigma, através da qual a ideia de um poder supremo e ilimitado fundado na vontade da maioria é superada por uma configuração de Estado Democrático que se faça garantidor dos direitos individuais contra as possíveis degenerações demagógicas e totalitárias, como os exemplos históricos do fascismo italiano e o nacional-socialismo alemão²⁷.

Os direitos e garantias individuais e sociais passam a ser protegidos de movimentos de contra-revolução social, típicos de momentos de aguda comoção pública ou convulsão social, nos quais a opinião pública torna-se particularmente permeável a argumentos demagógicos e, em regra, reacionários. Afirma-se que o princípio do não retrocesso, ainda que não expressamente disposto, pode ser deduzido desse caráter objetivo dos direitos e garantias individuais e sociais de modo que tais conquistas jurídicas não possam ser revertidas ao sabor das paixões de momento, mesmo que contem com o apoio maciço da população²⁸, porque

²⁶ Neste sentido: “os direitos humanos e a Democracia. Ambos podem ser abrangidos por temática mais ampla, de cujo tratamento estamos necessitando mais do que qualquer coisa, especialmente no Brasil pós-Constituição de 1988: o *Estado Democrático de Direito*. É legítimo esperar que a filosofia do Direito e do Estado explicitem a significação dessa fórmula político-jurídica, com base na qual se deve configurar nosso ordenamento jurídico. A simples leitura de nossa Constituição não deixa dúvida quanto ao papel central que ocupa nessa fórmula a defesa dos direitos fundamentais da pessoa, que seriam uma transposição, no plano do direito positivo, da problemática, comum à jusfilosofia e à filosofia política, em torno dos direitos humanos” (GUERRA FILHO, 2009a, p. 28).

²⁷ Sobre a limitação do poder da maioria como obstáculo à demagogia, autoritarismo e totalitarismo: “*También cambió la estructura de la democracia, que ya no consiste en el poder ilimitado del pueblo y, por lo tanto, de la mayoría, en condiciones de degenerar – como mostraron el fascismo y el nazismo – en formas totalitarias. Más bien, ella es ahora un “poder del pueblo” en los límites y con los vínculos impuestos por las constituciones. Por ello, su ejercicio no solo está sujeto a los tradicionales derechos a la vida y de libertad, sino también a los derechos a la supervivencia, que son los derechos a la salud y a la subsistencia y otros derechos sociales constitucionalmente establecidos*” (FERRAJOLI in BAIGÚN:2005, p. 640)

²⁸ Sobre o princípio da proibição de retrocesso: “A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de «contrarrevolução social» ou da «evolução reaccionária». Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. Desta forma, e independentemente do problema «fáctico» da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*” (CANOTILHO, 1993, p. 468-9).

passam a integrar a própria configuração elementar que caracteriza o Estado Democrático de Direito fundado pela Constituição Federal de 1988.

Considerando, portanto, a inescapável remissão de todos os direitos e garantias individuais ao princípio da dignidade da pessoa humana, resta imperativo, para a compreensão do alcance das proteções jusfundamentais, um detido estudo sobre o alicerce dos próprios direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana constitui-se, desta forma, no inescapável ponto de partida para qualquer investigação, pois se faz fundamento antropológico do arcabouço de direitos e proteções fundamentais, sendo tratada, em pormenores, no capítulo imediatamente posterior.

CAPÍTULO II - A DIGNIDADE DA PESSOA E A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA

2.1. Da dignidade da pessoa humana como alicerce dos direitos fundamentais

Um aspecto elementar do sistema de proteção dos direitos individuais reside na elevação da dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil. Entretanto, apesar desta capital importância para a determinação da própria identidade do Estado brasileiro e para a fundamentação de todo o sistema de tutela dos direitos e garantias individuais, é relativamente comum que a dignidade humana seja tratada com relativa imprecisão. O reconhecimento que o termo dignidade não é unívoco²⁹ redundante em diversas acepções do termo, que utilizadas sem o devido cuidado acabam por gerar uma grande dúvida sobre os próprios imperativos que derivam de tal princípio. Assim, com escopo de determinar os limites da tutela constitucional da vida humana, resta inescapável a precedente análise do princípio da dignidade humana e de como seus imperativos relacionam-se com a *inviolabilidade do direito à vida*.

É de se reconhecer que, pelo menos na maioria das democracias ocidentais e nos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado aquele elemento primeiro e essencial na fundamentação dos fins do Estado. Entretanto, o decorrente imperativo de reconhecer uma qualidade essencial ao ser humano que lhe confere a inata inviolabilidade de sua condição existencial não se fez, historicamente, evidente como se faz parecer hodiernamente.

Durante extensos períodos da história e desde a Antiguidade, o indivíduo pertencente à espécie humana não desfrutou, senão recentemente, de um tratamento jurídico que reconhecesse a sua qualidade de ser digno como

²⁹ Sobre as acepções do termo *dignidade*: “En este caso, para evitar esa falacia, es necesario distinguir al menos tres acepciones de la palabra dignidad cuando es aplicada al ser humano: i) la que podemos llamar dignidad ‘ontológica’, que consiste en la superioridad que corresponde al ser humano respecto del resto de los entes del universo, en razón de su mayor y más eminente participación en el ser; ii) la dignidad ‘moral’ que radica en la superioridad que, en el orden ético, adquiere el hombre por medio del ejercicio de las virtudes: se trata de una perfección no ya entitativa o constitutiva, sino una perfección libremente ganada por el hombre a través de su conducta racional; y iii) las manifestaciones exteriores de las dignidades anteriores, v, gr., el autodomínio, la autoconciencia, la compostura exterior, etc.” (BORDA, 2001, p. 134-5).

fundamento antropológico da ordem jurídica ou mesmo que esta mesma dignidade implicasse a distinção de um valor fundamental de existência pelo simples fato de ser humano.

Vários exemplos históricos podem ser lançados para demonstrar que a caminhada até o reconhecimento de que o ser humano é possuidor de uma condição de dignidade que lhe é inerente foi longa e tortuosa.

A escravidão foi uma prática comum e vergonhosamente aceita como natural pela maior parte dos povos da Antiguidade perseverando como prática comum até os idos do século XIX. O sacrifício daqueles considerados diferentes em relação a padrões arbitrários e historicamente localizados do que seria humano, como os portadores de deficiências físicas e mentais, era prática comum na Grécia antiga, em Roma e, mesmo em meados do século XX, alguns cientistas defendiam a eugenia³⁰ e o princípio da *eliminação dos indesejáveis*³¹ - entre eles destacando-se Charles Darwin³² - como base de uma política de saúde pública que teria por escopo "sanear" a sociedade da presença daqueles considerados como "desviantes" do *standard* da "sadia humanidade".

A dissolução da dignidade e da dimensão axiológica inerente ao ser humano também foi nulificada noutros momentos históricos nos quais o ser humano foi considerado unicamente enquanto corpo útil a serviço de interesses sociais ou estatais, como prática evidente durante o período stalinista na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e o período maoísta na República Popular da China.

³⁰ Sobre eugenia: "*EUGENICS is the science which deals with all influences that improve the inborn qualities of a race; also with those that develop them to the utmost advantage. The improvement of the inborn qualities, or stock, of some one human population will alone be discussed here*" (GALTON, 1904, p. 1).

³¹ Sobre o princípio da eliminação dos indesejáveis: "Francis Galton, a que se atribui a aparição da eugenia através do livro *Hereditary Genius*, publicado em 1869, sustentava que a seleção natural já não se realizava entre os homens, porque os governos e as instituições de caridade passaram a proteger os fracos, os doentes, incapazes, o que levou e leva à decadência da raça humana e ao surgimento de toda espécie de doenças que contaminam toda a sociedade. Para interromper isso é necessário impedir-se a propagação dos degenerados, dos débeis mentais, dos alcoólatras, dos criminosos; em resumo, detidas as pessoas indesejáveis na sociedade: é o princípio da eliminação dos indesejáveis" (RIBEIRO, 2001, p. 136).

³² Nas palavras do pai teoria da evolução: "*We civilized men, on the other hand, do our utmost to check the process of elimination; we build asylums for the imbecile, the maimed, and the sick; we institute poor-laws; and our medical men exert their utmost skill to save the life of every one to the last moment. Thus the weak members of civilized societies propagate their kind. No one who has attended to the breeding of domestic animals will doubt this must be highly injurious to the race of man. We must therefore bear the undoubtedly bad effects of the weak surviving and propagating their kind*" (DARWIN, 1871, p. 168).

A radicalização do liberalismo capitalista impondo, especialmente durante a Revolução Industrial, a transformação de ser humano em meros corpos úteis a serem descartados quando esgotada sua força de trabalho. O horror do extermínio em massa de povos como os armênios, bósnios e de outras minorias étnicas e religiosas, assim como as práticas doutras crimes contra a humanidade que correram e ainda ocorrem pelo mundo, especialmente na África.

Muitos outros exemplos poderiam ser apresentados por inesgotáveis e tristes páginas, porém, nenhum restaria mais emblemático do que a tragédia do Holocausto ocorrida na primeira metade do século XX, temporalmente localizada no intervalo entre a ascensão e o ocaso do III Reich alemão.

Foi justamente sob a égide do nacional-socialismo alemão que uma perseguição sistemática e eficazmente organizada, como nunca antes observada, teve lugar. É certo que não somente os judeus sofreram e morreram sob o terror nazista, outros como os *romanis*, testemunhas de Jeová, opositores políticos foram também atrozmente perseguidos, mas a especial ferocidade e intensidade devotada para a destruição dos integrantes da comunidade judaica é particularmente cruel, muito em razão de sua fundamentação pseudocientífica e da indiferença geral que permitiu a construção de um elaborado sistema de extermínio.

Sob o discurso raivoso de uma pretensa superioridade racial lançaram-se as bases para a exclusão daqueles considerados “inferiores” do conjunto daqueles tidos como “bons exemplos” de seres humanos. A exclusão de todos os membros da comunidade judaica do pertencimento à humanidade permitiu a racionalização de milhões de homicídios e a realização de um dos mais perversos projetos criminosos da história. A torpeza sem precedente do Holocausto judeu constituiu-se em um choque de tal magnitude que se faz permanente a lembrança das consequências que podem derivar de qualquer desconsideração em relação aos imperativos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, evidenciou-se a importância de um movimento de abrangência mundial, já nos primeiros anos do pós-guerra, pela consolidação dos direitos humanos, tanto no âmbito internacional (destacando-se a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948) quanto, tardiamente, no âmbito nacional. Dessa forma, elevou-se o princípio da dignidade a fundamento antropológico de todos aqueles direitos considerados como elementares para a própria condição de ser humano.

Observando o ordenamento jurídico brasileiro, é impossível qualquer análise jurídica sobre o âmbito constitucional de proteção da vida humana sem a consideração do princípio da dignidade da pessoa humana. Gravado no art. 1º, III da Carta Política de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana constitui ponto de partida para a construção de um sistema de direitos e garantias individuais, ocupando posição de primazia frente os demais princípios constitucionais.

Tal posição de primazia do princípio da dignidade da pessoa humana pode ser explicada e reconhecida por meio de vários argumentos. A identificação da dignidade humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro permite a superação das teorias precedentes de caráter flagrantemente coletivista que postulavam que o indivíduo deveria ser entendido somente como uma mera fração do povo, que, este sim, constituir-se-ia no fundamento da soberania. É certo que a Constituição Federal indica em seu art. 1º, parágrafo único que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos”, constituindo-se as bases daquilo que se denomina soberania popular. Porém, a grande guinada operada pela inclusão da dignidade da pessoa humana no rol de fundamentos da ordem constitucional é que a pessoa humana, individualmente considerada, não pode mais ser considerada, tão somente e simplesmente, como uma diminuta fração de um todo populacional.

A dignidade da pessoa humana impõe o reconhecimento do indivíduo como fundamento antropológico, não somente da ordem constitucional, mas também, como premissa necessária da própria soberania popular³³. A pessoa humana deixa de ser considerada reles fração infinitesimal da unidade nacional; deixa de ser reduzida à qualidade unicamente à qualidade objeto/súdito da soberania popular e, assim, passa a ser compreendida como ponto de partida sobre o qual se alicerça a própria pretensão de legitimidade do povo e, por conseguinte, do Estado.

³³Sobre a relação entre a dignidade da pessoa humana e a soberania popular: “*Es el ‘punto de referencia arquimédico’ de todas las derivaciones y contextos del gobierno y de las ‘cadenas de legitimidad’, que también son necesarias en el Estado constitucional. El ‘gobierno del pueblo’ (por el pueblo y para el pueblo) es concebido apenas en una segunda etapa del razonamiento. Como principio jurídico, la protección de la dignidad humana (y también su irradiación hacia los derechos fundamentales en lo particular!) es anterior al ‘Estado’ y ‘al pueblo’ y también a todas las derivaciones del gobierno y las vinculaciones de legitimación del pueblo hacia los órganos del Estado*” (HÄBERLE, 2003, p. 174)

A dignidade da pessoa humana é o alicerce da democracia, soberania popular e da legitimidade do poder estatal, impondo ao Estado o dever de nunca esquecer que a sua finalidade última é a proteção do ser humano e de seus direitos essenciais e a proibição de que realize qualquer política que possa reduzir o indivíduo à condição de objeto³⁴, ou de algo que somente possa ser considerado valioso enquanto corpo útil.

Assevera ainda, o referido princípio, que os interesses (morais, ideológicos ou religiosos) de uma determinada maioria não podem ser utilizados como argumentos suficientes para a vulneração daqueles direitos humanos que se constituam indispensáveis para a autodeterminação do indivíduo em sociedade.

O pretexto da unidade nacional, sob tais condições, não mais fundamenta a prevalência dos interesses majoritários quando de casos nos quais a concretização de tais interesses implica o sufocamento dos direitos humanos, situações que como já ocorreram em tempos pretéritos, citando, por exemplo: a perseguição de minorias étnicas e religiosas sob a égide do nacional-socialismo alemão nas décadas de 30 e 40 do século XX; a experiência soviética com os expurgos políticos e os *gulags* durante o regime stalinista; e a perseguição política no período maoísta, dentre outros casos não menos infames.

2.2.A dignidade da pessoa humana e o valor do ser humano

A primazia do princípio da dignidade da pessoa humana pode ainda ser explicada pelo fato de que os ditames de tal princípio podem ser tratados desde um duplo aspecto, ou seja, em parte como princípio e em parte como regra³⁵. Nesses termos, o princípio da dignidade da pessoa humana, dada a precedência que

³⁴ Sobre a dignidade humana como fundamento da democracia: “É fácil perceber como a perspectiva material de respeito à dignidade humana, à qual se reporta a ideia democrática, requer uma concepção diferenciada do que seja “segurança”, “igualdade”, “justiça”, “liberdade” etc., onde o ser humano jamais pode ser tratado como o “objeto” e o “meio” de realização de qualquer desses valores, mas sim como o sujeito a que eles se referem e à promoção de quem essa realização tem por finalidade” (GUERRA FILHO, 2009a, p. 156).

³⁵ Sobre o duplo caráter regra-princípio da dignidade da pessoa humana: “*Pero, la razón de esta impresión [de absolutidad] no reside en que a través de esta disposición de derecho fundamental se establezca un principio absoluto, sino en que la norma de la dignidad de la persona es tratada en parte, como regla y, en parte como principio, y también en el hecho de que para el principio de la dignidad de la persona existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos*” (ALEXY, 1993, p. 106).

desfruta face aos demais princípios constitucionais por se constituir em fundamento axiológico do próprio conjunto de direitos humanos tutelados, convencional e constitucionalmente, acaba por determinar uma série de condições de precedência que, dado seu caráter imperativo, passam a constituir-se em verdadeiras regras que demandam respeito irrestrito aos seus ditames³⁶, por exemplo, a abolição de todas as formas de escravidão, a proibição de penas cruéis e da utilização da tortura como meio de prova em Direito Penal.

A reconhecida e inconteste posição fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana e, por implicação, o processo de positivação do referido princípio e de todos os direitos e garantias individuais dele derivados, entretanto, foi e continua sendo seguida por um fenômeno de progressiva trivialização do conjunto de direitos humanos considerado como um todo³⁷.

Disposto na Constituição Federal de 1988 como um princípio fundamental do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana logrou êxito em ser reconhecido pela universalidade política e jurídica como pedra angular dos direitos fundamentais, entretanto, dado seu conteúdo essencialmente abstrato, passou e ainda passa por um processo de simplificação ou “descomplicação” que opera sobre ele uma redução simplista de seu conteúdo. As esquematizações reducionistas da dignidade da pessoa humana em mantras axiologicamente nulos descomplicam nas mesmas medidas que fragilizam o referido princípio.

Com o escopo superar tal aparente contradição entre a aceitação generalizada do princípio e a sua trivialização, sustenta-se a premente necessidade de precisar o conteúdo elementar do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente aquele substrato indispensável para a determinação do valor e do âmbito de proteção da vida humana.

³⁶Sobre a precedência do princípio da dignidade, sob o aspecto de regra, sobre os demais princípios: *“Por lo tanto, hay que partir de dos normas de la dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona. La relación de preferencia del principio de la dignidad de la persona con respecto a principios opuestos decide sobre el contenido de la regla de la dignidad de la persona. Absoluto no es el principio sino la regla que, debido a su apertura semántica, no necesita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante”* (ALEXY, 1993, p. 108).

³⁷Da trivialização dos direitos humanos: *“Esta visão, profundamente influenciada pelas categorias do pensamento positivista e cientificista, ainda carregada por um conjunto de outras transformações sociais e técnicas que criam as figuras modernas do *homo faber* e hodierna do *animal laborans*, permite a construção de direitos superfluídos, na medida em que sua presença em sociedade é reconhecida e obrigatória, filosoficamente pertinente e politicamente correta, mas sempre tão abstrata e tão carente de sedimentação prático-operacional que nunca, ou quase nunca, podem ser cobrados ou tornados medidas de transformação da sociedade”* (BITTAR, 2008, p. 14).

A ideia que aquele pertencente ao gênero humano deve ser respeitado enquanto um ser dotado de dignidade inata e como titular de direitos naturais que não lhe podem ser sonogados deve muito de sua atual configuração ao filósofo Immanuel Kant (1724-1804)³⁸ e sua ética calcada na compreensão do homem como elemento central da fundamentação do Direito e da ideia da natureza humana sedimentada na liberdade e racionalidade.

Sustenta o filósofo de Königsberg, sinteticamente, que a *boa vontade*³⁹, a única coisa que pode ser considerada sempre e intrinsecamente como valiosa moralmente, está indissociavelmente relacionada à racionalidade, entendida enquanto faculdade de compreender e atuar em conformidade com o entendimento de determinados imperativos que devem reger seu comportamento⁴⁰.

Nesse sentido, a ação moralmente valiosa não é aquela que, simplesmente se realiza externamente conforme o dever, mas sim, com propriedade, aquela realizada pelo reconhecimento racional da necessidade de atuar de acordo com a representação da lei. Rompe-se, portanto, com os princípios da ética utilitarista⁴¹, dissocia-se o valor da atuação humana dos fins pretendidos e a vincula ao princípio que informa a vontade que, por sua vez, anima a ação individual⁴². Esse

³⁸Sobre o princípio da dignidade humana e a influencia kantiana: “*Del mismo modo, el principio kantiano de la humanidad como un fin en sí mismo, que requiere que se considere al prójimo también de ese modo y nunca solamente como un medio, parece ser un principio permanente para todos los países que alcanzaron cierto grado de civilización*” (AFTALIÓN, VILANOVA, RAFFO, 1999, p. 182).

³⁹Sobre a boa vontade na filosofia kantiana: “A moralidade não é apenas o cumprimento do dever. É mais: trata-se de uma predisposição a cumprir o dever sem nenhum outro fundamento que não, apenas, o próprio querer. Por isso, a moralidade não se mede pelo resultado. O querer, sem intenções outras que não o próprio cumprimento do dever, é seu fundamento último” (MASCARO, 2010, p. 216).

⁴⁰Sobre os imperativos kantianos: “Esta segunda crítica [*Kritik der praktischen Vernunft*] dá-nos agora a Ética de KANT. Achemo-nos aí, diante de um mundo totalmente diverso: o mundo dos fins, do valioso, e, portanto da vontade. Contraposto ao outro, o mundo do *ser* (sein), este se chama o do *dever-ser* (sollen); e entre os dois não há ponte de passagem. Do ser nunca se infere o dever-ser, como deste não se pode concluir o ser, pelo menos o ser dos objetos considerados existentes; isto é de «existir», «existente», «existência» só pode aplicar-se às coisas sensíveis, aos fenômenos. Mas neste segundo mundo, há também lugar para um elemento formal, *a priori*, e um elemento material, *a posteriori*. O primeiro está representado, primordialmente, pelo chamado «imperativo categórico» (o dever formal de realizar sempre o bem), como forma da razão neste domínio prático; o segundo, pelos conteúdos concretos e históricos das diversas interpretações humanas do bem e do mal. O primeiro cifra-se no conceito de «recta vontade» como única coisa absolutamente valiosa; o segundo no dos deveres práticos em diversas situações” (MONCADA, 1995, p. 253).

⁴¹Sobre a oposição entre a ética utilitarista e a filosofia moral kantiana: “*La moral pragmática*, que mide el mérito de la conducta en función de los resultados que produce, opone Kant la ética de las intenciones, para la cual el elemento decisivo es la pureza de la voluntad” (MAYNES, 1974, p. 19).

⁴²Do valor da ação segundo o filósofo de Königsberg: “o valor moral da acção não reside, portanto, no efeito que dela se espera; também não reside em qualquer princípio de acção que precise pedir o seu móbil a este efeito esperado. Pois todos estes efeitos (a amenidade da nossa situação, e mesmo o fomento da felicidade alheia) podiam também ser alcançados por outras causas, e não se precisava,

princípio que orienta a vontade em direção ao considerado moralmente excelente não é outro senão o dever. Esse dever, entendido como uma adesão subjetiva e racional orientada compreensão da necessidade de agir respeitando a lei moral, é informado pela máxima da razão prática que indica que todos devem proceder, sempre e de tal maneira, que seu comportamento pessoal possa ser elevado à condição de uma lei universal⁴³.

A compreensão kantiana da vontade dos seres racionais como “a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a determinação de certas leis” (KANT, 1997, p. 67) permite a dedução de que o ser humano não pode ser concebido como um meio a ser arbitrariamente utilizado ao sabor deste ou daquele arbítrio pessoal.

Todo ser racional, especialmente o homem, deve reconhecer e reger-se por um princípio prático supremo, considerado como um imperativo categórico⁴⁴, que pode ser enunciado como o dever de, reconhecendo a si como um ser dotado de inata liberdade, reconhecer noutros essa mesma qualidade.

A existência igualitária dos homens como seres racionais, acaba por determinar uma limitação na esfera de arbítrio pessoal quando a universalidade de vontades humanas relacionando-se entre si, deve, racionalmente, pautar tal interação pelo critério de que cada qual tenha, objetivamente, a maior liberdade possível à custa da limitação do âmbito de arbitrariedade pessoal.

portanto para tal da vontade de um ser racional, na qual a vontade – e só nela – se pode encontrar o bem supremo incondicionado. Por conseguinte, nada, senão a representação da lei em si mesma, que em verdade só no ser racional se realiza, enquanto é ela, e não o esperado efeito, que determina a vontade, que pode constituir o bem excelente o qual chamamos moral, e que se encontra já presente na própria pessoa que age segundo a lei, mas não se deve esperar somente do efeito da acção” (KANT, 1997, p. 32)

⁴³Sobre a máxima universal exarada por Kant: “*Aquello que empieza por ser una simple máxima de mi voluntad es una ley moral cuando puede convertirse en una ley universal. Para saber si ello es posible hay que preguntarse en cada caso: ¿qué sería de la humanidad si todos obrasen según el principio con arreglo al cual quiero yo obrar ahora? Así por ejemplo, no es lícito, cuando me hallo apurado, hacer una promesa sin la intención de cumplirla pues, de elevarse esta máxima a la ley universal, no habría propiamente promesa alguna y mi máxima se destruiría a sí misma*” (AFTALIÓN, VILANOVA, RAFFO, 1999, p. 225).

⁴⁴Sobre o imperativo categórico: “Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma acção possível como meio para alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse objectivamente necessário por si mesmo, sem relação com qualquer outra finalidade” (KANT, 1997, p. 50).

A liberdade passa a ser entendida como a faculdade de atuar conforme o dever de agir, conforme os imperativos categóricos⁴⁵, de forma que o Direito determina as condições necessárias, através da coação legal, de como tais vontades pertencentes a seres racionais e iguais entre si podem ser realizadas em harmonia⁴⁶. O Direito, assim, caracteriza-se pela determinação do máximo de liberdade possível que pode ser harmonicamente realizada em uma universalidade de seres igualmente livres, de forma que a vontade de um não negue ou diminua o âmbito de liberdade de outrem.

O humanismo kantiano é essencialmente sedimentado sobre aquilo que o filósofo de Königsberg aponta como elementos essenciais e universais do ser humano, a saber, à vontade e a racionalidade⁴⁷. Estas estão indissociavelmente relacionadas na construção de uma concepção de dignidade inata presente em todos os seres racionais, diferenciando-os e elevando-os em relação aos demais elementos da existência no que afirma o imperativo prático e supremo de agir “de tal maneira que uses a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como simplesmente um meio” (KANT, 1997, p. 69).

⁴⁵Sobre a liberdade na filosofia kantiana: “*Como a la libertad moral se expresa siempre en un obrar empírico, exterior, la razón quiere entonces, como condición plena de su ejercicio, la existencia igual de libres albedríos que obren empíricamente. Esta existencia igual de libres albedríos, una limitación que, por una parte, en cuanto recíproca, traduce y realiza empíricamente el imperativo categórico del querer de lo universal, de la ley, o sea, la libertad moral; pero, por otra, en tanto que limitación recíproca de acciones exteriores, debe cada manifestación empírica de esa libertad, para cada libre albedrío, una limitación ella misma exterior, una coacción. Ahora bien, el conjunto de determinaciones que coaccionan en cuanto ‘condiciones bajo las cuales el albedrío de uno puede integrarse con el albedrío de otro según una ley universal de la libertad’, es precisamente el derecho*” (BOURGEOIS, 2003, p. 39).

⁴⁶Sobre a importância da liberdade na filosofia prática de Immanuel Kant: “*La libertad del individuo es acentuada por Kant con máxima fuerza. Al Derecho le importa conciliar la libertad de cada uno con la libertad de todos, de acuerdo con una pauta general. Aquel que obstaculiza mi acción o mi estado conciliable con el de los demás, me causa lesión. Y su resistencia no puede conciliarse con la libertad según leyes generales. La ley jurídica general no es motivo de la acción, sino condición insoslayable de convivencia*” (VALLE, 2001, p. 199).

⁴⁷Sobre os elementos essenciais da natureza humana: “Se, pois, deve haver um princípio prático supremo e um imperativo categórico que respeita a vontade humana, então tem de ser tal que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para toda gente, porque é um fim em si mesmo, faça um princípio objectivo da vontade, que possa por conseguinte servir de lei prática universal. O fundamento deste princípio é: *A natureza racional existe como um fim em si*. É assim que o homem representa necessariamente sua própria existência; e, nesse sentido, este princípio é um princípio subjectivo das ações humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em virtude do mesmo princípio racional que é válido também para mim; é simultaneamente um princípio objectivo, do qual como princípio prático supremo se têm de poder derivar todas as leis da vontade” (KANT, 1997,69).

As implicações de fundamentar os alicerces do princípio da dignidade humana no humanismo kantiano são evidentes⁴⁸. Primeiramente, o reconhecimento de uma dignidade inerente e indissociável do ser humano perpassa a própria universalização deste *quid* que há de ser igualitariamente reconhecida em todos os homens⁴⁹, independente de qualquer outra qualidade acessória⁵⁰. Todo ser humano, antes de tudo, é um ser por completo, pleno em sua dignidade essencial, de forma absolutamente integral e independente de qualquer outra condição ou qualidade que não sua própria humanidade. Assim, para que deva ser reconhecido como um ser dotado de dignidade, o humano não necessita de nenhuma outra qualificação ou satisfação de qualquer outro critério senão o de pertencimento à espécie humana.

A universalidade da dignidade, esta entendida como uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, é parte essencial do princípio da dignidade da pessoa. O reconhecimento de que todo ser humano é inerentemente valioso constitui-se um imperativo que dificilmente pode ser relativizado e permite o reconhecimento de que a igualdade entre todos os seres humanos faz-se universalmente necessária⁵¹. Aceita a premissa de que todos os seres humanos - considerados como tais, os indivíduos pertencentes à espécie humana - possuem uma existência especial e imanentemente valiosa, resta o questionamento de como tal dimensão axiológica deve ser compreendida.

⁴⁸ Ainda no sentido da fundamentação do princípio da dignidade humana na ética kantiana: “O princípio mereceu formulação clássica na ética kantiana precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de modo que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito. Esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional alemã, considerando a disposição do art. 19, II da Lei Fundamental, denomina de ‘núcleo essencial intangível’ dos direitos fundamentais” (GUERRA FILHO, 2009, p. 58).

⁴⁹ Neste sentido: “A democracia, por seu turno, representa o reconhecimento de uma igual dignidade em todas as pessoas, individualmente, a ser acatada no convívio social. Essa dignidade não pode ser sacrificada em nome da segurança, na hipótese de um confronto entre os dois valores, o que pode ocorrer com frequência, embora a garantia de segurança seja essencial para haver respeito à dignidade humana” (GUERRA FILHO, 2009a, p. 155).

⁵⁰ Sobre a independência da condição humana em relação às suas condições de existência: “*Kant preserva la esencia universal do hombre de toda mezcla con la variación empírica, es decir, de todo riesgo de limitación en el reconocimiento de esa esencia a los hombres reales. Todo hombre es plenamente un hombre, cualesquiera que sean sus condiciones de existencia. [...] El humanismo kantiano, exaltación de hombre pasajero como hombre, como infinitamente hombre – y en esto consiste su dignidad –, reconcilia a todos os hombres en el mismo derecho en cuanto derecho a una existencia exteriormente libre*” (BOURGEOIS, 2003, p. 40).

⁵¹ Da dignidade da pessoa humana e a igualdade: “*Al contrario, reconozco dignidad a una persona, tratándola ‘as equal’, esto es, con igual consideración y respecto a su identidad. La ‘igual consideración’ y el ‘respecto’ constituyen la modalidad correcta para tratar las personas. Parafraseando a Raz, respetar una persona ‘es el modo de proteger la posibilidad de que se realice como tal’, desarrollando la propia identidad*” (BELVISI, 2010, p. 167).

Ciente de que a vida humana é um valor de capital importância, restaria questionar como e em que medida tal valor é percebido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em suma, o valor da vida humana é determinado de forma subjetiva, instrumental ou intrínseca⁵²?

Reconhece-se de pronto que qualquer um dos critérios, ou mesmo uma síntese entre eles, é capaz de determinar algum resultado axiológico sobre a vida humana. O que se persegue como objeto de análise é o questionamento sobre qual, dentro os possíveis critérios valorativos, é mais adequado à satisfação dos imperativos constitucionais decorrentes, especialmente, do princípio da dignidade da pessoa humana.

A escolha de um critério subjetivo parece, em um primeiro momento, adequado. Afirmar que o único capaz de dizer do valor da própria vida é o mesmo indivíduo objeto da questão axiológica parece satisfazer plenamente a ideia de autodeterminação pessoal que é garantida pelos direitos e garantias individuais gravadas na Carta Magna. Nesse sentido:

Es decir que suprimiéramos la capacidad de estimar (valorar, preferir, elegir) desaparecería la vida humana; ésta no sería posible, ni pensable. El mismo fenómeno de la atención – tan estudiado por los psicólogos (aunque ellos no hayan advertido todo su alcance) – que condiciona a posibilidad del conocimiento, tiene una estructura estimativa. El hombre que no pudiese elegir (preferir, estimar) no podría pensar, no podría hacer nada, sería pura suspensión, sería absoluta abstención; en suma, no viviría (SICHÉS, 1952, p. 67).

Porém, reconhecendo a validade do critério subjetivo e, por consequência, que somente o próprio indivíduo poderia, de forma indelegável, valorar a própria existência, restaria necessário oferecer uma adequada resposta sobre qual o valor da vida daqueles seres humanos acometidos por situações de persistente inconsciência, como o coma⁵³, ou mesmo em relação àqueles embriões ou fetos, ou

⁵²Do valor intrínseco: “Algo es intrínsecamente valioso, por el contrario, si su valor es independiente de lo que las personas quieren, disfrutan o necesitan, o de lo que es bueno para ellas. [...]. La mayoría de nosotros cree que la vida humana es valiosa en los tres sentidos. Tratamos como instrumental el valor da vida de una persona cuando medimos en términos de cuánto sirve, su vida, a los intereses de los demás: [...]. Tratamos la vida de una persona como subjetivamente valiosa cuando medimos su valor para la persona misma, es decir, en términos de hasta qué punto quiere ella estar viva y hasta qué punto estar vivo es bueno para ella” (DWORKIN, 1998, p. 97-9).

⁵³Sobre o direito à vida e a possibilidade de consciência de si e de seus desejos: “[Michael] Tooley admite a dificuldade de se formular com exatidão as ligações entre direitos e desejos, uma vez que há casos problemáticos, como os das pessoas adormecidas ou temporariamente inconscientes. Ele não quer dizer que elas não tenham direitos pelo fato de não terem desejos naquele momento.

seja, seres humanos em fase de desenvolvimento intrauterino. O que dizer daqueles humanos que, em razão de uma especial condição física ou mental, encontram-se fora do conjunto daqueles seres sencientes? Seria o caso de negar ou mitigar o valor da vida humana para aqueles incapazes de reconhecer em si a própria existência e de, por conseguinte, valorá-la?

O entendimento de que a racionalidade seria a qualidade essencial que diferencia o ser humano dos demais viventes possui uma evidente sensualidade intelectual e, comumente, é repetida para fundamentar a supremacia axiológica da vida humana sobre as demais formas de existência biológica. O problema, entretanto, apresenta-se quando submetemos tal entendimento a uma análise mais detida. Muitos animais são capazes de realizar pequenas proezas intelectuais e são, evidentemente, capazes de experimentar sensações relacionadas ao prazer e à dor, mas, nem por isso, podem ser considerados como racionais e, em razão disso, lhes é negado o reconhecimento de que as suas existências vitais possam equiparar-se em valor à vida humana.

Não é o caso de uma investigação mais detida sobre a possibilidade de considerar os animais como sujeitos de direitos ou se a salvaguarda de sua existência vital somente pode ser considerada como juridicamente amparada através de uma indireta proteção do meio ambiente ou de um especial sentimento de empatia coletivo. Mesmo num caso noutro, é de se considerar patente que, excetuando militantes engajados em movimentos radicais de defesa dos animais, não há quem sustente que a existência animal é dotada de um valor passível de remota equiparação ao da vida de um ser pertencente à humanidade. Porém, resta a pergunta: qual é a razão da vida humana possuir um valor superior à de um animal?

Por certo, a primeira resposta a ser apresentada seria a de que a qualidade racional do ser humano é um fundamento primeiro para tal diferença valorativa. A insuficiência da resposta se evidencia, entretanto, ao se levar em conta que alguns seres humanos - em razão da tenra idade, de desenvolvimento intrauterino ou da existência de uma particular condição que implique em severas dificuldades mentais - não podem ser considerados como especialmente dotados de capacidade intelectual superior a alguns animais, ainda mais se levando em conta a

Todavia, afirma Tooley, a posse de um direito deve de alguma forma estar ligada, senão à própria capacidade de ter desejos, então à capacidade de ter desejos relevantes" (SINGER, 2002, p. 173).

peculiar inteligência típica de alguns mamíferos superiores, como, por exemplo, os primatas e os golfinhos.

É forçoso reconhecer que um neonato não pode há de ser considerado como um ser dotado de especial inteligência e capaz de desenvolver sofisticados processos mentais, ainda que, salvo gravíssima patologia, seja distinguível a possibilidade de, eventualmente, desenvolver a plenitude de suas faculdades mentais. Porém, desconsiderando a potencialidade do pleno desenvolvimento das faculdades intelectuais, naquele tempo imediatamente após o nascimento, a capacidade de qualquer recém-nascido humano realizar raciocínios complexos não difere significativamente daquela presente em um primata recém-nascido.

Existem muitos seres que são sencientes e capazes de sentir prazer ou dor, mas que, por não serem racionais e autoconscientes, não são pessoas. Aludirei a eles como seres conscientes. Muitos animais não-humanos cairiam com certeza nessa categoria; assim também deveriam enquadrar-se os bebês recém-nascidos e alguns seres humanos mentalmente prejudicados. (SINGER, 2002, p. 177).

Resta claro, assim, que se o valor da vida humana é uma decorrência de uma valoração subjetiva, seria forçoso admitir que a racionalidade e autoconsciência tornar-se-iam os critérios essenciais para considerar uma vida como valiosa. Desenrolando tal premissa, uma decorrência lógica de tal argumentação seria a de que a vida de uma pessoa consciente seria deveras mais importante para o Direito do que a vida de uma pessoa em estado de inconsciência permanente, sendo, nesse caso, inclusive duvidoso dizer que uma pessoa em estado de coma persistente teria algum valor. Tal sustentação ainda possibilitaria afirmar que seres humanos mentalmente prejudicados (portadores de deficiência mental) teriam uma vida significativamente menos valiosa do que aqueles assim considerados “normais”.

Porém, uma simples observância do texto constitucional, em especial o disposto no art. 227, §1º, II, CF/88, é suficiente para refutar tal hipótese uma vez que é absolutamente inadmissível a discriminação de seres humanos em razão de suas características mentais⁵⁴. Nesse sentido:

⁵⁴Segue-se a redação do dispositivo constitucional mencionado: “Art. 227. [...] § 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo os seguintes preceitos:[...]; II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o

O direito à vida integra-se à pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto (CF, art. 7º) ou prestação de alimentos (CF, arts. 5º, LXVII, e 229), pouco importando que seja idosa (CF, art. 230), nascituro, criança, adolescente (CF, art. 227), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (CF, arts. 203, IV, 227, § 1º, II), que esteja em coma ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico (DINIZ, 2010, p. 22).

Nota-se que a Carta Política de 1988, face ao princípio da dignidade da pessoa humana, não admite a discriminação em razão de qualquer anomalia física ou psíquica, tampouco, em razão de idade ou de estágio de desenvolvimento biológico.

Sendo a capacidade intelectual ou mental considerada como elemento irrelevante para a mensuração do aspecto axiológico da existência humana, não se pode sustentar a adequação do critério subjetivo para resolver as questões axiológicas relativas à vida humana.

Se inadmissível, constitucionalmente, discriminar alguém em razão da sua habilidade ou inabilidade de valorar a própria existência, segue-se, pois, a inadequação jurídica de um critério axiológico que demande a racionalidade ou autoconsciência para a afirmação ou negação de uma existência especialmente protegida e/ou merecedora de especial consideração. Portanto, segundo o princípio da dignidade humana e da igualdade, bem como de dispositivos constitucionais anteriormente mencionados⁵⁵, não é admissível a hipótese de que o valor da vida humana seria de se fundamentar em uma graduação subjetiva realizada pelo próprio indivíduo.

É ainda de se analisar a possibilidade de valoração instrumental da vida humana. Muitos filósofos, dentre eles destaca-se David Hume, sustentam a adequação de tal régua axiológica e através dela pugnam que todos os entes,

trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e todas as formas de discriminação”.

⁵⁵Da relação do princípio da dignidade humana com o princípio da igualdade e a proibição de discriminação: “A base constitucional do princípio da igualdade é a igual dignidade social de todos os cidadãos – que, aliás, não é mais do que um corolário da igual dignidade humana de todas as pessoas –, cujo, sentido imediato consiste na proclamação da idêntica «validade cívica» de todos os cidadãos, independentemente de sua inserção econômica, social, cultural e política, proibindo desde logo formas de tratamento ou de consideração social discriminatórias. O princípio da igualdade é, assim, não apenas um princípio de disciplina das relações entre o cidadão e o Estado (ou equiparadas), mas também uma regra de estatuto social dos cidadãos, um princípio de conformação social e de qualificação da posição de cada cidadão na colectividade” (CANOTILHO, MOREIRA; 2007, p. 338).

inclusive o ser humano, deveriam ser valorados somente a partir do cálculo de seu valor de utilidade⁵⁶. Não é consenso entre os utilitaristas, entretanto, como tal cálculo seria realizado e mesmo quais variáveis seriam levadas em conta, porém, dentre as hipóteses apresentadas enfatiza-se a análise da utilidade social do indivíduo para a determinação de seu valor ou desvalor.

O busílis descansa sobre o fato de que a determinação de um critério preciso ou minimamente adequado para a mensuração da utilidade social de um específico indivíduo demandaria um complexo cálculo de uma infinidade de variáveis, prognósticos e projeções que, senão impossível, faz-se distante das possibilidades da atual situação da Ciência. Ademais, mesmo considerando a possibilidade da criação de uma equação, é duvidoso que os dados necessários para a solução do problema sejam mensuráveis ou ainda isentos de preconceitos e subjetividade⁵⁷.

É, também, de se reconhecer que um hipotético cálculo do valor de um indivíduo e de sua vida por meio de um critério de utilidade, irremediavelmente, encontrar-se-ia viciado pela moralidade, religiosidade ou ideologia, ou seja, pelo conjunto de preconceitos inerentes a um dado período. Não é incomum que aqueles considerados como socialmente nocivos o sejam somente na medida da discriminação e da intolerância para com aqueles que se desviam do “padrão do socialmente adequado”. É destacado, assim, que o cálculo da utilidade a partir de premissas subjetivas e/ou arbitrárias possibilita e justifica, muitas vezes, atentados à dignidade humana, redundam na marginalização e/ou perseguição de indivíduos unicamente em razão orientação sexual, crença religiosa ou alinhamento político. Estas possibilidades repetiram-se e repetem-se com tanta frequência que resta demonstrado que o cálculo de utilidade social, no mais das vezes, degenera-se em instrumento de marginalização de grupos minoritários que através dele são considerados como “socialmente nocivos”.

⁵⁶Da adequação do valor a partir da utilidade: “Mas, embora um conceito exagerado de nosso próprio mérito seja vicioso e desagradável, nada pode ser mais louvável que dar valor a nós mesmos, quando realmente possuímos qualidade de valor. A utilidade e a vantagem de uma qualidade para nós é uma fonte de virtude, assim o como o fato de ser agradável aos outros; e certamente nada nos é mais útil, na condução de nossa vida que um grau apropriado de orgulho, que nos torna conscientes de nosso próprio mérito e nos dá confiança e segura em todos os nossos projetos e empreendimentos” (HUME, 2009, p. 636).

⁵⁷Sobre a impraticabilidade de uma equação de utilidade: “Tal cálculo seria, contudo, praticamente impossível, pois implica para a sua realização, o conhecimento antecipado dos efeitos futuros de todas as ações. Ora este conhecimento é sempre vago, incerto ou obscuro” (DEL VECCHIO, 1979, p. 556).

Da mera consideração de que o valor da vida humana deveria ser determinado por um critério de utilidade, é forçoso reconhecer a implicação que, se a existência do homem é algo valioso somente na medida de sua utilidade, necessariamente o ser humano deixa de ser valioso *per se* e passa a ser somente em razão de algo que lhe é externo, reduzindo a qualidade da humanidade à condição de meio ou objeto. Observa-se, assim, que valoração fundamentada na instrumentalidade ou utilidade do ser humano não pode ser dissociada da redução do homem a um objeto ou meio, tornando-o valioso unicamente pela somatória de suas exterioridades consideradas como socialmente proveitosas.

O escalonamento axiológico da existência humana a partir de uma régua de utilidade social implica, ainda, o aniquilamento da individualidade em prol de um novo ser reduzido a uma identidade com o corpo que, antes de qualquer coisa, para garantir a própria utilidade da qual depende o valor de sua existência neste admirável mundo novo, é, antes de tudo, obediente⁵⁸. Despojado de autodeterminação, o homem que vale enquanto é útil é equiparável a um objeto senciente, a pouco mais do que um semovente, pois não é mais um ser que tem em si a própria finalidade. Neste sentido, o homem útil é aquele que, domesticado, faz-se obediente e conformado na sua condição de instrumento. O homem assim valorado somente é digno de proteção enquanto não se apresenta como obsoleto.

É evidente que uma escala valorativa da existência humana a partir de critérios de utilidade social padece de uma insuperável objeção, pois reduz o ser humano a algo como um objeto⁵⁹.

Reconhecendo que a consideração de critérios subjetivos ou instrumentais para a determinação da dimensão axiológica da vida humana é inadmissível nos termos do atual texto constitucional, é de se admitir que a tese kantiana seja bastante adequada para a fundamentação do princípio da dignidade da pessoa

⁵⁸Sobre a redução do ser humano ao corpo útil: “O corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso. Essa sujeição não é obtida só pelos instrumentos da violência ou ideologia: pode muito bem ser direto, físico, usar a força contra a força, agir sobre elementos materiais sem, no entanto, ser violenta; pode ser calculada, organizada, tecnicamente pensada, pode ser sutil, não fazer uso de armas nem do terror, e, no entanto continua a ser de ordem física” (FOUCAULT, 1999, p. 26).

⁵⁹ Da proibição constitucional de tratar o ser humano como coisa: “Isso porque ‘o homem não é uma coisa, não é, por consequência, um objeto que possa ser tratado como meio, mas deve em todas as suas ações ser sempre considerado como um fim em si. Isso, em suma, quer dizer que ser humano, o ser racional, é pessoa’. Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores, consciência e vivência de si próprio” (SILVA, 2007, p. 37).

humana, principalmente por deixar manifesto que o valor da vida humana não pode ser considerado de outra forma, senão como algo que é imanente da própria existência do ser⁶⁰.

Não é bastante, entretanto, enunciar que a proposição de que a existência humana é possuidora de valor inato é reconhecida pela Constituição brasileira. Resta ainda demonstrar tal hipótese. Então, seguindo o procedimento de análise, examina-se agora, se é caso da pessoa natural, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, ser sempre considerada como inerentemente valiosa pelo simples fato de ter para si a condição humana. Em suma, há de se verificar se a constatação da existência de vida biológica de um ser pertencente à espécie humana é suficiente para que sua vida seja sempre considerada como juridicamente valiosa.

Preliminarmente, destaca-se que a presente investigação abstém-se de valorações morais ou religiosas sobre o tema, visando somente à apreciação de como o ordenamento jurídico brasileiro - informado pelos tratados e convenções internacionais, bem como, pela Constituição da República Federativa do Brasil e seus princípios fundamentais - determina que a vida humana deva ser tratada e valorada.

Um ponto oportuno para o início de tal análise é, justamente, o preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, no que se encontra: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, [...]”.

⁶⁰Sobre o valor imanente do ser humano na filosofia kantiana: “Esse princípio da humanidade e toda a natureza racional em geral como *fin em si mesmo (que é a condição suprema que limita a liberdade das ações de cada homem)* não é extraído da experiência, - primeiro, por causa da sua universalidade, pois que aplica a todos os seres racionais em geral, sobre o que nenhuma experiência chega para determinar seja o que for; segundo, porque nele a humanidade se representa não como fim dos homens (subjectivo), isto é como objecto de que fazemos por nós mesmos um fim, mas como fim objetivo, o qual, seja, quais forem os fins que tenhamos em vista, deve constituir como lei a condição suprema que limita todos os fins subjectivos, e que por isso só pode derivar da razão pura. É que o princípio de toda a legislação prática reside objectivamente na regra e na forma da universalidade que a torna capaz (segundo o primeiro princípio) de ser uma lei (sempre uma lei da natureza); subjectivamente, porém, reside no fim; mas o sujeito de todos os fins é (conforme o segundo princípio) todo o ser racional como fim em si mesmo; daqui resulta o terceiro princípio prático da vontade como condição suprema da concordância desta vontade com a razão prática universal, quer dizer a ideia da vontade de todo o ser racional concebida como vontade legisladora universal” (KANT, 1997, p. 71-2).

Mesmo atento a certa polêmica sobre a natureza jurídica dos textos preambulares⁶¹, sejam eles constitucionais ou convencionais, é forçoso reconhecer a relevância dos preâmbulos, pois apesar de não possuírem força normativa, oferecem importantes balizas para a interpretação dos dispositivos constantes no texto legal, convencional ou constitucional.

A leitura do trecho mencionado preambular da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) evidencia o reconhecimento convencional da imanência axiológica da vida humana ao afirmar que todos aqueles seres pertencentes à *família humana* são dotados de dignidade. Da mesma forma, o preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)⁶², também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 e a leitura do art. 5º, § 2º Constituição da República Federativa do Brasil⁶³, indicam irrefutável sintonia com a hipótese do valor imanente da vida humana.

Tal congruência entre textos preambulares da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) permite afirmar a existência de um consenso bastante amplo e consolidado na comunidade internacional de que a vida humana é dotada de um valor intrínseco e assim é valiosa por nenhum outro motivo senão pelo fato de ser o indivíduo vivo pertencente à espécie humana. Porém, mesmo aceitando que o valor da vida humana, segundo as convenções internacionais e a própria Constituição Federal, seja inato, resta perguntar-se se a vida humana está no conjunto dos bens incrementalmente valiosos ou naquela categoria de bens considerados como sagrados⁶⁴.

⁶¹Sobre a natureza jurídica dos preâmbulos: “Existem três teses a respeito da natureza jurídica do preâmbulo: tese da irrelevância jurídica – o preâmbulo situa-se fora do domínio do Direito, colocando-se no campo político ou no setor histórico; tese da eficácia idêntica – o preâmbulo é um conjunto de preceitos jurídicos que possuem eficácia idêntica à de qualquer outro dispositivo da constituição, e; tese da relevância indireta – o preâmbulo não tem força normativa, embora provenha do mesmo poder constituinte originário que elaborou toda a constituição. Em certa medida, fornece-nos critérios para o entendimento das linhas gerais que inspiraram o ato de feitura das constituições” (BULOS, 2007, p. 381).

⁶²Do preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos: “[...] Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; [...]”.

⁶³Segue-se a redação do dispositivo constitucional mencionado: “art. 5º. [...] § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁶⁴ Da diferença entre bens incrementalmente valiosos e aqueles outros considerados sagrados: “No es suficiente, sin embargo, decir simplemente que la idea del valor intrínseco es familiar. Pues aquí

Algo é incrementalmente valioso (por exemplo, ouro e prata) quando o seu valor pode ser quantificado segundo uma unidade de referência, permitindo, dessa forma, a especificação de uma medida variável de sua importância, sendo que, quanto maior a quantidade de unidades de referência, na mesma proporção também será majorada a valoração total daquele conjunto de bens analisados. Nesse sentido, quanto mais ouro uma pessoa possui, mais valores ela tem a sua disposição, sendo que o mesmo raciocínio pode ser aplicado, com precisão, a todos os bens fungíveis⁶⁵. Entes incrementalmente valiosos são, portanto, aqueles nos quais um incremento do valor total de um determinado conjunto por eles composto está diretamente relacionado com um aumento, na mesma medida, da quantidade de entes presentes no referido conjunto.

Seria a vida humana algo que possa ser considerado incrementalmente valioso? Ainda que incontestemente que toda vida humana deva ser compreendida como digna de proteção e valiosa *per se*, não parece ser o caso de afirmar, por outro lado, que quanto mais seres humanos tanto melhor, a menos que os indivíduos da família humana possam ser considerados como meros recursos ou *commodities*.

É possível reconhecer, na história da humanidade, determinados momentos nos quais os seres humanos e suas vidas eram assim considerados. Pode-se dar como exemplo o período das duas Grandes Guerras Mundiais no qual se experimentou a radicalização da tese da “guerra absoluta” de Clausewitz⁶⁶. Em

estamos interesados en una aplicación especial de esta idea – la afirmación de que la vida humana, incluso su forma menos desarrollada, tiene valor intrínseco – y esta aplicación suscita problemas singulares. ¿Por qué, por ejemplo, no se sigue de esta idea que debería haber tanta vida como fuera posible? La mayoría de nosotros ciertamente no piensa así. Al contrario, sería mejor, al menos en muchas partes del mundo, que hubiera menos vida humana de la que hay. Entonces, ¿Cómo puede ser intrínsecamente importante que la vida humana, una vez iniciada, continúe? Éstas son preguntas importantes y al contestar a ellas descubriremos una distinción crucial entre dos categorías de cosas intrínsecamente valiosas: las que son incrementalmente valiosas – cuantas más tengamos, mejor – y las que no lo son, sino que son valiosas en un sentido muy distinto. Llamaré a estos últimos valores sagrados o inviolables” (DWORKIN, 1998, p. 95).

⁶⁵Sobre o conceito de fungibilidade: “A fungibilidade é própria dos bens móveis. Os bens fungíveis são os que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade (p. ex., dinheiro, café, lenha, etc.)” (DINIZ, 2009, p. 132).

⁶⁶Sobre o papel e o peso da população no esforço de guerra: “Nas partes civilizadas da Europa, a guerra por meio de revoltas populares é um fenômeno do século XIX. Ela tem os seus defensores e aqueles que se opõem a ela. Estes últimos fazem objeção a ela, seja por razões políticas, considerando-a como um meio de revolução, uma situação de anarquia legalizada que é uma ameaça tão grande à ordem social do país quanto à representada pelo inimigo, ou ainda por razões militares, porque sentem que os resultados não são proporcionais às energias que terão que ser despendidas. A primeira objeção não nos diz respeito de maneira alguma: consideramos aqui uma insurreição generalizada como sendo simplesmente outro meio de guerra - em sua relação, portanto, com o inimigo. A segunda objeção, por outro lado, leva-nos a observar que uma revolta popular deve ser considerada, de uma maneira geral, como uma consequência da maneira pela qual as barreiras

situações de guerra total, o estrategista prussiano pugnava pela gigantesca importância do aspecto demográfico como um fator decisivo nos conflitos armados. Quanto maior a disponibilidade de recursos humanos, tanto maior a capacidade de conscrição, de produção e de resistência, nos casos uma eventual situação de beligerância. Os alemães, durante a invasão da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, bem averiguaram o acerto da tese de Clausewitz, ocasião na qual se afogaram ante sucessivas ondas de soldados alimentados pelo gigantismo relativo da população soviética. Naquele contexto flagrantemente belicista, a população era considerada como um fator pertencente à categoria de recursos bélicos. Sob tal perspectiva, as políticas de natalidade eram estimuladas em vários países para incrementar a quantidade de corpos humanos que poderiam ser convertidos em soldados ou em força de trabalho a fim de suportar o esforço de guerra. Sob tal orientação de corrida armamentista e de guerra absoluta, o povo – e, por consequência, o ser humano – bem poderia ser considerado como um recurso mais ou menos abundante que é instrumentalizado com a única finalidade de obter a vitória. Quanto mais seres humanos, mais soldados, quanto mais soldados melhor. Incrementalmente valioso, nesse sentido, quanto mais seres humanos melhor. Trata-se, pois, da redução do ser humano à mesma categoria dos *commodities*.

O horror experimentado pela radicalização da guerra total tocou fundo no espírito da humanidade e parece ter sido sepultado no Pós-Guerra com uma mudança visível no que tange aos limites impostos aos conflitos militares através da aceitação de uma conceito de “guerra justa”⁶⁷ e em decorrência do surgimento de

convencionais foram devastadas durante a nossa existência pela enorme violência da guerra. Ela é de fato uma ampliação e uma intensificação do processo de fermentação conhecido como guerra. O sistema de requisição e o enorme crescimento dos exércitos decorrentes dele e do recrutamento universal, o emprego de milícias - andam todos na mesma direção quando analisados sob o ponto de vista do sistema militar mais antigo e mais restrito, e leva também a apelar para a guarda nacional e a armar o povo” (CLAUSEWITZ, 1996, p. 745).

⁶⁷Sobre a superação do conceito de guerra total através do conceito de guerra justa: “No entanto, alguns autores que tratam da história e evolução das guerras, argumentam que os conflitos contemporâneos, principalmente após a Guerra do Golfo de 1991, não podem mais ser enquadrados dentro dos esquemas de análise de Clausewitz. Entre estes autores, está o respeitado Martin van Creveld, que diz que as ‘guerras do futuro’ serão combatidas fora da ‘trindade’ de Clausewitz, ou seja, da dinâmica entre ‘povo, exército e governo’, e que a guerra moderna estaria passando, portanto, por uma radical transformação. Em sua concepção, parece estar chegando ao fim o período de trezentos anos nos quais as guerras estiveram associadas com o tipo de instituição conhecida como Estado. As guerras estariam se transformando em ‘conflitos de baixa intensidade’, que exigiriam dos exércitos uma redefinição do seu papel, pois passariam agir muito mais como uma Polícia, que travaria ‘guerras justas’ de intervenção, com a concordância da comunidade mundial. Este novo tipo de guerra estaria se materializando naquilo que assistimos nos conflitos dos Bálcãs, e talvez a sua

uma nova categoria de ilícito penal, a saber, os crimes contra a humanidade que justificaram as punições aplicadas sobre criminosos de guerra alemães e japoneses quando dos julgamentos históricos observados sob a égide do Tribunal de Nuremberg e Tóquio, respectivamente.

A crença de que a força ou a qualidade de uma nação está alicerçada em seu peso demográfico parece estar sepultada. Hodiernamente as políticas de natalidade estão, em regra, voltadas para o planejamento familiar que, de forma geral, forçam as taxas de nascimento para baixo. Ademais, o reconhecimento do planejamento familiar como um direito fundamental, bem como a emancipação jurídica, social e econômica da mulher contribuem para esse mesmo cenário. Não se pensa que a riqueza de uma família é determinada pelo número de filhos, da mesma forma que não se relaciona a valor o peso demográfico não guarda relação direta com a riqueza ou qualidade de uma nação.

Do ponto de vista ecológico, a proposição de que quanto mais seres humanos melhor soa ainda mais *nonsense*. A certeza científica de que os recursos naturais não são suficientes para sustentar um volume demográfico ilimitado permite, também, afirmar que este planeta não pode suportar uma política insensata baseada na proposição de que a vida humana é algo incrementalmente valioso.

Por fim e principalmente, a hipótese de que a Humanidade seria tanto melhor quanto maior o número de seres humanos permitindo considerar que o valor total do conjunto aumenta ou diminui conforme o número total de seres humanos é incrementado ou decrescido. Desta proposição é adequada a dedução que, incrementalmente valorado, o sacrifício de um homem é justificável através duma operação aritmética simples: sendo número menor de humanos sacrificado para salvar outro maior de seres da mesma qualidade, restaria a conduta adequada.

A sustentação da justiça do sacrifício humano com saldo positivo de vidas é deveras problemática, pois exige, a princípio, três condições: (i) o valor do conjunto aumenta ou diminui em proporção direta com número total de unidades; (ii) todos os seres humanos, iguais entre si, são unidades elementares e mensuráveis de valor e; (iii) os seres humanos são, mensuráveis e aritmeticamente iguais, são permutáveis entre si, ou seja, fungíveis.

A consideração do ser humano enquanto bem fungível passa pela noção que pode o homem ser substituído por outro desde que na mesma quantidade e qualidade. A fungibilidade implica em reconhecer que não é o ser humano, enquanto biograficamente único, que é valioso. Valioso é o humano enquanto um número. Assim, compreendendo o valor do homem a partir duma régua incremental é dar àquele indivíduo humano a qualidade de valioso, porém, substituível, permutável e, portanto, sacrificável. Tal entendimento, à evidência, é completamente ofensivo ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois implica na redução do ser humano à categoria de *commodity*.

A dignidade a que se refere o artigo 1º, III, da Constituição Federal, em perfeita sintonia com a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, denota, necessariamente, que o valor imanente do ser humano importa em reconhecê-lo, individualmente como irrepetível e insubstituível. Trata-se, pois, de considerá-lo - sem qualquer distinção⁶⁸ e somente por pertencente à *família humana* - como juridicamente *sagrado*.

O *sagrado* à que se refere não é aquele da teologia que pressupõe que se vincula a qualquer deidade. Para além dos limites do credo particular, dizer que a vida humana é juridicamente sagrada é dar ao homem a qualidade de bem infungível. É considerá-lo como absolutamente irrepetível e, portanto, insubstituível. É afirmar que, apesar, todos os homens devam ser considerados iguais perante a lei, são todos considerados como fundamentalmente diferentes enquanto individualidades que nunca se repetirão.

Da proposição de que todos e cada qual humano são juridicamente sagrados quer-se dizer que a vida humana é, universal e igualmente, imensurável implicando em sua inviolabilidade.

Como extraído da inteligência do *Talmud* que assevera que quem salva uma vida salva toda humanidade; dizer da sacralidade da vida é afirmar que o valor do ser humano individualmente considerado somente é equiparável ao da própria Humanidade. Isso por que, se ao revés, o ser humano é sacrificável, repetível ou

⁶⁸Neste sentido: Todos os seres humanos têm direito à vida, segundo o art. 5º caput da Lei Maior. A universalidade, uma das características dos direitos humanos, revela que todo e qualquer ser humano é titular do direito à vida, independentemente de apresentar limitações físicas ou psíquicas. Os direitos humanos são universais, porque pertencem ao ser humano enquanto gênero, ou seja, enquanto humanidade e, por isso, são destinados a todos os indivíduos indistintamente. (LIMA, 2008, p. 36).

intercambiável degenera-se, por consequência, a própria Humanidade. No que um homem é descartável, todos o são; no que a ida de um perde seu valor aniquila-se a dimensão axiológica da própria condição humana.

O valor da Humanidade não é, portanto, maior ou menor do que o valor que se dá a cada homem isoladamente, pois da inviolabilidade que se nega a um, nega-se a todos e no que ela é garantida a todos, reconhece-se a dignidade da condição humana e realiza-se a Humanidade na universalidade humana.

O juridicamente sagrado, portanto, para além da crença em qualquer/quaisquer Deus/deuses, é, nesse sentido, o fundamento que permite a concepção de que a vida humana enquanto um direito inviolável. O homem é juridicamente sagrado somente enquanto é um ser dotado desta inata qualidade que é a dignidade da pessoa humana.

É este o sentido do princípio da dignidade da pessoa humana que se permite aduzir dos textos convencionais, legais e da Constituição da República Federativa do Brasil. Para alguém desta concepção de juridicamente sagrado não há de se falar em verdadeira inviolabilidade dos direitos fundamentais; para além desta ideia não há de se falar em valor intrínseco da vida humana.

Em suma, a dignidade da pessoa humana é, para o Direito, o que a alma é para a teologia, pois é o *quid* que demanda e a inviolabilidade daquele que é jurídica e axiologicamente sagrado.

CAPÍTULO III - O DIREITO À VIDA E OS DIREITOS CONCERNENTES À VIDA

3.1. A diferença entre o direito à vida e os direitos concernentes à vida

A mudança histórica mais evidente, no que se refere à tutela constitucional da vida humana, é marcada pelo abandono dos termos *direitos concernentes à segurança individual* (constantes nas Constituições de 1891, 1934 e 1937) e *direitos concernentes à vida* (Constituições de 1946 e 1967) pelo disposto no art. 5º, *caput*, no qual se encontra expressa a inviolabilidade do *direito à vida*. A substituição daqueles pelo presente termo não ocorre por mero capricho do legislador e, sendo assim, não é de se observar tal modificação sem considerar quais seriam as consequências para a delimitação do âmbito constitucional de proteção da existência vital do ser humano⁶⁹.

Tomando como ponto de partida o princípio do legislador racional⁷⁰, a mudança de redação, em razão do imperativo jurídico de operabilidade e de precisão, implica a afirmação de que a inviolabilidade do *direito à vida* possui uma dimensão de significado consideravelmente diferente daquela circunscrita à proteção dos *direitos concernentes à vida* ou *à segurança individual*. A elementar justificativa para este câmbio terminológico pode ser sintetizado na incontestável afirmação de que a proteção de todos os *direitos concernentes à vida* (liberdade, igualdade, segurança e, mesmo, a propriedade) e, mesmo de qualquer direito que se relaciona, direta ou indiretamente, com a regulamentação das condições de vida da pessoa natural individualmente considerada, resta absolutamente ineficaz e complementemente

⁶⁹Sobre a diferença entre termo *direito à vida* e *os direitos concernentes à vida*: “O discurso atual é direto e claríssimo, ao determinar que a inviolabilidade é do direito à vida e não apenas o respeito aos direitos concernentes à vida” (MARTINS in MARTINS:2005, p. 25).

⁷⁰Do princípio do legislador racional: “Na figura deste *legislador racional* está o duplo positivo das críticas que os objetivistas dirigiram a subjetivistas e daquelas dirigidas por estes aos primeiros: e acordo com Ferraz Jr., *ele* é concebido como uma pessoa *singular*, a despeito da multiplicidade de instâncias envolvidas na atividade legislativa; *permanente*, sobrevivendo aos parlamentares que votaram a norma dada a interpretar; *único*, e autor de todas as normas do ordenamento; *consciente*, tendo presente o teor e o alcance de cada uma delas; *finalista*, dirigindo todos os seus atos a algum propósito; *onisciente*, possuindo o domínio de todos os fatos no presente, no passado e no futuro; *onipotente*, por fazer suas normas valerem até que as revogue; *justo*, e jamais inclinado à prática de injustiças; *coerente*, mesmo que pareça se contradizer; *onicompreensivo*, por haver disciplinado todas as situações da vida com o seu ordenamento; *econômico*, no sentido de jamais incorrer em redundância; *operativo*, impondo utilidade a todas as palavras de que se vale; e *preciso*, por trabalhar as palavras da linguagem natural em sentido rigorosamente técnico” (LINS, 2009, p. 90-1).

desprovida de sentido enquanto desacompanhada da proteção da própria vida humana⁷¹.

A opção de proteção indireta da vida humana por meio dos direitos que lhe são concernentes é, assim, historicamente superada pela atual afirmação constitucional do *direito à vida* em si e, desta forma ocorrendo, determina uma série de implicações.

A sensível alteração nas relações do Estado em relação ao ser humano, impondo, ao organismo estatal, o imperativo de considerar o homem além do aspecto utilitarista, ou seja, não é possível qualquer sustentação política orientada pela ideia de que o indivíduo existe para ou pelo Estado. Ao contrário, deve o Estado ser orientado pela elemental finalidade de realizara proteção do ser humano e de sua dignidade inata.

Ainda, a vida humana, nesta esteira, passa a ser compreendida como um direito *per se*, superando a mera proteção indireta decorrente da tutela dos *direitos à segurança individual* e dos *direitos concernentes à vida*. Também não é mais de se afirmar o *direito à vida*, simplesmente, como um direito subjetivo, mas, com acerto, também como um direito objetivo⁷².

Por fim, a inviolabilidade do *direito à vida*, em si circunscrito, denota o reconhecimento do valor imanente da existência humana, ou seja, que o indivíduo pertencente à humanidade é por essa razão, independentemente de qualquer outro critério, é considerado com um ser dotado de especial e imensurável dignidade e, em decorrência, merecedor da mais ampla e irrestrita proteção jurídica possível.

⁷¹ “De nada adiantaria a Constituição assegurar os outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana (...), o direito à privacidade (...), o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência” (SILVA, 2006, p. 198).

⁷² Sobre a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais: “Já na dimensão publicista, não há de se confundir direitos fundamentais com ‘direitos subjetivos públicos’, pois se os primeiros são direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, neste sentido, direitos subjetivos públicos, não há aí uma relação biunívoca, já que nem todo direito subjetivo público é direito com a estrutura constitucional de um direito fundamental. Além disso – e o que é mais importante –, como aprendemos ao estudar o direito constitucional alemão, os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outra, objetiva, donde se fala em seu ‘duplo caráter’, preconizando-se a figura do *status* como mais adequada do que a do direito subjetivo para categorizá-los. A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar. Enquanto situação jurídica subjetiva o *status* seria a mais adequada dessas figuras porque é aquela donde ‘brotam’ as demais” (GUERRA FILHO, 2009, p. 41-2)

Quanto à alteração do modelo de Estado, de suas finalidades e de sua relação face ao ser humano individualmente considerado, é digno de nota que, antes da Constituição Federal de 1988, era possível considerar a presença de um paradigma de Estado fundado em uma concepção essencialmente paternalista e messiânica. Esse cenário era, evidentemente, muito influenciado pela idéia hobbesiana de que o organismo estatal constitui-se na única salvaguarda dos indivíduos contra o estado de *guerra de todos contra todos*.

Sob tal paradigma estatal, não é de causar assombro que o poder soberano reveste-se de uma supremacia ilimitada, justificando a necessidade do monopólio da violência através da própria defesa da vida humana⁷³. Esse monopólio da força, alicerçado sob o pilar da coerção social-psicológica que - recorrentemente, é utilizada através da constante lembrança de que destruição da ordem redundaria na condução ao estado anarquia -deságua, inevitavelmente, numa estrutura paradoxal resumida em duas proposições: a) de que somente um Estado investido de um poder completo sobre a existência humana é capaz proteger a vida de seus súditos; e b) possuindo poder completo sobre a existência humana, o Leviatã estatal é, justamente, a principal ameaça à vida daqueles que se submetem como súditos deste que possui a condição de soberano⁷⁴.

⁷³ “E dada também sua concepção totalmente pessimista da natureza humana (no que se mostra ainda um tributário inconsciente de profundas concepções cristãs), por ventura agravada pelo espectáculo dos males de sua pátria (*propter patriae presentem calamitatem*), não é de se estranhar que Hobbes sustentasse só poder alcançar-se a paz, que os homens procuram, mediante a atribuição ao Estado de um poder total e absoluto. Nasce assim o *Leviathan*, a cujo poder não há outro comparável na terra (*non est potestas super terram quae comparetur ei*). Este é o Estado absoluto e onipotente, o mais totalitário de todos os Estados, cujo poder se deve estender a todas as esferas da vida, desde a política até a espiritual, incluindo a ética e a religião. Certamente, também segundo Hobbes, a origem deste poder deve ver-se no povo, na multidão. Contudo, esta primeira posição democrática não tarda a ser ultrapassada e desmentida. O povo, que o acto de fundação da cidade alienou por virtude do pacto ou contrato social a soberania, como um *jus in omnia*, não pode mais recuperá-la. [...]. Quer na monarquia, que é para HOBBS, o regime ideal, que na república, o «soberano», seja ele qual for, acha-se racionalmente construído no próprio acto transcendente, não-sensível, da constituição-fundação da *civitas*, como forma imudável da realidade política, sem a qual não senão o caos ou «estado de natureza», de que se quis sair” (MONCADA, 1995, p. 173-4).

⁷⁴ Sobre o paradoxo da defesa do indivíduo/monopólio estatal da violência: “*En el origen de la civilización jurídica moderna hay una paradoja. La idea del contrato social como pacto constitutivo del vivir civil, elaborada por la filosofía jusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, identifica en la protección de la vida el fundamento y la razón del artificio jurídico y estatal. Pero este mismo artificio – el Estado soberano –, a quien es confiada la protección de la vida a través del pacto de convivencia, se configura originalmente como un poder absoluto, de vida y muerte: jus vitae ac necis internamente, respecto de los asociados, y jus ad bellum externamente, en las relaciones con los otros Estados. Sólo un poder soberano – ésta es la hipótesis aporética colocada como fundamento del Estado – puede garantizar, con el monopolio de la fuerza y, por lo tanto, del poder de muerte, la defensa da vida. De este modo, la protección de la vida resulta confiada al poder de infligir la muerte. Hasta la mitad del siglo XX, convivían en los mismos ordenamientos tanto la proclamación de los derechos humanos, como derechos inviolables, como la soberanía del Estado, en principio ilimitada y, por*

Sob tal ótica, o Estado fundamenta-se na *petitio principii* de que somente um poder soberano absolutamente forte seria suficiente para garantir a sociedade contra a selvageria que se seguiria a uma eventual implosão das instituições jurídicas garantidas pelo próprio Estado. Trata-se, pois, segundo Kant, da afirmação de que qualquer ordem é melhor do que nenhuma ordem (anarquia) e que, mesmo uma revolução contra um Direito injusto não é aceitável, pois entre esse e a finalidade revolucionária, encontra-se em interstício de completa anarquia que negaria todo e qualquer Direito⁷⁵. Assim justificado, o Estado, mesmo declarando-se como protetor dos direitos e garantias individuais, faz-se legitimado para, eventualmente, relativizar tais direitos, sempre e repetidamente, apoiado no discurso de que, estando sua particular configuração ameaçada, não restaria outra solução à coletividade, nenhuma outra opção, senão conformar-se com as restrições de seus direitos humanos, uma vez que a alternativa seria assumir ou incrementar o risco de sucumbir em um espiral caos e anarquia. Essas situações, muito recorrentes na recente história mundial e brasileira, sob o argumento de segurança nacional ou defesa social, o Estado justifica a desconsideração dos direitos humanos sob a égide de uma legítima defesa da ordem jurídica, como se essa mesma ordem fosse um fim em si mesmo. É de reconhecer, nesse modelo de Estado, a evidente orientação de seus fins através da ideia de que é o homem que existe para o Estado e que, somente nesse sentido, merece o indivíduo a proteção do Direito.

Esse modelo de Estado Leviatã restou juridicamente sepultado pela Carta Magna de 1988. Evidentemente, muito daquela cultura autoritária ainda sobrevive, com mais ou menos intensidade, nas mentes e corações de algumas pessoas que ainda estão alocadas em posição de poder e investidas de autoridade pública. Porém, os novos fundamentos informadores da República Federativa do Brasil - especialmente a cidadania e a dignidade da pessoa humana - nascidos sob os auspícios da Constituição Federal de 1988, oferecem a esse novo Estado um igualmente novo *ethos*, bem como lhe impõe a irrenunciável finalidade de proteger

tanto, en condiciones de violar tales derechos gracias al carácter flexible de las constituciones en las cuales éstos eran sancionados. La 'soberanía', como poder de vida y muerte, representa, por lo tanto, una aporía no resuelta de las doctrinas contractualistas" (FERRAJOLI in BAIGÚN, 2005, p. 639).

⁷⁵ *"Ahora bien, la revolución no puede pretender sustituir un mal derecho con un buen derecho, sino mediatizando realmente el primero con el segundo a través de una situación en la que todo derecho esté ausente, a través 'del estado de la anarquía con todos sus horrores'. La Doctrina del derecho termina precisamente con la prohibición absoluta del pasaje violento de una constitución defectuosa a una constitución que respete los derechos del hombre, porque 'en el intervalo habría un momento en el que se negaría toda situación de derecho'"* (BOURGEOIS, 2003, p. 44).

os direitos e garantias individuais. Tal finalidade faz-se tão mais evidente quando observado que esses direitos e garantias foram, em razão de sua imprescindibilidade, elevadas à condição de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CF/88)⁷⁶. Essa especial classificação, que expressamente veda qualquer emenda constitucional tendente a abolir direitos ou garantias fundamentais, é necessária, justamente, para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais contra toda demagogia, que pretendendo inverter a primazia dos direitos humanos em relação aos interesses do Estado, também pugne pela redução do ser humano à condição de um meio a serviço da ordem estatal.

A preocupação do constituinte originário quanto à preservação da incolumidade dos direitos humanos essenciais é tão patente, que mesmo em estado de exceção⁷⁷ (estado de defesa e estado de sítio), mesmo em face da necessidade de proteger a ordem estatal, a Carta Política estabelece que alguns limites não podem e não devem ser ultrapassados, determinando: (i) a impossibilidade de emendar a Constituição em caso de vigência de estado de defesa ou de sítio (art. 60, §1º, CF/88), (ii) a imposição de um rol taxativo de medidas que o Estado estaria autorizado a realizar (art. 139, CF/88) e, (iii) a responsabilidade pelos eventuais ilícitos causados pelos seus executores ou agentes (art. 141, CF/88). Evidentemente, reconhecem-se as possíveis críticas sobre um instituto do estado de defesa e de sítio tão rigidamente organizado⁷⁸ quanto o brasileiro. Sabe-se que *necessitas non habet lege* e que, em eventos extremos, a defesa do Estado e da ordem constitucional poderá demandar, paradoxalmente, a própria transgressão dos limites estabelecidos pela Carta Política para situações de emergência constitucional.

⁷⁶Segue-se a redação do dispositivo constitucional: “Art. 60. [...] [...]. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais”.

⁷⁷Sobre o estado de exceção: “Um estado de exceção verdadeiro ou, como hoje soa a designação predominantemente empregada, ‘situação de emergência estatal’, nasce em todos os perigos sérios para a existência do Estado ou a segurança e ordem pública, que não podem ser eliminados pelos caminhos normais previstos na Constituição, senão cujo rechaço ou eliminação somente por meios excepcionais é possível” (HESSE, 1998, p. 526).

⁷⁸Das críticas ao modelo de estado de sítio e defesa: “Ironias à parte, esses são os instrumentos de que dispomos para enfrentar as situações de emergência constitucional, fazendo votos de que jamais venhamos a testar-lhes a eficiência. Afinal de contas – relembando os comentários realistas de Georges Burdeau sobre a impotência das cortes constitucionais para resolver, por via de ação, os conflitos carregados de paixões políticas -, relembando esse mestre da ciência política, talvez pudéssemos dizer que as salvaguardas constitucionais, à semelhança com os sismógrafos, só funcionam em abalos sísmicos de menor expressão. Os grandes terremotos, infelizmente, estes fazem desaparecer também os sofisticados aparelhados que deveriam medir-lhes a intensidade...” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 1278).

Entretanto, superando quaisquer críticas relacionadas à eficácia prática do estado de sítio e de defesa, é importante reconhecer que, no plano teórico, o constituinte originário preocupou-se em redigir uma Carta Política que expressamente afirma-se que, mesmo em situações de necessidade de proteção do Estado e da ordem constitucional, não se deve lançar mão de meios ou políticas que desnaturem a própria identidade do organismo estatal, pois isso implicaria na possibilidade de degeneração da República Federativa do Brasil em um Estado que se faça um mero instrumento de opressão e de negação da dignidade da pessoa humana.

Assim, mesmo em situações de emergência constitucional, o *direito à vida* prevalece inviolável, ressalvada a excepcional possibilidade de aplicação de pena de morte no caso de guerra declarada, respeitados a legalidade e o devido processo legal⁷⁹ que se fundamenta, justamente, na necessidade de defesa do próprio Estado e da ordem constitucional. Em suma, o recurso extremo à pena capital somente seria admissível em uma situação de guerra declarada, o que nega a fundamentação da pena capital em argumentos de retribuição, prevenção geral ou especial, aceitando que a sua excepcionalidade somente pode ser justificada em razão da necessidade de defesa da sociedade e do Estado⁸⁰.

Reconhecendo, pois, que a mudança terminológica de *direitos concernentes à vida* para o atualmente disposto *direito à vida* está longe de ser meramente cosmética ou retórica, resta precisar o conteúdo tanto de um quanto de outro.

⁷⁹Neste sentido: “[A pena de morte] é aplicada em caso de guerra declarada (art. 5º, inciso XLVII, alínea a, da CF c.c. art. 55, letra a do CPM) e será executada por fuzilamento (art. 56), sendo que a sentença definitiva de condenação à morte é comunicada, logo que passe em julgado, ao presidente da República, e não pode ser executada senão após sete dias após o seu julgamento. Como adverte a Exposição de Motivos da legislação pátria castrense em seu nº 8, ‘alongou-se de cinco para sete dias o prazo de comunicação ao Presidente da República de sentença definitiva de condenação à pena de morte, para atender às hipóteses de distância do local de julgamento e possíveis dificuldades de comunicação em estado de guerra. Manteve-se, porém, a norma do Código vigente, de execução imediata da pena quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares’. Nesse sentido dispõe o art. 57 e seu parágrafo único do COM” (LOUREIRO NETO: 2001:74)

⁸⁰Nestes termos: “*Durante los siglos XIX y XX se presentaron tres argumentos que justificaban la pena de muerte. El primero asumía un carácter de retribución o expiación, con el cual se buscaba limitar el orden moral y defender el bien. Los teóricos que lo defienden consideran el castigo como un principio de justicia, por lo tanto, los victimarios deben sufrir de acuerdo con el daño que causaron a otros. El segundo argumento era de carácter disuasivo o intimidatorio, para impedir los actos delictivos. Esta postura sostenía que debían escarmentarse para desalentar a quienes quieran cometer delitos similares y, al igual que la teoría preventiva, tenía como objetivo minimizar el número de crímenes. Como tercer argumento se encuentra la postura defensiva, que refería la necesidad de la pena de muerte como ratio para la defensa de la sociedad y la salvaguarda del orden público*” (MÁRQUEZ MENDOZA, 2008:50).

O primeiro aspecto do *direito à vida passa*, indispensavelmente, pela prerrogativa de ser reconhecido como ser vivo pertencente à espécie humana, como condição anterior e inescapável para a subsunção ao suposto de fato do próprio *direito à vida*⁸¹. O reconhecimento de pertencimento à espécie humana é, pois, precedente a todo e qualquer direito e concretiza-se na faculdade de ter a própria existência considerada como especialmente valiosa em razão da condição humana, sem a necessidade de preenchimento de qualquer outro critério, senão o de inserir na *família humana*.

Nesse sentido, o reconhecimento jurídico da condição humana é um aspecto essencial do *direito à vida* e passa, necessariamente, pela afirmação de um *direito a ter direitos*⁸². Consubstancia-se no imperativo de que nenhum indivíduo pode ser despido de sua condição de titular de direitos fundamentais por meio da arbitrária exclusão deste ou daquele do âmbito de pertencimento à humanidade.

Por certo, alguns defensores dos *direitos dos animais* podem sustentar que o simples reconhecimento de que um ser vivo pertence à espécie humana não seria suficiente para afirmar que esse deva fazer-se merecedor de especial proteção estatal ou que sua vida seja, intrinsecamente, mais valiosa do que a de outros animais.

Ainda que possa ser criticada a ideia de que somente a vida humana é merecedora de proteção em razão de um *direito à vida*⁸³, não é de se afastar que,

⁸¹Neste sentido: “*Más bien, ésta resulta do conjunto de los derechos que la persona goza y de los deberes de los que obedecer: derechos y deberes, por tanto, constituyen la esencia de la dignidad. En este sentido, análogamente a cuanto sostiene Hasso Hofmann, la dignidad humana depende del reconocimiento [público y] social, siendo la misma un ‘concepto de relación’, de conformidad a la constitución intersubjetiva del ser humano: éste deviene persona, no en una abstracta situación de independencia capsular del individuo privado de vínculos (unencumbered, según la terminología de M. Sandel), sino sólo en una concreta situación de presencia, de proximidad con otros. Esto es, él deviene hombre, adquiere el propio carácter de humanidad (pero los rasgos peculiares e identitarios propios) junto al otro, en conexión con los otros: sociológicamente, a través de un proceso de socialización*” (BELVISI, 2010:165-6).

⁸²Nestes termos: “Só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgem milhões de pessoas que haviam perdido estes direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global. O problema não é que essa calamidade tenha surgido não de alguma falta de civilização, atraso ou simples tirania, mas sim que ela não pudesse ser reparada, porque já não há qualquer lugar ‘incivilizado’ na terra, pois, queiramos ou não, já começamos a viver num Mundo Único. Só com uma humanidade completamente organizada, a perda do lar e da condição política de um homem pode equivaler à sua expulsão da humanidade” (ARENDE, 1989:330)

⁸³Neste sentido: “Os seres humanos, em sua maioria, compõem-se de especistas. Os próximos capítulos mostram os seres humanos comuns – não alguns seres humanos excepcionalmente cruéis ou empedernidos, porém a esmagadora maioria dos seres humanos – tomam parte ativa, concordam, e, por meio de seus impostos, financiam práticas que exigem o sacrifício dos interesses mais

indiscutivelmente, a vida de um ser humano é e deve ser considerada digna de ocupar um nível valorativo deveras superior ao das outras espécies animais. Assim, é virtualmente unânime, salvo exceções compreendidas em círculos ambientalistas radicais, que a vida humana possui valor imanente e imensuravelmente maior do que qualquer outro ser vivo doutra espécie.

Nesses termos, resta evidente a importância de reconhecer o pertencimento à espécie humana. Sem a prévia admissão da condição humana, o indivíduo é completamente alijado de todo e qualquer sistema de direitos e garantias individuais e, dessa feita, relegado a um *lugar nenhum*, ou seja, à condição de existir fora do âmbito de proteção jurídica, para aquém de qualquer direito, em um espaço no qual sua existência passa a ser indiferente⁸⁴.

O *direito a ter direitos* confunde-se, pois, com a própria dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de pertencimento à espécie humana pode ser entendido à luz de *Shiboleth*⁸⁵ que autoriza a passagem do ser vivo de uma margem na qual sua vida é considerada como indiferente ou indigna de proteção, para outra margem na qual, recepcionado na *família humana*, passa a ser considerado como dotado de especial dignidade e, portanto merecedor de proteção⁸⁶.

importantes de membros de outras espécies, para promover os mais triviais interesses de nossa própria espécie” (SINGER, 2002:55).

⁸⁴Sobre as consequências de negar o *direito a ter direitos*: “A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião – fórmulas que se destinam a resolver problemas dentro de certas comunidades – mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade. Sua situação angustiante não resulta do fato de serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver mais ninguém que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los. Só no último estágio de um longo processo o direito à vida é ameaçado; só se permanecerem absolutamente ‘supérfluos’, se não se pode encontrar ninguém para reclamá-los, as suas vidas podem correr perigo. Os próprios nazistas começaram a sua exterminação dos judeus, privando-os, primeiro, de toda condição legal (isto é, da condição de cidadãos de segunda classe) e separando-os do mundo para ajuntá-los em guetos e campos de concentração; e, antes de acionarem as câmaras de gás, haviam apalpado cuidadosamente o terreno e verificado, para a sua satisfação, que nenhum país reclamava aquela gente. O importante é que se criou uma condição de completa privação de direitos antes que o direito à vida fosse ameaçado” (ARENDDT, 1989, p. 329).

⁸⁵Extraído da Bíblia: Juízes, 12:4-6 “Aí Jefté juntou todos os homens de Gileade. Eles guerrearam contra os homens de Efraim e os derrotaram. Fizeram isso porque os efraimitas tinham dito: ‘Vocês, gileaditas que moram nas terras de Efraim e de Manassés, são desertores de Efraim’. Para não deixar que os efraimitas passassem, os gileaditas tomaram seus lugares onde o rio Jordão podia ser atravessado. Quando algum efraimita que estava tentando escapar pedia para atravessar o rio, os homens de Gileade perguntavam: Você é efraimita? Se ele respondia que não, eles o mandavam dizer a palavra ‘Shiboleth’. Mas se ele dizia ‘Siboleth’ porque não podia falar direito a palavra, então o agarravam e matavam ali mesmo, na beira do Jordão. Naquela ocasião foram mortos quarenta e dois mil efraimitas”.

⁸⁶Sobre o *Shiboleth*: “Entretanto existe um caso em que o caráter decisivo do exemplo linguístico e o fato de confundir-se, no limite, com a exceção mostram uma evidente implicação com o poder de vida

A inata dignidade daquele ente vivo pertencente à espécie humana pressupõe que a sua existência vital seja imbuída de um especial e imanente valor e isso se dá, justamente e tão somente, em razão de sua particular condição de membro da Humanidade.

Odireito a ter direitos e a dignidade da pessoa humana encontram-se, portanto, indissociavelmente relacionados, de modo que não há dignidade humana sem pertencimento do ser à Humanidade e não há de se falar em inclusão na humanidade sem o reconhecimento da dignidade inerente àquele especial ser vivo⁸⁷. Em suma, a vida humana somente é valiosa quando reconhecida a necessária condição de membro da *família humana*.

O *direito a ter direitos*, enquanto indissociavelmente relacionado ao pertencimento à Humanidade, implica a afirmação de um imperativo universal de que todo ser humano deve ser, necessariamente, considerado insubstituível, em razão da especial dignidade que lhe é inerente, e insacrificável, em razão do valor imanente de sua vida, sendo, portanto, juridicamente sagrado. Estabelecido o pertencimento à Humanidade como pressuposto elementar do *direito à vida*, é possível, então, a determinação do conteúdo jurídico do referido direito.

Inicialmente é de se ponderar se o *direito à vida* pode ser considerado e resumido a um direito à existência⁸⁸. A hipótese de que o *direito à vida* pode ser definido como o direito a existir e continuar a existir pode parecer sedutora em razão da aparente simplicidade, entretanto, uma análise mais detida permite a identificação de alguns problemas com tal definição.

A hipótese de o *direito à vida* identificar-se, total ou parcialmente, com um *direito à existência* permite o levantamento de algumas questões pertinentes. Seria juridicamente possível o reconhecimento de um direito anterior à existência? Seria possível reconhecer a titularidade de direitos àqueles que ainda não existem, ainda

e morte. Trata-se do episódio de Juízes 12.6 no qual os Galaaditas reconhecem os Efraimitas em fuga que tentam pôr-se a salvo do outro lado do Jordão, pedindo-lhes que pronunciem a palavra Shibolet, que eles pronunciam Sibolet [...]” (AGAMBEN, 2002, p. 31).

⁸⁷Sobre o direito a ter direitos como direito fundamental: “O certo é que tais direitos, em seu conjunto, é que seriam usufruídos pelos titulares de uma real e efetiva cidadania, entendida, com Hannah Arendt, como um ‘direito fundamental a ter direitos’, pois de nada adianta se ter direitos declarados sem que tenha a necessária proteção contra as ameaças e as violações desses direitos” (GUERRA FILHO *in* MIRANDA; SILVA, 2009, p. 309).

⁸⁸ O *direito à vida* como um direito de existir: “Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário à morte” (SILVA, 2006, p. 198).

que possivelmente, mas não certamente, possam vir a existir em tempo futuro? As respostas a essas perguntas são capitais para a refutação ou aceitação de um *direito à vida* identificado como um *direito à existência*.

De modo a clarificar o desenvolvimento dessa linha argumentativa, preliminarmente, é necessário estabelecer o preciso alcance de dois termos, que apesar de distintos entre si, usualmente são objeto de confusão, a saber, *condição anterior ao nascimento*⁸⁹ e *condição anterior à existência*. No primeiro desses termos, verifica-se uma situação na qual é possível reconhecer a existência de um ser humano e vivo – se tal ser é titular de direitos ou proteção jurídica, tal problema será objeto de análise em oportunidade futura – que, intrauterinamente e considerando uma gestação isenta de problemas, desenvolverá condições para a vida extrauterina completamente independente do suporte vital garantido pela mulher durante o período gestacional. Esse ser humano, em fase de desenvolvimento intrauterino, é, sem sombra de dúvida, um ser existente, ainda que não nascido. Sendo assim, não é adequado confundir um direito ao nascimento, se é que tal direito existe, com um direito à existência. Por outro lado, o termo *condição anterior à existência*, deve ser compreendido como uma situação anterior mesmo à concepção, situação na qual é impossível reconhecer a presença de um ente no plano do mundo sensível.

Superando as questões terminológicas e retomando a linha argumentativa, a ideia de um *direito à existência*, inconfundível com o *direito ao nascimento*, somente faria sentido na hipótese de afirmar a pertinência de um imperativo jurídico que protegesse um ser antes mesmo de *vir-a-ser*, ou seja, antes mesmo da concepção, entendida essa como o primeiro instante em que é possível reconhecer a existência de um ser humano *ex novo*, mesmo que tal, ainda se encontre em desenvolvimento embrionário ou fetal.

Por certo, é de se declarar que nenhum *direito à vida* é passível de afirmação sem que antes, como condição precedente, seja possível reconhecer a existência de um ser que possa ser considerado como digno de proteção ou que possua qualidade jurídica bastante para fazer-se reconhecido como titular de tal

⁸⁹ Sobre o momento do nascimento: “Ocorre o nascimento quando a criança é separada do ventre materno, não importando tenha o parto sido natural, feito com o auxílio de recursos obstétricos ou mediante intervenção cirúrgica. O essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho, dois corpos, com vida orgânica própria, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical” (GONÇALVES, 2009, p. 77).

direito. A existência humana é, com acerto, antes um fato do que um direito propriamente dito, fato esse que, uma vez reconhecido, permite identificar a presença de um ser cuja vida é especialmente digna e, portanto, inviolável⁹⁰. Em suma, a vida humana, considerando o princípio da dignidade, não é valiosa porque deve existir, mas sim, precisamente, pelo único motivo de existir.

A existência humana não é localizada no plano do dever-ser (*sollen*), mas sim, na dimensão fenomenológica do ser (*sein*) e, nesses termos, não é possível ao Direito pugnar por um direito à existência, uma vez que, é necessário identificar a presença do ser no plano da existência e, reconhecida tal pré-condição fática de existência, afirmar a necessidade de proteger a vida humana em razão de seu valor intrínseco⁹¹.

Quanto à pergunta que versa sobre a possibilidade de um direito anterior à existência, a busca por uma resposta possível, bem poderia conduzir ao art. 225, caput, da Constituição Federal⁹² que reconhece o *princípio da solidariedade intergeracional*⁹³ e, por meio desse, um dever de preservação ambiental das presentes em benefício daquelas gerações vindouras.

Seria o dever de solidariedade intergeracional um fundamento adequado para a afirmação de um direito pertencente a uma coletividade de pessoas ou indivíduos somente existentes como possibilidade futura de *vir-a-ser*?

Tal concepção de titularidade de direitos constitucionais não pode ser considerada adequada. Quanto ao dever com as *futuras gerações*, de fato, o que cumpre ser protegido não é o direito de garantir a eventual possibilidade de uma

⁹⁰Sobre a nulidade axiológica daquele que ainda não é: “O traço distintivo entre o sagrado e o incrementalmente valioso é o fato de o sagrado ser intrinsecamente valioso porque – e, portanto, apenas quando – existe. É inviolável pelo que representa ou incorpora. Não é importante que existam mais pessoas. Mas, uma vez que a vida humana tenha começado, é muito importante que floresça e não se perca” (DWORKIN, 2009, p. 102).

⁹¹ Da existência como critério indispensável ao suposto de fato do *direito à vida*: “*La Vida, en cualquiera de sus manifestaciones, debe superponerse sobre cualquier otra realidad. La mera existencia es presupuesto de todo. Y cualquier tipo de vida debe interpretarse como un fin en sí mismo, como un proceso biológico único encaminado a un fin esencial e insustituible*” (MELLADO RUIZ, 2005, p. 61).

⁹²Segue-se o dispositivo constitucional: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

⁹³Do dever de solidariedade intergeracional: “Este princípio busca assegurar a solidariedade da presente geração em relação às futuras, para que também estas possam usufruir, de forma sustentável, dos recursos naturais. E assim sucessivamente, enquanto a família humana e o planeta Terra puderem coexistir pacificamente” (MILARÉ, 2007, p. 763).

futura coletividade – possível, porém abstrata - de seres humanos, mas sim, precisamente, a própria continuidade da espécie humana.

A melhor forma de considerar o fundamento do dever de solidariedade intergeracional é compreendê-lo em duas partes elementares: a) trata-se do reconhecimento do valor imanente da própria Humanidade; e b) da importância capital, em razão de seu valor imanente, de garantir a sua continuidade.

Sendo assim, o dever de proteção ambiental da geração presente não se dá, propriamente, em relação às gerações futuras, mas sim em relação à continuidade da humanidade tanto como espécie e quanto como cultura⁹⁴.

O mesmo pode ser argumentado em relação à vida humana. Padece da falta de sentido qualquer conexão de um direito individual com um titular que somente pode ser identificado uma entidade ausente ainda que possível que pode mesmo nunca chegar a existir.

Ainda pela inadequação de um direito à existência, tal hipotético direito fundar-se-ia em paradoxo. De um lado existindo um direito à existência, de outro, seria necessário conceber uma anterior situação na qual é identificável a possibilidade jurídica da postulação de um “ser inexistente” que reclama para si o direito de, eventualmente, vir a existir. Ou seja, de um *ser que ainda não é*, que não necessariamente virá a ser e pode nunca *vir-a-ser*, reclamar o direito de eventualmente *vir-a-ser*.

Nesses termos e segundo tais razões, o *direito à vida* não deve ser considerado um direito à existência.

Outros autores sustentam que o *direito à vida* constitucionalmente tutelado deve ser entendido sob dois aspectos, a saber, o direito de continuar vivo conjugado com outro, não menos importante, que viria a ser o direito a um padrão de vida

⁹⁴A relação da ideia intergeracional com a ideia de continuidade da Humanidade: “Sem dúvida, não podemos explicar nossa preocupação com o futuro da humanidade como a preocupação com os direitos e interesses de determinadas pessoas. Suponhamos que, por uma grande estupidez, desencadeássemos uma onda de radioatividade que teria como consequência a extinção dos seres humanos antes do século XXII. É absurdo argumentar que teríamos então causado um prejuízo ou uma injustiça terrível a pessoas que, em algum espaço místico, uma multidão espera pelo momento de sua concepção e nascimento. Às vezes, falamos assim, e podemos inclusive chegar a pensar de um jeito que só faria sentido se existissem estes mundos místicos de pessoas possíveis que aguardam o nascimento. Na verdade, porém, nossa preocupação com a humanidade dos séculos vindouros só faz sentido se considerarmos intrinsecamente importante que a raça humana continue a existir ainda que isso não seja importante para os interesses de determinadas pessoas” (DWORKIN, 2009, p. 107).

condizente com a dignidade da pessoa humana⁹⁵. Através de tal posicionamento afirma-se que o *direito à vida* constitucionalmente tutelado supera os limites da simples proteção contra a terminação arbitrária da vida humana e pugna pela afirmação de um direito a uma vida especialmente qualificada, ou seja, o *direito a uma vida digna*. Entretanto, conforme será demonstrado, o *direito à vida* e o *direito a uma vida digna*, apesar de obviamente entrelaçados, não se constituem sinônimos.

A consideração ou refutação de que o *direito à vida* pode ser pensado como um direito a uma vida particularmente digna não se resume a uma questão meramente cerebral. Primeiramente, é digno de destaque, que, durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, levantou-se a possibilidade de fazer constar na Constituição Federal de 1988, o *direito a uma existência digna*, proposta que, por evidência, não logrou êxito⁹⁶. As razões, para o rechaço do *direito a uma existência digna*, estão, fundamentalmente, circunscritas ao problema de considerar qual seria a vida digna de ser vivida e, mesmo, se existem situações nas quais seria melhor que vida nenhuma viesse a realizar-se.

Dois casos são particularmente pertinentes para a exemplificação dos problemas relacionados com a afirmação de um *direito à vida ou existência digna* em tempos tais que os avanços nas ciências biológicas confundem as fronteiras entre a realidade e a ficção.

O primeiro destes casos, *Gleitman v. Cosgrove*⁹⁷, teve lugar nos Estados Unidos da América. Versa sobre o fato de que uma gestante, acometida por rubéola nos primeiros estágios da gravidez, foi informada por seus médicos de que não haveria, na particular situação, qualquer possibilidade do desenvolvimento

⁹⁵Nesta concepção: “O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado à condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais” (MORAES, 2002, p. 176).

⁹⁶Sobre os debates da Assembleia Constituinte neste sentido: “Tentou-se incluir na Constituição o direito a uma existência digna. Esse conceito de existência digna consubstancia aspectos generosos de natureza material e moral. Serviria para fundamentar o desligamento de equipamentos médico-hospitalares, nos casos em que o paciente estivesse vivendo artificialmente (mecanicamente), a prática da eutanásia, mas trazia implícito algum risco como, por exemplo, autorizar a eliminação de alguém portador de deficiência de tal monta que se viesse a concluir que não teria uma existência humana digna. Por esses riscos, talvez tenha sido melhor não acolher o conceito” (SILVA, 2006, p. 198-9)

⁹⁷ *Gleitman v. Cosgrove*. Supreme Court of New Jersey. Decidido em 6 de março de 1967.

intrauterino do gestado restar, de qualquer forma, prejudicado pela referida doença. Entretanto, a criança, Jeffrey Gleitman, que veio a nascer em novembro de 1959, veio ao mundo acometido por severos problemas de saúde, os quais afetavam, com enorme gravidade, a visão, a audição e a fala. Sobre o processo judicial que se seguiu e os referidos pleitos indenizatórios, pode-se dizer que quanto ao pedido de indenização por danos morais - em razão do enorme sofrimento emocional causado à genitora - e de danos materiais - em função dos elevados custos médicos necessários para a satisfação das necessidades especiais do recém-nascido - não é de se reconhecer nenhuma surpresa ou novidade. A nova questão, tão complexa quanto polêmica, surgida nesse caso, é o pedido de indenização em nome da criança Jeffrey Gleitman, em razão de *wrongful life*⁹⁸. Nota-se que a criança, representada pelos seus pais, não pede indenização em razão de seus problemas de saúde - até mesmo pelo fato de que não existe nexos de causalidade entre os problemas decorrentes da rubéola e a imperícia dos médicos -, mas sim, em razão do próprio nascimento.

Sustentou-se que a criança possuía o *direito de nascer* em condições físicas que permitissem uma vida digna - ausentes as limitações impostas pelos problemas decorrentes da rubéola em seu estágio inicial de gestação - e que, em razão da imperícia dos médicos demandados, a gestante, sua mãe Sandra Gleitman, restou impedida de realizar um aborto, e através desta conduta evitar o seu nascimento em condições consideradas indignas.

⁹⁸ A título de esclarecimento, é oportuno elucidar as diferenças existentes entre ações de *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*. “As ações de *wrongful conception* consistem em ações intentadas pelos progenitores, tendo por base uma gravidez indesejada ou em virtude do nascimento não planejado de uma criança saudável, resultado de uma falha médica. As ações de *wrongful birth* são ações interpostas pelos progenitores contra os profissionais de saúde que os acompanharam, por estes, actuando negligentemente, os terem privado de informações relevantes acerca do estado de saúde do feto, informações essas que, se tivessem sido prestadas (ou prestadas correctamente), teriam permitido aos pais recorrer a uma interrupção voluntária da gravidez, evitando assim o nascimento de uma criança afectada por malformações graves. Finalmente, nas ações de *wrongful life*, é a própria criança a demandar os profissionais de saúde, requerendo uma indenização por danos próprios, devido ao facto de ter nascido portadora de graves deficiências. A criança (representada, normalmente, pelos seus pais) alega que, apesar de o médico não ter directamente causado a deficiência de que padece, verifica-se que não a detectou ou não informou ou pais convenientemente sobre a mesma. Assim, entende dever ser ressarcida pelo facto de ter nascido com graves malformações já que, se o profissional de saúde tivesse adotado o comportamento lícito alternativo (informando convenientemente os pais da sua deficiência, não violando, assim, o seu dever de diligência), então não teria chegado a nascer, na medida em que os pais teriam optado por interromper voluntariamente a gravidez” (PAIVA, 2011, p. 8-9).

O pleito de Jeffrey Gleitman, representado por seus pais, era fundamentado, portanto, no fato de que a sua vida não deveria ter ocorrido⁹⁹, uma vez que nas condições que lhe acometiam, era um sofrimento cruel e melhor seria, em *seu interesse*, optar pela *não existência*.

A Suprema Corte de New Jersey decidiu pelo indeferimento pleito indenizatório com fundamento em *wrongful life* e, para tanto, lançou mão de dois argumentos principais. Primeiramente, que o reconhecimento da procedência de um pedido de tal natureza contrariava princípios elementares de uma política pública voltada à valorização da vida humana. O segundo argumento, baseado na própria idéia de justiça reparatória. Tratou-se de sustentar que a indenização, decorrente de ato ilícito causador de um dano merecedor de reparação, deve ser mensurada a partir da consideração do resultado gravoso decorrente do ilícito em relação à situação anterior ao ato lesivo. No caso de Jeffrey Gleitman, segundo a Suprema Corte de New Jersey, essa operação seria impossível, pois implicaria reconhecer o desvalor do nascimento em face da condição de *não-existência*, ou seja, não existiria comparação lógica que permitisse fundamentar o prejuízo de vir a existir, mesmo em condições de saúde extremamente graves, em relação à situação de nunca existir¹⁰⁰.

Um caso¹⁰¹ semelhante e igualmente emblemático foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Trata-se de situação na qual a gestante, durante o acompanhamento pré-natal, apesar da realização de diversas

⁹⁹Extraído da decisão judicial: “*The infant plaintiff is therefore required to say not that he should have been born without defects but that he should not have been born at all. In the language of tort law he says: but for the negligence of defendants, he would not have been born to suffer with an impaired body. In other words, he claims that the conduct of defendants prevented his mother from obtaining an abortion which would have terminated his existence, and that his very life is ‘wrongful’*” [GLEITMAN v. COSGROVE, 49. NJ. 22. A2d. 689, 692 (1967)].

¹⁰⁰Neste sentido: “*Although it acknowledged the child’s ‘legal right to begin life with a sound mind and body’, the court argued that the damages sought by the plaintiffs were immeasurable, and acknowledged a public policy against honoring wrongful life claims. The majority emphasized that the defendants’ conduct was not the cause of the infant’s impaired condition; once the mother contracted rubella, no available medical treatment could have reduced the likelihood of birth defects. [...]. Even if the conduct complained of were true, the court’s argument continued, no damage remedy recognized by the law was available to compensate the plaintiffs. To compute compensatory damages, the normal measure of damages in tort cases, the plaintiff’s condition in the absence of the defendants’ negligence must be compared with his impaired condition resulting from the defendants’ negligence. Such a determination was impossible in the present case, the court claimed, because no logical comparison could be made between a life with defects and the ‘utter void of nonexistence’; consequently, the court refused to entertain the infant’s complaint*” (WOLFF, 1978:128).

¹⁰¹ Processo n. 9434/06.6TBMTS.P1.S1. 7ª Secção. Relatora: Ana Paula Boularot. Descritores: Responsabilidade médica; responsabilidade contratual; danos não patrimoniais; interrupção da gravidez; direito à não existência; direito à vida. Acórdão: 17/01/2013.

ultrassonografias, não foi devidamente informada sobre uma grave e evidente condição embriopática que acometia o gestado e prejudicava seu desenvolvimento biológico. Levada a erro pelo comportamento ilícito e imperito de seus médicos, a gestante deixou de exercer a prerrogativa do aborto legal que lhe era facultada nos termos do art. 142º do Código Penal Português¹⁰². Disso decorreu o nascimento de uma criança acometida de gravíssimos problemas físicos, mais precisamente, sem braços e com deformidades presentes em seus pés, língua, nariz, orelhas, mandíbula e céu da boca. Além das indenizações em razão de danos morais - em relação aos enormes transtornos emocionais que acometeram a genitora -, além dos prejuízos materiais - relacionados aos custos de tratamento, educação e assistência material, em razão da provável incapacidade futura da criança, devido aos problemas físicos, em assegurar a própria subsistência -, foi pleiteado em nome da criança, devidamente representada pela genitora, indenização com fundamento em *wrongful life*.

Assim como na decisão em *Gleitman v. Cosgrove*, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal reconheceu a impossibilidade indenizatória em razão do fato de nascer, mesmo que acometido de severas patologias relacionadas com problemas de desenvolvimento intrauterino¹⁰³.

¹⁰²Nos termos do Código Penal Português: “Artigo 142º. Interrupção da gravidez não punível. 1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, exceptuando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas.2 - A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada.3 - O consentimento é prestado:a) Em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção; ou b) No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.4 - Se não for possível obter o consentimento nos termos do número anterior e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos”.

¹⁰³ Segundo o voto da relatora: “De uma maneira geral a doutrina e jurisprudência europeia e norte americana admite as acções de *wrongful birth*, no caso sujeito a que se mostra intentada pela Autora, mãe do Autor, com vista a ser ressarcida pelos danos decorrentes da gravidez, bem como aqueles que decorrem das necessidades especiais da criança, tal como decidido foi pelo segundo grau, vg: a)

Apesar do direito ao aborto em situações de desenvolvimento fetopático ou embriopático ser uma constante nos dois casos apresentados, o cerne do problema não se identifica com a afirmação ou refutação do direito que faculta à gestante colocar um fim à gestação. A questão essencial, presente nos pleitos de *wrongful life*, concentra-se na determinação se existe um *direito a não-existência* em contraposição a uma existência eivada de limitações físicas e/ou mentais que poderiam colocar em dúvida o valor da própria vida humana. Enfim, trata-se, com acerto, de verificar a possibilidade jurídica de afirmar que o *direito à vida* pressuporia, sempre, uma vida digna de ser vivida segundo alguns critérios de saúde física e mental.

Os pedidos de indenização com base na concepção de *wrongful life* partem da hipótese de que é possível identificar um *standard* mínimo de dignidade ao nascer que, uma vez não alcançado, significaria afirmar, por consequência, que a vida que chegou ao mundo seria fundamentalmente *errada*, ou seja, que não reuniria condições mínimas para permitir ao vivente as possibilidades fáticas de uma vida plena. Sendo assim, concluir-se-ia, que não preenchidos os critérios básicos de “dignidade” ou “normalidade”, seria um ato de humanidade reconhecer que, em alguns casos, seria melhor que o recém-nascido nem mesmo viesse a existir.

Em ambos os casos, tanto a Suprema Corte de New Jersey quanto o Supremo Tribunal de Justiça português, reconheceram que o valor ou desvalor da vida humana ao nascer é de impossível quantificação a partir de critérios

acompanhamento clínico permanente de que o J necessita e continuará a necessitar, tratamento e acompanhamento técnico de que a Autora não tem conhecimentos para assegurar; b) próteses de que o J necessitar; c) educação e instrução especial de que o J houver de ter em razão da deficiência, com a contratação de professores, técnicos, e material de ensino especialmente direccionados ao seu estado clínico. Todavia, aquelas mesmas correntes, nos casos em que a par da *wrongful birth action* se cumula uma *wrongful life action*, esta é rejeitada *in limine* por se considerar inadmissível o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido (para além igualmente das questões suscitadas a nível da quantificação do valor da vida – quanto vale a vida? pode uma vida valer mais do que outra? uma vida com deficiência é menos valiosa que uma vida sem deficiência? quais os critérios de valoração? etc - caso tal indemnização fosse possível), sendo que esta questão nos coloca perplexidades várias, passando pelas filosóficas, morais, religiosas, políticas, para além, obviamente, das jurídicas, cfr Dias Pereira, O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de direito civil, 2004, 378/391, António Pinto Monteiro, Direito à não existência, direito a não nascer, *in* Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Vol II, A parte geral do código e a teoria geral do direito civil, 131/138 e o mesmo Autor, em anotação ao Ac STJ de 19 de Junho de 2001, *in* RLJ, ano 134, nº3933, 377/384” (Processo n. 9434/06.6TBMTS.P1.S1. 7ª Secção. Relatora: Ana Paula Boularot. Descritores: Responsabilidade médica; responsabilidade contratual; danos não patrimoniais; interrupção da gravidez; direito à não existência; direito à vida. Acórdão: 17/01/2013 - Portugal).

relacionados à conformidade das condições físicas e mentais do recém-nascido em relação a um *padrão de normalidade*¹⁰⁴.

No que tange à decisão da Suprema Corte portuguesa, foi indicado que o princípio da dignidade humana - gravado como fundamento da República de Portugal¹⁰⁵, assim como na Constituição brasileira - nega a possibilidade jurídica de afirmar que, quanto à vida de qualquer pessoa, seria melhor que ela nem mesmo viesse a existir. Segundo o voto vencedor da relatora, qualquer reconhecimento de pleito indenizatório simplesmente em razão de um nascimento sob tais condições físicas e mentalmente gravosas, seria um atentado contra elementos essenciais da ordem constitucional portuguesa, especialmente, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁶.

Os problemas relacionados com ações de *wrongful life* não se esgotam em uma evidente incongruência de seus fundamentos com os imperativos decorrentes

¹⁰⁴No sentido de que a dignidade humana não está condicionada com padrões de normalidade físicos, psíquicos ou sociais: “A dignidade da pessoa humana não é jurídico-constitucionalmente apenas um princípio limite. Ela tem valor próprio e uma dimensão normativa específicos. Desde logo, está na base da concretização do princípio antrópico ou personicêntrico inerente a muitos direitos fundamentais (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito à identidade genética). Por outro lado, alimenta materialmente o princípio da igualdade proibindo qualquer diferenciação de pesagem das dignidades: os «deficientes», os «criminosos», os «desviantes», têm a mesma dignidade da chamada «pessoa normal» (CANOTILHO, 2007, p. 198-9).

¹⁰⁵Da Constituição da República Portuguesa. “Art. 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

¹⁰⁶ Segundo o voto da relatora: “A única decisão em caso análogo nos Tribunais Portugueses é precisamente a supra referida, de 19 de Junho de 2001, em que foi Relator Pinto Monteiro, a qual recusou a indenização ao Autor (filho representado por seus pais na acção, porque menor), com a seguinte fundamentação, em síntese: o que o Autor pôs em causa na acção foi o direito à sua própria não existência; não há conformidade entre o pedido e a causa de pedir se o Autor pretende que os Réus - médico e clínica privada - sejam condenados a pagar-lhe uma indemnização pelos danos que lhe advêm do facto de ter nascido com malformações nas duas pernas e na mão direita, com fundamento na conduta negligente daqueles, por não terem detectado, durante a gravidez, tais anomalias, motivo pelo qual os pais não puderam optar entre a interrupção da gravidez ou o prosseguimento da mesma - o pedido de indemnização deveria ter sido formulado pelos pais e não pelo filho, já que o direito ou faculdade alegadamente violado se encontra na esfera jurídica dos primeiros; o direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular do direito o respeite, não lhe reconhecendo a ordem jurídica qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida; o direito à não existência não encontra consagração na nossa lei e, mesmo que tal direito existisse, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho menor, ver a decisão em texto integral in www.dgsi.pt. Sem entrarmos nas questões processuais colocadas naquele Aresto, apenas podemos concluir, em unísono com a conclusão ali plasmada que, efectivamente, qualquer solução em contrário violaria, *prima facie* o preceituado nos artigos 1º, 24º e 25º da CRPortuguesa, no que tange à protecção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, quer na vertente do «ser», quer na vertente do «não ser»” (Processo n. 9434/06.6TBMTS.P1.S1. 7ª Secção. Relatora: Ana Paula Boularot. Descritores: Responsabilidade médica; responsabilidade contratual; danos não patrimoniais; interrupção da gravidez; direito à não existência; direito à vida. Acórdão: 17/01/2013 - Portugal).

do princípio da dignidade humana. Outros óbices ao reconhecimento de um *direito à vida digna* como alicerce para a afirmação de um *direito a não-existência* podem ser indicados.

Nos casos paradigmáticos apresentados, são os pais, representando os interesses dos recém-nascidos, que surgem a afirmar que, em relação às patologias apresentadas pela criança, estando o próprio filho fadado a uma vida eivada de tantas limitações seria de se reconhecer que melhor seria a inexistência. A simples consideração de adequação desse juízo de valor sobre a vida do infante implica afirmar que os genitores são devidamente habilitados a fim de estabelecer critérios para a determinação de qual vida seria digna de ser vivida e qual seria melhor não existir. Sem desconsiderar o sofrimento psíquico e a frustração emocional que podem acometer os pais nesses casos, seria um absurdo jurídico afirmar pela prerrogativa paterna de determinar qual, dentre aqueles de sua prole, seria melhor se apresentar à vida ou nem mesmo chegar a nascer.

Outra nota importante sobre os pleitos de *wrongful life* diz respeito aos critérios para determinação de qual seria o padrão de dignidade suficiente para elevação da vida ao patamar de vida digna de vivida ou para a categorização no rol daquelas que melhor seria não lograr êxito na existência. Para fins meramente de discussão, mesmo aceitando a hipotética adequação de tais pleitos e do reconhecimento de um *direito a não-existência*, ainda assim seria uma tarefa virtualmente impossível estabelecer critérios precisos para tal qualificar se esta ou aquela vida é digna de existir. Qualquer critério estaria, irremediavelmente, corrompido pela arbitrariedade pessoal e pelos preconceitos sociais, de forma que, antes de determinar qual vida seria indigna de ser vivida, tais critérios seriam a mais perfeita expressão de uma política de eugenia e de eliminação das diferenças consideradas como indesejáveis.

Ademais, continuando no plano hipotético, mesmo que critérios precisos, neutros e científicos fossem possíveis para determinar aqueles casos em que melhor do que a vida seria inexistência é de se atestar a inadequação de tal entendimento em um *hard case*.

Supondo uma situação na qual um casal, durante o pré-natal, é informado que o gestado foi diagnosticado com a doença de Tay-Sachs¹⁰⁷ através de um exame genético e que o casal, completamente cientificado das implicações de tal doença, resolve por continuar a gestação e cuidar da criança após o nascimento. Nesse caso, seria possível que a criança, devidamente representada por outra pessoa diversa de seus genitores, processasse os próprios pais em um pleito de *wrongful life*? A apresentação desse caso hipotético permite a percepção do absurdo de um *direito a não-existência*.

Os casos de *wrongful life* são alicerçados no interesse do infante, ainda que representado pelos pais, em não existir. Supondo que tal interesse seja baseado em um critério objetivo, o interesse pessoal da criança em inexistir naquelas condições é fundado em parâmetros que seriam completamente independentes da vontade ou arbítrio de seus genitores. Sendo assim, o interesse dos pais pela vida ou continuidade da vida seriam absolutamente irrelevantes para uma decisão pelo *direito a não-existência* face às condições de vida de seu próprio filho.

Chegar-se-ia, então, à absurda conclusão de que, especialmente em países nos quais o aborto é permitido em razão de certos casos de fetopatia ou embriopatia, os casos de *wrongful life* permitiriam demandar, inclusive, os pais por escolherem trazer ao mundo uma pessoa que, por critérios hipoteticamente objetivos, estaria condenada a uma vida supostamente degradante em um grau tal que seria mais adequado optar pela inexistência no próprio interesse do infante.

A aceitação de que o *direito à vida* estaria identificado com o direito a uma vida digna, bem poderia fundamentar os pleitos de *wrongful life* e, como observado pela análise dos casos concretos, conduziria a uma evidente afronta contra o princípio da dignidade humana.

As razões para rechaçar o direito a uma vida ou existência digna decorrem da impossibilidade jurídica de contornar o princípio da dignidade humana e o princípio da igualdade, bem como da incapacidade de determinar critérios objetivos para a determinação de um padrão objetivo de dignidade ao nascer.

¹⁰⁷Sobre a doença: “A doença de Tay-Sachs é caracterizada pela progressiva degeneração neurológica, sendo que os primeiros sintomas da manifestação clássica de tal condição fazem-se notar por volta dos primeiros seis meses de vida e a expectativa de vida do paciente acometido por tal patologia, em regra, não excede cinco anos. Dentre as principais manifestações de tal gravosa doença incluem-se surdez, cegueira, demência e recorrentes convulsões, sendo que durante o estado terminal, a criança, em regra, resta completamente confinada ao seu leito. Destaca-se que, atualmente, não existe tratamento para tal patologia” (ROZENBERG; PEREIRA, 2011).

Nesse ponto da corrente análise dos aspectos constitucionais do *direito à vida*, após refutar a identificação do mesmo como um *direito à existência* ou *direito a uma vida digna*, é possível precisar a diferença fundamental entre ele e os *direitos concernentes à vida*. *O direito à vida pode ser compreendido como o direito de, uma vez existente e reconhecido como um ser humano, ter para si a prerrogativa de continuar a existir durante o curso natural de sua experiência vital sem que lhe seja negada, arbitrariamente, a continuidade de sua vida ou as possibilidades de tal continuidade.*

No caso daqueles seres humanos em desenvolvimento intrauterino, ainda que não possuam *odireito à vida*, são considerados, a partir do início da gestação, como merecedores de especial proteção jurídica que lhes preserve a existência até o momento do nascimento. Nesse sentido, a vida humana, pelo simples fato de existir um ser humano, é, por força do princípio da dignidade humana, forçosamente, considerada valiosa e merecedora de proteção jurídica, independentemente de qualquer outra condição ou critério que seja estranho ao reconhecimento de pertencimento à humanidade¹⁰⁸.

Por outro lado, os *direitos concernentes à vida* relacionam-se em um plano jurídico completamente diferente. Inicialmente, os *direitos concernentes à vida* não de ser considerados como todos aqueles que, necessariamente pressupondo a vida humana, relacionam-se com ela, sem, contudo, integrar o conteúdo essencial do direito à vida. Trata-se dos direitos à liberdade, igualdade, propriedade e segurança, bem como outros direitos sociais - designados comumente como de segunda dimensão-, coletivos e difusos -tradicionalmente, em razão de seu caráter transindividual, agrupados no conjunto daqueles classificados como de terceira dimensão -.

Assim considerando, o *direito à vida* é devidamente diferenciado dos *direitos concernentes à vida*, ainda que a proteção global da vida humana somente possa ser compreendida quando reconhecida a relação deste com os que lhe são concernentes.

A adequada separação conceitual entre o *direito à vida* e os *direitos concernentes à vida* permite o reconhecimento de duas dimensões da dignidade

¹⁰⁸Neste sentido: “*En la República Federal Alemana, como en la mayoría de los países cultos, rige el principio de que todo hombre, desde que nace hasta que muere, tiene derecho a la vida, y ello, con independencia de su habilidad, salud, deficiencias o incluso valor vital*” (KAUFMANN, 1987, p. 39).

humana. Uma, iminentemente formal, estabelecendo o imperativo de que a vida humana possui um valor imanente e, sempre, merecedor de proteção jurídica, desde seu início até o seu inevitável fim. Outro aspecto consistiria numa dignidade essencialmente material, que pressupondo o *direito à vida*, faz-se identificável numa série de direitos a ela concernente, garantindo ao ser humano aquelas condições materiais básicas para a satisfação de suas necessidades vitais consideradas essenciais. Tais afirmações podem parecer contraditórias em face da conclusão anterior da impossibilidade de considerar que o *direito à vida* se identificaria com o *direito a uma vida digna*. Tal contradição, entretanto, é meramente aparente e muito se deve em razão de uma imprecisão terminológica que confunde *vida digna* com *condições dignas de vida*.

No tocante ao *direito à vida*, toda vida humana deve ser considerada como digna, e, a *dignidade*, nesse caso, implica o reconhecimento de um especial valor dessa mesma vida e, justamente em razão disso, merecedora da mais intensa proteção jurídica possível. Por outro lado, quando da referência aos *direitos concernentes à vida*, têm-se aquelas condições mínimas e exteriores à própria dignidade inerente ao ser humano. Mais precisamente, quando da utilização do termo *qualidade de vida*, não se pode compreendê-lo como um juízo de valor da vida em si mesma, mas sim, com precisão, deve ser a *qualidade de vida* entendida como uma referência aos padrões mínimos de condições materiais e oportunidades que são necessárias para uma justa realização social¹⁰⁹ do indivíduo e de sua individualidade no desenrolar de sua própria vida, qualitativa e formalmente – sob a ótica do princípio da dignidade humana – sempre valiosa e igualmente tão valiosa quanto qualquer outra. Assim seria preferível o termo *direito a condições dignas de vida* do que o uso de *direito a uma vida digna*.

Sob tal perspectiva, os direitos individuais (liberdade, igualdade, segurança e propriedade), os direitos sociais (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados) e os direitos transindividuais (meio ambiente, ordem econômica e financeira, entre outros) no que se relacionam com o *direito à vida* do ser humano individualmente considerado, podem e devem ser compreendidos, sob

¹⁰⁹ Sobre a necessidade de igualdade de oportunidades e condições para a realização do ideal de Justiça social: “A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade” (RAWLS, 1997, p. 8).

esta ótica, como integrantes do rol de *direitos concernentes à vida*. Dito de outra maneira e sinteticamente, enquanto o *direito à vida* em conjugação com o princípio da dignidade humana afirma o igual valor e qualidade de toda vida humana, os *direitos concernentes à vida* determinam os imperativos necessários para garantir a qualidade das condições de vida humana, tal como direito à subsistência, incolumidade física, acesso à saúde, meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre tantos mais possíveis exemplos.

3.2. Os âmbitos de proteção constitucional da vida humana

Superando as questões precedentes de ordem terminológica, foi então possível alcançar um conceito de *direito à vida* compreendido como o *direito de, uma vez existente e reconhecido como um ser humano, ter para si a prerrogativa de continuar a existir durante o curso natural de sua experiência vital sem que lhe seja negada, arbitrariamente, a continuidade de sua vida ou as possibilidades de tal continuidade*. Foi possível, ainda, especificar uma diferenciação adequada entre o *direito à vida* e os *direitos concernentes à vida*. Reunidas tais condições resta à determinação de como a tutela constitucional torna efetiva a tutela da vida humana.

A proteção constitucional da vida humana pode ser compreendida sob dois aspectos: um âmbito de proteção direta e outro de proteção indireta. O âmbito indireto de proteção da vida humana é aquele realizado com fundamento nos *direitos e garantias concernentes à vida*. Podem ser citados como exemplos: a proteção das condições de subsistência contidas no direito daquele em situação de desamparo ao assistencialismo e dos contribuintes aos benefícios da previdência social (artigo 194, caput, CF/88); a proteção da incolumidade pessoal por meio do direito à segurança pública (artigo 144, caput, CF/88); a proteção da integridade física e mental por meio do direito de acesso universal à saúde pública (artigo 196, CF/88); o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como condição necessária para uma sadia qualidade de vida (artigo 225, caput, CF/88); a proteção do trabalho e o direito a um salário mínimo capaz de atender suas necessidades vitais (art. 7º, IV, CF/88), entre outros mais.

O âmbito de proteção direta da vida humana, por outro lado, refere-se a três aspectos elementares: a) a inviolabilidade do *direito à vida*; b) a proibição de

extermínio da vida; e c) o dever de salvar a vida. Para um adequado entendimento desses três aspectos, é necessária a precisão de três conceitos fundamentais para a determinação da tutela jurídica sobre a vida humana: insacricabilidade, matabilidade e mortalidade.

3.3.A *vida nua*: Insacricabilidade e matabilidade por Giorgio Agamben

Os conceitos de insacricabilidade e matabilidade estão diretamente relacionados às ideias apresentadas por Giorgio AGAMBEN [2002] e constituem-se em elementos irrenunciáveis na determinação das questões afeitas ao poder soberano e à biopolítica.

A própria noção de soberania, nesses termos, relaciona-se ao instituto romano *vitae necisque potestas*¹¹⁰, que se constituía, apesar de mitigado com o desenvolvimento das instituições romanas, em sua forma original e inicial, num verdadeiro direito de vida e morte que o chefe da família podia exercer sobre aqueles subordinados ao seu pátrio poder. O poder do *pater familias*, nesse sentido, guarda visíveis relações com a ideia de poder soberano¹¹¹.

O instituto *vitae necisque potestas* oferece, assim, “uma espécie de mito genealógico do poder soberano: o *imperium* do magistrado nada mais é do que a *vitae necisque potestas* do pai estendida a todos os cidadãos” (AGAMBEN, 2002, p. 96). Essa permissão para que o *pater familias* possa dispor da vida daquele

¹¹⁰Sobre o instituto romano do *vitae necisque potestas*: “El poder del jefe de familia para hacer dar muerte al hijo que estaba bajo su potestad lo tenemos bien comprobado en una infinidad de testimonios, aunque en tiempos de la República, al parecer, hacían uso de ello con más moderación, estando también obligados a contar con los parientes más próximos o bien con personas importantes, tales como los senadores. (Cf. Valero-Máximo, V. § 2 a 5 y 9, 9, § 1). En cambio, bajo el Imperio, hubo en las familias, a causa del relajamiento de las costumbres, ciertos abusos de autoridad, en los cuales tuvo que intervenir el legislador. Por esta razón Adriano castigó con la expatriación a un padre que, tendiéndole un cepo, mató a su hijo, culpable de adulterio con su suegra. Hacia el fin del II siglo de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección. En efecto, aunque podía castigar las faltas leves, tratándose de hechos de tal naturaleza que arrastrasen a la pena de muerte, no podía hacerlo por sí solo; tenía que hacer la acusación delante del magistrado, por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia” (PETIT, 2007, p. 101).

¹¹¹Da relação entre o *patria potestas* com a poder soberano: “Por muito tempo, um dos privilégios característicos do poder soberano fora o direito de vida e morte. Sem dúvida, ele derivava formalmente da velha *patria potestas*, que concedida ao pai de família romano o direito de ‘dispor’ da vida de seus filhos e de seus escravos; podia retirar-lhes a vida, já que a tinha ‘dado’. O direito de vida e morte, como é formulado nos teóricos clássicos, é uma forma bem atenuada de poder. Entre soberano e súditos, já não se admite que seja exercido em termos absolutos e de modo incondicional, mas apenas nos casos em que o soberano se encontre exposto em sua própria existência; uma espécie de direito de réplica” (FOUCALT, 1988, p. 127).

submetido ao seu pátrio poder sem que, no entanto, venha a responder juridicamente pela terminação dessa vida como um homicida, é justamente o aspecto de matabilidade.

A matabilidade constitui-se na exclusão da pessoa da proteção jurídica da vida, tornando-a estranha à tutela penal, sendo que a terminação da vida, nesses casos, inclui-se em uma área de indiferença na qual não é possível o reconhecimento da terminação arbitrária da experiência vital de uma pessoa como homicídio¹¹². Essa condição de matabilidade conduz a pessoa a uma condição de abandono, excluindo a significação da terminação arbitrária da vida do universo jurídico. A exclusão que fundamenta o abandono implica, por outro lado, em uma relação na qual todos, em relação ao *homo sacer*, podem matá-lo, sem, entretanto, submeterem-se ao rótulo de homicida. Tal condição assemelha-se, em muito à antiga pena germânica da *perda de paz*¹¹³. Quando do reconhecimento de uma conduta criminosa como causa de uma ruptura com a paz pública, aplicava-se sobre o condenado uma exclusão dessa própria paz garantida juridicamente, e, uma vez excluído, resta abandonado à própria sorte, completamente estranho ao Direito e, por conseguinte, qualquer atentado a sua vida não poderia ser considerado um homicídio¹¹⁴.

O *Homo sacer*, assim, é aquele que em razão da *matabilidade* foi excluído do *ius humanum*, sendo que, entretanto, assim excluído não foi alçado ao *ius divinum*, em razão de sua insuscetibilidade¹¹⁵. Essa dupla exclusão, esse duplo

¹¹²Sobre a indiferença jurídica da matança do *homo sacer*: “Sabemos que o assassinato do *homo sacer* não constitui homicídio (*parricidi non damnatur*). Pois bem: não existe nenhum ordenamento (nem mesmo entre aqueles em que o homicídio é sempre punido com a pena capital) no qual o assassinato do soberano tenha sido sempre simplesmente assinalado como um homicídio. Ele constitui, em vez disso, um delito especial que (depois que, a partir de Augusto, a noção de *majestas* associa-se cada vez mais intimamente à pessoa do imperador) é definido como *crimen lesae maiestatis*. Não importa, do nosso ponto de vista, que a morte do *homo sacer* possa ser considerada como menos que um homicídio, e a do soberano como mais que um homicídio: o essencial é que, nos dois casos, a morte de um homem não verifique o caso jurídico do homicídio” (AGAMBEN, 2002, p. 109).

¹¹³Sobre a pena de privação de paz: “O Direito Germânico primitivo não era composto de leis escritas, caracterizando-se como um Direito consuetudinário. O Direito era concebido como uma *ordem de paz* e a sua transgressão como *ruptura da paz*, pública ou privada, segundo a natureza do crime, privado ou público. A reação à *perda da paz*, por crime público, autorizava que qualquer pessoa pudesse matar o agressor” (BITENCOURT, 2011, p. 75).

¹¹⁴Sobre a licitude da conduta que mata o colocado fora da lei: “E no mesmo sentido [de se constituir em exercício regular de direito] decidia o direito estatutário, notadamente quanto ao homicídio do *bannitus* (colocado fora da lei), ao exercício do *jus domesticum* e do *jus corrigendi* (*emendatio propinquorum*)” (HUNGRIA, 1995, p. 206).

¹¹⁵Da condição de *homo sacer*: “Segundo Agamben, a estrutura da *sacratio*, de modo unânime, representa a conjunção de dois aspectos, a saber: a impunidade da matança e a exclusão do

não-pertencimento, tanto ao mundo profano quanto ao mundo divino, relega a vida humana em abandono¹¹⁶ a mais completa falta de significação jurídica¹¹⁷, sendo, somente, compreendida para além do Direito, para além da religião, ou seja, somente na dimensão das relações de biopoder.

Considerando as implicações da ideia de soberania como um *direito de vida e morte* é possível compreender que, com a mitigação do instituto de direito romano *vitae necisque potestas*, as possibilidades de terminação arbitrária da vida humana são progressivamente reduzidas. A tendência mundial de redução dos países que admitem a pena de morte e a restrição dos casos em que a pena capital é admitida é uma evidência atual de um movimento histórico no qual a vida nua é progressivamente incluída no Direito e reconhecida como digna de especial proteção jurídica.

A ideia de soberania nacional apoiada no corpo das pessoas que compõem o povo de um país é particularmente interessante nesse sentido. Se por um lado os direitos fundamentais de seus cidadãos são protegidos, o são, menos por serem direitos humanos, mas sim, por serem direitos do cidadão.

sacrifício. De modo que o que define realmente a condição do *homo sacer* não é simplesmente a pretensa ambivalência originária da sacralidade, que lhe é inerente, mas, acima de tudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto, ou seja, a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele e que não é classificável, nem como sacrifício e nem como homicídio; nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio” (CARNIO, 2013, p. 88).

¹¹⁶Quanto ao significado do abandono: “O significado da palavra remete a *bandido*, mas também a *banido* – excluído – do mesmo modo que, em alemão, os termos *Bande* e *Bann* designam tanto a expulsão da comunidade quanto a insígnia de governo soberano. Tal como se encontra explicitamente mencionado na obra de Rudolph von Jhering, *O Espírito do Direito Romano*, o termo *Bann* guarda relação com a *sacratio* romano arcaica, designando o fora da lei, proscrito e banido da proteção do ordenamento jurídico primitivo, que enquanto tal, poderia ser morto independentemente de um juízo e fora do direito. A figura do banido era, na antiguidade germânica, o *Friedlos*, o ‘sem paz’, teria seu fundamento na paz (*Fried*) assegurada na comunidade, da qual a proscricção o excluía. Tratava-se, pois, de um caso de exclusão includente, ao qual o ordenamento jurídico *se aplica integralmente*, por meio de sua suspensão – a instituição do bando mantém o proscrito *capturado fora* do ordenamento, na medida que sua aplicação (incidência) da decisão soberana consiste precisamente na exclusão e na suspensão da lei e da paz, fazendo coincidir, num mesmo ato, suspensão (exclusão) e aplicação (inclusão)”. (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2013, p. 37).

¹¹⁷Em relação ao homem abandono e sua conseqüentemente insignificação jurídica: “O hebreu sob o nazismo é o referente negativo privilegiado da nova soberania biopolítica e, como tal, um caso flagrante de *homo sacer*, no sentido de uma vida matável e insacrificável. O seu assassinato não constitui, portanto, como veremos, nem em uma execução capital, nem em sacrifício, mas apenas a realização de uma mera ‘matabilidade’ que é inerente à condição do hebreu como tal. A verdade difícil de ser aceita pelas próprias vítimas, mas que mesmo assim devemos ter coragem de não cobrir com véus sacrificais, é que os hebreus não foram exterminados no curso de um louco e gigantesco holocausto, mas literalmente, como Hitler havia anunciado, ‘como piolhos’, ou seja, como vida nua. A dimensão na qual o extermínio teve lugar não é nem a religião nem o direito, mas a biopolítica” (AGAMBEN, 2002, p. 121).

A concepção de direitos, centrada na pessoa do cidadão contraposta àquela de direitos humanos alicerçada na pessoa natural, permite o reconhecimento de uma área de indiferença valorativa enquanto é possível a exclusão de um ser humano do âmbito de proteção jurídica pelo simples fato de estar ele alijado da condição de qualquer cidadania. Nessa esteira, a figura do apátrida constitui-se um grave e cristalino exemplo da insignificação daquele excluído de toda e qualquer cidadania¹¹⁸.

Por certo, os horrores da II Grande Guerra Mundial motivaram um grande debate sobre o problema dos refugiados e dos apátridas, destacando, inclusive, que sob o patrocínio da Organização das Nações Unidas vários diplomas convencionais vieram ao mundo de forma a aplicar a especial indiferença excludente da qual são vitimados os refugiados e os apátridas. Podemos destacar a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) que determina um rol de direitos e garantias elementares em razão da condição humana e não em relação à nacionalidade; a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas e a Convenção de 1961 sobre a Redução da Apatridia. Tardiamente, no plano nacional, a Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997, define mecanismos para implantação do Estatuto dos Refugiados e o Decreto n. 4.246, de 22 de maio de 2002, promulga a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas.

É, porém, desconcertante que apesar dos avanços no tratamento jurídico-humanitário dos refugiados e apátridas, observe-se ainda o art. 5º, *caput*, da Carta Política brasileira enunciando que os direitos e garantias individuais em seus dispostos são reservados somente para os brasileiros e os estrangeiros residentes no país. Não se afirma, por um lado, que a pessoa natural de um estrangeiro não

¹¹⁸Neste sentido: “O conceito de direitos humanos foi tratado de modo marginal pelo pensamento político do século XIX, e nenhum partido liberal do século XX houve por bem incluí-los em seu programa, mesmo quando havia urgência de fazer valer esses direitos. O motivo para isso parece óbvio: os direitos civis – isto é, os vários direitos que desfrutava o cidadão em seu país – supostamente personificavam e enunciavam sob forma de leis os eternos Direitos do Homem, que, em si, se supunham independentes de cidadania e nacionalidade. Todos os seres humanos eram cidadãos de algum tipo de comunidade política: se as leis de seu país não atendiam às exigências dos Direitos do Homem, esperava-se que nos países democráticos eles a mudassem através da legislação, e nos despóticos, por meio da ação revolucionária. Os Direitos do Homem, supostamente inalienáveis, mostravam-se inexecutáveis – mesmo nos países cujas constituições se baseavam neles – sempre que surgiam pessoas que não eram cidadãs de algum Estado soberano. A esse fato, por si já suficientemente desconcertante, deve acrescentar-se a confusão criada pelas numerosas tentativas de moldar o conceito de direitos humanos no sentido de defini-los com alguma convicção, em contraste com os direitos do cidadão, claramente delineados” (ARENDETT, 1989, p. 326-7).

residente no país ou um apátrida esteja em um limbo de indiferença jurídica¹¹⁹; por outro lado, denota evidente resquício de uma concepção de direitos fundamentais resumido aos direitos dos cidadãos.

Na atualidade aquelas pessoas - antes relegadas ao limbo da indiferença no espaço entre os Estados sem pertencer a nenhum, em situação de abandono e, conseqüentemente, expostas ao arbítrio de todos – são paulatinamente inseridas em um novo estatuto jurídico que demanda a sua valoração enquanto possuidor de humanidade e não em razão de nacionalidade ou cidadania. Justamente nesses casos, a vida nua passa a ser inserida no *ius humanum*, deixando, em razão da inclusão, de ser a mesma vida nua.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) oferece um adequado exemplo do movimento através do qual a vida nua (insacrificável e matável) passa a integrar o próprio fundamento antropológico sobre o qual é construído todo o sistema de direitos humanos, deixando de ser vida nua, porquanto, não mais é relegada à insignificância ou indiferença¹²⁰.

É nesse ambiente, no qual o que está em jogo é a determinação política da significação da vida humana, que os critérios de exclusão relegam alguns à

¹¹⁹Sobre tal questão: “Por isso, quando a Constituição assegura tais direitos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, indica, concomitantemente, sua positivação em relação aos sujeitos (subjetivação) a quem lhes garante. Só eles, portanto, gozam do direito subjetivo (poder ou permissão de exigibilidade) relativamente aos enunciados constitucionais de direitos e garantias individuais. Se a constituição aponta os destinatários desses direitos, isso há de ter consequências normativas. Isso não quer dizer que os estrangeiros não-residentes, quando regularmente se encontrem no território nacional, possam sofrer qualquer arbítrio e não disponham de qualquer outro meio – incluindo os jurisdicionais – para tutelar situações subjetivas. Para protegê-los há outras normas jurídicas, inclusive de Direito Internacional, que o Brasil e suas autoridades têm o dever de respeitar e observar, assim como existem normas legais, traduzidas em legislação especial, que definem os direitos e a condição do estrangeiro que tenha entrado regularmente no território brasileiro. Ocorre, ademais, que o fato de a Constituição não incluir os estrangeiros não-residentes não justifica sequer a possibilidade de legislação ordinária abusiva em relação a eles, pois, além da existência de normas de Direito Internacional vinculantes, o Brasil é, ainda, subscritor das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos, o que, agora até por força do § 2º do art. 5º, lhe impõe, quando nada, a consideração de que a pessoa humana tem uma dimensão supranacional que merece um mínimo de respeito e postula um tratamento condigno, ao menos no que tange àqueles direitos de natureza personalíssima. Quando o art. 1º põe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, faz uma proclamação universal – aí, sim, abrangente do ser humano” (SILVA, 2007, p. 65)

¹²⁰Neste sentido: “Um simples exame do texto da declaração de 1789 mostra, de fato, que é justamente a vida nua natural, ou seja, o puro fato do nascimento, a apresentar-se aqui como fonte e portador do direito. *Les hommes* – declara o art. I – *aissent et demeurent libres et égaux en droits* (mais conveniente entre todas, deste ponto de vista, é a formulação do projeto elaborado por La Fayette em julho de 1789: *tout homme naît avec des droit inaliénables et imprescriptibles*). Por outro lado, porém, a vida natural que, inaugurando a biopolítica da modernidade, é assim posta na base do ordenamento, dissipa-se imediatamente na figura do cidadão, no qual os direitos são ‘conservados’ (art. 2: *le but de toute association politique est la consevation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme*)” (AGAMBEN, 2002, p. 134).

indiferença e outros, pela inclusão, são intensamente protegidos pelo Direito; é justamente nesse ambiente que o princípio da dignidade humana realiza-se com um imperativo universal de inclusão de todos os seres humanos em uma estrutura horizontal, igualitária e, portanto, desprovida de hierarquia, na qual, ainda que teoricamente, todos os indivíduos possuem o mesmo valor existencial.

A inclusão da vida nua do ser humano, antes abandonado pelo Direito, em razão do princípio da dignidade humana, importa que a vida nua deixe de sê-la em um sentido particularmente significativo. A vida nua do abandono, localizada no vácuo da indiferença entre o *ius divinum* e o *ius humanum*, é incluída neste último e, por meio dessa operação, deixa de ser matável. Sendo o *homo sacer* aquele que em razão da dupla exclusão tinha sua vida como insacrificável e matável; uma vez incluído no *ius humanum* como um ser dotado de dignidade imanente em razão, unicamente, de sua condição humana, deixa de estar sujeito à terminação arbitrária e insancionável da própria vida. Através da dignidade da pessoa humana, portanto, o homem deixa de ser matável, porém, permanece insacrificável.

Afastada do mundo divino e realocada na esfera do profano, a vida resta, ainda, insacrificável, porém, quando inserida reconhecida a dignidade inata do ser humano e o valor imanente dessa vida, afirma-se a conversão da vida nua noutra fundamentalmente diferente. A vida digna é aquela que o Direito reconhece, normativamente, a condição de inviolabilidade, que permite afirmar a proibição de matar e o dever de salvar o homem portador daquela dignidade inata.

O âmbito de proteção da vida não se realiza como um direito à existência ou um direito à qualidade de condições de vida. Com acerto e precisão, é sobre a matabilidade, característica elementar da vida nua, que a inclusão da experiência vital humana ganha significado jurídico.

3.4. Matabilidade e mortalidade

A compreensão da diferença entre matabilidade e mortalidade é de capital importância para a determinação do âmbito de proteção jurídica da vida humana e, especialmente, para a tutela a cargo do Direito Penal. Ainda que os dois termos refiram-se, de uma ou outra forma, ao fim da experiência vital do ser humano, não é possível considerá-los como sinônimos.

A mortalidade¹²¹ é um atributo essencial da vida. O ser humano, assim como qualquer ser vivo, está atrelado, irremediavelmente, à morte, e, acrescentando-se como um complicador, o fato é que o avanço das ciências da Natureza, especialmente a Medicina e Biologia, vem progressivamente tornando mais imprecisos os limites entre a vida e a morte¹²². A inevitabilidade da morte é uma constante desde os primeiros momentos em que é possível reconhecer a existência da vida e, é de se afirmar, com certeza, que a experiência de vida de uma pessoa está indissociavelmente relacionada com sua finitude.

Preliminarmente, há de se reiterar que o objetivo deste estudo não é a determinação de um conceito religioso ou filosófico da vida; por certo, outros mais capazes tentaram, tentam e tentarão alcançá-lo. Aquilo a que este estudo se propõe é significativamente mais modesto, tratando-se da construção de conceitos de vida e morte que possibilitem a solução de problemas jurídicos em um Estado Democrático de Direito que entre seus fundamentos vislumbra-se a supremacia do princípio da dignidade humana. Recolhendo-se nessa meta, a adequada compreensão da morte, da mortalidade, do falecimento e do estado de morte permitem a precisão dos limites fáticos da tutela jurídica da vida. Nesse sentido, o *falecimento* é de particular importância. A identificação ou eleição daquele preciso instante no qual o humano deixa de existir como um *ser-na-vida* e passa a *ser-na-morte* é, justamente, uma das questões centrais da bioética, da biopolítica e do biodireito. E na distinção entre a morte natural e a morte violenta é a base sobre a qual se constroem os limites da tutela jurídica da vida.

O absurdo e a estranheza verificados na tentativa de dissociação entre os conceitos de vida e morte¹²³ é produto de sociedade apavorada com a ideia de

¹²¹Sobre o conceito de mortalidade: “Morrer’ se reveste também de outro significado: o da *mortalidade*. O ser humano é suficientemente velho para morrer já a partir de sua concepção. Substancialmente já é moribundo, um mortal, um ser a caminho de e em direção a sua morte, lançado numa ‘corrida para a morte’. A vida humana se situa num ‘contexto geral cujo eixo é a morte’. O fim do ser humano está inscrito em seu ser corporal desde a sua projeção na mundanidade. Cada dia que se passa o aproxima mais de ‘sua morte’; de algum modo, ele morre ‘ pouco a pouco’, todos os dias” (SCHUMACHER, 2009, p. 31).

¹²² Ainda sobre a imprecisão dos limites entra a vida e morte: “*En efecto, en tanto en cuanto el progreso técnico ha permitido no sólo prolongar artificialmente la vida más allá de lo que permitiría la naturaleza, sino también individualizar distintas fases en el proceso de la muerte (cardíaca, cerebral...) y perfeccionar los pronósticos sobre la esperanza de vida, los propios conceptos de ‘vida’ y ‘muerte’ han perdido en parte sus contornos precisos y han pasado a relativizarse en función de la capacidad científica de incidir en ellos*” (GARCIA ARÁN, 1999, p. 750-1).

¹²³Neste sentido: “*C’è come una ostinazione irrazionale di rifiuto, soprattutto oggi, di tutto ciò che si rispetta alla fine della vita; di ciò che si dice rispetto alla morte, no è necessario dichiararsi heiddegariani per comprendere che siamo esseri detinati alla morte. Ossia: siamo esseri che fanno*

finitude e a decadência da condição vital, como se a vida e a morte fossem conceitos mutuamente excludentes¹²⁴. Ao contrário, vida e morte são, antes e fundamentalmente, aspectos interdependentes e correlacionados, vez que a morte em relação à vida não somente marca o seu limite extremo, mas também, por outro lado, constitui-se algo de completude num projeto de vida¹²⁵ sem o qual a experiência de vida perde seu sentido.

É impossível a compreensão de um ser vivo que não esteja submetido à finitude enquanto tal. Mesmo recentes descobertas científicas sobre a existência de um ser (*Turritopsis nutricula*) dotado de potencial imortalidade¹²⁶, antes de refutar a indissociável relação entre vida e morte, reforçam tal compreensão. A potencial imortalidade daquele animal, antes de torná-lo imortal, somente funciona como uma imunidade à morte natural, permanecendo a medusa (*Turritopsis nutricula*) sujeita somente à terminação violenta de sua vida. Sendo assim, mesmo um ser potencialmente imortal está sujeito à matabilidade, ou seja, à terminação de sua vida, uma vez que, mesmo afastada a hipótese de morte natural, resta ainda sujeito, irremediavelmente, à possibilidade de seu fim no mundo, ainda que tal possibilidade somente possa se concretizar, inexoravelmente ainda que em tempo incerto, por meio de uma morte violenta¹²⁷.

O conceito de *mortalidade* pode ser enunciado como a *condição de finitude da experiência vital de todo ser vivo*, porquanto o fim existencial-ontológico do ser

di muoversi entre un orizzonte ultimo che ha come lienea di confine una porta, mai aperta o socchiusa, sempre chiusa ermeticamente. In essa si traduce la morte" (COSTA, 2005, p. 417-9).

¹²⁴Exemplificando: "Apesar de todo avanço científico da medicina atual, a exata definição do conceito de morte ainda aparece como questão desafiadora, já que não contamos ainda com uma exata definição da sua situação oposta e excludente: a vida"(DANTAS FILHO *et al*, 1996).

¹²⁵ "Se trata entonces de averiguar en qué forma la muerte afecta al éxito crítico de toda nuestra vida. La respuesta es doble. De un lado, la muerte es el límite de toda nuestra vida: la muerte nos afecta en cuanto a lo que podríamos hacer si siguiéramos con vida respecto de nuestro proyecto. Esto explicaría, por ejemplo, por qué muchas personas quieren continuar en vida para hacer algo que consideran de vital importancia en su proyecto vital. De otra parte, la manera y el momento de morir afectan al proyecto en su totalidad. En esto sentido, no existe duda de que la mayoría de las personas, explica Dworkin, querían que la muerte expresara los valores que consideraron más importantes en sus vidas" (BORDA, 2001, p. 115)

¹²⁶Sobre a *Turritopsis nutricula*: "Organisms develop through a series of stages leading to sexually mature adults. In a few cases ontogeny reversal is possible, but it does not occur typically after the onset of sexual reproduction. All stages of the medusa *Turritopsis nutricula*, from newly liberated to fully mature individuals, can transform back into colonial hydroids, either directly or through a resting period, thus escaping death and achieving potential immortality. This is the first metazoan known to revert to a colonial hydroids, either directly or through a resting period, thus escaping death and achieving potencial immortality" (PIRAINO, 1996, p. 302).

¹²⁷Sobre o conceito de morte violenta para a medicina legal: "A morte violenta tem origem por ação externa e mais raramente interna, nas quais se incluem o homicídio, o suicídio e o acidente" (FRANÇA, 2004, p. 383)

não acontece para além do ser, mas sim lhe é intrinsecamente próprio¹²⁸. A *mortalidade*, apesar da angústia e da tendência ainda atual de uma fútil tentativa de esconder-se da morte e do envelhecimento, é, no plano existencial, a única certeza dentre todas as possibilidades que se apresentam durante a experiência vital¹²⁹. A morte, nesse sentido, por constituir-se em elemento essencial do ser do *Dasein* é a derradeira característica da subjetividade, uma vez que, mesmo considerando a possibilidade de uma pessoa dar a vida para salvar outrem, é impossível morrer a morte de outrem¹³⁰.

Compreendendo a vida, em particular a humana, como uma miríade de possibilidades que paulatinamente se sucede e esgota-se, a morte é o momento da completude sem o qual a experiência de vida perderia qualquer significado¹³¹. A

¹²⁸Sobre o conceito de morte: “A morte é uma possibilidade ontológica que a própria presença sempre tem de assumir. Com a morte, a própria presença é impendente em seu poder-ser mais próprio. Nessa possibilidade, o que está em jogo para a presença é pura e simplesmente o seu ser-no-mundo. Sua morte é a possibilidade de poder não mais estar presente. Se, enquanto essa possibilidade, a presença é, para si mesma, impendente, é porque depende plenamente de seu poder-ser mais próprio. Sendo impendente para si, nela se desfazem todas as remissões para outra presença. Essa possibilidade mais própria e irremissível é, ao mesmo tempo, a extrema. Enquanto poder-se, a presença não é capaz de superar a possibilidade da morte. A morte é, em última instância, a possibilidade de impossibilidade absoluta de presença. Desse modo, a morte desentranha-se como a possibilidade mais própria, irremissível e insuperável. Como tal, ela é um impendente privilegiado. Essa possibilidade existencial funda-se no fato de a presença estar, essencialmente, aberta para si mesma e isso no modo de preceder-a-si-mesma. Esse momento estrutural de cura possui sua concreção mais originária ser-para-a-morte. O ser-para-o-fim se torna, fenomenalmente, mais claro como ser-para essa possibilidade privilegiada de presença” (HEIDEGGER, 2005, p. 32-3).

¹²⁹Sobre a certeza da morte em Heidegger: “Scheler, que antecipou diversas ideias heideggerianas (tais como nossa tendência, intensificada pelo capitalismo, de esconder a morte), argumentou que a certeza não-empírica da própria morte origina-se da observação de que a esfera de possibilidades abertas para uma pessoa diminui à medida que a vida desta pessoa avança e parece convergir para o limite de uma única possibilidade, senão para o total desaparecimento. A contração progressiva da minha esfera de opções é inferida (o que pode ser objetado) da observação empírica, e depende de minha mortalidade conhecido por mim de outros modos. Heidegger não apresenta argumentos para a certeza não-empírica da morte. Ele assume que uma vida infinita seria inviável e incauta, tornando-se impossível decidir o que fazer ou quando fazê-lo. Ele focaliza quase exclusivamente a nossa própria morte; até mesmo o tempo termina com a nossa própria morte, uma afirmação difícil de conciliar com nossa estrutura essencial de ser-com-outros. É, diz ele, certo que morrerei. Não é certo quando morrerei. Posso morrer a qualquer momento. Nada posso fazer depois de minha morte. Ninguém pode morrer por mim. Devo morrer sozinho” (INWOOD, 2002, p. 116).

¹³⁰Sobre o caráter personalíssimo da morte: “Heidegger afirma, contudo, com razão a meu ver, que o morrer ôntico (o falecimento) e o morrer ontológico (o ‘propriamente morrer’) são essencialmente meus, ou seja, ninguém pode se encarregar do meu morrer. Certamente é concebível dar a vida alguém morrer em seu lugar para que, por exemplo, ele se salve, mas é impossível morrer a morte de alguém, ou seja, morrer sua morte” (SCHUMACHER, 2009, p. 107-8)

¹³¹Neste sentido: “O fato é que, em *Ser e tempo*, atribui-se uma função particular à morte. Ela é o lugar de uma experiência decisiva que, com o nome de ‘ser-para-a-morte’, talvez expresse a intenção última da ética de Heidegger. Na ‘decisão’ que acontece nesse caso, a impropriedade cotidiana, feita de conversa fiada, equívocos e formas de diversão, em que o homem se encontra desde sempre e antes de qualquer outra coisa lançado, transforma-se em propriedade, e a morte anônima, que sempre tem a ver com outros e nunca realmente está presente, torna-se a possibilidade mais própria

hipótese ficcional de uma vida apartada da mortalidade, de uma vida sem finitude, está atrelada à dissolução do próprio sentido de tempo e urgência típicos das realizações humanas relegando o homem à condição de perpétua incompletude. É, assim, na morte, que eu sou o meu eu mais próprio¹³².

Indiferente a considerações relativas à mortalidade que o fim seja determinado pela natureza ou pelo arbítrio pessoal, que se dê pela violência ou acidente, pois está certo afirmar que sempre que se apresente um ser vivo, eis que é possível reconhecer a sempre presente condição de *mortalidade*, enquanto a certeza de que sua completude somente se realiza em razão de sua finitude.

Estabelecidas as bases para a afirmação de que a *mortalidade*, antes de uma negação da vida, é uma inerente condição a todos os seres vivos, pode-se avançar na determinação das bases conceituais necessárias, diferenciando a morte do falecimento. É o falecimento aquele instante de intersecção temporal que marca o fim de qualquer possibilidade inerente à vida e a passagem da condição de ser vivo para o *estado de morte* - situação na qual se deixa de *ser-na-vida* para *ser-na-morte*.

O fim da vida é justamente o instante no qual aquele ser, outrora vivo, deixa de ser assim considerado tornando-se algo essencialmente diferente, um corpo que desprovido de vida deixa de ser o que foi tornando-se um *resto mortal*¹³³. Assim, o

e insuperável. Tal propriedade não tem um conteúdo particular, nem oferece ao homem algo para ser ou para realizar. Pelo contrário, a morte, considerada como possibilidade, é absolutamente vazia, carecendo de qualquer prestígio especial: ela é simples *possibilidade da impossibilidade de todo comportamento e de toda existência*. Exatamente por isso, porém, a decisão de que, no ser-para-a-morte, experimenta radicalmente tal possibilidade e vazio, se resgata de qualquer indecisão, se apropria pela primeira vez de maneira integral de sua impropriedade. A experiência da desmedida impossibilidade de existir é, assim, o modo em que o homem, libertando-se do seu extravio no mundo do Si, torna possível, para si mesmo, a própria existência fática” (AGAMBEN, 2008, p. 81)

¹³²Sobre a morte como realização do que é mais próprio do ser humano: “*Con la muerte, que se da siempre sólo con mi morir, tengo delante de mí mi ser más propio, mi poder-ser de cualquier momento. El ser que yo seré en «lo último» de mi Dasein y que en cualquier momento puedo ser, esa posibilidad es mi «yo soy» más propio, es decir, yo seré mi yo más propio. Yo mismo soy esa posibilidad – la muerte en cuanto mi muerte*” (HEIDEGGER, 2006, p. 391).

¹³³ Sobre o conceito de falecimento, morte, e estado de morte: O *falecimento* ou *ser na morte* agostiniano designa – segundo interpretações – ‘o instante’, ‘o acontecimento’ ou ‘o processo’ temporal no qual a pessoa ‘se transforma’ em um cadáver, em que ela ‘está’ morta. O falecimento exprime simultaneamente o termo do processo de morrer e o começo do estado de morte, representando, de certo modo, o portal ou a fronteira entre o mundo do vivo e do morto. O *estado de morte* acontece no instante em que o ‘momento’ do falecimento ou do ‘ser na morte’ chega ao fim. O estado de morte de um sujeito é, como observaram Epicuro e Wittgenstein, exterior a sua vida e corresponde ao sentido próprio do conceito de morte. O indivíduo morto não teria condições de experimentar este estado se continuasse vivo depois de seu falecimento” (SCHUMACHER, 2009, p. 30-1).

processo de morrer, é antes de qualquer coisa, uma experiência que se realiza em vida e culmina, fenomenologicamente, no falecimento.

A morte é de ser considerada, nesses termos, com um todo complexo, nela se incluindo o *morrer* (como um processo no qual a vida se aproxima paulatinamente do seu ocaso), o *falecimento* (o limiar que marca a passagem temporal do ser-na-vida para o ser-na-morte) e o *estado de morte* (a condição em que o *ser-na-vida*, passando à condição de *ser-na-morte*, torna-se algo diverso do que era); sendo todos esses processos e fenômenos decorrentes da própria condição de *mortalidade*.

Esses aspectos da vida, como demonstrado, tornam impossível compreender a vida sem referência à morte, ainda que possam parecer transcendentais às questões jurídicas e, mesmo, rotuladas com insignificantes para o Direito. Uma análise mais detida é suficiente para afastar tais pré-conceitos.

A partir das bases conceituais para a determinação do que seria mortalidade, morte, falecimento e estado de morte, abre-se a possibilidade de afirmação de que a tutela jurídica voltada para a proteção da vida humana não se concretiza no afastamento da mortalidade. O absurdo da pretensão de proteger a vida humana contra a morte passa pela própria negação da condição humana. O Direito não pode e não deve atuar com o fim de negar a mortalidade, pois há de se reconhecer a impossibilidade e completa ineficácia de qualquer instituto jurídico que se proponha a apartar o ser humano da possibilidade certa de que eventualmente encontrará seu fim na morte. Pode-se afirmar, categoricamente, que a morte natural do ser humano não interessa ao Direito Penal¹³⁴.

A proteção jurídica da vida, em especial a realizada por meio do Direito Penal, concentra-se, com acerto, sobre o terreno delimitado pelo conceito de mortalidade. Dito de outra forma, a proteção jurídica da vida humana, em razão dos conceitos anteriormente expostos, encontra seu âmbito de tutela possível na garantia da vida contra morte violenta e evitável, afastando a qualidade de *sacer* daquele indivíduo abandonado cuja eventual terminação arbitrária da vida restaria insancionável. Trata-se da negação da indiferença decorrente do abandono, pelo

¹³⁴Sobre a insignificação da morte natural para o Direito Penal: "*La morte sopravvenuta al normale ciclo della vita non entra nel campo penalistico. Essa vi entra solo quando, a causa di un comportamento umano e volontario di terzi – attraverso una omissione ad una azione – si interrompe, in modo penalmente illecito, il comune ciclo della vita*" (COSTA, 2005, p. 425)

imperativo da dignidade humana e o reconhecimento de que sua vida é imanente e especialmente valiosa e, portanto, digna de proteção jurídica.

A matabilidade, como sustentado anteriormente, diz respeito à condição de abandono a que a *vida nua* submete-se quando a própria pessoa, enquanto *homo sacer*, é excluída do *ius humanum* e, como exilada, deixa de ser considerada significativa para o Direito. A matabilidade, nesse sentido, como atributo da *vida nua*, vincula-se a uma condição do *homo sacer* que permite que qualquer terminação arbitrária de sua vida reste estranha ao Direito e, portanto, insancionável. A matabilidade diz respeito àquele aspecto particular da vida nua e está relacionado com a morte, ainda que não qualquer morte, mas somente aquelas atreladas a situações de terminação arbitrária e, assim, para além dos casos em que a vida encontra seu fim natural.

Em sede de conclusão provisória, a proteção jurídica da vida humana não se opera contra a morte natural, mas somente contra a morte violenta e evitável que permite a compreensão de um eventual direito de defesa¹³⁵ oponível contra toda e qualquer terminação arbitrária e, portanto, intolerável da vida de um indivíduo.

Nesse sentido, é um aspecto fundamental do bem jurídico constitucionalmente tutelado *vida a inviolabilidade do direito à vida* compreendida como um direito subjetivo oponível contra o Estado e todos os outros indivíduos que demanda que estes se abstenham de toda e qualquer intervenção arbitrária que possa suprimir ou colocar em situação de risco não permitido a vida daquele (*proibição de matar*). Ademais, considerando a relevância da atuação omissiva e a equiparação desta à realização de um comportamento comissivo, impõe-se ainda, quando verificada a existência de um dever de evitação juridicamente relevante, a imposição do imperativo de afastar ou diminuir os riscos da ocorrência de uma terminação da vida que possa ser considerada evitável ou, ao menos, postergável

¹³⁵ Por direito de defesa apresenta-se o seguinte conceito: “Los derechos de defensa son derechos a acciones negativas por parte de los destinatarios de derechos fundamentales. Más arriba, se han clasificado los derechos a acciones negativas en derechos a no impedimento de acciones del titular de derecho fundamental (por ejemplo, a no impedimento de la elección de la profesión), no afectación de propiedades y situaciones (por ejemplo, no afectación del ámbito de la esfera privada) y no eliminación de posiciones de derecho ordinario (por ejemplo, no eliminación de determinadas posiciones de propiedad). Los conceptos utilizados para la formulación de estos derechos pueden ser reducidos a dos: el de bien protegido y el de intervención. Bienes protegidos son las acciones, propiedades o situaciones y posiciones de derecho ordinario que no deben ser impedidas, afectadas o eliminadas. El concepto de intervención constituye el concepto superior de los conceptos de impedimento, afectación y eliminación. Los derechos a acciones negativas son, pues, derechos a que no se realicen intervenciones en determinados bienes protegidos. Como ya ha expuesto, al derecho a la no realización de una intervención corresponde el deber de no intervenir” (ALEXY, 1993, p. 294).

(*dever de salvar*). Ainda, constitui-se em um direito objetivo, demandando que o Estado, em obediência ao próprio caráter de regra que é peculiar do princípio da dignidade da pessoa humana, estruture-se de forma a conformar sua atuação aos imperativos de valorização e proteção do ser humano individual e coletivamente considerado, reconhecendo a primazia da proteção da experiência vital do ser humano, universal e igualitariamente, nos termos da Constituição Federal.

É assim, reconhecida a natureza *duplex* (direito objetivo e subjetivo) dos direitos fundamentais, especialmente o *direito à vida*, que a existência vital humana é especialmente protegida com uma intensidade ímpar.

Como pontuado anteriormente, a rede de proteção da vida humana, enquanto bem jurídico constitucionalmente tutelado, é estabelecida através de diversos âmbitos de realização.

A proteção indireta da vida humana pode ser reconhecida a partir da proteção doutros bens jurídicos encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil, como é o caso da saúde, da educação, da habitação, do trabalho, da previdência e assistência social, que, com propriedade, constituem-se naqueles *direitos concernentes à vida*, em regra designados como de segunda dimensão (ou geração) e assinalados como direitos sociais, bem como os direitos de terceira dimensão, como é o caso do meio ambiente, notadamente transindividuais. Entretanto, é de se destacar que é justamente no âmbito de tutela penal que a proteção direta constitucional à vida humana realiza-se com a mais elevada intensidade.

A tutela direta e jurídico-penal da vida humana, entendida no contexto da missão de *proteção do bem jurídico vida*, realiza-se através das normas penais incriminadoras dos crimes contra a vida (homicídio, instigação ao suicídio, infanticídio e aborto) instituindo mandamentos normativos que se consubstanciam na afirmação da proibição de matar e no dever de salvar, nos termos do *direito à vida* constitucionalmente estabelecido como a proteção contra a terminação arbitrária da existência vital humana. É, pois, nesse espaço jurídico de tutela direta, na qual a proteção penal se realiza através dos mecanismos mais gravosos à disposição do Direito, que a investigação do valor da vida humana pode ser realizada com maior propriedade.

CAPÍTULO IV - DO VALOR DO BEM JURÍDICO VIDA E SUA PROTEÇÃO PELO DIREITO PENAL

4.1. Breves observações sobre desenvolvimento histórico do conceito de bem jurídico

Com vista ao adequado estabelecimento das bases teóricas, para um estudo axiológico da vida humana é de se reconhecer a especial pertinência de uma investigação da proteção penal do *direito à vida*. Portanto indispensável, como questão precedente, a delimitação teórica do bem jurídico para precisar um conceito adequado à proteção dos bens jurídicos constitucionalmente estabelecidos em um Estado Democrático de Direito. Para isso, segue-se uma breve apresentação da evolução histórica do instituto jurídico do bem jurídico.

A construção teórica do bem jurídico, como elemento essencial da estruturação do tipo penal e das balizas limítrofes de seu âmbito de proteção normativo, encontra sua origem fortemente influenciada pelos ideais da Ilustração¹³⁶, especialmente o liberalismo político e o secularismo¹³⁷. A obstinada crítica da Ilustração ao absolutismo oferece uma nova perspectiva para a análise dos institutos jurídicos redundando no repúdio de normas fundamentadas tão somente na vontade

¹³⁶ Sobre a Ilustração: “Há actualmente a tendência de depreciar a filosofia da Ilustração por não ter criado nenhum novo sistema metafísico e, em sua vez, ter colocado em primeiro plano problemas, em sentido lato, antropológicos. Contudo, o passo dado pela Ilustração está cheio de consequências pois nela se iniciou um processo de secularização que não dissolveu pura e simplesmente, antes tornou problemáticos, os vínculos transcendentais da existência humana que até então haviam sido respeitados, como algo evidente, até pelos espíritos mais livres. Ao passar pela Ilustração, o homem tornou-se diferente. Só agora a ciência, em sentido moderno, se transforma no grande instrumento de objectivação que apoia e orienta o homem no que é dado da natureza e da história. Só vale como fundamento o que se pode compreender e dominar pela razão. Excluem-se os milagres e as ligações orgânicas dão lugar a deveres livremente aceitos. Porque o homem sente livre, atende também às opiniões alheias” (HEINEMANN, 1993, p. 207-8).

¹³⁷ Sobre a influencia da Ilustração no Direito Penal: *El principio de legalidad*. La idea de la *codificación*, es decir, el principio de que los límites de las libertades ciudadanas debían definirse legalmente, constituye el elemento básico de una filosofía del derecho penal influida por el pensamiento de la Ilustración. Todavía hoy es el *principio de legalidad, nulla poena, nullum crimen sine lege*, el criterio fundamental que inspira el derecho penal del Estado de derecho, tal como se concibe en la tradición alemana, y es acogido tanto en el Código Penal como en la Constitución: ‘Solo puede ser castigado el hecho cuya punibilidad esté determinada legalmente antes de que haya sido cometido’. Con él se garantizan que los límites de la libertad de los ciudadanos sean los mismos y rijan para todos sin excepción, y que, al mismo tiempo, se determinen con precisión tanto para los ciudadanos como para las instituciones. El principio de legalidad se ha convertido así en uno de símbolos más característicos del Estado de derecho. En él se concentran las esperanzas de que tanto el sistema como la administración de justicia penal sean transparentes, controlables y sinceros” (HASSEMER, 1999, p. 5).

arbitrária do soberano e nos dogmas religiosos de uma Igreja incestuosamente relacionada ao governante.

Nesse contexto, a arbitrariedade ou capricho pessoal tornam-se inadmissíveis como fundamento da aplicação de uma sanção penal e assim, “as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for à segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos” (BECCARIA, 1993:18).

A liberdade pessoal passa a ser considerada como o fundamento ético da própria essência do ser humano e, assim, qualquer limitação do âmbito de autodeterminação pessoal não pode, simplesmente, estar alicerçada em caprichos morais ou religiosos, mas sim, com acerto, deve encontrar uma fundamentação baseada na necessidade racionalmente demonstrável.

É justamente no contexto da Ilustração¹³⁸ que Paul Johann Anselm v. Feuerbach oferece sua tese para a justificação das sanções penais. Apresenta um conceito de delito que impõe a vinculação de todo tipo penal a uma efetiva lesão a um direito subjetivo ofendido pela conduta praticada por um dado sujeito ativo. Em suma, uma conduta meramente imoral ou pecaminosa completamente desvinculada de qualquer juízo de lesividade relevante a um direito subjetivo, não pode ser considerada como um delito¹³⁹. Essa concepção de delito lança as bases teóricas do princípio da lesividade, sustentando que não há crime, bem como, não há pena, sem a demonstração de uma efetiva lesão a um bem jurídico.

É certo que a noção de direito subjetivo oferecida por v. Feuerbach é passível de críticas, especialmente por não responder ao problema dos chamados

¹³⁸Da relação entre o conceito de bem jurídico e o pensamento da Ilustração: “O conceito de bem jurídico deve-se à ideia de bem do Iluminismo. Ele foi formulado e fundamentado por Paul Johann Anselm Feuerbach por volta do século XIX, como arma contra uma concepção moralista do Direito Penal. A infração contra uma norma moral (moral ou ética) não podia ser suficiente para explicar uma conduta como criminosa, senão, primeiramente, a prova de que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, precisamente “bens jurídicos”. Com isso foi introduzida a mudança para um sistema de Direito Penal orientado empiricamente, mesmo que ainda necessitasse de muitas lutas para atrair a atenção do legislador penal e dos juristas sobre as consequências dos seus procedimentos” (HASSEMER, 2005, p. 56).

¹³⁹Da função limitadora do bem jurídico: “Assinale-se que a noção de bem jurídico tinha, em seus primórdios, uma nítida feição liberal, sendo idealizado como um instrumento limitador da intervenção do Estado. Com a ideia de bem jurídico objetiva-se restringir o *jus puniendi* estatal através de uma concepção material de crime” (MOTTA, 2009, p. 109).

direitos difusos e coletivos, sendo, por muitos, considerada como superada¹⁴⁰. É de se reconhecer, porém, que ainegável contribuição do doutrinador lança as bases para um conceito material de delito e para o desenvolvimento de estruturas dogmáticas adequadas à limitação do poder punitivo do Estado realizado através do Direito Penal e apontando para a necessidade de demonstrar a lesividade como um elemento fundamental para a justificação da pena.

O termo *bem jurídico*, por outro lado, somente aparecerá na dogmática do Direito Penal um pouco mais tarde com Birnbaum¹⁴¹, quando já no século XIX, que superando a ideia da lesividade fundada na ofensa de um direito subjetivo, cunha o termo *bem jurídico* como objeto de proteção do Direito Penal¹⁴².

A intersubjetividade que alicerçava a concepção de Feuerbach é superada, nesse contexto, por um novo fundamento ontológico da ilicitude penal ancorado em um bem vulnerável, do ponto de vista naturalístico que, porém, é especialmente protegido pelo Poder Estatal através da incriminação e penalização de condutas

¹⁴⁰ Neste sentido: *“Conviene aclarar que la Dogmática jurídico-penal hace tempo que ha abandonado la primitiva concepción conforme a la que el objeto de protección del Derecho penal serían los derechos subjetivos del individuo o del Estado, y que hoy de hecho unánime opinión la de que lo que el Derecho penal protege son bienes jurídicos y no derechos subjetivos. Los bienes jurídicos, aun cuando su titular sea el individuo, son bienes del Derecho y reciben protección jurídica con independencia de cuál sea el interés que tenga en él su portador y como quisiera hacer valer dicho interés mediante el ejercicio del derecho subjetivo que generalmente acompaña a todo bien jurídico”* (DÍEZ RIPOLLÉS; GRACIA MARTÍN, 1993, p. 22).

¹⁴¹ Sobre a contribuição de Birbaum na teoria dos bens jurídicos: *“Cabe mencionar al menos tres razones por las que BIRBAUM en el año de 1834 elimina del Derecho penal la vulneración del derecho como elemento definidor del delito y la sustituye por el “bien” lesionado. Por un lado, que la teoría de la vulneración del derecho era equivocada y no suficientemente concreta, pues según la comprensión natural no se pueden lesionar derechos, sino solo los ‘bienes’ sujetos a aquellos. Por otro, que, debido a su pretensión filosófica, estaba orientada de modo primario a la legislación, pero no a las necesidades del aplicador del Derecho, que ha de partir del derecho positivo y, por ello, necesita de elementos generales por los cuales puede reconocerse que es lo que lo Estado quiere saber que se contempla como delito. Además, que el Derecho positivo contiene normas que se pueden reconducir sistemáticamente a un derecho subjetivo, entre ellas sobre todo las infracciones de policía. Calificarlas como “delitos”, pero no definir las como ‘vulneración de un derecho’ sería contradictorio. En fin, tradicionalmente han pertenecido siempre al Derecho penal positivo normas que se oponen a una reconducción a derechos individuales de libertad: así, los delitos relativos a la religión y la moralidad. Pues bien, su protección jurídico-penal solo se puede justificar, si religión y moralidad son entendidas como ‘bien común del pueblo’”* (GÜNTHER, 2000, p. 485).

¹⁴² Do surgimento do termo bem jurídico nas lições de Birnbaum: *“Sin embargo, la cuestión de si el concepto de bien jurídico, cuyo creador se considera a Birnbaum, tenía ya en la época en que surgió en el siglo XIX un contenido liberal y limitador de la punibilidad, es tan discutida como la conexión que frecuentemente se afirma que existe entre la teoría del bien jurídico y el Derecho penal de la Ilustración, que se había esforzado por restringir la punibilidad a los “daños sociales”, derivando también de ello ya la exigencia de impunidad de las meras infracciones contra la moral* (ROXIN, 1997, p. 55).

lesivas tanto contra bens pertencentes aos indivíduos como contra aqueles titulares que se constituam em entes tais como a coletividade ou a sociedade¹⁴³.

Noutra esteira, Binding oferece uma visão de bem jurídico meramente formal, defendendo que todos os interesses indicados pelo legislador como merecedores de proteção pelo Direito Penal são, por extensão, considerados, assim, como bens jurídicos¹⁴⁴. Pela análise de tal formulação teórica, qualquer situação que a vontade do legislador julgue pertinente transformar em bem jurídico, poderá, por meio do devido processo legislativo, converter-se em tal.

Nessa acepção de bem jurídico, o seu conteúdo é desvinculado de toda e qualquer valoração social e atrelado a uma tautologia: bem jurídico é tudo aquilo que o legislador considera como bem jurídico. Os problemas de tal posicionamento são evidentes. Primeiramente, ao desvincular a eleição do bem jurídico da real necessidade de proteção das condições elementares para o desenvolvimento da autodeterminação individual ou da garantia da paz social, perde-se, irremediavelmente, a possibilidade de fundamentar um conceito material de delito. Além disso, afasta-se qualquer função limitadora que o instituto poderia estabelecer sobre a produção legislativa, pois indica que a escolha do legislador é o critério elementar para que determinado valor seja considerado como bem jurídico. Tal concepção formalista é, pois, uma renúncia, sendo que por meio dela, a função limitadora do bem jurídico para o Direito Penal desaparece por completo.

Argumentar que o bem jurídico é absolutamente congruente com aquela posição eleita pela vontade do legislador como juridicamente valiosa é o mesmo que sustentar que qualquer situação arbitrariamente considerada valiosa pela autoridade legislativa bem poderia ser elevada à condição de situação protegida pelo Direito Penal, sem que, entretanto, seja necessário demonstrar qualquer lesividade individual ou socialmente verificável. Por fim, se certo que a missão do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos, um conceito meramente formal estabeleceria uma

¹⁴³ Mas o que marca a concepção de Birnbaum é a elevação “de novos referentes ontológicos da ilicitude penal e por imprimir um novo sentido à ideia de danosidade social”. Enquanto em Feuerbach apelava-se para “a disfuncionalidade das perturbações ou frustrações a nível da intersubjetividade, privilegiada pela compreensão de um crime como lesão de um direito subjetivo”, em Birnbaum “a lesão do bem jurídico aponta antes para o mundo exterior e objetivo que preferentemente relevam as ‘coisas’ valoradas como bens jurídicos” (PELARIN, 2002, p. 56).

¹⁴⁴ Sobre a contribuição de Binding: “*El concepto comenzó a refinarse con Binding, gracias a la concepción del bien jurídico como un estado valorado por el legislador (‘Todo lo que a los ojos del legislador tiene, como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, valor para la misma’)*” (JESCHECK, 1993, p. 232).

estrutura autorreferente. Ora, se o bem jurídico é uma estrutura normativo-abstrata completamente divorciada das necessidades individuais e/ou sociais e que existe somente como expressão formal da vontade do legislador plasmada em lei penal, poder-se-ia, segundo tal raciocínio circular, afirmar que a missão do Direito Penal é a proteção da própria legislação penal, sendo esta, nada mais do que o extrato normativo do arbítrio do legislador.

Dizer, nesse contexto, que não é possível a existência de norma penal incriminadora que não afete um determinado bem jurídico¹⁴⁵ seria uma afirmação completamente vazia de significado, uma vez que o legislador ao criar uma norma penal incriminadora já elege arbitrariamente uma situação que, presumidamente e para todos os efeitos jurídico-penais, é dada valiosa e assim, por si só, restaria formalmente fundamentado o *ius puniendi* estatal, ainda que tal fundamentação não encontrasse lastro qualquer nas necessidades individuais e sociais.

A aceitação de um conceito formalista de bem jurídico implicaria na inadmissível consideração de que a lesão do bem e a violação da norma incriminadora passariam a ser rigorosamente indissociáveis e, em certa medida circularmente autorreferentes, como o *Barão* de Münchhausen que eleva a si mesmo puxando-se pelos próprios cabelos. Se o fundamento da norma incriminadora resume-se à lesão ou colocação em perigo do bem jurídico e bem jurídico é toda posição sobre a qual uma norma penal incriminadora faz valer sua proteção, poder-se-ia afirmar que bem jurídico é tudo aquilo que a norma protege, sem considerar que antes de tudo, a norma penal, protegeria a própria criação, fundamentando a sua necessidade por si mesma, bastando demonstração silogística da subsunção do

¹⁴⁵Da inadmissibilidade de um conceito de delito divorciado da afetação de um bem jurídico: La necesidad del bien jurídico como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1º constitucional, que reza: "Costa Rica es una República democrática, libre e independiente"; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno. Como complemento a esta máxima democrática tenemos, por un lado, al principio de reserva, (artículo 28, párrafo 2 de la Constitución Política), que pone de manifiesto la inadmisibilidad en nuestro derecho positivo de una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. Y por otro, la existencia de un principio de legalidad criminal que señala un derecho penal republicano y democrático, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho (COSTA RICA, 1999).

fato concreto à norma para pressupor a abstrata lesão do valor tutelado penalmente. Tal procedimento nega a própria necessidade do bem jurídico como elemento fundamentador da tipicidade material¹⁴⁶.

Por outro lado, segundo v. Liszt, o bem jurídico não é uma criação do legislador que existiria somente no âmbito abstrato da normatividade, é, com mais acerto, um interesse concreto de pessoas concretas que, em decorrência do próprio valor natural, tem reconhecida sua importância pelo Direito e a necessidade de ser protegido pelo Direito Penal¹⁴⁷.

A ideia de *bem jurídico* centrado essencialmente na função limitadora do poder punitivo estatal sofre um grave revés na primeira metade do século XX. O surgimento do movimento nacional-socialista, na Alemanha, encontra partidários na Escola de Kiel¹⁴⁸ que oferecem as bases dogmáticas para o abandono da concepção liberal de bem jurídico substituindo-a por outra uma estrutura de delito que identifica o crime como uma lesão de um dever¹⁴⁹.

Ainda na primeira metade do século XX, a escola de Baden, capitaneada por Lask, oferece um conceito metodológico de bem jurídico.

Reagindo decididamente contra a compreensão legalista e positivista do direito, e acentuando nele a vertente teleológica imposta pela especificidade do mundo jurídico como entreposto entre os mundos do ser e do dever-ser e, por isso, como entidade referencial da realidade a específicos valores jurídicos, esta concepção faz dos bens jurídicos meras fórmulas interpretativas dos tipos legais de

¹⁴⁶Neste sentido: “A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado” (BRASIL, 2012, B:2).

¹⁴⁷Nestes termos: “Chamamos bens jurídicos os interesses que o Direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do Poder Público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero” (v. LISZT, 2003, p. 139).

¹⁴⁸Neste sentido: “*En la etapa del III Reich ha tratado de destruirse en Alemania cuanto se ha elaborado pacientemente y abominaron de los "bienes jurídicos" los partidarios de la Escuela de Kiel, Dahm y Schaffstein. Sin embargo, la concepción del bien jurídico es decisiva y a ella ha de atenerse, desentrañándose el tipo legal en todos sus elementos y requisitos, pero además del objetivo de la concreta disposición ha de fijarse el de los institutos a que se refiere, e incluso el conjunto de instituciones que regulan determinadas materias*” (ÁSUA, 1997, p. 114-5).

¹⁴⁹Sobre a Escola de Kiel: “*La exagerada crítica de la escuela de Kiel a la fundamentación supuestamente 'materialista' del concepto del bien jurídico produjo un cambio de acento en la concepción básica del delito, desde a lesión de un bien jurídico a la lesión de un deber*” (JESCHECK, 1993, p. 232).

crime, capazes de resumir compreensivelmente o seu conteúdo e de exprimir “o sentido e o fim dos preceitos penais singulares” (Honig), meras “abreviaturas do pensamento teleológico” que os penetra (Grünhut), em suma, expressões da *ratio legis* que lhes preside (Schwinge) (DIAS, 2007:115-6).

O conceito metodológico de bem jurídico direcionado, tão somente, para a realização de uma função hermenêutica promove, sem dúvida, um afastamento, senão uma renúncia, da principal função que orientou a sua criação¹⁵⁰.

O legislador, ao editar um preceito, tem sempre com ele em vista a tradução de um sentido e a obtenção de uma finalidade qualquer; pelo que com a mera existência do preceito ficaria dada, *eo ipso*, a existência de um bem jurídico. A atribuição ao bem jurídico de uma função puramente hermenêutica significaria, em suma, o seu esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal que nada adianta face à fórmula conhecida (e respeitável) da interpretação teleológica da norma (DIAS, 2007, p. 116).

O doutrinador alemão Hans WELZEL, por seu turno, considera o Direito penal como um guardião do mínimo ético de uma determinada sociedade, oferecendo um conceito de bem jurídico que o identifica com os valores ético-sociais elementares¹⁵¹. Tal noção, porém, opera uma confusão entre os limites do Direito e da moral, possibilitando, não a limitação do Direito penal, mas sim, a instituição de uma política criminal seletiva, demasiado branda com aqueles que se posicionam ao lado dos valores morais da classe dominante e demasiado severa contra aqueles considerados desviantes¹⁵².

¹⁵⁰ Sobre as consequências de um conceito meramente hermético de bem jurídico: “Procura-se vinculá-lo à *ratio legis* da norma jurídica – no sentido teleológico de cada tipo penal – o que acaba por convertê-lo em um simples método interpretativo. A essência da noção de bem jurídico tutelado deriva, de modo necessário, dos limites da descrição respectiva e não reside na natureza dos bens e valores que a determinam. Assim concebido, volatiza-se dentro do complexo normativo, sem que possa cumprir sua função essencial de crítica ou de restrição ao poder de legislar, em grande medida, por buscar legitimação da lei penal ou do *ius puniendi* do Estado no reconhecimento geral” (PRADO, 1997. p. 35).

¹⁵¹ Neste sentido: “*El derecho Penal lleva a efecto esta protección de bienes jurídicos del siguiente modo: mandando o prohibiendo acciones configuradas de determinada manera. Detrás de sus prohibiciones o mandatos se hallan los elementales deberes ético-sociales (valores de acto), cuya vigencia asegura conminado con pena su lesión. Solo así obtiene una protección realmente eficaz y permanente de los bienes, y restringida, además, a las formas de agresión reprobables desde un punto de vista ético-social*” (WELZEL, 1997, p. 5).

¹⁵² Nestes termos: “*Cuando se analiza el fenómeno norteamericano de la prohibición encontramos aspectos como los “empresarios morales” y “cruzadas simbólicas” [...] tras este existen valores culturales y morales que simbolizan un determinado estilo de vida, y que son colonizados por medio de la prohibición penal*” (HASSEMER, 1991, p. 24).

A imprecisão do termo “valores ético-sociais”, bem como outros semelhantes – p.e. “bons costumes” e “moralidade pública” –, implica uma subjetivação do significado permitindo que o marco valorativo seja determinado pela própria moralidade do magistrado¹⁵³. Tal imprecisão, além de constituir-se em flagrante atentado contra o princípio da taxatividade¹⁵⁴, constitui-se em dissimulada licença para a incriminação de condutas que, por nenhum outro motivo senão incongruentes com os valores morais dominantes, nada mais são do que a marginalização das escolhas de condução de vida de um determinado indivíduo, inserindo, assim, elementos característicos de um Direito Penal do autor¹⁵⁵.

A incerteza sobre o que o âmbito de proteção de uma norma penal incriminadora vinculada a um bem jurídico moralmente fundamentado possibilitaria que interpretações claramente discriminatórias e marginalizantes, tornando especialmente vulneráveis grupos sociais historicamente prejudicados pelo retrógrado e inaceitável preconceito de parcelas conservadoras do extrato social, como é o caso da proteção penal da moral pública como um elemento criminalizante de opções afetivas, semelhante ao que acontece em muitos lugares do mundo com os homossexuais¹⁵⁶.

Para uma exemplificação dos problemas de fundamentação do direito em valores essencialmente morais (bons costumes e moralidade pública) cita-se o caso do ato obsceno, que segundo o elástico, indeterminado e subjetivo crivo da valoração moral, bem pode ser considerado como irrelevante penal aquele beijo entre um homem e uma mulher, mas arbitrariamente etiquetar criminoso outro

¹⁵³Assim: “La moral no puede ser en sí misma un bien jurídico, ya que ello importaría eliminación de la noción de bien jurídico como límite a la libertad reemplazándolo por la voluntad del intérprete de lo que es moral. En otras palabras, las acciones privadas sólo quedarían exentas de la voluntad de los magistrados cuando el órgano encargado de decir qué es moral y qué inmoral así lo decidiera, lo que equivale a decir que la libertad misma quedaría sujeta a la simple voluntad de ese intérprete” (SILVESTRONI, 2004, p. 152).

¹⁵⁴Do princípio da taxatividade: “A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios” (TOLEDO, 2000, p. 29).

¹⁵⁵Nestes termos: “*En síntesis, esta concepción del derecho penal de autor, se orienta a punir más que al ‘hacer’, al ‘ser’ y a la ‘forma de ser’, lo que evidentemente trastoca al contenido ético social de la norma, para traducirlo en un contenido moral y ético individual de la persona, lo que está más allá del cometido del derecho, en cuanto orden de regulación de la relación social*” (CAMACHO, 2003, p. 305).

¹⁵⁶Neste sentido: “*Pero en segundo lugar se plantea la cuestión de por qué p.ej. no se puede considerar también las “concepciones morales dominantes” como un bien jurídico colectivo, o, si eso parece demasiado impreciso, por qué no se podría basar la punibilidad de la homosexualidad en un bien jurídico constituido por la “estructura heterosexual de las relaciones sexuales”*” (ROXIN, 1997, p. 54).

realizado nos mesmos moldes por um casal homoafetivo, inadmissivelmente identificando o bem jurídico com os bons costumes de uma classe dominante.

Dentre as concepções de bem jurídico designadas como teorias sociológicas¹⁵⁷ destaca-se o posicionamento de Günther Jakobs. Em um primeiro momento, o doutrinador alemão adota uma posição crítica ao princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, destacando que, em muitos casos, o fundamento material do delito não pode ser alcançado pela referência à lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico¹⁵⁸. Assinala como especialmente problemáticas a sustentação de uma relação necessária entre a existência do delito e a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico em casos tais como os maus-tratos contra animais (art. 32 da Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998)¹⁵⁹. Há outros delitos cujo cerne da lesividade está vinculado à análise cultural de elementos normativos do

¹⁵⁷Sobre outros teóricos da concepção sociológica de bem jurídico: “O perpassar evolutivo da noção de bem jurídico continua com um grande número de contribuições das mais variadas facetas, algumas de caráter negativo, até o aparecimento das concepções modernas, principalmente as sociológicas (funcionalistas sistêmicas e interacionistas simbólicas) e as constitucionais. Dentre as primeiras podem ser mencionadas as de K. Amelung, G. Jakobs, H. Otto, J. Habermas, W. Hassemer, R. P. Calliess, Mir Puig, Gomes Benitez, entre outros. Nessa perspectiva, em apertada síntese, Amelung entende ser a noção de bem jurídico válida como teoria sistêmica e critério de nocividade social. A legitimação substancial da referida noção encontra-se em Jakobs na vigência da norma enquanto objeto de tutela. Já Otto considera o bem jurídico como a relação real ou fática (situação) de um sujeito com um objeto relacional – unidade funcional. Entende-se por bem jurídico uma determinada relação concreta do indivíduo como algo que sirva para o desenvolvimento de sua personalidade. Habermas propõe uma série de critérios para a criação de bens jurídicos, em especial, a identidade social. Para Hassemer, o que importa não é a posição objetiva do bem e da conduta lesiva, mas a valoração subjetiva, com as variantes dos contextos social e cultural. Formula-se uma doutrina realista do bem jurídico, ancorada em diretrizes político-criminais de ordem racional (política criminal funcionalisticamente racional). As teorias sociológicas são por ele classificadas conforme cumpram uma função crítica ou sistêmica. As primeiras situam a noção de bem jurídico além do Direito Penal, transcendem o sistema. De outro lado, as sistemáticas reduzem-no a uma criação do legislador e são, por isso, imanentes ao sistema. Calliess insere o conceito de bem jurídico dentro de uma estrutura social de interação, vinculada ao Estado de Direito democrático. De modo similar, ainda que adotando a ideia de danosidade social, posiciona-se Mir Puig. O Direito Penal deve proteger os sistemas sociais, enquanto garantia do indivíduo. O que interessa aqui é a dimensão social do bem jurídico – necessidade social/possibilidade de participação no sistema social. De seu turno, Gomez Benitez reputa útil o conceito social de bem jurídico, desde que submetido a certas correções, tais como o conteúdo social do conceito (expressão direta de funcionalidade) e o dano social identificado com a necessidade de prevenção geral da pena” (PRADO, 1996, p. 36-9).

¹⁵⁸Nestes termos: “*Muchos contenidos de normas del Derecho vigente, no cabe explicarlos si se busca el fin de la norma sólo en la protección de bienes jurídicos, como sucede, entre otras, con las modalidades de hecho, de carácter objetivo y subjetivo, irrelevantes en relación con una lesión de bienes jurídicos. La protección de bienes jurídicos, por tanto, no alcanza explicar todos los elementos del delito. Ni siquiera es necesaria para todos los delitos. La equiparación de fin de la norma y protección de bienes jurídicos o de delito y lesión de bienes jurídicos fracasa sobre todo en los delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional*” (JAKOBS, 1997, p. 52).

¹⁵⁹Segue a redação do dispositivo: “Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal”.

tipo, como, p.e., o ato obsceno (art. 233 do Código Penal)¹⁶⁰, indicando que não é juridicamente possível a determinação de um limite absoluto para apartar o comportamento meramente imoral e a lesão a bens jurídicos como a “paz social”¹⁶¹. Entretanto, apesar da inicial indicação da insuficiência do conceito de bem jurídico para alicerçar o substrato material de todo e qualquer delito, reconhece que a utilização do mesmo não pode ser superada com o uso isolado do crivo de danosidade social¹⁶². Isso não significa que a noção de danosidade social deva ser abandonada, mas sim utilizada como primeiro filtro para a determinação de normas protetoras de bens jurídicos, de normas criadoras de bens jurídicos e de normas protetoras da paz social (JAKOBS, 1997). Não abandonando, ainda que minimize sua importância, oferece uma concepção de bem jurídico: “*Bien jurídico-penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respecto a los bienes, los roles y la paz jurídica*” (JAKOBS, 1997, p. 58).

Através de tal concepção, o Direito Penal, garantidor da validade fática das normas, torna-se um instrumento para a realização de uma política criminal fundada na prevenção geral positiva tomando para si a vanguarda na missão de estabilizar as expectativas elementares para o funcionamento do sistema social através da proteção jurídico-penal focalizada contra as lesões de deveres normativos¹⁶³. As

¹⁶⁰Segue-se a redação do dispositivo: “Art. 233 – Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

¹⁶¹Assim: “*No hay, pues, un límite absolutamente válido entre o comportamiento simplemente inmoral, por una parte, y lesión de bienes jurídicos, incumplimiento de deberes especiales y perturbación de la paz social, por otra; ahora bien, si puede determinarse el límite relativamente para una sociedad de características determinadas*” (JAKOBS, 1997, p. 55).

¹⁶²Neste sentido: “*A pesar de estos dos defectos de partida de que adolece la doctrina del bien jurídico, no es mejor rechazar rotundamente esta doctrina y determinar siempre el delito por medio de la danosidade social de comportamiento, sin intermediación de un bien jurídico*” (JAKOBS, 1997, p. 57).

¹⁶³Neste sentido: “Se partimos desse modelo estruturado sobre a noção de deveres normativos, então a chamada crise do princípio da ofensividade, que representa um verdadeiro entrave à explicação da realidade pela teoria do bem jurídico, parece ser finalmente passível de revisão e reformulação. Isso porque, esse modelo, elemento comum a todo delito seria esta lesividade comunicativa, presente em todo comportamento que violasse um dever normativo. Não sendo mais decisivo o ataque externo, acessível aos sentidos, de determinado bem, tornar-se-ia possível, então, explicar teoricamente os crimes de perigo abstrato, os delitos de tentativa e de transgressão, entre outras figuras da regulação penal da atualidade. Afinal, também estes, embora não impliquem em destruição parcial ou total de bens jurídicos, poderiam ser pensados como comportamentos portadores de significado lesivo, como violações de deveres e de expectativas de segurança normativamente configuradas. A título de exemplo, bastaria aqui pensarmos que o resultado danoso com base no resultado simbólico da conduta estaria presente tanto nos delitos cujo resultado tradicionalmente se afere em termos concretos e empíricos (ex: morte da pessoa, violação da liberdade sexual etc.), quanto naqueles cujo resultado apenas possa ser visto como lesão de um standard de conduta normativamente estabelecido (ex: crimes de perigo abstrato, violação de bens jurídicos coletivos etc.)” (LUZ, 2013, p. 163).

críticas ao modelo delineado por Jakobs fundam-se, principalmente, no abandono da prevenção especial como fim da sanção penal e da relativização das garantias constitucionais ao acusado para satisfação do princípio da proibição da proteção deficiente¹⁶⁴, base sobre a qual a teoria do “Direito Penal do Inimigo” se alicerçaria. Convém assinalar que a neutralidade da formulação do conceito de bem jurídico por Jakobs pouco ou nada contribui para o delineamento de uma política criminal comprometida com os valores elementares de um Estado Democrático de Direito, sendo inclusive de se pontuar, que o princípio da dignidade da pessoa humana não está devidamente compreendido em sua teoria¹⁶⁵.

A atual situação da busca por um conceito de bem jurídico adequado à satisfação da função limitadora do direito punitivo do Estado produziu e ainda produz diversos posicionamentos, geralmente agrupados em três grandes grupos¹⁶⁶, a saber: a) as teorias monistas de carácter individualista, manifestamente liberal, que considera todos os bens jurídicos como manifestações de lesões relacionadas com interesses individuais; b) as teorias monistas de carácter universal, estatal ou coletivo, que sustentam que o bem jurídico somente possui significação como um valor social especialmente protegido pelo Direito Penal, sendo que suas manifestações individuais são uma decorrência da proteção aos interesses sociais; e c) as teorias

¹⁶⁴Da crítica ao conceito de bem jurídico oferecido por Jakobs: “*Pero dado que él sólo limita esa tarea a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivas generales, en su construcción están ausentes elementos esenciales de la política criminal que son centrales en mi concepción: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado no se contemplan en su punto de partida teórico-sistémico*” (ROXIN, 2000, p. 52).

¹⁶⁵Neste sentido: “*Desde la perspectiva de Jakobs lo único decisivo es, como él mismo señala, la «fuerza de auto-conservación» del sistema: «...la perspectiva funcional no está comprometida con ningún modelo determinado. Quien sólo sabe que una sociedad está organizada funcionalmente, no sabe nada sobre su concreta configuración»*”. Incluso el mandato jurídico de que hay que respetar al otro como persona no está contenido como tal en las premisas teórico-sistémicas. Jakobs sólo dice que eso es «conciliable con una perspectiva funcional, aunque también caben otras perspectivas», como demuestra con el ejemplo de los esclavos en el periodo colonial o de «los tiradores del muro» en el anterior régimen comunista de la Alemania del Este. Por tanto, la teoría sistémica como fundamento del sistema jurídico penal es estéril en cuanto al contenido” (ROXIN, 2000, p. 53-4).

¹⁶⁶Nestes termos: “*Esta visión crítica se puede obtener más fácilmente con una concepción personalista del bien jurídico. Según HASSEMER, desde una visión antropocéntrica del mundo, los bienes jurídicos colectivos o universales solo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo. El punto de vista contrario, es decir, una concepción monista del bien jurídico de carácter universal o colectivo, reconduce la función del Derecho penal a la protección del sistema social en su conjunto y, solo dentro de él, en segundo plano, del individuo, considerando los bienes jurídicos individuales (vida, salud, libertad, etc.) como atribuciones derivadas de las funciones del sistema social. Por otra parte existen también las teorías llamadas dualistas que dividen y colocan en el mismo plano los bienes jurídicos individuales y colectivos, soslayando el problema, ignorando que es más que una simple cuestión sistemática lo que hay en juego en este tema*” (CONDE, ARÁN, 1998, p. 67).

dualistas ou mistas que reconhecem a existência de bens jurídicos individuais e coletivos em um patamar de paridade¹⁶⁷.

A fundamental diferenciação entre as teorias monistas de caráter individualista e as de caráter universal reside no seguinte aspecto exposto a seguir. As concepções individualistas não deixam de reconhecer a existência de interesses coletivos como a “economia popular” ou as “relações de consumo”, o que sustentam, é que tais interesses coletivos não podem ser declarados como legítimos bens jurídicos sem que se torne possível o estabelecimento de uma relação necessária com um concreto interesse individual. Assim, segundo tal construção teórica, uma ofensa dirigida contra um interesse coletivo, para que possa ser julgada como uma lesão ao bem jurídico deverá, necessariamente, submeter-se a um crivo de verificação, a saber, a recondução a uma efetiva lesão de um interesse de uma pessoa concreta, determinada e individualmente considerada¹⁶⁸. Por outro lado, as teorias de caráter universal, seguem por caminho inverso, reconhecendo a existência de interesses individuais, entretanto, subordinando sua proteção, como bem jurídico-penal, ao reconhecimento de um interesse público ou estatal¹⁶⁹ pela sua efetiva proteção no âmbito penal. Os partidários da teoria monista de caráter universal ou estatal reconhecem, assim, a proteção de interesses individuais como

¹⁶⁷Neste sentido: “Dessa forma, podemos verificar vários entendimentos sobre o tema em comento. Alguns autores, como Strantenwerth e Jakobs, sugerem, inclusive, o abandono da teoria do bem jurídico para o Direito Penal. O segundo afirma que o Direito Penal não protege o bem jurídico, senão a norma. Outros doutrinadores (Hassemer, Prittwitz, Francisco Muñoz Conde, Roxin, Jorge de Figueiredo Dias, entre outros) compreendem a relevância da teoria do bem jurídico ao Direito Penal. A Escola de Frankfurt (Hassemer, Prittwitz *et al*) propõe um afastamento do Direito Penal das categorias fora dos direitos individuais. Em contrapartida, Figueiredo Dias entende serem capazes de proteção penal também os bens relacionados a um aspecto geral, isto é, supraindividuais, coletivos ou difusos. Para Roxin, a definição de bem jurídico não pode ser limitada a bens jurídicos individuais, ela abrange também bens jurídicos gerais. Contudo, conforme o mesmo autor, estes bens somente são legítimos quando convêm terminantemente ao próprio cidadão” (ALMEIDA, 2013).

¹⁶⁸Neste sentido: “Este princípio apresenta-se para a política criminal, campo onde mais almeja influir, tanto mais rico em consequências quanto mais ele consiga apontar e restringir como “bens jurídicos” penalmente relevantes somente objetos palpáveis, concretos e delimitáveis. Conceitos como “saúde popular”, “condições funcionais do mercado de capitais”, “economia popular” ou “moralidade sexual coletiva” não trazem nenhuma pitada de política-criminal; eles servem para fundamentar tudo e nada ao mesmo tempo. Bens jurídicos modelares, segundo o paladar do princípio em apreço são de outro calibre. Trata-se dos interesses primários da pessoa à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade, ou seja, bens jurídicos individuais. Bens jurídicos universais, ao contrário – principalmente quando enunciados tão vagamente como os que acabamos de mencionar -, necessitam passar pelo teste que afere se eles, em última instância, remetem-se a interesses concretos e justos de pessoas concretas” (HASSEMER, 1993, p. 32).

¹⁶⁹Nestes termos: “Además, cabe preguntarse desde qué punto de vista ha de establecerse qué bienes, se asignen a quien asignen, son dignos de protección y la necesitan, este punto de vista es el público, aun cuando se trate de la protección de bienes privados, pues cuando se eleva algo a bien jurídico de una norma penal, ello quiere decir por definición que su protección se convierte en una tarea pública” (JAKOBS, 1997, p. 48).

desdobramentos dos próprios interesses públicos que, por meio do Direito Penal, reconhecem a importância social de sua salvaguarda.

Dentre as principais críticas opostas, duas demandam especial consideração. O primeiro argumento oposto às teorias monistas de caráter universal alicerça-se, justamente, na ideia de uma primazia axiológica dos interesses coletivos e estatais sobre os interesses individuais. Como na visão de J. J. ROUSSEAU¹⁷⁰, uma concepção monista de bem jurídico de caráter estatal, pressupõe não somente uma supremacia dos interesses do Estado ou da sociedade sobre as posições individuais, mas também e principalmente, que todos os bens jurídicos, mesmo aqueles derivados de direitos e garantias individuais, somente possuem significado e merecem proteção, se considerados, antes de tudo, como bens jurídicos cuja titularidade repousa à sombra do Estado ou da coletividade.

Nesse sentido, o ser humano deixa de ser importante por si só, uma vez que somente o é quando sua individualidade está dissolvida no próprio coletivo que é o povo soberano e seus direitos somente são protegidos, não enquanto próprios, mas somente como reflexos da proteção coletiva do corpo social.

Trata-se de uma posição que não considera o ser humano como ser autônomo que se constitui no substrato elementar da sociedade. Por outro lado e com acerto, o ser humano somente é considerado como fração do povo, protegido em razão da sua participação na constituição da população, mas não em face de seu caráter de ser *per se* pleno de dignidade.

A vinculação dos direitos humanos e dos bens jurídicos a uma titularidade transindividual não somente afasta qualquer possibilidade de fundamentação dos direitos humanos na figura do ser humano individualmente considerado – como é de se reconhecer imperativo pelo princípio da dignidade humana - como também minimiza, se não dissolve, a função limitadora do bem jurídico. Além disso, demole qualquer pretensão de um Direito Penal garantidor das liberdades individuais

¹⁷⁰ Neste sentido, sobre o contrato social e a dissolução dos direitos individuais na concepção de Estado de Rousseau: “Bem compreendidas, essas cláusulas se reduzem todas a uma só, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a comunidade. Pois, em primeiro lugar, cada qual dando-se por inteiro, a condição é igual para todos, ninguém tem interesse em torná-la onerosa para os demais. Além disso, como a alienação se faz sem reservas, a união é tão perfeita quanto possível e nenhum associado tem algo a reclamar, pois, se restassem alguns direitos aos particulares, como não haveria nenhum superior comum capaz de decidir entre eles e o público, cada qual sendo em algum ponto seu próprio juiz, pretenderia sê-lo em todos; o estado de natureza subsistiria e a associação se tornaria necessariamente tirânica” (1999, p. 21).

contrariando frontalmente a própria idealização de um Direito Penal engajado na proteção de direitos e garantias individuais, bem como limitado por eles.

A ideia de supremacia dos interesses estatais parte da ingênua premissa de que o Estado é o portador da única e verdadeira autoridade para ditar, tal qual oráculo, os mais elevados valores da sociedade e os meios necessários para a sua proteção. Esse Estado “utópico”, portador da enunciação da Justiça, é a mais evidente tradução de uma concepção paternalista, tomando para si, em última instância, a decisão, não somente de como a sociedade deve se organizar – uma vez que arroga para si o papel de oráculo da *vox populi* ou da vontade geral - mas também, de como o indivíduo deve viver a própria vida ou gozar a própria liberdade¹⁷¹.

O argumento de solução *pro societatis*, muitas vezes utilizado na determinação dos limites dos direitos e garantias individuais constitucionalmente estabelecidos, desconsidera, em não poucos casos, que não há maior interesse social do que a dignidade da pessoa humana e a efetiva garantia dos direitos fundamentais de todos os indivíduos. Além disso, soluciona, de forma simplista, a tensão entre direitos fundamentais individuais e os interesses sociais, deturpando a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A deturpação reside no fato de que, partindo da hipótese de que os interesses estatais ou sociais devem ser considerados sempre hierarquicamente superiores – como se os interesses de muitos superassem os do indivíduo – a máxima da proporcionalidade é, em verdade, completamente abandonada, uma vez que, se a superioridade de um interesse sobre outro deve ser sempre presumida, não há que se falar em proporcionalidade, mas mera verificação de precedência.

O não reconhecimento da mútua implicação entre os direitos individuais, reconduzindo-os, todos, a uma titularidade estatal ou social, estabelece, por conseguinte, uma relação abstrato-normativa que, a princípio, sempre será resolvida pela precedência e não pelo sopesamento entre as posições jusfundamentais em tensão. A mitigação dos direitos individuais em face do superdimensionamento dos interesses estatais frustra, irremediavelmente, a aplicação do princípio da

¹⁷¹Neste sentido: “*Es más, vimos que el Estado concebido como un "marco para la utopía" no puede impedir que los individuos se agrupen en comunidades con sus propias expectativas esenciales que incluso pueden ser contrarias al propio marco utópico sobre el que se legitima el Estado, razón por la cual éste se ve impedido no sólo de intentar imponer determinadas "expectativas" sino de transformar a las mayoritarias o dominantes en el bien supremo a preservar por la norma penal*” (SILVESTRONI, 2004, p. 151).

proporcionalidade nas situações em que uma posição individual resta em tensão com outra estatal ou transindividual, desmantelando, assim, qualquer possibilidade de reconhecimento de uma relação de dupla implicação entre tais posições e a máxima da proporcionalidade, sem a qual não há possibilidade de sopesamento¹⁷².

Enquanto a dignidade da pessoa humana fundamenta a ideia de que todo ser humano é, em última análise, o titular e responsável pela condução de sua vida, a concepção de um Estado paternalista parte da noção de que a pessoa humana, imperfeita por natureza, não possui o discernimento necessário para escolhas capitais. Assim, subtrai dela a capacidade decisória sobre a própria vida, mesmo em situações completamente despidas de lesividade social, impondo sobre ela aquilo que julga ser de interesse social.

Por fim, sobre as objeções à teoria monista universal ou estatal, deve-se considerar que os bens jurídicos coletivos, muitas vezes, revestem-se de uma imprecisão congênita – p.e., o sentimento de pudor coletivo – de tal magnitude que os limites interpretativos padecem de tamanha indeterminação a qual permite um número indeterminado de interpretações possíveis, de modo que o seu conteúdo passa a ser, em verdade, precisado livremente pelos próprios valores pessoais do magistrado em manifesto atentado contra a própria segurança jurídica das decisões judiciais.

Por outro lado, a concepção monista individualista de bens jurídicos sustenta que todos os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal poderiam ser reconduzidos a uma concreta lesão de um interesse individual juridicamente tutelado. Assim, para os teóricos adeptos de tal concepção, a proteção penal de bens jurídicos considerados como de titularidade transindividual somente seria justificável caso fosse possível verificar se a ofensa contra o mesmo implica também uma efetiva lesão de um interesse individual concreto¹⁷³.

¹⁷² No sentido de uma relação de mútua implicação entre os direitos fundamentais em situação de tensão: “É esse equilíbrio a própria ideia do Direito, manifestado inclusive na simbologia da balança, e é ele a que se pretende chegar, com Estado de direito e Democracia. A proporcionalidade na aplicação é o que permite a coexistência de princípios divergentes, podendo mesmo dizer-se que entre esses e ela, proporcionalidade, há uma relação de mútua implicação, já que os princípios fornecem valores para serem sopesados, e sem isso eles não podem ser aplicados” (GUERRA FILHO, 2007, p. 160).

¹⁷³ Neste mesmo sentido: “É importante ressaltar, por fim, que o fato de Hassemer centrar a finalidade do Direito Penal na proteção de bens individuais, não significa que o autor seja contrário à tutela de bens supraindividuais. Ele não desqualifica todo o tipo de proteção desse grupo de bens jurídicos, mas defende que estes sejam delimitados da melhor maneira possível, funcionalizados a partir de uma perspectiva individual. Afirma, em diversas oportunidades, que os bens jurídicos universais

É certo que, em muitos casos de direitos assim designados como coletivos, a referida operação é, além de possível, facilmente reconhecível, como se observa na situação de alguns crimes contra a organização do trabalho, tal como o atentado contra a liberdade do trabalho, constante no art. 189 do Código Penal¹⁷⁴. Entretanto, a grande crítica dirigida contra a tese monista individualista toma substância quando apontado o problema de que tal redução do bem jurídico a uma lesão concreta de um direito individual noutros casos para além dos direitos coletivos. Se por um lado é possível determinar uma pessoa como a vítima direta da lesão em casos de direitos individuais de expressão coletiva¹⁷⁵, por outro, nos casos de direitos difusos que, por sua natureza, não de ser considerados como transindividuais, indivisíveis e de titularidade indeterminável, como ressalta o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁶, tal operação restaria problemática, senão impossível, como é o caso nalguns crimes de perigo comum e abstrato, dando como exemplo o art. 269 do Código Penal¹⁷⁷.

merecem proteção penal, o que só seria permissível, contudo, se todos forem funcionalizados a partir do indivíduo” (OLIVEIRA, 2013, p. 58).

¹⁷⁴Segue-se a redação do dispositivo: “Art. 197 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça:I - a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias:Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência;II - a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de greve ou paralisação de atividade econômica:Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência”.

¹⁷⁵Sobre os direitos coletivos e direitos individuais de expressão coletiva: “Muitos desses ditos direitos coletivos, sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados na maior parte, como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 36, VI), o direito de greve (arts. 9º e 37, VII), o direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos (art. 10), a representação de empregados junto aos empregadores (art. 11), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); ou caracterizados como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e III, 27, § 4º, 29, XIII, e 61, §2º, ou, ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, § 3º. Apenas as liberdades de reunião e associação (art. 5º, XVI a XX), o direito de entidades associativas de representar seus filiados (art. 5º, XXI) e os direitos de receber informações de interesse coletivo (art. 5º, XXXIII) e o de petição (art. 5º, XXXIV, a) restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos. Alguns deles não são propriamente direitos coletivos, mas direitos individuais de expressão coletiva, como as liberdades de reunião ou de associação” (SILVA, 2006, p. 195).

¹⁷⁶Segue-se a redação do referido dispositivo: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;III - interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

¹⁷⁷Segue-se a redação do referido dispositivo: “Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Sendo assim, ainda que a teoria monista individualista satisfaça adequadamente a função de limitação da pretensão punitiva estatal, padece do problemaa que o Direito Penal contemporâneo, especialmente o brasileiro, dedica-se, cada vez mais, à proteção de direitos considerados como transindividuais¹⁷⁸, especialmente os difusos, que não podem ser reduzidos, por sua natureza conceitual, à mera somatória de interesses individuais.

Mesmo considerando os bens jurídicos de titularidade estatal, como a Administração Pública e a Administração da Justiça¹⁷⁹ observa-se que não são adequadamente representados no âmbito da concepção individualista, não sendo argumento suficiente que a Administração Pública, em última análise, constitui-se em interesse do Estado considerado como um particular. Ainda, nem toda lesão ao bem jurídico Administração Pública pode ser reduzido a uma lesão concreta a uma pessoa individualmente considerada, especialmente em situações nas quais se verificam normas incriminadoras que tutelam os aspectos formais da legalidade em matéria administrativa.

As teorias mistas, por outro lado, procuram conciliar a existência de bens jurídicos individuais e transindividuais em um mesmo plano axiológico sem que uma categoria se subordine ou se insira no contexto da outra. Pesa sobre as mesmas a crítica lançada, em regra, contra todas as teorias mistas, a saber, quea simples síntese das duas teorias monistas (individualista e universal), ao contrário de superar as deficiências de cada uma, isoladamente consideradas, estabelece uma mera aglutinação teórica que dilui as virtudes que cada uma delas, unitariamente, poderia ter. Tal crítica, de fato, pertinente em algumas construções teóricas, não é aplicável na presente situação.

A construção de um conceito de bem jurídico adequado ao Direito Penal brasileiro deve ser realizada a partir dos fundamentos jurídicos e políticos

¹⁷⁸Neste sentido: “Somado a esse fator, tem-se, também, a transformação do Estado Liberal para o Social, no qual se percebeu a imprescindibilidade de se proteger direitos que transcendessem a “esfera individual”, e se projetassem “em grupos ou na sociedade globalmente considerada”. Nesse passo, surge a categoria de bem jurídico transindividual, cuja titularidade vai além do indivíduo considerado em si mesmo” (COSATE, 2013).

¹⁷⁹Neste sentido: “A pesar de estas evoluciones la cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de “bien jurídico” de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido. En primer lugar, no es posible limitarlo a los bienes individuales, ya que el StGB protege muchos bienes jurídicos de la comunidad, como el Estado (§§ 81 ss.), las divisas (§§ 146 ss.) o la Administración de Justicia (§§ 153 ss.), cuya lesión también merece indiscutiblemente una pena desde la perspectiva de un concepto material de delito” (ROXIN, 1997, p. 54).

estabelecidos na Constituição¹⁸⁰. Observando-se a redação da Carta Magna brasileira, é evidente que o constituinte elencou uma série de valores merecedores de especial consideração e, ao levar a cabo tal operação política, indicou valores tanto individuais (vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, etc.) quanto transindividuais (meio ambiente, a organização do trabalho, entre outros).

Reconhecendo-se o caráter fragmentário do Direito Penal¹⁸¹ é imperativo salientar que o elenco de bens jurídicos deve vincular-se ao rol de valores constitucionais, de tal forma que o legislador infraconstitucional não está autorizado a inflacionar ou multiplicar os bens jurídicos tutelados penalmente para além dos limites determinados no texto constitucional¹⁸².

Pode-se, assim concluir, que é imperativo reconhecer que o caráter fragmentário do Direito Penal impõe um mandamento ao legislador infraconstitucional que restringe a criação desenfreada de bens jurídicos, limitando tal tarefa criadora ao plano daqueles valores previamente indicados pela Constituição como particularmente valiosos e, portanto, merecedores de especial proteção jurídica, inclusive e especialmente, pelo Direito Penal, quando necessário

¹⁸⁰Neste sentido: “O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico, exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal, como ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no texto magno. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeira restritiva. A conceituação material de bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra como valor. Esta circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e valores de uma determinada época. Não cria os valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico” (PRADO, 1997, p. 76).

¹⁸¹Sobre o caráter fragmentário do Direito Penal: “Resumindo, “caráter fragmentário” do Direito Penal significa que o Direito Penal não pode sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra os bens mais relevantes” (BITENCOURT, 2012, p. 54).

¹⁸²Neste sentido: “O resultado de tal inflação, apenas polida pelas distintas leis descriminalizadoras dos últimos anos, é, simplesmente, a dissolução do conceito de “bem penal” como critério axiológico de orientação e delimitação das opções penais. A multiplicidade, a causalidade, a contingência e, às vezes, a inconsistência dos bens equivalem, de fato, à desvalorização da ideia mesma de “bem” e indicam sobrecarga de funções impróprias que lastreiam nossa justiça penal. A análise dos bens, valores ou privilégios legalmente tutelados reveste-se de uma relevância não só científica senão também política, pois proporciona o pressuposto de toda valoração crítica e de toda consideração de reforma do direito vigente. Se é certo, como escrevera Jhering, que: “a tarifa das penalidades é a medida do valor dos bens sociais” e que “colocando de um lado os bens sociais, e, de outro, as penas, consegue-se chegar à escala de valor da sociedade”, é difícil negar o caráter pletórico, antiliberal, irracional, tendenciosamente classista, e contrário à Constituição, da escala de bens tutelados por nosso direito penal, em contradição com o escasso valor outorgado à liberdade pessoal, inclusive, em face da prática de infrações levíssimas” (FERRAJOLI, 2002, p. 380-1)

para a proteção de um específico bem jurídico contra lesões particularmente significativas¹⁸³.

Ora, sabendo que a Constituição Federal reconheça existência de valores individuais e transindividuais autônomos entre si, é de se considerar, que em decorrência do quadro de valores jurídicos indicados pela axiologia constitucional, um conceito de bem jurídico-penal deve estabelecer-se nos limites de uma teoria mista que também reconheça a existência autônoma de valores individuais e transindividuais.

4.2.O conceito de bem jurídico adotado e suas implicações

Apresentada, durante a exposição da síntese histórica, uma série de teorias sobre o conceito de bem jurídico foi possível identificar uma diversidade de concepções sobre o bem jurídico-penal, cada uma, a seu modo, informando outras tantas formas de conceber os fins do próprio Direito Penal. Assim, a escolha de um conceito de bem jurídico-penal não implica, somente, na eleição de modelo axiológico e interpretativo para as normas incriminadoras, mas também e principalmente, da própria política criminal que determinará a missão do Direito Penal e dos limites do poder punitivo estatal. Dada a evidente importância de tal eleição, faz-se mister a precedente indicação de critérios para a escolha de um bem jurídico congruente com a Constituição Federal.

A escolha de um conceito de bem jurídico adequado à satisfação das exigências constitucionais passa, necessariamente, pela conformidade conceitual em relação a quatro crivos fundamentais: (i) os bens jurídicos protegidos penalmente

¹⁸³Neste sentido: “Resgatando o postulado da teoria constitucionalista genérica de que o bem jurídico a ser eleito pelo legislador não pode conflitar com o quadro axiológico da Constituição, Regis Prado conclui que o ‘ponto de partida’ do Direito Penal é dado pelo conceito de pessoa, afinal, a Lei Maior erige a dignidade humana como sendo o fundamento máximo do modelo de Estado de Direito. Nesse contexto: O Estado existe para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductum est*. De sorte que ele só pode ser concebido como garantidor da liberdade/dignidade do homem. É meio e não fim. A Constituição e toda a atividade estatal devem ser alinhadas a partir desse sentido e supremo objetivo. Assinala-se ao Estado, em relação à pessoa, não uma missão de domínio, mas de serviço. E como forma de consolidar esse paradigma, são conferidos direitos fundamentais à pessoa que constituem um limite à atuação do legislador, sobretudo no momento da criação do injusto penal, tendo em vista o seu caráter limitativo. Destarte, é o Texto Constitucional que circunscreve a área de criminalização, na medida em que os bens protegidos pela tipificação encontram correspondência constitucional. Ocorre, portanto, uma delimitação do poder punitivo que vai de encontro à função restritiva de bem jurídico” (COSATE, 2013).

devem consubstanciar-se em posições axiológicas especialmente relevantes para a autodeterminação da vida humana e para a garantia da paz social; (ii) o conceito escolhido deve ser suficiente para cumprir uma dupla função, ou seja, como uma limitação da atuação punitiva do Direito Penal e como garantia à proteção de posições jusfundamentais gravadas na Carta Política¹⁸⁴; (iii) deve ser suficientemente neutro, do ponto de vista moral, religioso e ideológico, de forma a possibilitar o reconhecimento de valores constitucionalmente protegidos a partir de um Estado Democrático de Direito que reconheça entre seus fundamentos o pluralismo político e entre seus objetivos, a promoção do bem de todos, sem discriminação de qualquer natureza (artigos 1º, V e 3º, IV, todos da Constituição da República Federativa do Brasil); e (iv) toda escolha deve levar em consideração, em razão da especial intensidade da sanção penal, o princípio da dignidade humana.

Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal devem necessariamente constituir-se em relevantes posições e valores dignos de uma intensa proteção jurídica e nesse sentido, é de se afirmar, que esse filtro de importância não pode ser realizado por outro meio, senão a referência ao texto constitucional face ao teorema da supremacia das normas constitucionais, como decorrência necessária do axioma da fundamentalidade da Carta Política¹⁸⁵.

Sendo certa a proposição de que a Constituição necessariamente oferece a fundamentação derradeira do ordenamento jurídico¹⁸⁶, é também de se afirmar que o rol de bens jurídicos que, em razão de sua importância merecem proteção penal, deve guardar identidade com os mesmos valores fundamentais, explícita ou

¹⁸⁴ Neste mesmo sentido: “*El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado*” (ROXIN, 1997, p. 55-6)

¹⁸⁵ Sobre o teorema da supremacia: “*Afirma que las normas que integran la constitución formal tienen jerarquía superior a las de las restante normas que integran el orden jurídico positivo del Estado. Esto se deriva del carácter de fundamental que tienen tales normas, ya que – como afirmé recién – las normas constitucionales tienen la esencia de la estructura del Estado y, en consecuencia, tal esencia no puede ser desnaturalizada por una norma ordinaria*” (EKMEKDJIAN, 2000, p. 31)

¹⁸⁶ Sobre a fundamentação constitucional do ordenamento jurídico: “*À constituição cabe, portanto, fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico, uma vez desaparecida a crença na fundamentação ‘sobrenatural’ de um direito de origem divina, e também na confiança na ‘naturalidade’ do direito, que não se precisa tornar objetivo pela positivação, por autoevidente ao sujeito dotado de racionalidade. Os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional*” (GUERRA FILHO, 2007, p. 20).

implicitamente, indicados como merecedores de tutela em uma Constituição extensa como é a brasileira.

Face, portanto, à supremacia constitucional e à rigidez¹⁸⁷ da Carta Política, uma teoria dos bens jurídicos penais, deve, necessariamente, ser fundamentada no próprio alicerce elementar do ordenamento jurídico, guardando conformidade com os valores constitucionais, expressos ou implícitos na Carta Política e por meio desses, encontrar sua missão garantidora dos direitos fundamentais.

Nessa esteira, uma vez que a Carta Política brasileira reconhece a existência de direitos e valores dignos de proteção constitucional que possuem titularidade individual (vida, liberdade pessoal, igualdade, segurança e propriedade, p.e.), estatal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, p.e.) e transindividual (meio ambiente, direitos do consumidor, ordem econômica, p.e.), torna-se inescapável o reconhecimento de que os bens jurídicos do Direito Penal devem ser compreendidos a partir de uma teoria mista, ou seja, que apresentem no mesmo plano axiológico a existência de bens jurídicos tanto individuais como transindividuais e estatais.

A utilização de um conceito de bem jurídico segundo as teorias mistas torna-se ainda mais imperativo, de forma a estabelecer-se como um instrumento apto à limitação do poder punitivo estatal e à proteção das posições jusfundamentais, o reconhecimento da auto-implicação necessária entre posições em tensão - tanto entre direitos individuais entre si, quanto entre estes e aqueles estatais, difusos ou coletivos, e mesmo entre estes – e a máxima da proporcionalidade.

Nesse sentido, a teoria mista que pugna por uma situação *prima facie* de equivalência axiológica dos bens jurídicos constitucional e penalmente protegidos, permite a afirmação de que um eventual conflito entre tais somente pode ser, adequadamente solucionado, no caso concreto e por meio do sopesamento. Não há de se afirmar, portanto, que os bens jurídicos individuais sempre prevalecem sobre os transindividuais, tampouco a inversa seria verdadeira.

¹⁸⁷ Sobre a decorrência do princípio da supremacia face ao caráter rígido da Constituição da República Federativa do Brasil: “Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político’. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; É nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas” (SILVA, 2005, p. 45)

A natureza de princípios dos direitos fundamentais, qualquer que seja sua dimensão, demanda que os conflitos entre eles não podem ser solucionados por meio da mera utilização de um juízo de precedência estabelecido desde uma régua abstrata e previamente determinada.

A teoria mista, nesse sentido, além de guardar conformidade com os bens jurídicos constitucionalmente enunciados, permite o reconhecimento da máxima da proporcionalidade como única forma de solução entre tensões e entre as posições jusfundamentais, servindo, ainda, como limite para atuação estatal e garantindo que um direito ou garantia fundamental não sejam aniquilados pela presunção de prevalência de interesses individuais concretos sobre os interesses estatais e transindividuais (conforme a teoria monista individualista), bem como evitando a inversa, ou seja, que os interesses estatais e coletivos, sempre sufoquem os interesses individuais constitucionalmente protegidos (posição monista estatal).

A evidente necessidade de vinculação do bem jurídico protegido pelo Direito Penal aos princípios e ao texto constitucional implica, ainda, no respeito ao pluralismo político e o laicismo, que se consubstanciam em elementos fundamentais para o alicerce de um Estado Democrático de Direito.

A vinculação necessária e irrefutável entre a Democracia e o pluralismo político pode ser evidenciada pelas próprias bases conceituais que os afastam do totalitarismo e do autoritarismo¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Sobre o autoritarismo e totalitarismo: "O sociólogo político Luan Linz, que é dos autores que mais contribuíram para precisar a distinção entre "Autoritarismo" e "totalitarismo" na tipologia dos sistemas políticos contemporâneos, propõe esta definição: "Os regimes autoritários são sistemas políticos com um pluralismo político limitado e não responsável; sem uma ideologia elaborada e propulsiva, mas com mentalidade característica; sem uma mobilização política intensa ou vasta, exceção feita em alguns momentos de seu desenvolvimento; e onde um chefe, ou até um pequeno grupo, exerce o poder dentro dos limites que são formalmente mal definidos, mas de fato habilidosamente previsíveis". O primeiro ponto diz respeito ao pluralismo político: um pluralismo limitado de direito e de fato, mais tolerado do que reconhecido e não responsável, no sentido de que o recrutamento político de indivíduos provenientes das diversas forças sociais não se baseia sobre um princípio operante de representatividade dessas forças sociais, mas sobre escolha e preferência do alto. O segundo ponto destaca o baixo grau de organização e de elaboração conceptual das teorias que justificam o poder dos regimes autoritários e, por consequência, a sua modesta dinâmica propulsiva. O terceiro ponto acentua a escassa participação da população nos organismos políticos e parapolíticos, que caracteriza os regimes autoritários estabilizados, mesmo quando em certas fases de sua história, especialmente em fases iniciais, a mobilização pode ser muito maior. Finalmente, o quarto aspecto torna claro o fato de que o poder do chefe ou da elite governante se exerce dentro de limites bastante definidos, mesmo quando não estão estabelecidos formalmente. Estes limites estão evidentemente ligados a outros aspectos dos regimes autoritários: o pluralismo moderado, a falta de uma ideologia propulsiva, escassa mobilização e ausência de um eficiente partido de massa" (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO; 1998, p. 101).

Os regimes autoritários e totalitários, em essência, diferenciam-se dos regimes democráticos em razão do limitado pluralismo ou completa ausência do mesmo, respectivamente. Nessa esteira, a concepção de um Direito Penal orientado para a proteção de posições ideológicas ou pessoais, completamente divorciadas dos valores constitucionais – por evidência, essencialmente democráticos – e de qualquer juízo de lesividade a direitos individuais ou interesses coletivos, constitui-se em modelo jurídico-penal típico de regimes totalitários e autoritários. Isso se dá, pois a transmutação da ideologia pessoal em lei é, irremediavelmente, uma prática ofensiva ao pluralismo político e, portanto, completamente incompatíveis com qualquer concepção de democracia. Isso porque toda defesa de meros valores políticos através do Direito Penal, antes de proteger os direitos fundamentais e interesses coletivos, protege somente a própria ideologia. Sendo assim desprovida de qualquer alicerce em posições jusfundamentais, de uma ou outra forma, uma norma penal que tutele mera posição ideológica não passa de uma tentativa de legitimação de uma forma de dominação¹⁸⁹.

O imperativo da separação dos interesses do Estado dos dogmas religiosos de qualquer Fé, segundo o disposto no artigo 19, I da Constituição Federal, se por um lado impõe que o Estado deve ser igualmente tolerante com todos os credos, por outro lado, face ao reconhecimento de que todos devem ser tratados igualmente, impõe, ainda, que o Estado não pode assumir uma posição de preferência em relação a um deles. Institui-se, portanto, um imperativo mandamento de secularização do próprio Direito, neutralizando-o contra uma fundamentação pura ou meramente teológica.

O laicismo¹⁹⁰, nos termos do art. 19, I da Constituição da República Federativa do Brasil determina que a relação do Estado com qualquer credo

¹⁸⁹ Neste sentido: “Assim, uma ideologia não é necessariamente ‘falsa’: quanto a seu conteúdo positivo, ela pode ser ‘verdadeira’, muito precisa, pois o que realmente importa não é o conteúdo afirmado como tal, mas *o modo como esse conteúdo se relaciona com a postura subjetiva envolvida em seu próprio processo de enunciação*. Estamos dentro do espaço ideológico propriamente dito no momento em que esse conteúdo – ‘verdadeiro’ ou ‘falso’ (se verdadeiro, tanto melhor para o efeito ideológico) – é funcional com respeito a alguma relação de dominação social (‘poder’, ‘exploração’) de maneira intrinsecamente não transparente: *para ser eficaz, a lógica de legitimação da relação de dominação tem que permanecer oculta*. Em outras palavras, o ponto de partida da crítica da ideologia tem que ser o pleno reconhecimento do fato de que é muito fácil *mentir sob o disfarce da verdade*” (ZIZĚK in ZIZĚK, 1996, p. 14).

¹⁹⁰ Sobre o conceito de laicidade: “A laicidade é uma noção que possui caráter negativo, restritivo. Sucintamente pode ser compreendida como a exclusão ou ausência da religião da esfera pública. A laicidade implica a neutralidade do Estado em matéria religiosa. Esta neutralidade apresenta dois sentidos diferentes, o primeiro já destacado acima: exclusão da religião do Estado e da esfera

desenrole-se sempre e tanto com respeito à neutralidade e imparcialidade. A imparcialidade no sentido de que é defeso ao Estado tomar partido desta ou daquela religião, impondo-se o tratamento igualitário de todos os credos. A neutralidade que impõe que as razões do Estado, e especialmente as razões do Direito, não podem ser alicerçadas em um particular dogma meramente religioso ou em proposição de caráter meramente teológico.

A secularização da sociedade brasileira¹⁹¹ e o reconhecimento do Laicismo como elemento essencial da própria democracia, uma vez que não pode ser compreendida uma sociedade democrática sem a mais absoluta tolerância religiosa¹⁹², demandam a imunização do Direito contra fundamentos teológicos ou contra bens jurídicos fundados nesta ou naquela crença em particular. Por certo, ainda existe um longo caminho e retrocessos são verificados em qualquer processo social, mesmo assim, a neutralidade em matéria de Fé aplicada ao Direito e a impossibilidade de fundamentar bens jurídicos em dogmas religiosos podem e devem ser reconhecidos como um imperativo evidente decorrente da democracia e da ordem constitucional brasileira.

Desta feita, o Estado Laico, como um primado essencial do ideário da Ilustração, permite a afirmação de que, considerando o princípio da lesividade, o Estado não pode instrumentalizar o Direito Penal em defesa de valores meramente

pública. Pode-se falar, então, de neutralidade-exclusão. O segundo sentido refere-se à imparcialidade do Estado com respeito às religiões, o que resulta na necessidade do Estado em tratar com igualdade as religiões. Trata-se neste caso da neutralidade-imparcialidade”(RANQUETA JÚNIOR, 2008, p. 57).

¹⁹¹ Sobre as consequências do processo de secularização: “A secularização se caracteriza fundamentalmente pelo declínio da religião, pela perda de sua posição axial e pela autonomização das diversas esferas da vida social da tutela e controle da hierocracia. A religião no mundo moderno perde força e autoridade sobre a vida privada e cotidiana. Para Peter Berger, a secularização é um processo “pelo qual setores da sociedade e da cultura são subtraídos à dominação das instituições e símbolos religiosos.” Segundo Berger, a secularização se manifesta historicamente com a retirada das igrejas cristãs, no mundo ocidental, “de áreas que antes estavam sob seu controle ou influência: separação da Igreja e do Estado, expropriação das terras da Igreja, ou emancipação da educação do poder eclesiástico, por exemplo.” A secularização é um processo pelo qual pensamento, práticas e instituições religiosas perdem significação social. Os valores fundamentais que regem as sociedades modernas não derivam de preceitos religiosos. Os preceitos religiosos já não são mais, nas modernas sociedades secularizadas, a base da organização social. A secularização traz consigo uma série de importantes consequências sociais. Talvez a mais importante seja a perda do monopólio religioso da Igreja Católica, no caso brasileiro e de grande parte dos países ibero-americanos e do sul da Europa, que conduziu a liberdade religiosa e ao surgimento do pluralismo religioso” (RAQUETA JÚNIOR, 2008, p. 54-5).

¹⁹² Neste sentido: “E não há dúvida de que a filosofia liberal se impunha neste sector com uma lógica indesmentível: uma sociedade politicamente democrática, assente no relativismo político, postula também uma sociedade religiosamente liberal, tolerante para com todos os credos, aceites e praticados pelos cidadãos. O equilíbrio religioso originaria como consequência inevitável a secularização da educação, dado que um estado laico não pode tolerar um monopólio de orientação a favor de uma religião” (CANOTILHO, 1993, p. 315).

morais ou religiosos deste ou daquele credo em particular¹⁹³, sendo de se afirmar que dogmas meramente religiosos ou morais, não podem e não devem ser objetos de proteção constitucional ou mesmo penal sem que isso implique n uma absoluta ofensa ao princípio da necessidade, aos direitos fundamentais e, por consequência, à própria essência da democracia¹⁹⁴. É de se afirmar que os reflexos penais do âmbito constitucionalmente protegido da religião não existem senão nos estritos limites da defesa da liberdade religiosa e das garantias de culto (art. 5º, V, VI, VII e VII da Constituição da República Federativa do Brasil) típicas de um Estado laico e democrático.

Em suma: a proteção de valores meramente morais, religiosos, ideológicos ou arbitrários, completamente desvinculados de qualquer juízo de lesividade social é completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito¹⁹⁵.

Por fim, é justamente a vinculação dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal àqueles valores constitucionalmente enunciados como particularmente dignos de proteção, notadamente os direitos fundamentais, que demanda, para uma adequada determinação de seu suposto de fato e de seu âmbito de proteção normativo, a inescapável fundamentação e delimitação nos termos do princípio da dignidade da pessoa humana.

E, por conseguinte, na máxima da proporcionalidade, uma vez que aquele se constitui princípio fundamental geral do ordenamento jurídico brasileiro e este

¹⁹³ Em relação ao laicismo, lesividade e a Ilustração: “El principio de lesividad social tampoco fue un descubrimiento nuevo de este periodo, sino algo retomado del ideario de la Ilustración. El modelo del contrato social, según el cual los ciudadanos sólo aceptan el poder estatal para que éste proteja su libertad y seguridad social, ofrecía las bases para la limitación del Derecho penal y su desvinculación de postulados morales y religiosos” (ROXIN, 2000, p. 22).

¹⁹⁴ Neste mesmo sentido: “Um lugar à parte em nossa tipologia [de modelos de direito penal autoritários] ocupa depois o sistema ‘sem necessidade’, que carece do princípio da economia do direito penal, expresso pelo axioma A3 [*nulla lex poenalis sine necessitate*] e que podemos chamar de vexatório. Esse sistema é assimétrico em relação aos demais, dado que o princípio da economia ou da necessidade não expressa propriamente uma técnica punitiva, mas um critério de política criminal cuja satisfação está condicionada mas não é condicionante das demais garantias. Deste sistema bastará dizer que se caracteriza pela presença de proibições e penas supérfluas, em contraste com as razões de utilidade individual ou coletiva que, como veremos, justificam o direito penal: de proibições penais injustificadas por serem elas mesmas, lesivas aos direitos fundamentais, por serem de execução impossível, por não estarem estabelecidas para a tutela de qualquer bem jurídico ou por serem convenientemente substituíveis por proibições civis ou administrativas; ou de penas injustificadas, por serem excessivas, não pertinentes ou desproporcionais acerca da relevância do bem jurídico tutelado” (FERRAJOLI, 2002, p. 81).

¹⁹⁵ Nestes mesmos termos: “Esta opinión no se puede compartir, porque la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta en práctica” (ROXIN, 1997, p. 63).

uma necessidade lógica para compatibilizar as eventuais tensões entre tais direitos¹⁹⁶, principalmente, entre a liberdade de atuação e a necessidade de proteção de posições jusfundamentais pelo Direito Penal.

Observando-se todas as considerações anteriores, adota-se o conceito de bem jurídico, nos termos da teoria mista e segundo a Lei Fundamental que pode ser assim sintetizado: bem jurídico é todo o interesse¹⁹⁷ jurídico, constitucionalmente considerado como digno de proteção, indispensável para a proteção da autodeterminação do indivíduo ou para a garantia da paz social.

Vinculado como está ao texto da Constituição, o reconhecimento do bem jurídico segundo o conceito retro mencionado remete, necessariamente, às seguintes implicações: (a) a posição de igualdade axiológica entre os bens jurídicos individuais, estatais e transindividuais; e (b) toda a situação de tensão decorrente da proteção de bens jurídicos não pode ser resolvida de outra maneira senão através do sopesamento dos interesses em tensão no caso concreto segundo a máxima da proporcionalidade¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Segundo os ensinamentos de Willis Santiago GUERRA FILHO: “Entre nós, ainda que antes de entrar em vigor a atual Constituição, a melhor doutrina já enfatizava que ‘o núcleo essencial dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa’. Os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em ‘princípios constitucionais especiais’, que seriam a ‘densificação’ (CANOTILHO) ou ‘concretização’ (embora em nível extremamente abstrato) daquele ‘princípio fundamental geral’, de respeito à dignidade da pessoa humana. Dele, também, se deduziria o já mencionado ‘princípio da proporcionalidade’, até como uma necessidade lógica, além de política, pois se os diversos direitos fundamentais estão, abstratamente, perfeitamente compatibilizados, concretamente se dariam as ‘colisões’ entre eles, quando então, recorrendo a esse princípio, se privilegiaria circunstancialmente, algum dos direitos fundamentais em conflitos, mas sem com isso chegar a atingir outro dos direitos fundamentais conflitantes em seu conteúdo essencial” (2009, p. 58)

¹⁹⁷ No sentido a adequação do termo interesse para elemento conceitual de bem jurídico: “La caracterización de los objetos de la ponderación con la ayuda de expresiones antropológicas parece ser más frecuente que la que se realiza con la ayuda de expresiones deontológicas y axiológicas. Así, en las dos decisiones mencionadas en el texto se encuentran, entre otras, las siguientes expresiones antropológicas: ‘concernimiento’, ‘necesidades’, ‘intereses’ y ‘objetivos.’. Otro término es “preocupación”. Naturalmente, en tanto caracterizaciones de objetos de ponderaciones jurídicas. Estas expresiones no se refieren, en modo alguno, a conceptos antropológicos puros. La expresión “interés” expresa un concepto antropológico puro cuando designa algo que alguien realmente desea. El que alguien realmente desee algo no es una condición ni necesaria ni suficiente para integrarlo en una ponderación jurídica. por más que pueda ser una razón entre otras. Para que se lleve a cabo la ponderación tiene que tratarse de un interés que deba ser tomado en cuenta desde el punto de vista del derecho o que merezca ser tenido en cuenta. Por lo tanto, las expresiones antropológicas utilizadas para la caracterización de los objetos de ponderaciones jurídicas hacen referencia a conceptos que presentan una dimensión deontológica o axiológica. En ese sentido, son siempre reemplazables por expresiones deontológicas o axiológicas. Lo mismo vale para la caracterización como “bien jurídico”, que se refiere a un concepto compuesto de elementos deontológicos y/o axiológicos y/o antropológicos” (ALEXY, 1993, p. 140).

¹⁹⁸ Sobre o princípio da proporcionalidade: “O princípio da proporcionalidade deve ser entendido como um mandamento de otimização do mandamento máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro, na medida do jurídico e faticamente possível, conforme apresenta Robert Alexy, e assim sendo se reparte em ‘três princípios parciais’ (*Teilgeundsätze*). São eles:

A missão do Direito Penal orientada para a proteção dos bens jurídicos passa a estar diretamente vinculada à proteção dos interesses constitucionalmente consagrados, especialmente os direitos fundamentais, de sorte que o único, e suficiente, limite à potestade punitiva do Estado por meio do Direito Penal encontra seu limite na Lei Fundamental, especialmente, como não poderia deixar de ser na dignidade da pessoa humana.

Nesses termos, estabelecendo que todo bem jurídico deva, necessariamente, vincular-se a um interesse constitucionalmente reconhecido, porquanto a Lei Fundamental funcione como referência e como limite ao Direito Penal, a intensidade da proteção penal - em muito verificada através mesmo do *quantum* de pena abstrata – deveria ser estabelecida a partir de um juízo de proporcionalidade geométrica e de dois critérios elementares: (i) a escala da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico considerado; e (ii) o valor *prima facie* do interesse penal e constitucionalmente considerado como digno de proteção.

Desse modo, uma análise da pena abstrata reservada aos crimes que lesam ou colocam em perigo o bem jurídico vida é o ponto de partida óbvio para a investigação do valor jurídico da vida humana.

4.3. O valor do bem jurídico vida nos termos do Direito Penal brasileiro

Primeiramente, com o escopo de estabelecer um corte metodológico adequado é de se afirmar que, na investigação sobre o valor da vida humana face o Direito Penal brasileiro, o que se procura precisar é o valor posicional que a vida humana possui em determinadas circunstâncias.

'princípio da proporcionalidade em sentido estrito', ou 'máxima do sopesamento' (*Abwägungsgebot*), 'princípio da adequação' e 'princípio da exigibilidade' ou 'máxima do meio mais suave' (*Gebot des mildesten Mittels*). Pois bem, basta agora uma exposição breve sobre os três subprincípios. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito prevê que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente o melhor possível. Isto quer dizer essencialmente que não se pode ferir o 'conteúdo essencial' (*Wesensgehalt*) do direito fundamental, no sentido de que mesmo que haja desvantagens para o interesse de pessoas (de qualquer forma juridicamente consideradas), acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens. Os subprincípios da adequação e exigibilidade ou indispensabilidade (*Erforderlichkeit*) determinam que o meio escolhido se preste a atingir o fim estabelecido, mostrando-se assim 'adequado', meio este que também deve se mostrar 'exigível', o que significa que não há outro igualmente eficaz e menos danoso a direitos fundamentais" (CARNIO, 2011, p. 104-5).

A princípio, perante imperativos decorrentes da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (especialmente o direito à igualdade), o valor da vida humana é essencialmente imensurável, dada a sua primazia *prima facie* em relação a todos os outros direitos individuais, e o é assim de forma universalmente igualitária, de forma que, a princípio, todas as vidas humanas possuem o mesmo valor. Assim considerado inquantificável, poder-se-ia, inicialmente, causar estranheza qualquer estudo que tome para si a missão de determiná-lo.

Através deste estudo não se objetiva determinar um valor cardinal da vida humana, como se possível numerar o imensurável. Com acerto, o que se procura distinguir é se, apesar do imperativo da dignidade humana de valorar a existência individual de forma universal e igualitária, existe, no ordenamento jurídico brasileiro, uma escala posicional de valor que permita afirmar que, segundo o Direito, a vida de alguém, em determinadas circunstâncias, é mais valiosa do que a de outrem.

Para levar a bom termo a investigação se a vida humana de alguém pode ser considerada particularmente mais valiosa do que outras pessoas, nada mais adequado do que centrar essa investigação no Direito Penal.

A concepção de que missão do Direito Penal realiza-se na proteção dos bens jurídicos e a relação desses com os direitos garantidos pela Lei Fundamental, permitem por meio da análise da sanção penal abstrata o reconhecimento de régua posicional que aloca uma vida humana, em particular, numa posição relativa de superioridade em relação à outra, como se demonstrará em seguida.

Destaca-se que tal critério, a pena abstrata das normas incriminadoras, é um dos critérios elementares utilizados pelo Ministro Marco Aurélio de Mello por ocasião do sopesamento axiológico do *direito à vida*, considerando de um lado o feto anencefálico e doutro a saúde físico-mental da gestante, quando do voto proferido por ocasião da Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 3.510/DF¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Segue o trecho do voto do relator: “Some-se a isso o fato de o meio adequado e necessário para a proteção da vida do feto – a postura interventiva do Estado – ferir, além da liberdade, a integridade física e psicológica da mulher, seja na esfera da saúde (os riscos são maiores na gestação e o abalo psicológico é drástico e inegável), seja na esfera da dignidade humana, pois, se há dúvida sobre a viabilidade de vida para o feto anencefalo, a imposição da gestação contra a vontade da mulher é tortura física e psicológica em razão de crença (não importa se institucionalizada por meio de lei ou de decisão jurídica, ainda é mera crença), nos exatos termos da Lei dos Crimes de Tortura. E não se trata, neste ponto, de comparar duas leis de mesma hierarquia, mas de usar a definição legal da proteção de um direito humano básico, que é a garantia da integridade individual (é o art. 5º, III, da Constituição que está em jogo: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”). Lembre-se de que a pena para o crime de tortura (reclusão de 2 a 8 anos) é o dobro da pena para o crime de aborto (reclusão de 1 a 4 anos para quem provoca o aborto com o

No sopesamento dos direitos fundamentais do feto acometido de anencefalia e da mulher que o gesta, o relator utiliza como régua valorativa para determinação do peso dos direitos fundamentais em tensão o critério da pena abstrata reservada a determinadas condutas incriminadas, no caso, o crime de tortura e noutro o de aborto. Reconhecido pelo Ministro-Relator do voto prevalente da ADPF n. 3.510/DF como critério idôneo para a precisão de juízos de valor, utilizar-se-á da mesma régua para a verificação do valor da vida humana noutras situações.

Distinguido o critério através do qual se buscará determinar o valor posicional da vida humana em face da pena abstrata e a correção de tal critério com base no entendimento da Excelsa Corte, faz-se necessário um esclarecimento. Deve-se dizer que uma das características essenciais de qualquer teoria geral do delito centrada na proteção de bens jurídicos depende, essencialmente, do reconhecimento de que a tutela penal dos mesmos faz-se imperativa em decorrência de um especial valor que precisa e demanda uma intensa proteção jurídica que, dados os princípios da *ultima ratio*²⁰⁰, da adequação e da exigibilidade, somente pode ser corretamente levada a bom termo por meio do Direito Penal.

O caráter axiológico do bem jurídico-penal é facilmente reconhecido pela constatação de que a intensidade da reprovação jurídica abstrata – a pena qualitativa e quantitativamente considerada – é, em muito, determinada em função do valor do bem jurídico lesado ou colocado em perigo e da intensidade da lesão (desvalor do resultado), ainda que outras variáveis (desvalor da ação) possam e devam ser consideradas²⁰¹.

consentimento da gestante), o que demonstra que o sistema não permite qualquer aproximação entre as duas ações” (BRASIL, STF, ADPF 3.510/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

²⁰⁰ Sobre o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*: “O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Como preconizava Maurach, “na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica” (BITENCOURT, 2012, p. 52).

²⁰¹ Neste sentido: “*Junto a esto, la concepción hoy dominante pone también en la base del injusto una norma de valoración, en cuanto que la realización antijurídica del tipo se desaprueba por el Derecho como algo que no debe ser. Según esto, mientras que la infracción contra la norma de determinación fundamenta el desvalor de la acción y se agota en el mismo, la norma de valoración también abarca*

É através da particular relação entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado²⁰² em uma norma penal incriminadora que é possível estabelecer um juízo *prima facie* de suficiência abstrata da pena, considerando sua função retributiva. Um crime praticado com violência contra a pessoa é considerado especialmente mais gravoso do que outro praticado com fraude, considerando somente o desvalor da ação. Por outro lado, a um delito que atente contra a vida, é reconhecido um desvalor do resultado consideravelmente mais elevado do que outro que atente contra, por exemplo, o patrimônio. A interação desses dois elementos – desvalor da ação e do resultado – e de suas variáveis, em suma, reúnem os critérios necessários para o estabelecimento do grau de reprovação abstrato que se faz adequado à retribuição – finalidade essencial da sanção penal²⁰³ - de um dado crime ou contravenção.

Na investigação acerca do valor da vida humana para o Direito Penal seria possível precisar a dimensão axiológica e ordinal (posicional) do referido bem jurídico-penal através da identificação e categorização das variáveis típicas presentes nos crimes contra a vida, perfilando-as como pertencentes ao âmbito do desvalor da ação ou ao desvalor do resultado, conforme o caso. Assim procedendo será possível observar o valor posicional que o Direito Penal brasileiro reconhece

adicionalmente el resultado, de tal modo que el delito consumado supone un injusto más grave que la mera tentativa” (ROXIN, 1997, p. 323).

²⁰²Sobre o desvalor da ação e do resultado: “Na verdade, o ordenamento jurídico *valora* os dois aspectos: de um lado, o desvalor da ação, digamos, com uma função *seletiva*, destacando determinadas condutas como intoleráveis para o Direito Penal, e, de outro lado, o desvalor do resultado que torna relevante para o Direito Penal aquelas ações que representam uma ofensa aos bens jurídicos tutelados. Em realidade, o injusto penal somente estará plenamente constituído quando ao desvalor da ação acrescentar-se o desvalor do resultado. O ideal na fundamentação do injusto penal é a busca de um certo equilíbrio entre esses dois fatores. Seguindo essa mesma orientação, manifesta-se também Muñoz Conde, afirmando: ‘Por isso, parece supérflua a polêmica sobre a prioridade entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Não existe uma hierarquia lógica ou valorativa entre eles, uma vez que ambos contribuem, no mesmo nível, para constituir a antijuridicidade de um comportamento’. O que ocorre é que, por razões de *política criminal*, o legislador, na hora de configurar os tipos delitivos, pode destacar ou fazer recair acento em um ou em outro desvalor. Aliás, essa conclusão encontra amparo no chamado *Direito Penal mínimo* e na concepção material da antijuridicidade, segundo os quais somente a lesão ou o efetivo perigo concreto de um bem jurídico pode ser sancionado penalmente” (BITENCOURT, 2012, p. 393).

²⁰³ Ainda que o fim da sanção penal não se resuma à retribuição, não esquecendo as críticas das teorias preventivas geral e especial, a finalidade retributiva da pena, assim como de toda sanção, não pode ser afastada sem o próprio desvirtuamento da noção de pena. Neste sentido: “*El principio de la retribución del mal con el mal sería un principio de justicia inherente a la naturaleza humana, como el de la retribución del bien con el bien. La pena debe aplicarse por la simple razón de que se ha delinquido, y ello es una exigencia del imperativo categórico del deber. La absoluta retribución talional como principio de justicia domina el pensamiento de KANT. Se distingue también la retribución jurídica, desvuelta por HEGEL. El que comete un delito quiere también la pena, señalada por la ley como consecuencia del delito (o al menos la acepta). El delito es una alteración del orden jurídico, que exige la pena como restablecimiento del orden*” (ETCHEBERRY, 1999, p. 32).

para a vida humana desta ou daquela pessoa e sob quais circunstâncias uma vida pode ser mais valiosa do que outra.

Excluídas estariam, portanto, as variáveis relacionadas com o desvalor da ação, ou seja, os aspectos motivacionais, como é o caso do relevante valor moral ou social (artigo 121, § 1º, d Código Penal), motivo torpe (art. 121, §2º, I do Código Penal) ou fútil (art. 121, §2º, II do Código Penal); os meios utilizados para o homicídio, sendo assim considerados especialmente dignos de reprovação o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou qualquer outro meio insidioso ou cruel, ou que possa resultar perigo comum (art. 121, § 2º, III do Código Penal); o modo de realização do ato de matar, como a utilização de traição, emboscada, dissimulação ou outro meio que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido (art. 121, § 2º, IV do Código Penal); ou, ainda a finalidade especialmente reprovável na realização do homicídio, como é na situação de sua prática para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime (art. 121. § 2º, V do Código Penal).

Outros fatores ainda devem ser desconsiderados. A tipicidade subjetiva do homicídio é extremamente relevante para a determinação da pena abstrata, já que a prática dolosa de uma infração penal é, obviamente, consideravelmente mais reprovável do que a realização do mesmo resultado por imprudência, imperícia ou negligência (culpa). Da mesma forma podem ser excluídas as variáveis relacionadas com o estado anímico do agente do crime de homicídio, quando a pena é especialmente minorada, por exemplo, no caso de violenta emoção após injusta provocação da vítima (art. 121, §1º do Código Penal). Isso, pois todas essas variáveis, externas à vítima, são critérios relacionados com o desvalor da ação e não do resultado.

Todas as situações acima descritas, sejam elas qualificadoras ou diminuição de pena, podem e devem ser consideradas, então, como circunstâncias estranhas à pessoa da vítima. São elementos que, considerados relevantes para a quantificação da pena abstrata do homicídio, estabelecem-se em âmbito externo à pessoa vitimada com ação homicida. Trata-se de elementos reconhecidos como presentes na pessoa do sujeito ativo ou que compõem as circunstâncias da conduta homicida. De qualquer forma, são circunstâncias que nada permitem afirmar sobre a indagação de valor posicional da vida.

Da mesma forma o grau da lesão ao bem jurídico também deve ser desconsiderado, uma vez que no caso da proteção penal do *bem jurídico vida*, uma particularidade é evidente. Dentre todas as infrações penais, tanto considerando aquelas dispostas no Código Penal quanto na legislação extravagante, são os crimes contra a vida os únicos que a consumação implica, necessariamente, uma lesão absoluta e integral do bem jurídico tutelado²⁰⁴. O mesmo, por certo, não ocorre em nenhum outro delito que atente contra qualquer outro bem jurídico que não a vida humana.

Os crimes contra a integridade física, dos quais a lesão corporal é a figura típica exemplar, comportam, observando a consumação delitiva, a possibilidade de considerar ofensas que redundem em lesões mais ou menos graves ao bem jurídico tutelado. Uma lesão corporal qualificada em razão da perda ou inutilização de membro, sentido ou função (art. 129, § 2º, III, CP) restará consumada quando, por exemplo, a ofensa dolosa à integridade física de outrem resultar tanto a condição de paraplegia quanto tetraplegia e implica numa lesão consideravelmente mais grave do que outra que se realize na perda de um dente.

Nesse caso, é evidente que tanto em uma quanto em outra situação, ambos os delitos estariam consumados, sendo que, porém, resta cristalino que uma lesão ao bem jurídico é mais gravosa do que outra. Poder-se-ia, prosseguir numa interminável miríade de exemplos sendo que o resultado seria o mesmo: para qualquer outro bem jurídico que não a vida, seja ele individual (patrimônio, p.e.) ou transindividual (meio ambiente, p.e.), toda lesão juridicamente relevante pode ser graduada em razão de sua intensidade.

Portanto, no que se refere ao resultado morte - enquanto condição necessária para a consumação dos crimes contra a vida - trata-se de um evento que, em razão de sua própria natureza, não permite graduação qualquer. Quando verificada, a morte sempre é total, extinguindo por completo a vida humana, seja ela intrauterina - no caso do aborto -, seja ela extrauterina - nos casos de homicídio, infanticídio e instigação ao suicídio.

²⁰⁴Neste sentido: “*Así, las cosas, en los delitos que son objeto ahora de nuestra atención, el injusto específico de las diversas infracciones habrá de venir determinado por la lesión del bien jurídico en ellos protegido, que no es otro sino la vida humana del ya nacido, injusto cuyo contenido no admite graduación alguna, pues la vida o no se suprime, pero no se puede matar más o menos, según los casos*” (ROSAL BLASCO, 1993, p. 7-8).

Pondera-se ainda que circunstâncias judiciais²⁰⁵ - as agravantes e as atenuantes - apesar de inseridas no sistema trifásico do cálculo da pena²⁰⁶, não são determinantes para a verificação dos patamares mínimo e máximo da pena abstrata, ainda que evidentemente indispensáveis para a concreta individualização da pena. Porém, digno de nota, é o fato de que em algumas agravantes, a pena é especialmente elevada em consideração a condições pessoais da vítima ou de especial relação pessoal entre ela e o sujeito ativo do delito. É o caso dos crimes praticados contra: (a) ascendentes, descendentes, irmãos ou cônjuges (art. 61, II, “e”, do Código Penal); (b) prevalecendo de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher (art. 61, II, “f” do Código Penal); e (c) contra criança, maior de sessenta anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, II, “h”).

O busílis que recai sobre o valor da vida já começa a apresentar-se nessas agravantes. Considerando que a lei penal estabelece, por meio de circunstâncias agravantes fundadas em qualidades pessoais, uma presunção *iuris et de iure* de que um crime praticado contra determinada vítima, em razão de qualidades pessoais ou relacionais, possui uma culpabilidade sensivelmente mais grave do que noutra situação quando ausente quaisquer das referidas agravantes.

De forma a esclarecer o problema de tais agravantes de caráter pessoal, poder-se-ia citar o caso de um homicídio praticado pelo filho contra seu pai. É certo que, meramente baseado na sucinta descrição, a maioria das pessoas não teria qualquer hesitação em reconhecer um grau de reprovabilidade mais elevado daquele sujeito ativo que matou o próprio genitor. Porém, a qualidade de pai bem poderia ser uma circunstância apta a fundamentar a mitigação, quando o crime de

²⁰⁵ As circunstâncias judiciais são aquelas previstas no artigo 50 do Código Penal, a saber, “a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima” e se prestam à determinação da pena aplicável entre as cominadas, à determinação da pena-base, à precisão do regime inicial de cumprimento de pena e, quando possível, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou multa.

²⁰⁶ Neste sentido, sobre o sistema trifásico e a individualização da pena no Direito Penal brasileiro: “O processo de individualização da pena, de previsão constitucional em seu rigoroso disciplinamento no art. 59 do CP, que se completa com as disposições do art. 68 do mesmo Estatuto, que preconiza o sistema trifásico: (a) é fixada na primeira fase, a pena-base, atendidas as circunstâncias judiciais, no *quantum* necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; (b) em sequência, são consideradas as circunstâncias legais que agravam ou acentuam a pena, inscritas no art. 61 e 65 do CP e, (c) por último, incidem e completam o processo de dosimetria as causas de diminuição e aumento, classicamente conhecidas por circunstâncias majorantes ou minorantes, fixadas em níveis percentuais” (STJ – 6ª T. – Resp. 289.982 – Rel. Vicente Leal – j. 15.08.2002 – DJU -2.09.2002, p. 252).

homicídio guarda suas raízes motivacionais em abusos sofridos pela outrora criança nas mãos daquele pai que agora é a vítima de homicídio²⁰⁷. Neste caso, condição paterna, antes de fundamentar uma agravante deveria de ser considerada uma atenuante, uma vez que a motivação do homicídio guarda suas raízes no fato de que em tempo pretérito o genitor abusou de sua condição paterna para brutalizar o filho. Em suma quer-se concluir: a qualidade pessoal da vítima ou relacional dela com o autor não deveria ser utilizada para presumir, em todos os casos, um especial juízo de reprovação.

O problema destas circunstâncias agravantes de caráter pessoal é que, ao estabelecer uma presunção de maior culpabilidade, firma um juízo de especial reprovação sem qualquer justificativa plausível. O absurdo pode bem ser verificado no caso de crime praticado por uma pessoa maior de sessenta anos contra outro da mesma idade ou no caso de um crime praticado por uma mulher contra outra mulher com a qual mantenha relacionamento afetivo. Mais adequado seria aquela agravante fundamentada em uma circunstância de caráter objetivo, no qual o agente mereceria uma especial reprovação por locupletar-seduma determinada condição ou relação que especialmente dificulte ou impossibilite a defesa da vítima, como é o caso da agravante prevista no artigo 61, II, “f” do CP.

Apesar da pequena digressão sobre o problema das circunstâncias agravantes de caráter pessoal, como se afirmou previamente, é de se reafirmar que a pena abstrata não é por elas influenciada. O mesmo, por outro lado, não ocorre quando consideradas as causas de aumento de pena, que podem e devem ser levadas em consideração para a determinação da pena máxima *in abstracto*²⁰⁸.

Dessa forma, na investigação do valor da vida humana, levar-se-á em conta a análise da pena abstrata de cada um dos delitos, de eventuais qualificadoras ou

²⁰⁷ Neste sentido. “*Ahora bien, si esto es así, por tanto, la relación de parentesco en el parricidio se configura como na característica objetiva de la culpabilidad (o una característica de la culpabilidad formulada de modo objetivo por el legislador), lo que el legislador está de esa manera estableciendo es una presunción iuris et de iure de una culpabilidad más grave; basta con comprobar la existencia del vínculo consanguíneo o conyugal, y su conocimiento por parte del sujeto activo, para que se presuma, de forma indestructible, que éste es más culpable que quien, sin más, mata a otro*” (ROSAL BLASCO, 1993, p. 9).

²⁰⁸ Neste sentido é de se notar que cômputo das causas de aumento de pena (majorantes) e de diminuição de pena (minorantes) é utilizado para a determinação da pena máxima possível de uma pessoa para fins de cálculos de prazo prescricional. Neste sentido: “Deve-se considerar a eventual existência de causas modificadoras da pena, quais sejam, as majorantes ou minorantes, excluindo-se, evidentemente, as agravantes e atenuantes. Como em matéria de prescrição deve-se priorizar o interesse público, em se tratando de majorante deve-se considerar o fator que mais aumente, e, em se tratando de minorante, o fator que menos diminua a pena” (BITENCOURT, 2001, p. 871).

majorantes de caráter pessoal que determinem uma especial qualidade a ser reconhecida na vítima, excluindo, por outro lado, todos os outros elementos típicos relacionados com o desvalor da ação ou do resultado.

4.3.1. O valor da vida em função do lugar

Excluídos todos os elementos do desvalor da ação e do resultado aplicados na determinação da pena abstrata, aqueles relativos somente a qualidades do sujeito ativo e os elementos estranhos à pessoa da vítima, uma primeira proposição pode ser afirmada cabalmente: a vida humana, a princípio, é valorada em razão do lugar no qual o ser vivente encontra-se localizado.

A primeira dimensão axiológica da existência humana, ao contrário de determinar-se ontologicamente pelo ser em si, é distinguida pelo lugar no qual o ser humano se encontra. É inclusive em razão do local no qual se encontra o ser humano que ele será considerado como digno de proteção jurídica ou insignificante para o Direito. Essas afirmações, apesar de causar uma inicial estranheza, são de fácil comprovação.

Voltando a atenção para a questão do início da vida. Desconsiderando, por hora, as questões relacionadas à (in)constitucionalidade da utilização de embriões congelados em pesquisas científicas; é facilmente distinguível que o embrião humano fertilizado *in vitro*, porém ainda não congelado, não possui qualquer proteção jurídica enquanto ser vivo se ainda está fora do corpo da mulher, enquanto outro, inserido intrauterinamente, desde o instante que descansa no útero da mulher, passa a ter sua existência e desenvolvimento natural protegidos nos termos da norma penal que incrimina a conduta de aborto.

Teoricamente, mesmo antes da nidação, nos termos do artigo 2º do Código Civil (“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”), o embrião localizado no plano interno do corpo feminino é digno de proteção jurídica, enquanto o outro, em nada diferente daquele, seja em essência ou morfologia, senão pelo fato de estar fora do corpo, é tão somente protegido como patrimônio genético.

É nesse sentido a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à proteção daquele conceito produto de fertilização *in vitro*.

É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino (BRASIL, STF, ADI 3.510/DF, Rel. Carlos Britto, 2010).

É perceptível pelo trecho desentranhado do voto vencedor do Ministro Relator Carlos Ayres Britto que a proteção jurídica do embrião depende, essencialmente, da sua introdução no colo do útero feminino, sem o qual não é reconhecível a qualidade de nascituro.

É de se concluir que o embrião não é protegido pelo que ele é em si, mas pela qualidade que adquire em razão do local em que se encontra. Não é, pois protegido por ser nascituro, mas, com acerto, é protegido porque inserido no corpo feminino, estando dentre os limites espaciais do útero, passa a ser nascituro e, portanto digno de proteção. Dito de outra forma, dois embriões, iguais em todos os sentidos quando consideradas suas qualidades intrínsecas, podem ser tratados, juridicamente, de maneira completamente diversa, não em razão do que são, mas de onde estão.

Outra situação é ainda mais interessante para a comprovação da hipótese de que um naco significativo do valor da existência humana é determinado pelo local onde o humano se encontra. Centra-se a análise na qualidade daquele que vive e desenvolve-se intrauterinamente, ou seja, o nascituro.

O ordenamento jurídico brasileiro fez uma opção pela diferenciação parcial entre o ser humano-nascituro (embrião ou feto) e o ser humano-pessoa²⁰⁹, reservando a este uma proteção jurídica muito mais intensa do que a reservada

²⁰⁹ Neste sentido: "Analisando a natureza do embrião, Matovani refere três soluções nas diferentes ordens jurídicas: a) *diferenciação total* entre o concebido e homem-pessoa, sendo o embrião simples 'coisa', razão pela qual não lhe é dispensada nenhuma tutela jurídica, sendo total sua disponibilidade, o que possibilita a sua produção em proveta para quaisquer finalidades de pesquisa ou experimentação genética ou não, bem como a utilização de fetos abortados em cosméticos e na indústria; b) a *equiparação total* entre o concebido e o homem-pessoa, reconhecendo-lhe a mesma natureza e dignidade de pessoa e, portanto, a mesma tutela jurídica, afirmando sua indisponibilidade, só admitidas intervenções terapêuticas e sacrifício apenas para salvar a vida da mãe; e c) a *diferenciação parcial*, segundo a qual o embrião é 'ser humano', mas ainda não 'homem-pessoa', merecendo tutela jurídica inferior a esse, havendo tutela oscilação quanto à disponibilidade, ora *relativa* para permitir a pesquisa e a experimentação até o décimo quarto dia da concepção, porque desconhece a individualidade humana antes desse tempo, ora *absoluta*, proibindo a pesquisa e a experimentação, a partir do momento da fecundação, porque, ao contrário se reconhece a individualidade humana ao concebido desde o início" (BARBOZA *in* ROMEO CASABONA, 2005, p. 264).

àquele, como se pode muito bem observar pela diferença quantitativa de pena abstrata reservada ao crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal) e ao crime de aborto (artigos 124 a 126 do Código Penal).

Nota-se que, jurídico-penalmente, é absolutamente irrelevante qualquer distinção entre embrião e feto, ainda que biologicamente correspondam a dois momentos distintos do desenvolvimento do ser humano *in utero*²¹⁰. Aliás, é mesmo de se notar que a Lei Fundamental é silente sobre qualquer distinção qualitativa da vida humana, não sendo encontrando em seus dispositivos qualquer indicativo de que a vida intrauterina deva ser considerada mais ou menos valiosa do que a vida extrauterina. Toda diferenciação axiológica da vida humana em razão do lugar decorre da legislação infraconstitucional²¹¹.

Apesar de ausente na Carta Política qualquer indicação de que a vida humana possa ser juridicamente valorada e/ou protegida desde escalas diferenciadas de intensidade e/ou importância. Apesar do princípio da dignidade humana indicar imperativa vedação a diferenciações arbitrárias sobre o valor da vida deste ou daquele ser humano²¹². Apesar dessas duas objeções retro mencionadas, é aceito, sem mais, que a vida daquele gestado intrauterinamente merece uma proteção significativamente menos intensa do aquela dedicada ao nascido.

De qualquer forma, a proteção e o valor da vida humana do embrião são determinados pelo lugar. Sendo ele concebido extrauterinamente, não se faz merecedor de proteção jurídica enquanto ser vivo senão quando inserido no útero

²¹⁰ Sobre a distinção entre os termos feto e embrião: “Aponta-se, de início, um problema terminológico, na utilização indiscriminada do vocábulo ‘embrião’. De acordo com a Biologia, antes da implantação, o óvulo fecundado denomina-se ‘zigoto’. O embrião é a entidade em desenvolvimento a partir da implantação no útero, até oito semanas após a fecundação; a partir da nona semana começa a ser denominado feto, tendo essa designação até nascer” (BARBOZA, 2005, p. 249).

²¹¹ Ainda sobre este mesmo tópico: “A Constituição também não diferencia a proteção da vida humana, que se inicia com a fecundação, seja ela natural ou artificial, como também não diferencia as sucessivas etapas embrionárias. A proteção à vida, consagrada constitucionalmente, compreende todas as formas de manifestação da existência humana com potencial para formação, desenvolvimento e o posterior nascimento” (LIMA, 2008, p. 35-6).

²¹² Sobre a vedação de estabelecer uma diferenciação arbitrária sobre diferentes vidas humanas individualmente consideradas: “A doutrina absolutamente dominante corre neste último sentido: a vida é um bem jurídico de valor incomparável e insubstituível, que ocupa um primeiro e indisputável lugar, numa concepção personalista ética, como a que deve presidir a toda a ordem jurídica liberal e democrática, na hierarquia dos bens jurídicos. Pelo que – acrescenta-se – não são legítimas diferenciações qualitativas entre o valor de vidas humanas, a da criança, do jovem e do geronte, a do saudável e do moribundo, a do magnata e do proletário, a do sábio e do analfabeto. Como pela mesma razão não deve haver lugar a ponderações sequer quantitativas: uma vida vale exatamente o mesmo que dez, cem ou mil vidas, porventura o mesmo que todo o resto da humanidade, de acordo com a consabida sentença de Koestler: ‘*Une vie ne vaut rien. Mais rien ne vaut une vie*’” (DIAS, 2007, p. 450-1).

feminino, quando, em razão do lugar, adquire a qualidade de nascituro. Sendo nascituro por estar *in utero* torna-se merecedor de proteção pelo Direito Penal -que se realiza através das normas incriminadoras referentes ao abortamento –e pelo Direito Civil, nos termos do artigo 2º do Código Civil, deixando a salvo seus direitos até o nascimento. Mas se a diferença de proteção entre o embrião fertilizado *in vitro* justifica-se pelo lugar em que se encontra, qual seria o fundamento da diferença axiológica entre a vida do nascituro (feto ou embrião) e o ser humano nascido com vida?

Existem doutrinadores que sustentam a diferença de proteção jurídica do nascituro em relação ao ser humano nascido descansa, justamente, sobre a qualidade da personalidade jurídica²¹³. Os problemas em relação a essa hipótese, entretanto, são vários.

Considerar que a dignidade do ser humano está atrelada ao reconhecimento da qualidade jurídica de pessoa é o mesmo que sustentar que a dignidade humana é decorrente desta mesma qualidade, o que, conseqüentemente, implica que o valor da vida humana não é imanente, mas antes uma decorrência da personalidade. O *busilis* centra-se no fato de que a personalidade, enquanto qualidade da ser humano nascido com vida, não é o fundamenta que dá ao indivíduo a condição de ser digno; antes é a dignidade que se faz qualidade essencial do ser humano e é condição fundamental para que o homem seja reconhecido como pessoa, inclusive respeitando o disposto no artigo 6º da Declaração Universal de Direitos Humanos²¹⁴. Em suma: o ser humano não é digno por ter personalidade, mas sim se reconhece que a personalidade é uma decorrência da dignidade humana.

²¹³ Neste sentido: “Não sendo o embrião uma pessoa, não há de se falar, em rigor, em dignidade humana (CF, art. 1º, III). Não se deve desprezar, todavia, o fato de se tratar de um ser humano em potencial. E muito embora possa permanecer indefinidamente como uma mera potencialidade, não deve ser instrumentalizado. O tratamento dado à matéria pela Lei n. 11.105/2005 supera, sem margem de controvérsia, esta objeção, haja vista que somente permite a utilização de embriões fecundados *in vitro* para fins reprodutivos e que não têm a possibilidade de se tornarem seres humanos, por que inviáveis ou não utilizados no processo de fertilização” (BARROSO in SARMENTO; GALDINO, 2006, p. 692-3).

²¹⁴ Sobre a dignidade do ser humano desde a concepção: “A dignidade da pessoa é tanto da pessoa já nascida como da pessoa desde a concepção – porque a vida humana é inviolável (art. 24º, n.º 1), porque a Constituição garante a dignidade da pessoa e a identidade genética do ser humano (art. 26º, n.º 1) e a procriação assistida e regulamentada em termos de salvaguardarem a dignidade da pessoa humana (art. 67º, n.º 2, alínea e) e, porque, para lá da noção privatística (art. 66.º do Código Civil), se oferece, assim, um conceito constitucional de pessoa, confortado, porventura pelo direito de todo o indivíduo ao reconhecimento da sua personalidade jurídica (art. 6º da Declaração Universal)” (MIRANDA, 2000, p. 186-7).

Não se adentrará na polêmica acerca da possibilidade de se reconhecer ao feto ou embrião personalidade jurídica, como sustentam alguns, não sem boas razões, como quando apontam a possibilidade de nomeação de curador²¹⁵ e a titularidade em ações de alimentos gravídicos conforme os dispostos nos artigo 877 do Código de Processo Civil²¹⁶ e na Lei n. 11.804 de 5 de novembro de 2008. Conforme se demonstrará, o valor da vida daquele gestado e doutro já nascido dependem, nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, de outra variável que não a personalidade jurídica, ainda que seja forçoso reconhecer que, sendo o nascituro considerado pessoa humana, o aborto deveria ser apenado, por força do princípio da dignidade humana e da igualdade, com a mesma pena do homicídio.

Ademais, se a vida humana é de ser protegida com mais intensidade em razão da personalidade jurídica do indivíduo, como explicar a linha divisória que marca a passagem da injusta terminação da existência vital que implica responsabilidade penal pelo crime de aborto em relação àquela que fundamenta a imputação do crime de homicídio? Explica-se. Analisando o disposto no artigo 123 do Código Penal (infanticídio)²¹⁷, deixa a conduta injusta de ser considerada como aborto já desde início do trabalho de parto²¹⁸. É nesse instante, quando as contrações do parto têm início, que o Código Penal, através do dispositivo retro mencionado, indica que o Rubicão entre a conduta de terminação da gestação deixa de existir e a conduta homicida é presente.

²¹⁵ Por todos: “Teixeira Freitas também professa esta ideia ao referir-se ao nascituro: ‘Se se atribuem direitos às pessoas por nascer... Se os nascituros são representados dando-se lhes Curador, é forçoso concluir que já existem, e que são pessoas; pois o nada não se representa’. José Tavares não hesita em atribuir à concepção em vez do nascimento, a origem da personalidade pois é naquele momento que forma-se o ser, começa a existir, viver e desde então deve ser protegido por lei” (RIBEIRO, 2001, p. 141).

²¹⁶ Segue o dispositivo mencionado: “Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação”.

²¹⁷ Seguem-se os termos do dispositivo legal: “Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos”.

²¹⁸ Sobre o momento que a terminação da vida deixa de ser sancionada pela norma incriminadora do aborto e passa a ser pelas normas de infanticídio e homicídio, conforme o caso: “Somente pode ser sujeito passivo do homicídio o ser humano com vida. Mas, que é vida? Ou, mais precisamente: como ou quando começa a vida? Dizia CASPER: ‘viver é respirar; não ter respirado é não ter vivido’. Formulado assim irrestritamente, não é exato o conceito, ainda mesmo se considerasse a vida somente aquela que se apresenta de modo autônomo, *per se stante*, já literalmente destacado o feto do útero materno. A respiração é uma prova, ou melhor, a infalível prova da vida: mas não é a imprescindível condição desta, nem a sua única prova. O neonato apneico ou asfíxico não deixa de estar vivo pelo fato de não respirar. Mesmo sem a respiração, a vida pode manifestar-se por outros sinais, como sejam o movimento circulatório, as pulsações do coração, etc. É de notar-se, além disso, que a própria destruição da vida biológica do feto, no início do parto (com o rompimento do saco amniótico), já constitui homicídio, embora eventualmente assumo o título de homicídio” (HUNGRIA, 1955a, p. 37-8).

O gestado, assim, quando do início do trabalho de parto passa a ser, para o Direito Penal um “alguém” ou mesmo um “filho”, no sentido das descrições típicas da conduta de homicídio - “matar alguém” - e de infanticídio - “matar o próprio filho” -, mesmo antes de preencher as condições necessárias para adquirir personalidade, pois ainda não nasceu com vida, que se verifica com a respiração. Portanto, juridicamente, o nascituro não é o “outro”, pois nem mesmo é “alguém” para o Direito Penal.

Poder-se-ia argumentar que tal observação, de que o feto, quando do início do trabalho de parto, passa a ser considerado como objeto material do crime de homicídio – ainda que não seja pessoa, nos termos do Direito Civil – seria, justamente, uma refutação de que a vida humana seria valorada em razão do lugar, uma vez que ainda dentro do útero materno, sua vida é protegida pelo Direito Penal através dos preceitos incriminadores do homicídio e infanticídio.

Não é o caso. Em verdade, o critério essencial para que a conduta que arbitrariamente põe fim à existência do ser humano vivo seja considerada como aborto ou homicídio – ou infanticídio, conforme o caso – é o mesmo local onde se encontra, pois o início do trabalho de parto nada mais é do que indicativo natural de que o feto, ainda que inserido dentro das paredes uterinas, está biologicamente pronto para o início de sua vida independente, ou seja, para a existência externa ao corpo da gestante. O início do trabalho de parto é, neste sentido, o marco inicial da saída do espaço intrauterino.

O início do trabalho de parto, portanto, é considerado como o termo inicial de um processo natural no qual o feto é expulso do útero e inserido no mundo externo. Trata-se, assim, em verdade, de uma confirmação de que o valor da vida intrauterina em relação à vida extrauterina é determinado, antes de qualquer coisa, por nenhum outro critério, senão o local no qual se encontra.

Neste lapso temporal entre o início do parto e o nascimento com vida²¹⁹, o ser em processo de nascimento ainda não adquiriu personalidade, nos termos do

²¹⁹ Sobre o momento do nascimento com vida: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida. Não basta o nascimento. É preciso que o concebido nasça vivo. O natimorto não adquire personalidade. Entende-se que alguém nasceu com vida quando respirou. Se viveu ou não é uma questão que se resolve mediante perícia médico-legal” (GOMES, 2010, p. 109). Ainda nos termos da Resolução 1/88 do Conselho Nacional de Saúde, configura-se o nascimento com vida com “a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida da placenta”.

artigo 2º do Código Civil, fato que somente acontece quando completo o parto, com o neonato efetivamente vivo. Porém, ainda assim, mesmo sem a qualidade jurídica da personalidade, a vida daquele em processo de nascimento é protegida com a mesma intensidade dedicada àquela pessoa natural nascida. Conforme pretendido, demonstrar-se que a vida daquele que durante o parto, do início das contrações até o nascimento com vida, mesmo antes, portanto, de adquirir a qualidade pessoa natural, é acobertado pela proteção da norma que criminaliza o homicídio, sendo assim não há de se reconhecer sentido em dizer que a intensidade da proteção jurídica da vida humana está alicerçada no eventual reconhecimento de personalidade de um ou outro indivíduo em particular.

Outro argumento pode ser oferecido para alicerçar uma proteção consideravelmente menos intensa da vida daquele que vive intrauterinamente e implica a cisão do *bem jurídico vida* em duas categorias: (i) a vida dependente; e (ii) a vida independente.

A proteção da vida dependente seria aquela na qual o interesse escudado resumir-se-ia no desenvolvimento vital do feto ou embrião que, irremediavelmente, encontra-se dependente do suporte biológico provido pelo corpo da gestante. A vida independente, por outro lado, teria início com o nascimento com vida e marcaria o início de uma existência autônoma do indivíduo. Tal divisão do *bem jurídico vida* nestas duas categorias, entretanto, não é imune a críticas. Primeiramente, um neonato, ao nascer, é ainda terrivelmente dependente, necessitando, para sua sobrevivência, de cuidados elementares, ainda que por certo, a ausência dos genitores no provimento de tais cuidados possa ser suprida por terceiros. Mais adequado seria falar em uma vida exclusivamente dependente da genitora, no sentido de que o suporte às necessidades vitais do nascituro não pode ser substituído por outra pessoa diversa da própria gestante. É importante ressaltar que a diferenciação de duas categorias de vida através do critério da dependência deixa de levar em conta situações nas quais o feto, ainda que prematuro, reúne condições de desenvolvimento biológico suficientes para, em caso de necessidade, sobreviver a um parto pré-termo.

Considerando um feto em seu oitavo mês de gestação, pode-se afirmar, que ainda *in utero* possui todas suas necessidades vitais supridas através de sua relação com a gestante. Pode-se afirmar que neste estágio avançado de desenvolvimento biológico tão próximo ao nascimento, a despeito de ainda dependente do suporte

vital da gestante, a prática de um aborto seria consideravelmente mais reprovável, sob o ponto de vista ético, do que outro em momentos iniciais²²⁰. Isso ocorre por várias razões, como: (i) o elevado investimento relacional e emocional da gestante em relação ao filho – pelo menos no caso de uma gestação desejada –; (ii) na medida em que o feto, progressivamente, apresenta formas cada vez mais próximas do neonato, especialmente no último mês de gestação; e principalmente (iii) porque mais do que adquirir as formas parecidas com o de um neonato, é possível afirmar que nenhuma diferença morfológica existe entre um nascituro no oitavo mês de gestação e um neonato prematuro ligado ainda pelo cordão umbilical. Trata-se de seres em idêntico estágio de desenvolvimento biológico, diferenciados pelo único fato de que um ainda encontra-se dentro do corpo da gestante enquanto outro já se faz presente no mundo exterior.

Apesar de essencialmente iguais, porém, o ato arbitrário que colocar fim na vida de um será reprovado pelo Direito com uma intensidade muito superior àquele que matar o outro. Para o nascido ainda que prematuramente, a reprovação advém das normas incriminadoras de homicídio (mais severa) ou infanticídio. Para o nascituro em avançada idade gestacional, a terminação de sua existência é reprovada através da norma incriminadora do aborto (menos severa).

Ainda comparando um neonato prematuro e um nascituro no último mês de uma gestação considerada como normal, é de se reconhecer que a relação de dependência exclusiva do nascituro em relação à gestante é meramente contingente. Sendo necessário um parto antecipado pode ser realizado e, distinguida a normalidade do desenvolvimento fetal, as chances de sobrevivência do nascituro podem muito bem ser consideradas elevadas. Isso significa que, ainda que preferencialmente deva esperar-se a completa maturação do feto, é possível que seu nascimento seja antecipado com sucesso e, considerando o constante avanço científico, suas chances de sobrevivência ao nascer tendem a se tornar progressivamente maiores. O mesmo pode ser dito de fetos em idade gestacional

²²⁰ Neste sentido, sobre o especial desvalor do aborto nos últimos estágios da gestação: “Portanto, a ideia de que deploramos a frustração da vida, e não a sua mera ausência, parece ajustar-se bem a nossas convicções gerais sobre a vida, a morte e a tragédia. Também, explica em grande parte do que pensamos sobre a tragédia particular do aborto. Tanto os conservadores quanto os liberais admitem que, em algumas circunstâncias, o aborto é mais grave, e talvez mais injustificável, do que em outras. De modo evidente, há o consenso entre as duas partes quanto ao fato de que o aborto em fase mais avançada da gravidez é mais grave do que o aborto feito ainda no início desta” (DWORKIN, 2009, p. 123).

cada vez mais precoce. Mesmo estes podem lograr êxito em nascer, ainda que necessitem de intensos cuidados médicos e tornem-se suscetíveis de um preocupante número de complicações relacionadas com a prematuridade²²¹. Mas é um fato cientificamente demonstrado que se apresentando a necessidade, um feto que ainda não atingiu a maturidade gestacional plena pode, conforme as circunstâncias, sobreviver sem o suporte vital da gestante.

É a partir desta verdade científica que se alicerça a crítica mais contundente em relação à diferenciação axiológica entre a vida dependente e a independente. Trata-se de reconhecer que naqueles momentos avançados da gestação, o feto já reúne possibilidades de viver extrauterinamente, sendo possível seu nascimento, com mais ou menos segurança conforme as particularidades do cada caso. Não há de se falar, portanto, que o feto é digno de menor proteção por que ainda não se constitui em ser humano, mas mera potência para ser humano como afirmam alguns²²², pois já reúne condições mínimas de sobreviver para além do corpo da gestante se a necessidade assim impõe.

O argumento de que o gestado, em qualquer momento da gestação é, tão somente, uma potência de ser humano não é adequado ao atual estado da ciência, pois faz parecer que a simples transposição do espaço intrauterino para o plano externo ao corpo da mulher opera-se uma metamorfose tal que o feto que não era um ser humano, mas sim mera potência, passa a sê-lo tal qual crisálida. Como demonstrado, não há diferença ontológica entre um ser humano gestado antes do parto e o ser alguns momentos depois. Nega-se a condição de ser “alguém” pelo simples e arbitrário fato de estar dentro dos limites do útero, mesmo que nenhuma diferença possa ser estabelecida entre o feto em avançado período gestacional e um neonato nascido com vida.

Ainda acerca da argumentação de que o feto e o embrião merecem uma proteção jurídica menos intensa em razão de constituírem-se em meros seres

²²¹Neste sentido: “Entre as causas perinatais de mortalidade infantil, 61,4% estão associadas com a prematuridade, como síndrome de sofrimento respiratório, hipóxia e outros problemas respiratórios. Isso confere à prematuridade um importante papel nos óbitos infantis e, portanto, torna seu controle e manejo adequado a intervenções potencialmente efetivas para a redução desta mortalidade” (SILVEIRA, 2008).

²²²Sobre tais afirmações: “Por parte dos que sustentam que a decisão do aborto cabe à mulher, alega-se que o embrião é pessoa em potencial, ainda que não titular de todos os direitos de uma pessoa já nascida” (GONÇALVES; LAPA, 2008, p. 50).

humanos em potência, é de se notar uma relação umbilical de tal hipótese com as lições de Aristóteles.

Nos ensinamentos do Estagirita, o ser em potência, apesar de preceder o ser em ato, deve ser dado como preterido, ontologicamente, por aquele que o sucede²²³. Noutras palavras, ainda que o ser em potência (embrião ou feto), lógica e temporalmente, preceda ser em ato (ser humano), aquele sempre se reporta a este, uma vez que ainda e somente o é em potência em relação ao ser humano adulto, pois o ato é, sempre, ontologicamente superior ao ser em potência. Segundo tal linha de raciocínio, o ser humano em ato (nascido) seria sempre superior, no plano ontológico e axiológico, ao ser humano em potência e ainda por nascer (feto e embrião), ainda que o desenvolvimento intrauterino faça-se parte indispensável para que um ser humano se apresente em plenitude.

A ideia de que o embrião e o feto, na condição de humanos em potência, merecem uma proteção jurídica menos intensa em decorrência de seu valor significativamente menor em relação ao ser humano nascido, entretanto, não se apresenta sem críticas.

Primeiramente, quando considerados o ser humano prematuramente nascido e outro, ainda inserido entre as paredes uterinas, não há qualquer diferença ontológica entre eles, sendo que a única diferença perceptível, se é que existe qualquer outra, reside na circunstância especial, de estar *in utero* e o outro *extra uterum*.

Ademais, se é verdadeira a proposição de que o feto e o embrião constituem-se em seres humanos, tão somente, em potência, também é verdadeira a afirmação de que tal qualidade poderia ser estendida às crianças e adolescentes, pois são eles considerados pela Lei Fundamental como pessoas em desenvolvimento.

O artigo 227, § 3º, V, da Constituição Federal é cristalino ao considerar todo e qualquer menor de dezoito anos como *pessoa em desenvolvimento*. Essa mesma condição de desenvolvimento físico, psíquico e social denota que crianças e adolescentes movem-se constantemente rumo à realização de seus potenciais. Uma

²²³Através da lição de Giovane REALE: “O ato, diz ainda Aristóteles, *tem absoluta “prioridade” e superioridade sobre a potência*: a potência, com efeito, é sempre em função do ato e é condicionada ao ato e não se pode nem conhecer a potência como tal senão reportando-a ao ato do qual ela é potência. Enfim, o ato é superior à potência, porque é o modo de ser das substâncias eternas, que estão no vértice do ser.” (in ARISTÓTELES, 2002a, p. 109).

pessoa em desenvolvimento é, pois, uma pessoa em potência em relação ao ser em ato que se realiza quando completa seu desenvolvimento. Esse entendimento encontra chancela na filosofia aristotélica, vez que o Estagirita sustentava a criança como um ser ainda incompleto quando comparado à pessoa adulta²²⁴.

Lançando mão do entendimento de que o ser em potência deve ser sempre preterido, ontológica e axiologicamente, pelo ser em ato, seria de considerar que a vida intrauterina teria para si um valor deveras menor em relação ao de um ser nascido. Porém o neonato, criança e adolescente, são todos seres em desenvolvimento, também deveriam ser considerados como menos importantes do que um adulto que alcançou a plenitude de seu desenvolvimento físico-psíquico-social. O que não ocorre no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, cumpre reconhecer que se o embrião e o feto devem ser considerados como humanos em potência, também é o caso de serem assim declarados as crianças e os adolescentes. Porém, a qualidade de ser humano ainda em desenvolvimento (ou em potência) para aquele que vive intrauterinamente alicerça seu desvalor em relação ao nascido com vida; a mesma qualidade para o nascido com vida até seus dezoito anos de vida importa em reconhecer que seus direitos devem ser protegidos com absoluta prioridade e sua vida (Artigo 227, *caput*, da Constituição Federal), assim, protegida com a maior intensidade possível no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Mesmo dada como superada as recorrentes discussões sobre à-vontade do legislador²²⁵, permite-se, somente para efeitos de argumentação, a hipótese de

²²⁴ Neste sentido: “Seguem suas virtudes morais a mesma gradação: todos devem possuí-las, mas somente tanto quanto convém a seu estado. Quem comanda deve possuí-las todas no mais alto grau. Sua função é como a do arquiteto, isto é, a da própria razão; as dos outros se regulam pela conveniência. Todos têm, portanto, virtudes morais, mas a temperança, a força, a justiça não devem ser, como pensava Sócrates, as mesmas num homem e numa mulher. A força de um homem consiste em se impor; a de uma mulher, em vencer a dificuldade de obedecer. O mesmo ocorre com as demais virtudes. Quanto mais refletirmos, mais nos convenceremos disto. É ilusório contentar-se com generalidades sobre esta matéria e dizer vagamente que a virtude consiste nos bons hábitos da alma, ou então no bem agir ou outras fórmulas do gênero. Mais vale, como Górgias, estabelecer a lista das virtudes do que se deter em semelhantes definições e imitar, no mais, a precisão do poeta que disse que *um modesto silêncio é a honra da mulher* ao passo que não fica bem no homem. Sendo a criança imperfeita e não podendo ainda encontrar em si mesma a regra de suas ações, sua virtude é ser dócil e submissa ao homem maduro que cuida de seu acompanhamento” (ARISTÓTELES, 1998, p. 35-6).

²²⁵ Sobre a superação da dicotomia vontade da lei *versus* vontade do legislador: “De todo modo, é importante insistir que essa dicotomia não tem (mais) sentido no âmbito da superação dos paradigmas tradicionais da filosofia (metafísica clássica e metafísica moderna, ou, se quisermos, os paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência). Colocar o *locus* do sentido na coisa-objeto (lei) ou no sujeito (intérprete) é sucumbir à ultrapassada dicotomia sujeito-objeto. Ora, dizer

aceitar que legislador histórico tenha desejado estabelecer uma gradação valorativa da vida humana a partir da régua da potencialidade através da qual o ser humano em potência (ou em desenvolvimento) seria de ser preterido pelo ser humano em ato. Se este foi o caso, o legislador falhou inapelavelmente. Pois a qualidade que usa para justificar a proteção mais débil do embrião e do é utilizada ao reverso quando de menores de dezoito anos nascidos com vida fundamentando uma proteção jurídica mais intensa. O idoso também a merece, nos termos do Estatuto do Idoso e reconhecendo uma causa de aumento de pena quando de homicídios praticados contra maiores de sessenta anos. O indivíduo adulto, entretanto, considerado por Aristóteles como o ser humano em ato, é menos protegido do que seria se criança ou adolescente fosse.

Mesmo superada tal objeção, restaria ainda o seguinte problema: Quem é o ser humano em ato? Quem é o ser humano em plenitude?

Dito que é o ser humano nascido vivo, daria um fundamento para o feto ser menos protegido do que o neonato, por outro lado não explicaria porque os menores de dezoito merecem que seus direitos sejam protegidos com absoluta prioridade em relação aos adultos. Dizer que o ser humano em ato identifica-se com o adulto seria o caso de, contrariando a Constituição Federal, sustentar que as crianças e os adolescentes mereceriam, por serem somente em potência, uma débil proteção em relação aos maiores de dezoito anos. Sob outro aspecto, dito biográfico, poder-se ia mesmo dizer que o ser humano somente se realiza na morte, pois então que se encontra com seu último “eu” (HEIDEGGER, 2005).

Essa pequena digressão fez-se necessária para demonstrar que mesmo reconhecendo a adequação de uma régua axiológica fundamentada na primazia ontológica do ser em ato sobre o ser em potência restaria deveras complicado dizer que é o ser humano em ato, se é ele outro senão aquele que se realiza no encontro com a morte.

Demonstrado que a ser humano é valorado antes pelo local onde está do que pelo é, uma vez que colocar fim a uma gestação de oito meses de feto saudável merece uma punição significativa menor, mesmo nos casos de aborto sem o consentimento da gestante, do que matar um neonato, nascido prematuro, após não

que o sentido está na lei ou sustentar que aquilo que o legislador quis dizer é mais importante que aquilo que ele “disse”, não resiste a uma discussão filosófica mais aprofundada” (STRECK, 2014, p. 152-3).

mais do que os mesmos oito meses de gestação. Notando que as diferenças físicas e fisiológicas entre um ser humano saudável gestado por oito meses e outro nascido prematuramente e ainda ligado ao cordão umbilical de sua genitora são absolutamente insignificantes, senão inexistentes é de se dizer que é a transição para o mundo desde o espaço uterino que marca a momento que o ser humano deixa de ser nascituro e passa a ser, para o Direito Penal, o “outro”, o “alguém” fazendo jus à intensa proteção. Isso pode ser comprovado pela constatação de que a integridade física do embrião e do feto é completamente irrelevante porquanto não se considera como um bem jurídico.

A integridade corporal do recém-nascido é protegida pela norma penal do artigo 129 do Código Penal (lesões corporais) enquanto que lesões que atinjam a integridade física e a saúde do feto em gestação –excetuando aquelas meio para aborto - são completamente destituídas de toda e qualquer tipicidade²²⁶.

Mesmo em avançado período gestacional, mesmo virtualmente idêntico àquele que acabou de nascer, o feto, ao contrário do neonato, não se constitui no “outrem”²²⁷ protegido pela norma incriminadora prevista no artigo 129 do Código Penal e isso pelo único e exclusivo motivo de estar ainda dentro do útero.

Isso ocorre porque a qualidade de ser “alguém” ou “outro” está diretamente vinculada à possibilidade jurídica de ser reconhecido como em posição de igualdade e dignidade com todos os seres humanos. E então se observa que o problema fundamental de uma vida cujo valor depende de uma dimensão espacial é que o ser humano já não é mais protegido pelo que ele é, mas por estar, um critério flagrantemente arbitrário por criar um espaço de exclusão, desvalor e insignificância, conforme demonstramos.

Ainda, a desconsideração das etapas gestacionais na determinação do valor da vida intrauterina, tratando indistintamente fetos e embriões nos termos do Direito

²²⁶ Conforme os ensinamentos de Eduardo Ramón RIBAS: *“En efecto, pese a que el Tribunal Supremo estimo, en un reducido número de sentencias, que los delitos de lesiones protegían la salud e integridad de las personas, tanto frente a acciones que actuaron directamente sobre ellas cuanto ante agresiones de naturaleza prenatal, esto es, que incidieron en primer lugar sobre el feto, actuando en él sus específicos efectos y alcanzaron posteriormente a la persona nacida, la doctrina coincidía mayoritariamente en la ausencia de tipos aplicables a estos últimos supuestos, pues la referencia de aquellos delitos a la lesión causada a otro, es decir, a una persona, impedía su extensión a las que se hubieren ocasionado a un feto”* (2002, p. 46-7).

²²⁷ Neste sentido: *“A estos efectos, se indicaba que, por ejemplo, el art. 420 del anterior Código penal empleaba en la descripción del tipo objetivo de las lesiones las siguientes palabras: ‘... causare a otro...’ y que ese pronombre demostrativo ‘otro’ hacía referencia a una persona ya nacida, como he dicho antes”* (HIGUERA GUIMERA, 2000, p. 372).

Penal e do Direito Civil, constitui-se em outro argumento de refutação da hipótese de valoração através do critério da potencialidade.

O reconhecimento de que o feto faz-se, conforme seu avançado estágio de desenvolvimento, merecedor de uma proteção mais intensa, apesar de inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, não deixou de ser considerado noutros países, destacando o direito norte-americano.

Na célebre decisão *Roe v. Wade*²²⁸, mesmo reconhecida à mulher a faculdade do aborto, salienta-se que o desenvolvimento do feto e sua viabilidade deviam e foram levados em conta e fundamentar a regulamentação ou a proibição do aborto tardio, em regra defeso salvo em situações de estado de necessidade, quando a própria vida da gestante resta em situação de perigo. Mesmo admitindo o direito ao aborto, o ordenamento jurídico norte-americano reconhece que distinções juridicamente relevantes impõem-se conforme a etapa gestacional do ser humano sendo de se considerar que o feto, quanto mais próximo do possível nascimento com vida, merece ser protegido com mais intensidade que o embrião, que não reúne condições de maturidade para sobreviver para além do útero.

A completa equiparação de fetos e embriões, qualquer que seja a etapa da gestação, permite afirmar que o direito brasileiro, demole a ideia de que o ser humano é mais protegido conforme mais próximo da realização do ser em ato, uma vez que, mesmo indistinto de um neonato, o feto tardio não merece proteção diferente de embrião nos primeiros instantes posteriores à concepção. Enfim, a distinção axiológica entre gestados e nascidos é alicerçada, para além do que são, somente no que estão.

Esta valoração da existência humana a partir de critérios exteriores e circunstanciais ao ser humano, como é o caso do lugar no qual se encontra, implica na criação de esferas espaciais de relativa indiferença, sendo que a natureza

²²⁸ Transcreve-se trecho da decisão: “*To summarize and to repeat: 1. A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a lifesaving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. (a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother*” (ROE v. Wade, 410 U.S. 113 -1973).

jurídica do ser não é determinada ontologicamente, mas sim, por critérios arbitrários. Ele, como ser vivo, passa a ser o que é não *per se*, mas *per locum*.

O ordenamento jurídico brasileiro, portanto, não modula a proteção jurídica dispensada à vida humana pela natureza do ser, pela sua potencialidade ou pelo seu estágio de desenvolvimento biológico, pois não categoriza o ser humano pelo que ele é, mas através do lugar onde está. Isso se dá em flagrante desrespeito a um dos imperativos mais elementares decorrentes da dignidade da pessoa humana, ou seja, estabelecendo critérios de valoração completamente arbitrários que implicam em ofensa frontal à universalidade e igualdade axiológica da existência de todo e qualquer ser humano.

4.3.2. O valor da vida em função do tempo

A variável espacial é o mais importante critério para o estabelecimento do valor relativo/posicional da existência humana. Como sustentado, no caso de fetos no terceiro trimestre de gestação, não somente são eles aptos, se necessário, a nascer e sobreviver extrauterinamente, mas também pelo fato de que nenhuma diferença significativa - ontológica ou morfológica - possa ser indicada entre um feto em avançado período gestacional e um neonato nascido prematuro com a mesma idade de gestação.

Se o critério espacial é o que distingue axiologicamente a vida intrauterina da extrauterina, é o critério temporal que impõe diferentes escalas valorativas entre seres humanos nascidos com vida. Nos termos da Lei Fundamental e do ordenamento jurídico-penal, a vida humana é tanto mais valiosa conforme se enquadre em determinadas categorias etárias.

A afirmação de que, no ordenamento jurídico-penal pátrio, a vida de seres humanos nascidos pode ser considerada mais ou menos valiosa em razão do transcurso do tempo, apesar de completamente contraditória quando pareada com o imperativo de igualdade decorrente do princípio da dignidade humana, é facilmente

verificada quando analisado o disposto no artigo 121, § 4º do Código Penal, no qual se dispõem as causas de aumento de pena para os crimes de homicídio²²⁹.

No caso de homicídio doloso, a lei penal pugna pela aplicação de uma causa de aumento de pena de um terço quando o crime é praticado contra menor de quatorze anos ou maior de sessenta anos. Estariam estas majorantes inseridas no contexto das disposições do Estatuto do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) e do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003). É de se perguntar, entretanto, qual razão fundamenta tais causas de aumento de pena que permitem considerar o homicídio contra menores de quatorze anos ou idosos como juridicamente mais graves do que outros praticados contra pessoas maiores de quatorze e menores de sessenta anos.

Um primeiro argumento para justificar tais causas de aumento de pena, fundamentadas em critério etário, seria decorrente de juízo de especial reprovação da conduta criminosa em função da particular condição de vulnerabilidade das vítimas menores de quatorze ou maiores de sessenta anos.

É de se reconhecer que a faixa etária da vítima pode muito bem ser compreendida dessa maneira. Nesse contexto, os menores de quatorze e os maiores de sessenta seriam considerados vítimas defensivamente hipossuficientes, restando, portanto, mais vulneráveis a eventuais agressões e, assim, merecedores de uma proteção jurídica mais intensa através de uma especial causa de aumento de pena²³⁰. Entretanto, tal explicação não se sustenta.

Se por um lado é razoável supor que a idade da vítima pode ser elemento bastante para a presunção jurídica de vulnerabilidade²³¹, por outro lado, é também de se distinguir outras circunstâncias pessoais, para além dos critérios etários, que também implicam numa objetiva condição de vulnerabilidade, até maior do que

²²⁹ Nos termos do dispositivo legal mencionado: “No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos”.

²³⁰ Sobre a presunção de vulnerabilidade decorrente da idade: “A razão de ser dessa circunstância majorante da pena é a maior reprovabilidade da conduta praticada contra o menor de 14 anos e o maior de 60 anos, os quais por suas características pessoais, têm menor capacidade de defender-se. Protege-se, assim, de modo mais severo, a vida humana ainda distante do pleno estágio de desenvolvimento físico e mental e aquela mais próxima do seu fim” (TELES, 2004, p. 81).

²³¹ Sobre a causa de aumento de pena e seu fundamento na especial vulnerabilidade decorrente da idade da vítima: “Institui-se, assim, uma espécie de homicídio agravado por considerar-se que a vítima, nessas hipóteses, tem maiores dificuldades de defender-se, além de uma maior censurabilidade que cerca esse crime quando tem por sujeito passivo uma criança ou pessoa idosa” (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 40).

aquela decorrente da idade da vítima. Por exemplo, as pessoas portadoras de condição física especialmente debilitante/incapacitante ou, ainda, aquelas outras pessoas consideradas vulneráveis nos crimes contra a dignidade sexual, nos termos do artigo 271-A do Código Penal, a saber, os incapazes, por qualquer motivo de oferecer resistência, os alienados e débeis mentais.

Levando-se em conta o princípio do legislador racional, se a norma majorante de pena pretendia estabelecer um especial juízo de reprovabilidade nas situações de homicídios dolosos contra vítimas particularmente vulneráveis, deveria, para alcançar seu intento, usar de uma redação mais precisa, por exemplo: estipular a causa de pena em razão da incapacidade da vítima oferecer resistência ou de sua especial vulnerabilidade, contemplando assim, todos aqueles na mesma situação de hipossuficiência defensiva (crianças, pessoas debilitadas em razão de idade avançada, portadoras de deficiência física especialmente debilitante e aquelas acometidas de transtornos mentais especialmente graves). É de se afirmar, portanto, que se o legislador pretendia estabelecer uma majorante em face de especial condição de vulnerabilidade, não logrou êxito. A majorante, tal como se apresenta, peca por proteger arbitrariamente um determinado grupo de pessoas em detrimento da exclusão de outros, inclusive, mais vulneráveis conforme o caso.

Outra justificativa para tal majorante seria através da hipótese de que o legislador criou tal causa de aumento de pena para punir com mais severidade a atuação de grupos de extermínio que, entre seus alvos preferenciais, perpetram abomináveis matanças contra crianças e adolescentes relegados à marginalização e ao abandono, comumente designados como *meninos de rua*²³². Entretanto se o objetivo era a proteção de pessoas vulneráveis em razão do pertencimento a grupos socialmente marginalizados, por que discriminá-los em razão da idade? Seria, por certo, mais adequado e efetivo para esse fim que o enunciado majorante demandasse uma objetiva condição de abandono social.

O fato é que, rechaçadas as hipóteses anteriormente levantadas para a justificação de tais majorantes, o legislador pressupõe uma especial reprovabilidade daquele que pratica um homicídio doloso contra vítima menor de quatorze anos ou

²³² Sobre tal hipótese: “Portanto, se o legislador, ao introduzir esta nova causa de aumento de pena, tinha por fim punir mais severamente os crimes contra adolescentes – especialmente os lamentáveis extermínios de meninos de rua que o País tem oportunidade de acompanhar -, deveria tê-lo feito com a amplitude merecida, vale dizer, deveria ter estendido a maior proteção aos menores de 18 anos” (NUCCI, 2009, p. 606).

contra idoso. Para o reconhecimento da majorante não é necessário demonstrar que o menor de quatorze anos não tem possibilidades defensivas contra o agressor homicida, nem mesmo é de se provas que a avançada idade debilitou aquele maior de sessenta. Por ser alicerçada simplesmente em critério etário, para que a pena seja elevada na razão de um terço basta apresentar documento hábil que prove a idade da vítima²³³, independente de qualquer outra qualidade do menor de quatorze ou idoso.

Analisando a majorante em razão de vítima menor de quatorze anos, poderia ser o caso de formalmente sustentá-la em decorrência de imperativos normativos decorrentes do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei Fundamental. Inclusive, no artigo 227 da Constituição Federal, encontra-se expresso que a proteção da criança (menor de doze anos) e do adolescente (maior de doze e menor de dezoito anos) é um dever de todos (família, sociedade e Estado) impondo-se a assegurar com *absoluta prioridade* de seus direitos fundamentais.

O termo *absoluta prioridade* indica, sem sombra de dúvida, que a proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente (especialmente o *direito à vida*) tem precedência sobre a das outras pessoas que não se enquadrem na categoria cronológica de menores de dezoito anos. Tal disposição de prioridade, apesar de virtualmente incontestada, não passa incólume por uma detida análise.

Uma vez que a Lei Fundamental dispõe que a proteção dos direitos fundamentais dos menores de dezoito anos dar-se-á prioritariamente, seria de se afirmar que a Carta Política, é de se reconhecer, como necessário desdobramento, que a vida da criança e do adolescente é fundamentalmente mais valiosa do que a de qualquer outro indivíduo para além de tais categorias. Isso uma vez que aqueles menores de dezoito anos merecem, em razão da proteção prioritária, precedência sobre os demais.

A maior importância que se dá à proteção dos menores de dezoito anos é também verificada no disposto do artigo 227, § 4º da Lei Fundamental que impõe que a “lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança

²³³ Neste sentido: “As duas majorantes podem ser aplicadas a todas as modalidades de homicídio doloso – simples, privilegiado e qualificado, devendo, contudo, ser demonstrada a idade das vítimas por meio de documento hábil, conforme preconiza o parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que diz que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil” (GRECO, 2008, p. 183).

e do adolescente²³⁴. Poder-se-ia dizer que a violência arbitrária, ainda que sempre censurável, é ainda mais reprovável dependendo da qualidade etária da vítima. No que os atentados violentos contra a vida de crianças e adolescentes devem ser punidos com gravosa severidade confirma-se que a Carta Política dá mais valor à vida dos menores de dezoito anos do que àquela dos que já ultrapassaram tal marco etário.

A orientação da tutela jurídica dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes pelo duplo imperativo de *absoluta prioridade assecuratória e especial severidade punitiva* não se estabelece em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A utilização de um critério etário e arbitrário para fundamentar a precedência axiológica de um indivíduo sobre outro e a decorrente permissão e justificação de uma tutela jurídica mais intensa dispensada em benefício de um grupo etário em detrimento de outro é a demonstração cabal que a vida humana, para o ordenamento jurídico brasileiro, não é igualmente valiosa.

O absurdo da utilização de um critério etário para justificar a superioridade posicional da vida dos menores de dezoito anos sobre a dos maiores desta idade pode ser evidenciado quando da análise de uma hipotética situação. No caso de impossibilidade de proceder a duas atuações salvadoras em tempo hábil, o médico deveria, respeitando o comando constitucional de absoluta prioridade na proteção de crianças e adolescentes, sempre dar precedência ao menor de dezoito anos. Impossível conciliar o mandamento constitucional de absoluta prioridade na proteção dos direitos das crianças e adolescentes e os imperativos decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana que impõe a universal e igualitária dimensão axiológica para todos e cada qual dos indivíduos.

Evidente que um número considerável de pessoas não contestaria a afirmação de que a morte de uma criança é um evento merecedor de mais intensos lamentos do que o falecimento doutra pessoa considerada adulta. Todavia, é impossível não perceber *ononsense* na afirmação de que o aniversário de dezoito anos possui o condão de operar uma mudança tão drástica no valor da vida de um

²³⁴ Neste sentido: “Visando a uma maior repressão de condutas criminosas violadoras do direito à vida da criança e do adolescente, em consonância com o disposto na Constituição Federal, que prevê que ‘a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente’ (art. 227, § 4º), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) determinou a majoração da pena (agravamento de 1/3 – CP, art. 121, §4º, 2ª parte) nas hipóteses de homicídio doloso praticado contra vítima menor de 14 anos” (CAPEZ, 2007, p. 63).

indivíduo que, de um dia para outro, sua existência vital há de ser considerada como menor em importância quando comparada à de outra pessoa poucos dias mais jovem, somente por este não completar aquele marco etário estabelecido na Lei Fundamental.

É de se notar que a especial proteção da infância e adolescência nos termos da Lei Fundamental justificaria-se pela peculiar condição do menor como *pessoa em desenvolvimento*, como se aduz dos termos dispostos no artigo 227, §§ 3º, V e 4º da Constituição Federal. Entretanto, o critério utilizado para considerar alguém como criança ou adolescente passa ao largo da condição de pessoa em desenvolvimento e se dá através de um mero critério etário absoluto. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, indicando que as capacidades psicossociais são irrelevantes para determinar se uma pessoa faz-se merecedora da especial proteção constitucional dedicada aos menores de dezoito, especialmente considerando o aspecto da inimputabilidade penal²³⁵.

Em suma, ao considerar como dignos de proteção integral os menores de dezoito anos, não se protegem todos os indivíduos que podem ser considerados *pessoas em desenvolvimento* - ainda que a maioria possa ser compreendida nesses limites temporais - e estabelece-se a proteção intensa doutros que, em razão de precoce maturidade, poderiam ser considerados absolutamente capazes para os atos da vida civil, como é o caso dos emancipados.

Pode-se concluir, portanto, que a proteção integral das crianças ou adolescentes e a absoluta prioridade que pauta a assecuração dos seus direitos, principalmente a vida, não dão tanto pelo que elas são (*pessoas em desenvolvimento*), mas pela idade que possuem. Pouco importa, pois, seu efetivo estágio de (i)maturidade, o ser humano é protegido, com mais ou menos intensidade, em função de seu tempo de vida.

²³⁵ São decisões do Supremo Tribunal Federal neste sentido: “Acresce que esse verdadeiro microsistema jurídico que o Estatuto da Criança e do Adolescente consiste – legislação específica, portanto – concretiza essa explícita garantia constitucional de particularizadamente favorecer toda ‘pessoa em desenvolvimento’ (inciso V do § 3º do artigo 227 da CF/88). A significar, então, que a redução da maioridade civil pelo novo diploma civilista não tem força de modificar, de modo automático ou mecânico, o período de proteção a que o adolescente tem direito, conforme disciplina peculiar do ECA” (BRASIL, STF, HC 97.539-9/RJ, Rel. Carlos Britto, 2010). Ainda: “A proteção integral da criança ou adolescente é devida em função da sua faixa etária, porque o critério adotado pelo legislador foi o cronológico absoluto, pouco importando, se por qualquer motivo, adquiriu capacidade civil, quando as medidas adotadas visam não apenas à responsabilização do interessado, mas o seu aperfeiçoamento como membro da sociedade, a qual também pode legitimamente exigir a recomposição dos seus componentes, incluídos aí os menores” (BRASIL, STF, HC 94.938, Rel. Carmén Lúcia).

O absurdo da diferente valoração da vida humana baseada em rígidos critérios cronológicos resta evidente na arbitrariedade de precisar uma data a partir da qual uma pessoa natural não pode mais ser considerada como adolescente²³⁶. Pois é notório que a adolescência é, mais do que uma etapa do desenvolvimento biológico do ser humano, uma categoria conceitual iminentemente cultural²³⁷. Ademais, é de se dar como certo que o desenvolvimento das aptidões psicossociais, de capital importância para eventuais juízos sobre a capacidade e imputabilidade da pessoa natural, não ocorre no mesmo ritmo em toda e qualquer pessoa, aliás, muito pelo contrário, tal desenvolvimento se sujeita às específicas condições fenotípicas e genotípicas que são particulares de cada ser humano.

Retornando ao específico problema da majorante de pena nos crimes de homicídio doloso com vítimas menores de quatorze. Mesmo esquecendo, para fins de argumentação, da evidente ofensa ao princípio da dignidade humana que decorre da consideração de precedência axiológica de um ser humano sobre outro com base em critérios meramente etários, não é possível reconhecer sentido na causa de aumento do artigo 121, § 4º do Código Penal.

Considerando a justificativa formal de que a majorante que eleva em um terço a pena do crime de homicídio doloso com vítima menor de quatorze é uma exigência constitucional decorrente do artigo 227, § 4º da Lei Fundamental restaria a pergunta: por que o incremento de pena não reprova igualmente o homicídio praticado contra qualquer adolescente?

²³⁶ Sobre a construção dos conceitos de infância e adolescência: “As distintas concepções de criança e de adolescente são, portanto, construídas a partir de olhares em nada neutros. Os saberes vêm sendo produzidos a partir de discursos dominantes, localizados nos limites do projeto da modernidade, por nós incorporados, sem maiores críticas. Enquanto são incorporados, passam a fazer parte da formação desse panorama em destaque, trazendo influências sobre a compreensão teórica e sobre as práticas com esses grupos etários” (FROTA, 2013).

²³⁷ Sobre a construção cultural do conceito de adolescência: “A adolescência nem sempre existiu como um período específico de desenvolvimento, que fosse necessário uma atenção especial pela constituição de uma identidade, a qual necessitaria de um intervalo de tempo, mais ou menos longo, indeterminado, para ser reorganizado em função de modificações físicas e fisiológicas, culturais e psicológicas. Reconhecia-se apenas a puberdade, momento de desenvolvimento onde ocorrem as maiores mudanças físicas: crescimento dos pelos, crescimento do corpo (certas áreas do corpo se tornam desproporcionais), aumento do peso, espinhas, mudança de voz, e, principalmente, as características que indicam o amadurecimento sexual: a ovulação e a espermatogênese. Segundo Airès o conceito de adolescência não aparece antes do final do século XVIII e não se difunde antes do século XX. Por muito tempo, as crianças eram introduzidas no mundo do trabalho a partir dos sete anos; poucas estudavam ou permaneciam muito tempo no sistema educativo, onde também não estavam separadas por níveis diferenciados de idade. Como a adolescência não era considerada um período particular de desenvolvimento, não existia, ainda, uma cultura adolescente. Em consequência da complexidade das sociedades modernas industrializadas foi-se criando um espaço intermediário entre a infância e a idade adulta, entre a maturidade bio-fisiológica e a maturidade psicossocial, sendo resultado dos padrões de mudança da nossa sociedade” (ÁVILA, 2005).

Segundo a causa de aumento de pena referida, merece especial severidade a violência homicida contra menores de quatorze anos, enquanto o dispositivo constitucional retro mencionado determina que este especial grau de punição deveria ser reservado não a uma parcela dos menores de dezoito anos, mas sim, com acerto, a todos, sejam crianças ou adolescentes.

Note-se, a cláusula constitucional que sustentaria a majorante etária de um terço nos homicídios dolosos praticados contra menores de quatorze anos dispõe que a reprovação penal deveria ser mais intensa e severa quando a vítima é menor de dezoito anos. Entretanto, o texto do Código Penal somente reconhece a causa de aumento de pena para aqueles casos nos quais o sujeito passivo é menor de quatorze, sem qualquer justificativa hábil para a exclusão dos maiores de quatorze e menores de dezoito, abarcados pelo texto constitucional, mas excluídos do dispositivo penal. Noutras palavras, lastreia-se formalmente a majorante através do comando constitucional que determina um tratamento mais severo para crimes cometidos contra crianças e adolescentes, mas sem qualquer justificativa plausível, exclui-se parte das vítimas adolescentes dos critérios de majoração da pena.

Observando-se o caráter preventivo geral da pena²³⁸, seria de dizer menos reprovável aquele crime de homicídio contra vítimas adolescentes menores de dezoito e maiores de quatorze anos do que outro praticado contra outra vítima adolescente, porém, maior de doze e menor de quatorze anos. Outro evidente absurdo decorrente da aplicação de uma majorante baseada em critério cronológico objetivo completamente caprichoso e arbitrário.

Pode-se mesmo dizer que faria sentido, pelo menos nos termos do dispositivo constitucional do artigo 227 da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecer uma majorante para os crimes de homicídio doloso praticados contra crianças (menores de doze anos)²³⁹; faria ainda sentido se

²³⁸ Sobre a teoria da prevenção geral positiva como um dos fins da pena: "*Finalmente, la tercera de las teorías penales tradicionales no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general*" (ROXIN, 1997, p. 89).

²³⁹ Ainda neste mesmo sentido: "Entretanto, se o objetivo era conferir maior punição somente àqueles que matassem crianças, o melhor seria eleger os menores de 12 anos. A idade de 14, como bem demonstra a Exposição de Motivos, foi uma alteração introduzida em 1940 (a idade limite, antes era 16 anos), para acompanhar a tendência hodierna (àquela época) de maior compreensão, para os

a majorante alcançasse todos os homicídios praticados contra menores de dezoito anos; porém, carece de qualquer fundamentação razoável estabelecer a causa de aumento de pena para menores de quatorze anos. Isso porque, que ao estabelecer tal limite temporal o faz:(i) sem qualquer fundamento fático na necessidade; (ii)desconsiderando o texto constitucional; (iii) criando uma diferenciação entre menores que não está prevista na Carta Política; (iv) ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana; (v) ofendendo a proteção integral dos menores de dezoito anos; e (vi) atropelando o princípio da igualdade.

Poder-se-ia, ainda justificar a majorante afirmando que a frustração social pelo extermínio ilícito da vida humana é tanto maior quanto mais jovem a vítima. Através de tal hipótese sustenta-se que a sociedade reputa consideravelmente mais reprovável o homicídio duma criança do que outro praticado contra um adulto, pela simples razão de que morto, ainda no início de sua vida, teria todo um “futuro pela frente”. Ou seja, é dizer a reprovação merecida em decorrência de prática homicida é diretamente proporcional ao tamanho do futuro sonegado em decorrência da matança. Tantos mais hipotéticos anos uma pessoa teria em seu futuro, tanto mais socialmente frustrante seu óbito e mais moralmente reprovável o seu homicídio. Matar uma criança seria, portanto, mais reprovável do que matar um adulto, da mesma forma que o homicídio mereceria uma punição mais severa do que assassinato de um idoso.

A fundamentação da majorante construída sobre tal argumentação, contudo, não se sustenta. Primeiramente por, em razão de uma direta ofensa ao princípio da dignidade humana, ao estabelecer um juízo de valor sobre a vida humana baseado em uma discriminação etária. Ademais, se utiliza de critério absolutamente fantasioso, pois pressupõe que existiria um saldo auferível de potencial futuro a que uma pessoa tem direito. O homicídio passaria a ser entendido como a subtração deste saldo vital, considerando os anos que potencialmente poderia viver.

atos sexuais, que os maiores de 14 possuem. E diz: ‘Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. (...) Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem’. Assim, a idade de 14 anos tem relação, no Código Penal, com a possibilidade da pessoa poder consentir, validamente, para um ato sexual (vide arts. 215, 216, 218 e 227 do Código Penal, sempre levando em conta esse parâmetro). Portanto, matar um menor de 14 anos é homicídio simples, embora matar outro, com 13, seja homicídio com pena aumentada em 1/3. Creemos que tal postura deveria ser alterada, pois se está usando um parâmetro indevido para a causa de aumento” (NUCCI, 2009, p. 606-7).

A quantificação do valor da vida por meio desse raciocínio deveras simplista é, na mesma proporção, equivocada, pois faz parecer que um ser humano, ao nascer, a princípio, direito a viver um número relativamente certo de dias, meses e anos precisados a partir de sua expectativa de vida ao nascer. E mesmo que fosse correta, parece extremamente paradoxal que a uma majorante que pune com mais severidade o homicídio doloso praticado contra menores de quatorze, siga-se outra que determina o mesmo aumento de pena quando as vítimas forem idosas, ou seja, maiores de sessenta anos. Em suma, se o homicídio de crianças e adolescentes merece punição mais severa porque sonega um considerável tempo de vida da vítima; no caso do mesmo crime praticado contra idosos, ao invés de uma majorante, deveria ocorrer justamente o contrário, ou seja, justificar-se-ia considerar o absurdo de um homicídio minorado em razão da vítima ser maior de sessenta anos.

Adentrando na questão referente da outra causa de aumento de pena etária. Sobre qual fundamento descansa a causa de aumento de pena do homicídio doloso quando a vítima é idosa nos termos do artigo 1º da Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), ou seja, maior de sessenta anos? Muitas considerações dispensadas à causa de aumento de pena quando de vítimas menores de quatorze podem ser replicadas para a crítica da majorante para vítimas maiores de sessenta. De forma sintética: (i) não se trata de fundamentar a majorante numa presumida vulnerabilidade do grupo etário, pois a causa do aumento de pena que o sujeito ativo prevaleça, de alguma forma, de uma eventual hipossuficiência defensiva da vítima, bastando mera demonstração de que o agente, ao matar a vítima, sabia de sua condição etária; e (ii) a causa de aumento de pena, em razão da vítima categorizada como *idosa*, é estabelecida a partir de um critério cronológico objetivo – tal qual no caso da majorante em razão de ser a vítima menor de quatorze anos – que desconsidera, completamente, as condições físicas, psicológicas e sociais da vítima, criando uma presunção absoluta de vulnerabilidade claramente ofensiva ao princípio da dignidade da pessoa humana²⁴⁰.

²⁴⁰ Neste mesmo sentido sobre a completa arbitrariedade em fixar uma causa de aumento de pena em razão de a vítima ser maior de sessenta anos: “Acompanhando, enfim, os objetivos do Estatuto do Idoso, é natural que o crime praticado contra pessoa idosa represente maior gravidade e seja considerado merecedor de resposta pena majorada, a despeito de discordarmos da fixação legal para o início da velhice, especialmente quando a ciência comprova o aumento da longevidade do brasileiro e a própria aposentadoria é consideravelmente alterada pelo mesmo governo brasileiro. Enfim, o marco inicial da velhice é legal: maior de 60 anos. A idade de 60 anos, pela redação, não autoriza a

Apesar do esforço em demonstrar a inconstitucionalidade de majorantes que consideram especialmente reprováveis o homicídio doloso praticado contra determinadas pessoas, especialmente em razão de um critério tão arbitrário quanto o aspecto cronológico, isto é, idade da vítima, não é de afirmar-se, é claro, que a vida de uma pessoa idosa possua um valor em qualquer critério menor do que a de qualquer outra pessoa, inclusive um ser humano menor de quatorze anos, nem, tampouco, a inversa seria verdadeira.

Mesmo reconhecendo como um imperativo decorrente da dignidade humana que resta expressamente defeso adiscriminação do valor do ser humano e de sua vida com base em critérios arbitrários (como a etnia, a cor da pele, a posição social, a escolaridade e, também, a idade cronológica), é um fato que o ordenamento jurídico brasileiro, em muito temorientado por demagogia e populismo, utiliza-se da legislação penal e do caráter simbólico da pena, para oferecer respostas enganosas, inócuas e fundamentalmente inconstitucionais.

Os efeitos particularmente perturbadores que casos de homicídio doloso de crianças ou idosos podem causar na opinião pública não podem e não devem ser utilizado como fundamento para a valoração da vida humana em patamares diferenciados de importância e proteção jurídica. Apesar de chocante, as crianças e idosos não se constituem em vítimas preferenciais de crimes de homicídio, seja em razão de sua idade ou de uma presumida vulnerabilidade.

Não é possível sustentar a necessidade de uma majorante em razão desta qualidade etária (menor de quatorze ou maior de sessenta) para prevenir que tais grupos sejam alvos preferenciais de condutas homicidas, uma vez de que, segundo o mapa da violência delineado pelo Centro Brasileiro de Estudos Latino-americanos (CEBELA), o fator etário preponderante para a caracterização do perfil da vítima de homicídio no Brasil, não é a condição de criança, tampouco, de idosa. A idade na qual a pessoa humana encontra-se mais suscetível a ocupar a posição de vítima de um ato de violência com resultado fatal é situada entre quatorze e trinta anos²⁴¹.

majoração penal. com efeito, ao contrário da redação de outros dispositivos, este somente contempla o maior de sessenta anos (e não o igual ou superior), significando que a vítima com idade igual a sessenta anos não majora a pena de homicídio.” (BITENCOURT, 2013, p. 117-8)

²⁴¹ Sobre a morte violenta de jovens: “Estudos históricos realizados em São Paulo e Rio de Janeiro (Vermelho e Mello Jorge) mostram que as epidemias e doenças infecciosas, que eram as principais causas de morte entre os jovens cinco ou seis décadas atrás, foram sendo progressivamente substituídas pelas denominadas *causas externas*, principalmente, acidentes de trânsito e homicídios. Os dados do SIM permitem verificar essa significativa mudança” (WAISELFIZS, 2013, p. 13).

Dos dados do mapa da violência de 2013, pode-se afirmar que entre os jovens (pessoas com idade entre quinze e vinte e quatro anos), somente 26,8% dos óbitos podem ser atribuídos a causas naturais; as causas externas, por outro lado, correspondem, nesse grupo etário à cifra de 73,2% do total. 39,3% do total de mortes de jovens resultam da prática de homicídio. É um fato de que a cada cinco mortes de jovens, duas decorrem da prática de crime de homicídio. Por outro lado, considerando toda a população não jovem (menores de quinze ou maiores de vinte e cinco anos), somente 3% dos óbitos correspondem à prática de homicídios. No caso dos não jovens, a maioria das mortes (90,1%) é atribuída a causas naturais.

A taxa de homicídios no Brasil que em 2011 já era de preocupantes 27,1 homicídios por grupo de cem mil habitantes, é absolutamente calamitosa quando somente a população jovem. Neste caso, a taxa de homicídios atingiu a horrível e epidêmica marca de 53,4 por grupo de cem mil habitantes jovens (WAISELFILZS, 2013).

Não se argumenta, entretanto, pela criação de uma causa de aumento de pena ou uma qualificadora para crimes de homicídio praticados contra maiores de 14 anos e menores de vinte e cinco anos. Sustenta-se, ao revés, a completa falta de fundamento de qualquer norma jurídica que estabeleça um valor mais elevado para esta ou qualquer outra vida humana a partir de critérios completamente arbitrários, como é o caso da idade.

Como observado pelos dados citados, nem mesmo em razão do número de delitos praticados contra menores de quatorze anos e maiores de sessenta anos, justifica-se a causa de aumento de pena de um terço para homicídios dolosos que tenham tais pessoas como vítimas, ainda que a repercussão social de crimes praticados contra tais pessoas provoque uma especial indignação na opinião pública. Mas será que a opinião pública pode ser usada como critério para a determinação do valor da vida?

A utilização da opinião pública como critério legitimador para uma especial valorização deste ou daquele ser humano em particular constitui-se em um absurdo em vários níveis. A volúvel *vox populli*, tão inconstante e sujeita à manipulação, não é um critério adequado para tanto, muito pelo fato que resta irremediavelmente comprometida pelos preconceitos enraizados no imaginário popular. Não raro, após o acontecimento de um crime particularmente hediondo, insurge um clamor popular pela pena de morte. Tampouco é estranha a recorrência, nestas situações, de

afirmações como “Bandido bom, é bandido morto” entre outras tão ou mais absurdas. Outro problema fundamental de sustentar o valor da vida humana ao sabor da opinião popular é o fato de que a seleção daqueles que merecem um valor de existência superior ou inferior é, em regra, alicerçada em uma opinião completamente arbitrária e não raro incoerente, que da mesma forma que se indigna com o homicídio de uma criança, por outro, mostra-se completamente insensível ao abandono de outra pelos semáforos brasileiros.

Não se nega que crianças, adolescentes e idosos mereçam - dadas circunstâncias especiais próprias da cada etapa de suas existências - tratamentos jurídicos diferenciados em determinados casos, mesmo por um imperativo de igualdade geométrica. Não se afirma que devem ser rigorosamente tratados de forma igualitária como qualquer outro que não possua as necessidades particulares da tenra idade ou da velhice. O que se defende é que, mesmo merecendo tratamentos especificamente necessários à satisfação das particulares condições etárias, as vidas de tais pessoas não podem ser consideradas mais valiosas do que a de outras pessoas para além de tais categorias, por obediência ao imperativo de universalidade e igualdade da decorrente do princípio da dignidade humana.

O que se pretende, ao cabo de tal capítulo, não é, em suma, negar que a vida de um menor de quatorze anos ou de um idoso, seja digna da mais intensa proteção jurídica possível. O que se sustenta, é que toda vida humana, qualquer que seja sua qualidade e independente de qualquer critério subjetivo ou objetivo, deveria ser igualmente considerada valiosa e digna da mais intensa e igualitária proteção possível.

O problema das referidas majorantes etárias é que elas constituem-se num grave e inconstitucional atentado contra a dignidade da pessoa humana, e como afirma Cezar Roberto BITENCOURT “o mais grave é que esse ‘penduricalho’ de qualificadoras e majorantes pode continuar aumentando: hoje, minoridade, velhice; amanhã, quem sabe, desempregado, sem-teto, negro, pobre, etc.” (2013, p. 118).

O casuísmo e demagogia que orientam o estabelecimento de tais causas acabam por impor critérios de distinção axiológica da vida humana não podem não devem prosperar contra a evidência de que todo e qualquer critério arbitrário que distinga seres humanos em diferentes posições axiológicas constitui-se em uma insofismável negativa de um dos imperativos fundamentais do princípio da dignidade humana, a saber, que todos os seres humanos, simplesmente por serem humanos,

são dignos de universal igualdade no plano axiológico. Em suma: o único fundamento necessário e bastante para justificar a mais intensa e igualitária proteção jurídica possível que um indivíduo pode almejar não é outro senão ser humano.

Entretanto, como será demonstrando no capítulo subsequente, esta condição humana que impõe o reconhecimento da dignidade inata do indivíduo e o imensurável valor de sua vida pode não ser de simples constatação. Nesse sentido, as decisões da Excelsa Corte nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF – (in)constitucionalidade da utilização de embriões congelados em pesquisas científicas - e a Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54/DF – sobre a (i)licitude da interrupção da gravidez de feto anencefálico – são especialmente interessantes pois, tratam justamente dos pressupostos necessários para que um ser vivo e humano possa ser considerado como digno de proteção constitucional e tutela penal.

CAPÍTULO V - A VIDA HUMANA SEM VALOR E SEM PROTEÇÃO

5.1.A vida humana sem valor como aquela excluída do suposto de fato do direito à vida.

Conforme demonstrado anteriormente, a vida humana é protegida em intensidade diferenciada segundo determinados critérios – em razão do lugar e do tempo – e que tal proteção é mais ou menos intensa, conforme o grau de reprovação dispensado à conduta da qual decorre a terminação arbitrária da referida vida. Destas diferentes intensidades de proteção pode-se deduzir um juízo abstrato e posicional de valor da existência vital de um indivíduo especificamente considerado uma pessoa em particular, que apesar de ofender frontalmente o princípio da dignidade humana é pouquíssimo questionado em seus fundamentos e coerência. Porém, se é possível reconhecer uma proteção jurídica tão ou mais intensa dedicada ao resguardo da vida desta ou daquela pessoa em particular, seria também o caso de também distinguir que, em determinadas situações e por restar completamente destituído de proteção, o ser humano pode encontrar-se em tal condição de desamparo que permitiria a conclusão de que o valor de sua vida é completamente desprezível ou nulo?

A resposta a tal questionamento pode parecer evidente. A simples menção do princípio da dignidade humana deveria ser suficiente para sustentar de validade de uma proposição que afirme que toda vida humana é imaneamente valiosa e, conseqüentemente, digna da mais intensa proteção jurídica possível. Entretanto, conforme se demonstrará, tal proposição é completamente desmentida pelas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente no caso das sentenças proferidas por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF – sobre a constitucionalidade da utilização de embriões congelados em pesquisas científicas – e a Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54/DF – sobre a licitude da interrupção da gravidez em casos de gestação de fetos anencefálicos.

A exclusão de uma específica vida humana do âmbito de proteção jusfundamental do *direito à vida*, todavia, não se faz, simplesmente, pela declaração de sua ausência de significado axiológico. Conforme demonstração que se seguirá e

nos termos da máxima da proporcionalidade, o sopesamento de direitos fundamentais não pode ser solucionado adequadamente se o resultado de tal operação implicarem um irremediável e absoluto aniquilamento de uma das posições jusfundamentais em tensão²⁴².

Através da máxima da proporcionalidade, a incorreção do resultado de uma operação de sopesamento de direitos fundamentais é verificada quando o resultado é acompanhado da completa destruição de uma das posições sopesadas, aniquilando-a em seu conteúdo essencial. Afinal de contas, a consideração dos direitos fundamentais como princípios (mandados de otimização) demandam que a solução de uma eventual tensão entre eles seja resolvida com a maior atenção possível àqueles preponderantes com a mínima desatenção possível aos demais. Portanto, é defeso, pela máxima da proporcionalidade, que o resultado do sopesamento implique na completa desconsideração de uma posição jusfundamental naquilo que é seu conteúdo essencial, em respeito ao imperativo decorrente do princípio da concordância prática²⁴³.

Nesses termos, é de se reconhecer que o direito à vida é particularmente resistente a limitações por outros direitos fundamentais, dada sua essencialidade e, principalmente, pelo fato que dada sua natureza, a qualquer lesão ao bem jurídico vida é sempre fatal, absoluta e irreversível, ainda que se reconheça que nem por isso a vida é um direito absoluto. Comporta limitações, como é o caso da pena de morte na situação de guerra declarada e nos termos do Código Penal Militar²⁴⁴, da

²⁴² Sobre a necessidade de preservar o conteúdo essencial de uma posição jusfundamental e o não acatamento da máxima da proporcionalidade quando de violação do núcleo fundamental de direitos humanos sopesados: “Aquela máxima de proporcionalidade, contudo, não é puramente formal e abstrata, já que se pode determinar com bastante precisão o seu não-acatamento — quando houver o excesso na conduta de alguém, acarretando a violação (ou ameaça de violação) do núcleo essencial de direito(s) fundamental(is), ou faltar a adequação entre o fim almejado e o meio utilizado, e ainda quando houver meio menos ofensivo a direito(s) fundamental(is) do que aquele empregado para atingir determinado fim — o que deve ter como consequência uma anulação de pleno direito: daí já se ter chegado mesmo a falar que a máxima da proporcionalidade se traduz em norma passível de subsunções, o que a torna um misto de regra e princípio (!)” (GUERRA FILHO, 2009a:158).

²⁴³ Sobre o princípio da concordância prática: “*Princípio da concordância prática ou da harmonização*, segundo o qual se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo que, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros. Nesse ponto, tocamos o problema crucial de toda hermenêutica constitucional, que nos leva a introduzir o *topos* argumentativo da *proporcionalidade*.” (GEURRA FILHO: 2009a:179).

²⁴⁴ São casos de crimes previstos, todos no Código Penal Militar, que, quando em caso de guerra declarada, que permitem a aplicação de pena de morte: art. 355 (traição); art. 356 (favor ao inimigo); art. 357 (tentativa contra a soberania do Brasil); art. 358 (coação a comandante); art. 359 (informação ou auxílio ao inimigo); art. 360 (aliciação de militar); art. 361 (ato prejudicial à eficiência da tropa); art.

legítima defesa, do estado de necessidade, do estrito cumprimento do dever legal, do exercício regular de direito e da colisão de deveres. Todas essas situações citadas integram um rol extremamente limitado de casos nos quais o Direito reconhece a possibilidade de exterminar a vida de uma pessoa sem, contudo, lesar o *direito à vida*. Isso considerando que o direito à vida é considerado como uma prerrogativa constitucional de defesa contra a terminação arbitrária da própria experiência vital.

O que se afirma através da proposição que a vida é especialmente resistente a limitações quando de situação de tensão com outras posições fundamentais é que, uma vez limitada, a vida sempre será completa e irremediavelmente aniquilada.

Considerando a adequação das proposições anteriores, uma das poucas possibilidades, senão a única capaz de justificar o sacrifício de uma vida humana fora dos casos retro mencionados – pena de morte, legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito e colisão de deveres – é através da exclusão do ser humano do próprio suposto de fato do *direito à vida*. Noutras palavras, evita-se o sopesamento de direitos fundamentais entre a vida de um ser e outra posição jusfundamental, simplesmente negando que a existência biológica de um determinado ente não reúne as condições necessárias para a subsunção ao suposto de fato que o colocaria sob o âmbito de proteção dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Isso é justamente o fundamenta das decisões da Ação Direta de Constitucionalidade n. 3510/DF e da Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54/DF.

Conforme será demonstrado, negando a subsunção ao suposto de fato da tutela constitucional da vida humana, as vidas biológicas do embrião fertilizado *in vitro* e a do feto anencefálico foram consideradas como desprovidas de valor

364 (covardia qualificada); art. 365 (fuga em presença do inimigo); art. 366 (motim, revolta ou conspiração); art. 371 (incitamento em presença do inimigo); art. 372 (rendição ou capitulação); art. 375, parágrafo único (falta de cumprimento de ordem com resultado mais grave); art. 378 (separação reprovável); art. 379, §1º (abandono de comboio com resultado mais grave); art. 383 (dano especial); art. 383 (dano em bens de interesse militar); art. 385 (envenenamento, corrupção ou epidemia); art. 386 (crimes de perigo comum); art. 387 (recusa de ordem ou oposição); art. 389 (violência contra superior ou militar de serviço); art. 390 (abandono de posto); art. 392 (deserção em presença do inimigo); art. 394 (libertação de prisioneiro); art. 395 (evasão de prisioneiro); art. 396 (amotinamento de prisioneiros); art. 400, III (homicídio qualificado); art. 401 (genocídio); art. 405 (roubo ou extorsão); art. 406 (saque) e art. 408 (violência carnal).

jurídico, pois estes seres nem mesmo podem ser considerados dignos de proteção nos termos da Lei Fundamental. Esse foi o entendimento da Excelsa Corte.

Para uma compreensão adequada das bases jurídicas sobre as quais foi alicerçado o juízo de ausência de valor da existência do embrião *fertilizado in vitro* e o feto anencefálico, faz-se necessária, por questão de ordem, uma análise do suposto de fato e do âmbito de proteção dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

5.2. Do suposto de fato e o âmbito de proteção dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Delimitar da esfera do possível, na qual o Direito estabelece a tutela jurídica da vida humana é indispensável, como já assinalado, para compreender o termo *inviolabilidade do direito à vida* enquanto um direito de defesa contra a terminação arbitrária da existência individual.

Como destacado em tópicos precedentes, o *direito à vida* não pode ser compreendido como um direito à existência, vida digna ou de continuar vivo, ainda que alguns autores sustentem tal entendimento²⁴⁵. Sobre as objeções levantadas quanto ao *direito à vida* como direito à existência ou a uma vida digna, não serão tecidos outros comentários senão uma breve remissão às razões expostas em tópicos anteriores e algumas observações sintéticas.

A enunciação de um direito de continuar vivo redundaria em um direito oponível contra a própria morte, como em uma absurda tentativa de anular a condição de mortalidade que é imanente da própria vida em si considerada. Uma vez aceita a hipótese de que o *direito à vida* não pode ser reduzido à simplista proposição de uma garantia oponível contra toda e qualquer forma de morte, inclusive a natural, restou imposta a uma nova compreensão da proteção do direito fundamental à vida, dessa vez, estabelecendo um conteúdo para além do tradicional entendimento de vida enquanto fato meramente biológico.

²⁴⁵ Por todos: “O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna” (LENZA, 2009, p. 678).

Nesse sentido, a vida humana como uma posição constitucionalmente tutelada deve ser imbuída de uma imanente significação jurídica que permita sua adequada realização pelo Direito. Ademais, considerando-se acertada a compreensão do *direito à vida* enquanto um direito de defesa contra atuações arbitrárias de terminação da existência individual, podendo-se, sinteticamente dividi-lo em três aspectos essenciais: (i) um direito subjetivo-objetivo que impõe ao Estado o dever de reconhecer o valor imanente e imensurável da vida humana, pautando a atuação estatal de forma que se abstenha de condutas lesivas à vida de seus súditos e que atue, positivamente, através de políticas preventivas e repressivas, para proteger o ser humano e inculcar o respeito à vida humana em toda sociedade; (ii) um direito contra intervenções arbitrárias que possam redundar num resultado fatal (proibição de matar) e, por equiparação da conduta omissiva, também (iii) um direito de demandar uma positiva prestação que se mostre razoavelmente exigível e eficaz para a frustração de uma morte evitável (dever de salvar).

A apresentação da *inviolabilidade do direito à vida* nesses termos, entretanto, não é suficiente para a delimitação do âmbito de proteção demarcado pela Constituição. É necessária, ainda, uma análise suficiente para precisar os limites da inviolabilidade do *direito à vida*, ou seja, sinteticamente, quando a terminação da vida humana, por não ser considerada arbitrária, está permitida ou mesmo é exigida, em situações extraordinárias.

É relativamente pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileira que, da mesma forma que nenhuma posição jusfundamental não pode ser compreendida como um direito absoluto²⁴⁶, o mesmo ocorre com a inviolabilidade do direito à vida, apesar de que alguns segmentos da doutrina penal ainda sustentam que a vida humana seria o único bem jurídico absolutamente indisponível de nosso ordenamento jurídico.

²⁴⁶ “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000).

A vida humana compreendida com um bem jurídico indisponível implicaria em reconhecer o direito à vida como absoluto. E isso somente seria possível negando a natureza de princípios das posições jusfundamentais, negando a máxima da proporcionalidade e sustentando uma “tirania de valores”.

Considerando a hipótese de uma primazia dos direitos fundamentais, distinguida através de uma hierarquia de valores rígidos e pré-determinados, seria de se reconhecer que tal implicaria num conseqüente aniquilamento dos juízos de ponderação em prol de uma mera verificação de precedência posicional, conforme a hierarquia seja ordinal (ou seja, por ordem de precedência) ou cardinal (no caso de uma hierarquia quantitativa de valores objetivos e independentes). Tal hipótese fundamenta aquela teoria de ordem de valores que pode ser designada como uma “tirania de valores”²⁴⁷. Essa “tirania de valores”, ao pré-determinar aos direitos fundamentais uma posição rígida e imutável numa escala axiológica, reduz os princípios jusfundamentais a meras regras, desnaturando-os e inviabilizando a realização de adequados sopesamentos por meio da máxima da proporcionalidade.

Considerando o caráter de princípios das normas que determinam direitos fundamentais²⁴⁸, a mera afirmação de precedência objetiva de um direito sobre outro

²⁴⁷ Neste sentido: “Os direitos fundamentais apresentam-se, aqui, primeiramente, como valores de caráter objectivo e não como direitos ou pretensões subjectivas. Concebidos os direitos fundamentais como ordem de valores objectiva, dotada de unidade material e na qual se insere o sistema de pretensões subjectivas (*anspruchssystem*), deduz-se que: (1) o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objectivos, através da realização dos quais se alcança uma eficácia óptima dos direitos e se confere um estatuto de protecção aos cidadãos; (2) se a teoria dos valores postula uma dimensão essencialmente objectiva, então no conteúdo essencial dos direitos fundamentais está compreendida a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto; (3) conseqüentemente, através da ordem de valores dos direitos fundamentais respeita-se a totalidade do sistema de valores do direito constitucional; (4) os direitos fundamentais, sendo expressão dos valores aceites por determinada comunidade, só no quadro dessa ordem podem e devem ser realizados; (5) a dependência dos direitos fundamentais de uma ordem de valores total origina a relativização desses mesmos direitos que podem tornar-se susceptíveis de controlo jurídico ancorado precisamente na ordem de valores objectiva; (6) além dessa relativização, a transmutação dos direitos fundamentais em realização de valores justificará intervenções concretizadoras dos entes públicos de forma a obter a eficácia óptima de que se falou atrás. A teoria da ordem de valores, que os autores associam à teoria da integração de SMEND e à filosofia de valores, procura um sistema de garantias sem lacunas a partir da objectivação dos direitos fundamentais. Só que, como já várias vezes pusemos em relevo, ela é uma teoria perigosa: a indagação da ordem de valores, através de um pretensio método científico-espiritual, pode conduzir a uma ordem e a uma hierarquia de valores, caracterizadamente subjectiva, sem qualquer apoio em critérios ou medidas de relevância objectiva; (2) a ordem de valores tenta transformar os direitos fundamentais num sistema fechado, separado do resto da constituição; (3) a ordem de valores abre o caminho para interpretação dos direitos fundamentais desembocar numa intuição espiritual, conducente a uma tirania de valores, estática e decisionista” (PINTO, 2003, p. 171).

²⁴⁸ Sobre o caráter de principios daquelas disposições que versam direitos fundamentais: “*Las finalidades de los derechos fundamentales podrían ser utilizadas para la delimitación del supuesto de hecho sólo si estuvieran tan determinadas que pudieran atribuírsele características del supuesto de*

a partir de uma hierarquia ordinal ou cardinal rigidamente estruturada implica que os juízos de ponderação deverão ser realizados abstratamente, completamente divorciados, assim, de qualquer análise das consequências concretamente verificadas em situações de tensão entre posições jusfundamentais²⁴⁹.

A sustentação de que a vida sempre precederá, hierarquicamente, a liberdade, a igualdade, a propriedade e a segurança, é admissível, considerando que tal posição de precedência somente é apta para informar um juízo de preferência *prima facie* entre os determinados valores ou princípios.

Entretanto, sustentar que essa precedência *prima facie* deva ser reafirmada, sempre e tanto, em qualquer situação de ponderação de direitos fundamentais, redundaria que considerando casos concretos, ou a despeito deles, a vida humana não comportaria nenhuma restrição constitucionalmente aceitável.

Sendo assim, pode-se afirmar que se utilizada uma escala cardinal de valores, qualquer ponderação resta inviabilizada, destruindo o caráter de princípios dos direitos fundamentais, uma vez que as questões de precedência abstratas, antes de demandarem ponderação, exigem somente uma verificação abstrata de ordem posicional, estabelecendo-se uma verdadeira “tirania de valores”; se por outro se propõe uma hierarquia ordinal de valores abstrata e rigidamente predeterminados de direitos fundamentais, relega-se à insignificância a máxima da proporcionalidade, pois não haveria de se falar, nesse caso, de sopesamento de direitos fundamentais, mas mera verificação de precedência relativa entre as posições em tensão.

Ainda, a concepção de uma hierarquia rígida, seja ordinal ou cardinal, de direitos fundamentais, importa que em última análise, aqueles direitos situados no

hecho que posibilitaran la decisión también en casos dudosos de exclusión. Sin embargo, esto puede ser objeto de duda no sólo porque, en general, es difícil la adscripción de finalidades a las normas (...), sino, sobre todo, porque las finalidades que hay que adscribir a las disposiciones iusfundamentales tienen esencialmente el carácter de principios” (ALEXY, 1993, p. 303).

²⁴⁹ Neste sentido: “No constituye ninguna solución el partir de la igualdad jerárquica de los valores o principios y, luego, trabajar con intensidades de realización cardinales. El problema sería simplemente desplazado a cuestiones no solucionables de la metrificación de intensidades de realización. Por ello, puede decirse, en general, que no es posible un orden de los valores o principios que fije la decisión iusfundamental en todos los casos de una manera intersubjetivamente obligatoria. Pero, la imposibilidad de un orden “duro” de este tipo no dice nada acerca de la posibilidad de ordenes más “blandos” y, desde luego, nada en contra de la concepción de la ponderación. Ordenes blandos pueden surgir de dos maneras: (1) a través de preferencias *prima facie* en favor de determinados valores o principios y (2) a través de una red de decisiones concretas de preferencias. Se obtiene un orden blando de los valores de derecho fundamental relevantes cuando, por ejemplo, se supone una carga de argumentación en beneficio de la libertad individual o de la igualdad o en beneficio de bienes colectivos” (ALEXY, 1993, p. 156-7).

topo da régua axiológica sempre deverão ser considerados como de “máximo valor” e, por via reflexa, sempre precederão os demais em qualquer situação.

É correto afirmar que o direito à vida, a princípio, é o mais valioso dos direitos fundamentais, desde que reconhecido que a despeito de sua elevada importância, em alguns casos concretos, pode ser preterido por outras posições jusfundamentais, como nos casos de legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal. Porém, dizer que a vida é o bem mais valioso das posições jusfundamentais constitucionalmente tuteladas e que sempre prevalecerá sobre os demais, qualquer que seja a situação, é o mesmo que absurdamente, sustentar *direito à vida*, nesse sentido, constituir-se-ia em um direito absoluto e ilimitado, restando qualquer restrição, expressa ou tácita, completamente injustificável.

A hipótese de uma teoria de valores objetivos, apesar de atraente pelo enunciado simples e categórico, parte da desconsideração de que a própria qualidade de direito fundamental, inserido numa ordem jurídica sistematicamente organizada, pressupõe uma relação de um com outros direitos igualmente considerados como fundamentais. É inescapável o reconhecimento de que os princípios derivados dos direitos fundamentais devem ser considerados como existentes em condições de implicação e divergência que restam solucionáveis através da máxima da proporcionalidade²⁵⁰. Isso impõe que, apesar de aceitável uma escala valorativa que, *prima facie*, possa indicar um juízo precário de precedência, a prevalência deste ou daquele direito fundamental – em caso de tensão jusfundamental – somente pode ser resolvida pela concreta aplicação da máxima da proporcionalidade.

Uma teoria rígida e objetiva de valores jusfundamentais previamente considerados, portanto, não se mostra apta para a solução de colisões entre direitos fundamentais por desconsiderar três pontos essenciais: (i) o fato de que todos os direitos fundamentais, inclusive o *direito à vida*, pela sua própria natureza, devem ser sempre considerados como relativos e que, por decorrência de tal proposição (ii) os direitos fundamentais devem ser reconhecidos tanto como regras quanto como

²⁵⁰ Neste sentido: “A proporcionalidade na aplicação é o que permite a coexistência de princípios divergentes, podendo-se mesmo dizer que entre eles e a proporcionalidade há uma relação de mútua implicação, já que os princípios fornecem os valores para serem sopesados²⁶⁹, e sem isso eles não podem ser aplicados” (GUERRA FILHO, 2009a, p. 157).

princípios²⁵¹, ou seja, mandados de otimização²⁵², e (iii) a solução de eventuais tensões entre posições jusfundamentais, somente pode, adequadamente ser resolvida pela máxima da proporcionalidade²⁵³.

A inescapável necessidade de precisar os limites da proteção constitucional das posições jusfundamentais por meio da máxima da proporcionalidade decorre, assim, necessariamente, da sua própria ideia de Direito²⁵⁴, importando a impossibilidade de um completo, ilimitado e absoluto âmbito de inviolabilidade, pois ao revés isso seria incompatível com as inevitáveis tensões com outros direitos fundamentais e a solução destas através da máxima da proporcionalidade²⁵⁵.

²⁵¹ Neste sentido: “Alexy concibe los derechos constitucionales como principios, y los principios como mandatos de optimización, que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes)” (ATIENZA, 2010, p. 164-5).

²⁵² “No insistiremos en esto, pero que la idea bien clara. Quiere decir que la interpretación valorativa de la Constitución en orden a los derechos humanos contenidos en ella debe dar por supuesto que: a) esos derechos son, ontológicamente, limitados, porque son derechos ‘del hombre’ ‘en sociedad’ (ya lo dijimos antes); b) esos derechos son relativos y, por ende, admiten limitaciones razonables a tener de lo que en ese punto habilita la Constitución” (CAMPOS, 1989, p. 419)

²⁵³ Sobre a necessidade lógica e axiológica do “princípio da proporcionalidade” para a solução de situações de tensão entre direitos fundamentais: “O traço distintivo entre regras e princípios por último referido aponta para uma característica desses que é de se destacar: sua relatividade. Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um ‘princípio da proporcionalidade’ para que se possa respeitar normas, como princípios – e, logo, também as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios –, tendentes a colidir” (GUERRA FILHO, 2009, p. 53).

²⁵⁴ Nestes termos: “Uma sugestão idealista aponta esse princípio ordenador como a “ideia do Direito” (*Rechtsidee*), o que, porém, não se mostra plenamente satisfatório, por seu caráter subjetivo e abstrato, além de facilmente confundível com a justiça ou com qualquer outro dos valores e princípios subsumíveis aos princípios maiores que se pretende com ele harmonizar (Estado de Direito e Democracia). Não obstante, trata-se de uma sugestão valiosa, pois, tentando exprimir o que seja essa ‘ideia’, mostra-se um caminho para alcançarmos nosso intento. Para isso, vamos contentar-nos com a palavra do inspirado poeta maior da língua italiana, que, valendo-se da concisão esclarecedora do latim, asseverou: ‘*Jus est realis ac personalis hominis adhominem proportio*’. O Direito encerraria, portanto, essa idéia de *proporção*, real e pessoal, logo, concretamente determinável, de pessoa para pessoa, intersubjetivamente. A conclusão a que se quer chegar, então, é que o princípio máximo procurado, que, por sua especialidade, tanto se diferencia dos demais, acha-se expresso na já mencionada “máxima de proporcionalidade”. A imposição nela contida é a de que se realiza através do Direito, concretamente e cada vez melhor, o que for jurídica e faticamente possível, para obter-se a otimização no adequado da norma, com seu dever-ser de entidade ideal, à realidade existencial humana” (GUERRA FILHO, 2009a, p. 157).

²⁵⁵ Sobre a impossibilidade de direitos fundamentais garantidos ilimitadamente: “*Esto se sigue ‘de la única restricción realmente ‘inmanente’: de su calidad de derecho’. Müller fundamenta esta ‘reserva de la calidad de derecho de los derechos fundamentales’ con la pertenencia de los derechos fundamentales al orden jurídico constitucional y la imposibilidad de su ilimitabilidad que de aquí resulta: “En tanto derechos, están fundamentados en la Constitución. Por ello, hay que sostener el punto de vista objetivo-sistemático de su pertenencia al orden jurídico (de la Constitución) de donde resulta la imposibilidad de una ilimitabilidad ‘en todas direcciones’, como una intelección irrenunciable de toda teoría de la Constitución o, si se prefiere otra formulación, como elemento tácito de todo programa normativo iusfundamental. Se puede esta reserva, la reserva de la calidad de derecho de los derechos fundamentales” (ALEXY, 1993, p. 300).*

Demonstrado que a inviolabilidade do *direito à vida*, assim como de qualquer outro direito fundamental, não pode ser entendida como um mandamento de proteção incondicionada e absoluta²⁵⁶ em toda e qualquer situação concreta, resta necessário oferecer uma resposta sobre as restrições constitucionalmente aplicáveis ao referido direito.

Considerando que a vida humana possui uma densidade axiológica que justifica um precário juízo de precedência sobre os demais bens jurídicos constitucionalmente tutelados; e que a lesão da existência vital sempre é absoluta, completa e irremediável; poder-se-ia dizer que numa eventual tensão de direitos fundamentais, o direito à vida é especialmente denso e resistente quando oposto aos demais. O que não significa afirmar que sempre precederá os outros, mas sim que somente em pouquíssimos casos admite-se que direito à vida - enquanto direito de defesa contra a extermínio arbitrária da existência individual - sucumba perante outros interesses constitucionalmente relevantes.

Teoricamente, a conduta que coloca fim à vida humana somente será considerada como justa pelo Direito brasileiro nas seguintes situações: (i) pena de morte, em caso de guerra declarada; (ii) estado de necessidade²⁵⁷; (iii) legítima defesa²⁵⁸; (iv) exercício regular de direito; e (v) estrito cumprimento do dever legal²⁵⁹.

²⁵⁶ Ainda no mesmo sentido: “Lo carácter gradual de las consecuencias de la disponibilidad de la vida como de su protección jurídica resulta aconsejable e incluso exigible. Si resulta erróneo entender la ‘vida’ y su protección como un valor absoluto, no puede caerse en el error opuesto de entender en términos absolutos, valores como la ‘libertad’ o la ‘dignidad’, que además resultan especialmente intangibles” (GÁRCIA ARÁN, 1999, p. 761).

²⁵⁷ Do estado de necessidade: “É a discriminante contemplada pelo Código [Penal] em primeiro lugar. Nem o direito romano, nem os canonistas ou os práticos medievais chegaram a elaborar uma verdadeira doutrina sobre o estado de necessidade. Admitia-se que *necessitas caret legem*, mas este princípio só era aplicado em casos particulares (furto famélico, aborto para salvar a vida da gestante). Os jusnaturalista é que fizeram do estado de necessidade uma noção geral, e esta foi transplantada para o Direito Penal. [...]. O que se dá, em tal caso é, simplesmente, uma ação lícita ou não proibida juridicamente. No estado de necessidade, entrando em conflito bens ou interesses que merecem proteção jurídica, é concedida a faculdade da própria ação violenta para o salvamento de qualquer deles. Faculdade, e não propriamente direito, porque este deve corresponder necessariamente uma obrigação (*jus et obligatio sunt correlata*) e, no caso, nenhum dos titulares dos bens ou interesses em colisão está obrigado a suportar o sacrifício do seu. A lei, aqui, assume uma atitude de neutralidade e declara sem crime o vencedor (seja este o mais forte ou o mais feliz)” (HUNGRIA, 1955, p. 266-8).

²⁵⁸ Da legítima defesa: “Encontra-se em legítima defesa (*vim vi repellere licet*) quem repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou à terceiro, usando moderadamente os meios de que dispõe (art. 25, CP). Essa causa de justificação faz valer a máxima de que o Direito não tem que ceder ao ilícito. Trata-se da mais saliente e antiga causa de justificação, que transforma a ação típica em lícita, amparada pela ordem jurídica. O fundamento desta eximente é duplo: em primeiro lugar reside na necessidade de defesa dos bens jurídicos (agressão) e em segundo lugar, ao se repelir a agressão ilícita, preserva-se o ordenamento jurídico (agressão injusta)” (PRADO, 2006, p. 131).

²⁵⁹ Do exercício regular de direito e do estrito cumprimento do dever legal: “Já o direito romano proclamava, de modo genérico, que *juris executio non habet injuriam* e que *nullus videtur dolo facere*,

Assim, qualquer outro caso para além dos retro mencionados será de se fundamentar um injusto atentado contra a inviolabilidade do direito à vida. Porém, para afirmar tal intensa inviolabilidade da existência individual contra a terminação arbitrária, antes de qualquer coisa, é necessária a distinção do suposto de fato do direito à vida, de modo que possa ser distinguido que é protegido pela referida norma constitucional.

Em suma, somente é possível reconhecer um crime contra a vida quando a terminação da existência humana realiza-se injusta e arbitrariamente, isso é, para além das situações que, a princípio, juridicamente autorizam ou exigem, conforme o caso, a eliminação do ser humano. Nesta esteira, a inviolabilidade do direito à vida, enquanto direito de defesa, não protege o ser humano contra a justa eliminação de sua existência.

Por meio da precisão do suposto de fato - conjunto de todas as condições materiais verificáveis e exigidas para que as consequências jurídicas *prima facie* de um direito jusfundamental possa ser reconhecido²⁶⁰ - é possível, a distinção de todos os pressupostos necessários para o abstrato reconhecimento de um *direito à vida*. Essa posição jusfundamental *prima facie*, entretanto, ainda não leva em conta as restrições constitucionais, expressas e tácitas, que somente podem ser adequadamente afirmadas por meio da máxima da proporcionalidade.

A busca pelo suposto de fato do *direito à vida*, pois, deve atender a duas regras fundamentais: (i) A afirmação de que uma particular situação encontra-se constitucionalmente tutelada e protegida, depende da constatação da mesma possuir uma propriedade que, isoladamente considerada, permite a tipificação do suposto de fato por meio de subsunção; e ainda que (ii) o conceito de suposto de fato de uma determinada norma jusfundamental deve ser apreendido por meio de interpretações amplas²⁶¹.

qui jure suo utitur. Outro não seria o critério do direito canônico, embora sem fixar uma regra geral: reconhecia, ao resolver determinados casos, que não cometia crime aquele que exercia o próprio direito ou o dever imposto pela lei (como no caso do carrasco: *cum homo juste occidetur, lex eum occidit, non tu*). [...]. Na atualidade, os Códigos Penais mais recentes consagram de modo explícito e genérico (HUNGRIA, 1955, p. 305-6)

²⁶⁰Do conceito de suposto de fato: “*El concepto de supuesto de hecho, en tanto concepto opuesto al de restricción, tiene la tarea de resumir totalmente los presupuestos materiales para la consecuencia jurídica prima facie*” (ALEXY, 1993, p. 295).

²⁶¹Neste sentido: “*Una teoría amplia del supuesto de hecho es una teoría que hace caer en el ámbito protegido todo aquello en favor de cuya protección habla el respectivo principio iusfundamental. La forma de inclusión en el ámbito de protección y del caer bajo el supuesto de hecho puede ser muy diferente. Por ello, la teoría amplia del supuesto de hecho contiene un haz de reglas que se refieren a*

Por exemplo, no caso de liberdade de imprensa (art. 5º, IX da Constituição Federal²⁶²), presente o suposto de fato (“atividade de comunicação de notícias”) reconhece-se, por consequência que a situação encontra-se acobertada pelo âmbito de proteção da norma constitucional. Considerando a primeira regra, toda atividade noticiosa que permita a subsunção ao suposto de fato, redundando no acobertamento, *prima facie*, pela proteção constitucional decorrente do direito fundamental de liberdade de imprensa. Pela segunda regra, o reconhecimento do que pode ou não ser considerado como “atividade noticiosa” deve-se lançar mão da interpretação ampla do suposto de fato. Nesses termos, as atividades de comunicação protegidas pelo dispositivo constitucional não podem se restringir àquelas realizadas por “veículos de comunicação sérios” ou que ofereçam notícias consideradas como socialmente relevantes, pois isso, ao contrário de entendimento amplo do suposto de fato, constituir-se-ia em uma arbitrária interpretação restritiva. Um conceito amplo de suposto de fato pressupõe uma interpretação também ampla, de modo que ao suposto de fato podem ser subsumidas mesmo aquelas atividades realizadas por órgãos noticiosos que se preocupam unicamente com fofocas ou, ainda, aqueles de duvidosa relevância.

Partindo, assim, de uma teoria ampla, o *direito à vida* constitucionalmente tutelado possui um suposto de fato de fácil identificação. Não pode ser outro senão a própria vida humana individualmente considerada.

Distinguido o suposto de fato do *direito à vida* é necessário identificar qual seria a qualidade essencial e, por certo, necessária para que uma determinada situação reste acobertada, *prima facie*, sob seu âmbito de proteção. Considerando o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a ter direitos, alguém deverá ser considerado como digno de proteção sob a égide do *direito à vida*, se preenche dois elementares critérios: (i) é um ser humano; e (ii) está vivo.

Em suma, para que um alguém possa pretender a proteção constitucional de sua vida seria necessário, tão somente, o reconhecimento de sua condição humana

diversas formas de inclusión. Aquí será presentadas tan sólo dos especialmente importantes: (1) Todo lo que presenta una propiedad que – considerada aisladamente – basta para una subsunción bajo el supuesto de hecho queda tipificada, cualesquiera que sean las otras propiedades. [...]. (2) Dentro de los márgenes semánticos de los conceptos de supuesto de hecho hay de llevar a cabo interpretaciones amplias” (ALEXY, 1993, p. 311-2).

²⁶²Segue-se o dispositivo constitucional mencionado: “Art. 5º. [...] IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

e a constatação de que está, de fato, vivo. Tal afirmação, óbvia, segundo alguns, é, entretanto, dotada de uma complexidade desconcertante quando superada sua aparente banalidade.

Os elementos indispensáveis para a subsunção ao suposto de fato do *direito à vida* (condição humana e da condição vivente) devem ser interpretados desde margens semânticas amplas. Neste ponto que alguns problemas se apresentam.

Por imperativo do princípio da dignidade humana, a universalidade e igualdade de dignidade devem ser sempre reconhecidas em todos os seres humanos. Como advertido anteriormente, a verificação de pertencimento à humanidade deve ser realizada socorrendo-se em interpretações amplas, de forma que qualidades acessórias (etnia, religião, configuração física, presença de patologias, capacidade intelectual, entre outras) não podem servir como óbices para o preenchimento da condição humana, como já ocorreu em outros momentos históricos.

Se em capítulos anteriores muito foi discorrido sobre a questão da condição humana - universalidade, igualdade e dignidade -, resta ainda muito a ser trabalhado acerca de quais são os critérios bastantes para que alguém possa ser considerado vivo.

Dois casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal mostram-se especialmente importantes para a resposta acerca do reconhecimento jurídico da vida, a saber, a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3510/DF – sobre a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias nos termos da L. n. 11.105/2005 - e a Arguição de descumprimento de preceito fundamental ADPF 54/DF – sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

Tanto em num quanto em noutro caso, as questões centrais desses problemas de biodireito residem menos sobre os limites jurídicos da proteção constitucional da vida humana e mais sobre o suposto de fato da proteção constitucional. Essa questão passa, necessariamente, pela investigação jurídica das propriedades elementares para a afirmação/negação da existência de vida humana digna/indigna de proteção constitucional. Sendo assim, a determinação das propriedades necessárias à subsunção ao suposto de fato constitui-se em fase anterior e necessária ao sopesamento de direitos fundamentais em situação de tensão. Trata-se de precisar qual vida é significativa para o Direito e deve ser protegida e qual não é. Em última análise, trata-se de distinguir os elementos sem os

quais um ser humano vivo é considerado abandonado pelo Direito restando juridicamente matável.

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

No caso da ADI 3.510/DF, que trata da impugnação em bloco do artigo 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança)²⁶³ que autoriza a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias²⁶⁴ derivadas de embriões fertilizados *in vitro*.

As questões fundamentais enfrentadas na ADI 3.510/DF e enfrentadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal resumem-se em duas perguntas elementares: a) se o embrião fertilizado *in vitro*, não utilizado no procedimento de fertilização, é um ser dotado de dignidade e, por conseguinte, merecedor de proteção constitucional e, em caso afirmativo, b) se a destruição do embrião, nos casos estabelecidos pela Lei de Biossegurança, constituir-se-ia em uma inadmissível ofensa à proteção da vida humana – uma vez que a extração das células-tronco embrionárias implica na destruição do próprio embrião²⁶⁵ - quando

²⁶³Segue-se o dispositivo legal mencionado: L. n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança): Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

²⁶⁴Sobre as características das diferentes células-tronco: “As características que singularizam as células-tronco em relação às demais células são: a) a capacidade de se diferenciarem, i.e., de se converterem em distintos tecidos no organismo e b) a propriedade de autorreplicação, ou seja, a capacidade que têm de produzirem cópias idênticas de si mesmas. Todavia, tais características não se manifestam em todas as células-tronco. Estas podem ser classificadas em: (a) *totipotentes*, as quais possuem a capacidade de se diferenciar em qualquer dos 216 tecidos que compõem o corpo humano; b) *pluripotentes* ou *multipotentes*, que podem se diferenciar em quase todos os tecidos, menos na placenta e nos anexos embrionários; c) *oligopotentes*, que são capazes de se diferenciar em poucos tecidos; ou d) onipotentes, que só conseguem se diferenciar em único tecido” (BARROSO in SARMENTO; GALDINO, 2006, p. 674).

²⁶⁵ “A discussão ética quanto à utilização de células-tronco de pré-embriões produzidos mediante reprodução assistida, seja pela fertilização *in vitro*, ou com as técnicas emergentes de clonagem (clonagem terapêutica), passa inevitavelmente pela delimitação do instante no qual quisermos atribuir a um conjunto de células o respeito devido à vida. A retirada de células-tronco produz a morte desse

confrontada com os interesses relativos do avanço da ciência e de potenciais implicações médicas.

É de se notar, que no sopesamento entre as posições jusfundamentais, a proteção da vida humana de um lado e o avanço da ciência e as necessidades de Saúde Pública de outro, somente fazem sentido, se, previamente soluciona-se a questão do suposto de fato, ou seja, se o embrião pode ser considerado como um ser humano vivo e, nesse sentido, merecedor de proteção constitucional, ou se, por outro lado, trata-se de um aglomerado de células que, ainda que geneticamente humanas, não possui a qualidade para que seja considerado, plena ou potencialmente, um ser humano digno de proteção jurídica.

Em suma, o problema central da Lei de Biossegurança (L. 11.105/2005) concentra-se na seguinte questão: embriões congelados e excedentes criados a partir de processos de fertilização *in vitro*, quando congelados há mais de três anos ou inviáveis, podem ser utilizados em pesquisas científicas e eventualmente serem destruídos quando presente o consentimento dos genitores? A resposta afirmativa do voto vencedor do Ministro-Relator Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto segue no sentido de estabelecer quais as condições *sine qua non* para que um determinado ente possa ser considerado acobertado pela tutela constitucional da vida humana e do próprio princípio da dignidade humana e, através desta determinação, distinguir o embrião fertilizado *in vitro* com abandonado pelo Direito.

Primeiramente ocupa-se da possibilidade de considerar o embrião fecundado *in vitro* e congelado como um ser dotado de imanente dimensão valorativa face ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). Desenvolvendo sua fundamentação pela negativa, o Ministro-Relator assevera que a Carta Política estabelece um suposto de fato para o reconhecimento de uma dignidade intrínseca do ser humano a prévia verificação da condição de indivíduo-pessoa²⁶⁶.

“conjunto de células”: daí, fulcro das polêmicas, é quanto a podermos produzir esses pré-embriões com o fim específico, não de gerarmos novos seres humanos, mas sim de fabricarmos “remédios” contra patologias graves, como a doença de Alzheimer, o síndrome de Parkinson, leucemias etc.” (SEGRE, 2004).

²⁶⁶ “É que a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (alínea b do inciso VII do art. 34), “livre exercício dos direitos (...) individuais” (inciso III do art. 85) e até dos

Dessa maneira, atrela a dignidade humana à prévia obtenção do *status jurídico* da personalidade, afirmando, inclusive, que os direitos humanos estariam irremediavelmente condicionados ao nascimento com vida. Dá como certo que o embrião, evidentemente apartado do conjunto daqueles dotados de personalidade, não se encontra preenche das condições elementares para a afirmação da proteção constitucional estabelecida através do princípio da dignidade humana, por não possível considerá-lo juridicamente como uma pessoa.

A exclusão do embrião congelado do âmbito de proteção pela negação das propriedades necessárias para subsunção ao suposto de fato da dignidade da pessoa humana e da *inviolabilidade do direito à vida* em razão da ausência de personalidade jurídica, padece, entretanto, de alguns entraves.

Como pontuou o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por ocasião de seu voto divergente, “Não me parece razoável afirmar que a vida sem personalidade não é vida humana, como se a personalidade é que atribuisse à condição de vida e não que fosse um atributo dela” (BRASIL, STF, ADI 3.510/DF, Rel. Ayres Britto, voto do Min. Menezes Direito, 2010). Tal contundente objeção merece uma análise detida. Pode-se dizer que a condição de dignidade humana é implicação decorrente da personalidade ou, ao revés, a personalidade é um atributo que deve ser reconhecido em todos os seres humanos dotados de inerente dignidade quando de seu nascimento com vida?

Não é possível o reconhecimento de qualquer outra resposta senão esta última, ou seja, que a personalidade é um atributo jurídico decorrente da dignidade inerente ao ser humano, isso face ao imperativo de reconhecer a igualdade e universalidade da dignidade a todos os seres humanos, inclusive os estrangeiros não residentes no Brasil – esquecidos pelo art. 5º, *caput*, da Carta Política.

É de se compreender, portanto, a obtenção da personalidade como uma decorrência do próprio *direito a ter direitos* este como uma implicação necessária do princípio da dignidade humana. Pode-se, assim afirmar, que a mera ausência de personalidade civil constitui-se numa inadequada fundamentação para a negação da dignidade do embrião, pois dá à qualidade acessória, a condição de precedente

"direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea (inciso IV do § 4a do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém de nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º)". (BRASIL, STF, ADI 3.510/DF, Rel. Carlos Britto, 2010).

necessário à dignidade, quando, com correção, a personalidade é uma decorrência da própria dignidade.

Importante destacar que a simples ausência de personalidade jurídica, que não é bastante para negar a proteção daquele que vive intrauterinamente, não basta também para justificar a colocação do embrião em *locus* de indiferença jurídica e axiológica²⁶⁷.

A ausência de tutela constitucional da vida do embrião fertilizado em vitro também seria justificada, nos termos do voto prevaemente do Ministro-Relator, na inexistência de uma específica previsão constitucional do início temporal da proteção jurídica da vida humana. Atrelando esta proposição ao argumento de que a dignidade decorre da personalidade jurídica, conclui que o suposto de fato da posição jusfundamental da tutela da vida humana é informado pela *teoria natalista*²⁶⁸.

Ainda que correta a proposição de que o início da proteção da vida não é temporalmente fixado pelo texto constitucional, noutra sentido, é de se reconhecer que, no ordenamento jurídico brasileiro, estão presentes dispositivos convencionais que dispõem, expressamente, que a proteção da vida humana deve ter seu início no momento da concepção. Destaca-se o art. 4º, 1., da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (“Pacto de São José da Costa Rica”): “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral,

²⁶⁷ “Nessa controvérsia, fracassa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra e, portanto, sem prejulgamento, do status moral da vida humana prematura, que seja aceitável para todos os cidadãos de uma sociedade secular. Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um amontoado de células e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete à dignidade humana no sentido estritamente moral. Outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa potencial e como um portador de direitos fundamentais. Ambos os lados parecem não se dar conta de que algo pode ser considerado como indisponível, ainda que não receba o status de um sujeito de direitos, que nos termos da constituição, é portador de direitos fundamentais inalienáveis. Indisponível não é apenas aquilo que a dignidade humana tem. Nossa disponibilidade pode ser privada de alguma coisa por bons motivos morais, sem por isso ser intangível no sentido dos direitos fundamentais em vigor de forma irrestrita e absoluta (que são direitos constitutivos da dignidade humana, conforme o artigo 1º da Constituição)” (HABERMAS, 2004, p. 44).

²⁶⁸ Sobre a teoria natalista: “É de se observar que a doutrina tradicional sustenta ter o direito positivo adotado, nessa questão [personalidade jurídica], a teoria natalista, que exige o nascimento com vida para ter início a personalidade. Antes do nascimento não há personalidade. Ressalvam-se, contudo, os direitos do nascituro, desde a concepção. Nasendo com vida, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção. Os direitos assegurados ao nascituro encontram-se em estado potencial, sob condição suspensiva” (GONÇALVES, 2009, p. 79).

desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” [destaque nosso].

Reconhecendo que a Carta Política de 1988 não foi exaustiva na enunciação dos direitos e garantias fundamentais, pois dispõe, neste sentido, que o rol de direitos fundamentais contidos em seu texto não é taxativo. Nos termos do artigo 5º, § 2º da Lei Fundamental - que pugna pela admissão de outros decorrentes de tratados e convenções internacionais-, é de se reconhecer, de acordo com a própria posição da Excelsa Corte²⁶⁹, a condição de supralegalidade - abaixo das normas constitucionais, porém, acima das demais - dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Sendo assim considerado - como norma supra legal -, o art. 4º, 1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos deve ser considerado suficiente para resolver sobre o início temporal da proteção jurídica da vida humana no ordenamento jurídico brasileiro. Desde tal dispositivo não paira dúvida que a tutela constitucional da vida inicia-se com a concepção.

Sendo assim, mesmo ausente no texto constitucional a precisão do momento em que se inicia a proteção da vida, não se pode afirmar a inexistência de dispositivos jurídicos aptos para a solução do problema. A disposição da Convenção Interamericana de Direitos Humanos é cristalina indicar que a proteção deve iniciar-se quando da concepção, ainda que ressalvado que tal proteção desde a concepção não pode ser compreendida como absoluta, como se pode facilmente aduzir do termo *em geral* que acompanha o mandamento de defesa da vida desde a concepção²⁷⁰.

²⁶⁹“Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (Art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002).” (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009, com repercussão geral.) No mesmo sentido: RE 349.703, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009. Em sentido contrário: AI 403.828-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 5-8-2003, Segunda Turma, DJE de 19-2-2010. Vide: AI 601.832-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-3-2009, Segunda Turma, DJE de 3-4-2009; HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009; HC 72.131, Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, julgamento em 23-11-1995, Plenário, DJ de 1º-8-2003.

²⁷⁰ Neste sentido do termo *em geral* no art. 4º, I, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: “La columna vertebral del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, me refiero

Das razões retro mencionadas é de se concluir pela inadequação do argumento que o vácuo constitucional sobre o ponto de partida temporal da proteção da vida humana seria um impedimento para o reconhecimento da proteção do embrião congelado, pois, em razão da posição supra legal do Pacto de São José da Costa Rica, a proteção da vida desde a concepção prevalece, *prima facie*, sobre qualquer disposição de direito infraconstitucional que disponha em sentido contrário.

Evidentemente, tais considerações são válidas em relação às proposições elementares de subsunção ao suposto de fato, outras relacionadas ao âmbito de proteção, ou seja, os limites que restringem a posição jusfundamental de proteção da vida hão de ser determinados somente por meio do sopesamento dos direitos fundamentais em concreta situação de tensão na mútua implicação com a máxima da proporcionalidade, sem a qual não podem ser realizados adequadamente²⁷¹.

Outro argumento destacado no voto do Ministro-Relator para afastar o embrião congelado do âmbito de proteção constitucional da vida funda-se na proposição de que restando embrião em suspensão criogénica estaria afastada a própria potencialidade de vir a ser humano²⁷².

concretamente al Pacto de San José prescribe en su artículo 4.1. – (...) – que este derecho fundamental [o direito à vida] ‘estará protegido por la ley y, *en general*, a partir do momento de la concepción’, esto significa que para el Pacto el concepto del derecho a la vida no es de carácter absoluto, admitiendo excepciones a la regla general de protección. Esta cuestión fue motivo de análisis por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con motivo de la denuncia formulada en el año de 1977 contra los Estados Unidos de América y el Estado de Massachusetts, por violación al derecho a la vida, conocido como el caso ‘Baby Boy’, a raíz de una sentencia dictada por la Corte Suprema del país del norte, y que absolviera al médico que, con consentimiento de la madre, practicara el aborto, y que impidiera la vida de ‘Baby Boy’. En la relación de ese caso, al realizar la Comisión un pormenorizado estudio de los trabajos preparatorios tanto del artículo 1º de la Declaración Americana y del Pacto de San José, en relación con el derecho a la vida, y en particular de la inserción de las palabras ‘en general’ en el artículo 4.1 de este último, se señaló que dicha expresión tuvo por objetivo permitir la subsistencia –por no incompatibilidad – de la preexistencia de aquellas legislaciones nacionales que no son restrictivas de abortos en especiales situaciones. En particular referencia a estas ‘especiales situaciones’ se mencionan en el informe – entre otras – cuando sea necesario para salvar la vida da madre o, para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro, individualizándose al artículo 86 de nuestro Código Penal, como un claro ejemplo en ese sentido. Es de destacar que siendo la Comisión Interamericana uno de los dos órganos competentes para supervisar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados Partes en el Acuerdo de San José (art. 33), sus informes deben servir de guía para la interpretación de la Convención por parte de los jueces nacionales en los casos que les toque decidir, como en el *sub examine*. En base a este plexo normativo *cualquier ley que autorice con generalidad el aborto, resulta inconstitucional*” (YAHIA, 2007, p. 507-8).

²⁷¹ “A proporcionalidade na aplicação é o que permite a coexistência de princípios divergentes, podendo-se mesmo dizer que entre eles e a proporcionalidade há uma relação de mútua implicação, já que os princípios fornecem os valores para serem sopesados, e sem isso eles não podem ser aplicados” (GUERRA, 2009a, p. 157).

²⁷² Neste sentido: “O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as

A estruturação de tal argumento parte do pressuposto de que o embrião é algo diverso do ser humano ainda que exista no embrião a potência para vir a sê-lo, como metamorfose, tornando-se algo que ainda não é, ou mais precisamente, só o é em potência. Tratar-se-ia, seguindo tal linha de raciocínio, de afirmar que o feto, apesar de precedente necessário para a existência de um ser humano, ainda não o é ato, mas somente em potência.

Segundo a fundamentação do voto vencedor, o embrião não poderia ser considerado como ser vivo, pois: (i) estando congelado, o embrião restaria impossibilitado de desenvolver-se em um ser que possa ser considerado encefalicamente vivo²⁷³ nos termos do art. 2º da Lei n. 9.434/1997; e (ii) a possibilidade de um embrião vir a ser um ser humano, dependeria de uma hipotética obrigação jurídica de gestação dos embriões excedentes, o que, por evidência, constituir-se-ia em uma grave ofensa aos direitos humanos da mulher, especialmente da sua dignidade e de seu direito de planejamento familiar²⁷⁴.

A fundamentação do embrião como algo diverso do ser humano já é algo problemático. Por certo, um ser humano adulto é deveras diferente de embrião, e o é em diversos, inegáveis e relevantes aspectos. Entretanto, é difícil a sustentação de que o embrião e o feto, como uma etapa necessária do desenvolvimento biológico, não sejam eles próprios, seres humanos, ainda que em desenvolvimento, como o são crianças e adolescentes em relação ao indivíduo adulto. Assim sendo, a relegação de determinados estágios biológicos a uma posição de menor importância é, no mínimo arbitrário, considerando que etapas não podem ser saltadas no

primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível” (BRASIL, STF, ADI 3.510/DF, Rel. Carlos Britto, 2010).

²⁷³ Conforme o seguinte trecho do acórdão: “Chego a uma terceira síntese parcial: se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada” (BRASIL, STF, ADI 3.510/DF, Rel. Carlos Britto, 2010).

²⁷⁴ Conforme o voto do relator: “A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo “in vitro” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis” (BRASIL, STF, ADI 3.510/DF, Rel. Carlos Britto, 2010).

processo de constituição de um ser humano “pleno”, se é que existe um ser humano que não o seja.

De qualquer modo, mesmo considerando que o embrião é tão somente um ser em potência, pode-se afirmar que no voto do Ministro-Relator opera-se uma confusão entre os termos *potencialidade* e as *possibilidades externas* da realização da potencialidade do ser. Segundo ARISTÓTELES:

Dado que potência se diz em todos estes sentidos, também potente se dirá em sentidos equivalentes. (1) Num primeiro sentido, dir-se-á potente o que possui um princípio de movimento ou de mudança (de fato, também o que pode produzir repouso é algo potente) em outro ou ei mesmo enquanto outro. (2) Num segundo sentido, dir-se-á potente algo sobre o qual alguma coisa por exercitar uma potência desse tipo. (3) Noutro sentido, potente dir-se-á o que tem potência para mudar em qualquer sentido, seja para pior ou para melhor. (Com efeito, também o que se corrompe parece ser potente para corromper-se, pois se teria destruído se fosse impotente para destruir: portanto, ele possui certa disposição, uma causa e um princípio de tal afecção. Assim, algo parece ser potente, porque possui alguma coisa, outras vezes porque é privado de alguma coisa; e se a privação é, de certo modo, uma posse, todas as coisas serão potentes porque possuem algo. Portanto, as coisas serão potentes ou por possuírem algo e determinado princípio ou possuírem a privação dele, se é possível possuir uma privação; se isso não é possível, as coisas se dirão potentes apenas por homonímia). (4) Noutro sentido ainda, algo se diz potente porque nem outra coisa nem ele mesmo enquanto outro tem a potência ou o princípio de sua destruição. (5) Enfim, todas essas coisas são ditas potentes ou porque podem simplesmente realizar-se ou não, ou por que podem realizar-se bem (2002:227-9).

Como de pode aduzir dos ensinamentos do Estagirita, a potência é uma qualidade do ser que bem pode ser ou não realizada. Trata-se, pois, de qualidade imanente ao ser e não depende de externalidades, ainda que essas possam realizar a potência num ou noutro sentido.

Portanto, que o embrião, esteja inserido no útero feminino ou descansando em placa de Petri, estando congelado ou desenvolvendo-se no ventre da genitora, em ambos os casos, possui a potência de vir a se tornar uma pessoa biologicamente autônoma desde que não encontre o fim o derradeiro ou reste irremediavelmente inviável²⁷⁵.

²⁷⁵ Neste sentido: “A atualização, na verdade, está no próprio ente. É ato próprio, independente. Isso quer dizer que o embrião, mesmo in vitro, não se reduz a algo que depende de uma interferência externa para a sua transformação, como a madeira, ou o mármore, caso em que, de fato, nada

Em suma, a potencialidade de um embrião é uma condição intrínseca de seu ser e não depende de condições exteriores à sua própria existência, como o fato de estar congelado ou de não ser implantado em um útero. Aliás, se não restarem destruídos ou inviáveis, os embriões congelados podem lograr desenvolvimento natural sem complicações, dependendo das particularidades do caso, desde que inseridos em um útero materno.

Essas considerações resolvem uma parte do problema. Considerando os embriões congelados, há de se distinguir entre aqueles que ainda são dotados da potência de vir ser humano nascido e aqueles, que ausentes tal potencialidade, não de ser considerados como inviáveis²⁷⁶. Sendo inviáveis só lhes resta a potencialidade de tornar-se algo diverso por meio da própria destruição, sendo impossível que venham a tornarem-se seres humanos nascidos com vida.

Segundo o art. 3º, XIII, do Decreto n. 5.591/2005, considera-se inviável aqueles embriões “com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização in vitro, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião”.

A exclusão do embrião congelado e inviável do suposto de fato da proteção constitucional da vida humana encontra-se em decorrência da própria inviabilidade, adequada e plenamente fundamentada. Não se trata, pois, de uma impossibilidade externa, pois o embrião inviável, no atual estado da ciência biomédica, sob nenhuma circunstância pode vir a ser aquilo que não mais tem potência de ser. Sumariamente: não se pode proteger enquanto ser dotado de vida humana, enquanto um movimento de constante desenvolvimento biológico, se o embrião não pode ser mais do que é, ou seja, não desenvolverá para além da fase embrionária.

obrigaria a essa atualização. O embrião não é um objeto de transformação, mas o sujeito de sua própria atualização. A fertilização in vitro não lhe retira a potência, mas apenas o meio em que no atual estado da ciência pode se atualizar” (BRASIL, STF, ADI 3.510/DF, Rel. Carlos Britto, voto do Min. Menezes Direito, 2010).

²⁷⁶Da negação do suposto de fato da proteção constitucional da vida humana em decorrência da inviabilidade embrionária: “Essa singularidade da lei brasileira, regulamentada pelo Decreto n.º 5.591/2005, em que se definiram embriões inviáveis, foi já uma concessão argumentativa à metafísica do início da vida durante a negociação legislativa. Não há como imputar ameaça ao princípio do direito à vida perante um embrião congelado inviável de uma clínica de reprodução assistida” (DINIZ, 2009).

Nesse ponto, pode-se afirmar o encontro de pelo menos um critério adequado para a subsunção a um suposto de fato da proteção da vida, a saber: a viabilidade. Se por um lado, a viabilidade é um critério necessário para ser incluído na tutela constitucional da vida humana, por outro, a inviabilidade é bastante para justificar a exclusão. Não pode ser considerado juridicamente vivo aquele embrião que não pode vir a ser nada além do que é, exceto pela possibilidade de deixar de existir enquanto o que ainda é. Trata-se a inviabilidade da impossibilidade de qualquer outra possibilidade salvo a própria destruição, pois no caso do embrião congelado e inviável, o descongelamento não traria nenhuma outra possibilidade senão a irremediável destruição de sua existência, sem que nada possa ser vislumbrado em seu horizonte, senão o derradeiro fim.

Considerando que a exclusão do embrião inviável do âmbito de proteção da vida humana está devidamente alicerçada, uma vez que não possui as propriedades necessárias para a subsunção ao suposto de fato da posição jusfundamental da proteção da vida, o que dizer do embrião congelado, entretanto, ainda viável?

Uma análise de um embrião congelado e de outro embrião que se desenvolve dentro do útero feminino poderia identificar duas elementares diferenças, a saber: uma em função do tempo e outra em razão do lugar.

Em razão do tempo, o embrião congelado encontra-se em uma situação estática, ou seja, nenhum desenvolvimento biológico é perceptível em decorrência da situação de suspensão criogênica; por outro lado, o embrião *in utero*, em função do tempo, está em permanente e constante mudança de modo que – ausentes condições adversas – ruma para a realização de sua potência de vir a ser um humano nascido.

Em razão do lugar, é evidente que um deles encontra-se dentro do espaço uterino da mulher gestante enquanto outro resta limitado pelos espaços artificiais de tanques de armazenamento.

Dada distinção em função do tempo, seria a situação de ausência de desenvolvimento celular, no caso do embrião congelado, suficiente para afastar a proteção à sua existência biológica? Uma resposta para tal questão depende da delimitação de uma particularidade inerente ao próprio conceito de morte.

Pode-se afirmar que, apesar da incerteza sobre o que vem a ser a morte ou se algo existe nela ou para além dela - questões religiosas e/ou filosóficas para além do escopo jurídico - é de se reconhecer que a morte, enquanto evento fatal que põe

fim à existência do ser vivo, não pode ser de outra forma senão algo completamente irreversível. O Direito não pode afirmar que alguém resta morto sem que seja verificada a mais completa irreversibilidade de tal condição. Não existe, pois ressurreição para o Direito.

Considerando que a morte, necessariamente, é um irreversível evento que marca o fim da vida e que, a vida é, em muito, preenchida de significado em razão do confronto/encontro com a morte, pode-se afirmar que aquele ser que não se encontra irremediavelmente morto, não pode ser considerado como falecido. Ora, sendo assim, aquele embrião em animação suspensa, ainda que não esteja propriamente vivo (no sentido de desenvolvimento biológico)²⁷⁷ não pode, entretanto, ser considerado morto, salvo se também inviável²⁷⁸. Em suma: um embrião congelado somente pode ser considerado como desprovido de vida, se e somente se, completamente impossível, do ponto de vista biológico, vir a ser um humano nascido vivo, mesmo que seja inserido em um útero e que presentes condições favoráveis de gestação.

Como demonstrado, um embrião congelado e viável, ainda que não esteja em pleno desenvolvimento biológico, por definição, pode vir a desenvolver-se em um ser humano nascido com vida desde que presentes específicas condições. Dá-se que mesmo congelado não estará morto enquanto exista a possibilidade de retirado do estado de suspensão criogênica desenvolver-se adequadamente quando presentes outras condições que lhe são externas, dentre elas, a imprescindível inserção *in utero*.

Embriões fertilizados *in vitro* e devidamente congelados preservam a sua viabilidade mesmo após o transcurso de um considerável lapso temporal, muito superior ao limite de três anos estabelecido no art. 5º, II da Lei n. 11.105/2005.

²⁷⁷ Segundo o Estagirita: “Dos corpos naturais, alguns têm vida, outros não, e dizemos que a vida é nutrição por si mesmo, o crescimento e o decaimento” (ARISTÓTELES, 2006, p. 71).

²⁷⁸ Na mesma linha de argumentação; “É problemático definir a morte como término da vida (S1) quando se considera a animação suspensa do ser vivo. Podemos, com efeito, por meio de congelamento ou de dessecação, ‘suspender’ a vida de um óvulo, de um espermatozoide, de um feto ou de uma bactéria, se colocarmos, por exemplo, um espermatozoide ou um óvulo em animação suspensa, seu funcionamento e capacidade de auto-organização ficam imobilizados: podemos dizer que, momentaneamente, ele deixa de viver, mas nem por isso podemos afirmar que esteja morto. Mais tarde, ele poderá ‘voltar’ à vida se as condições externas permitirem e se não tiver sofrido danos irreparáveis. Essa circunstância nos leva a modificar a definição de morte (S1) acrescentando-lhe dois adjetivos: ‘permanente’ e ‘irreversível’. A morte, portanto, seria a cessação permanente e irreversível da vida (S2). O indivíduo ‘X’, cuja a animação está suspensa, não morreu, pois é capaz – se as circunstâncias externas permitirem – de ‘reviver’, ao passo que a morte de ‘X’ exprime um estado permanente e irreversível” (SCHUMACHER, 2009, p. 48).

Notícias demonstram que embriões, mesmo após treze anos de congelamento, quando implantados em um útero desenvolveram-se em seres humanos saudáveis²⁷⁹.

Apesar de não serem inviáveis, os embriões descartados após o lapso trienal são colocados para aquém da esfera de tutela da vida humana, pois, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, não possuem as qualidades elementares para uma eventual subsunção ao suposto de fato da proteção constitucional da vida, basicamente em razão de não serem eles nascituros.

Sucintamente, enquanto o embrião congelado e inviável é descartado por sua completa ausência de potência para desenvolver-se em um ser humano; o embrião viável descartado após do decurso de um lapso de três anos de congelamento não possui significação de vida digna de proteção. Essa indiferença é justificada, não em razão de sua natureza ou da ausência de potência para vir a tornar-se um ser humano nascido, mas com acerto em decorrência em razão do lugar no qual não se encontra, ou seja, por estar além dos limites espaciais do útero²⁸⁰.

A diferença fundamental entre o embrião fertilizado *in vitro* e o fecundo dentro dos limites corporais da mulher é, antes de tudo, uma circunstância espacial. Tal conclusão é inevitável uma vez verificada a inexistência de qualquer diferença ôntica ou morfológica entre o produto da concepção *in vitro* e aquela natural desde antes o processo de nidação. Ademais, como refutado anteriormente, o embrião congelado, fora dos casos de inviabilidade, não pode ser considerado como algo no qual ausente estaria a potência de vir a ser humano, uma vez que o simples fato de não ter sido (ainda) inserido em um útero é um fato contingente, e sua eventual ocorrência não afasta a possibilidade ou da potência de um dia tornar-se o que ainda é possível ou potente para tanto. Não se tratando, portanto, de entes

²⁷⁹Neste sentido: "A baby girl who spent 13 years as an embryo frozen at -235°C has been born in California. The birth of Laina Beasley set a new medical record in fertility treatment, as the longest time an embryo has been frozen and born healthy" (WOMEN, 2005).

²⁸⁰Nos termos do voto do relator: "É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "*in vitro*" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião" (BRASIL, STF, ADI 3.510/DF, Rel. Carlos Britto, 2010).

diferentes entre si do ponto de vista ôntico, pode-se afirmar que o STF, alinhado com a tese sustentada pelo Ministro Relator, pugnou pelo entendimento de que o embrião congelado, ainda que viável, não possui as propriedades necessárias para proteção constitucional de sua existência biológica em razão do fato de que, não estando dentro do útero da mulher, não se constitui num nascituro.

É o caso de se afirmar que a ser da vida humana, neste presente caso, não é protegido que ele é, mas pelo local onde se encontra. O ambiente extrauterino, no caso do embrião congelado, constitui-se, pois, num critério de banimento das posições jusfundamentais referentes à proteção da vida e, conseqüentemente ao seu abandono dá-se a exclusão da tutela da vida e a inserção do embrião em uma área de relativa indiferença, vez que por estar fora do corpo feminino, seu *locus* consubstancia-se em condição excludente da subsunção ao suposto de fato da vida humana constitucionalmente tutelada.

Os problemas de tal entendimento podem ser evidenciados com a ajuda de um problema teórico. Supondo que embrião encontra-se congelado por mais de três anos e os genitores consintam que seja o referido utilizado em pesquisas científicas, cumpridos todos os critérios estabelecidos no art. 5º, II e § 1º Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). No caso, conforme entendimento do STF, uma vez que a tutela da vida humana não pode ser arguida para justificar uma proteção jurídica da existência do embrião, esse poderia ser utilizado para pesquisas científicas e, até mesmo, nesse processo, ser licitamente destruído, desde que cumpridos os requisitos estipulados na Lei de Biossegurança; Tais ações relacionadas à pesquisa e ao avanço da ciência poderão acontecer sem qualquer impedimento jurídico ou temor de sanção, pois estariam acobertadas sob a causa justificante do exercício regular de direito.

Entretanto, para efeitos de discussão teórica, acresce-se à primeira hipótese uma variante: a genitora, amplamente capaz sob o aspecto civil, arrepende-se do consentimento exarado e deseja que o embrião congelado, porém ainda viável, seja inserido em seu útero. Sob tais circunstâncias, desdobramentos interessantes podem ocorrer. Se o embrião for utilizado, mesmo sem o consentimento da gestante ou a despeito de sua retratação, verificar-se-á a

tipificação da norma incriminadora gravada no art. 24 da Lei de Biossegurança²⁸¹. Por outro lado, se o mesmo embrião for destruído depois de devidamente inserido no útero materno, antes mesmo de sua nidação, tratar-se-á do crime de aborto sem o consentimento da gestante (art. 125 do Código Penal)²⁸². Note-se, o mesmo embrião, considerando o útero materno como o elemento crítico para a sua proteção constitucional, estando ele dentro do corpo da gestante, mesmo que antes da nidação, implicará em razão do local um crime contra a vida; por outro lado, extrauterinamente, a ilícita utilização e eventual destruição consubstanciará, tão somente, a tipificação de um crime contra o patrimônio genético.

É justamente neste sentido a resposta do problema, pois, conforme o entendimento vencedor do Ministro Relator na ADI 3.510/DF, não se poderia falar de crime contra a vida contra o embrião localizado para além do útero, pois vida digna de proteção, no caso, não existiria. O que pode causar estranheza, não injustificadamente, é que o ser será protegido, não em razão de qualidades intrínsecas, mas em função do lugar em que se encontra. Mais estranho ainda, se à hipótese proposta, permite-se outra variante: ao revés de usar indevidamente o embrião em pesquisas, mas ainda antes implantá-lo no útero da gestante, o agente decide simplesmente destruí-lo.

Da decisão da Excelsa Corte, pode-se concluir que a mera destruição do embrião fertilizado *in vitro*, para além dos casos de utilização indevida e independente de consentimento da gestante não se trata de crime qualquer.

Não é ilícito penal previsto na Lei de Biossegurança, desde que o embrião seja completamente destruído em decorrência de uma conduta completamente desvinculada de toda e qualquer finalidade científica. A destruição nesse caso, não é tipificada em nenhuma norma incriminadora da referida lei (artigos 24 a 29 da Lei n. 11.105/2005), a menos que a conduta de destruição seja equiparada ao verbo utilizar (artigo 24 da Lei de Biossegurança) ou descartar (artigo 27 da Lei n. 11.105/2005), em um flagrante atentado contra o princípio da taxatividade. Isso se dá por que: (i) não se trata de abortamento, pois não há nascituro e, nos termos da decisão, fora do corpo materno não há de se falar em tutela constitucional ou penal

²⁸¹ Segue-se o dispositivo legal mencionado: Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). “Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

²⁸² Segue-se o dispositivo do Código Penal: “Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos”.

da vida humana; (ii) por certo não se trata de crime de dano (artigo 163 do Código Penal), pois não há de se falar em valor patrimonial do embrião *per se*; e (iii) a mera destruição, ainda de sem ou contra o consentimento dos titulares, não é conduta típica prevista na Lei de Biossegurança.

Da decisão do Supremo Tribunal, portanto, decorre, apesar de *nonsense*, que a simples utilização, fora dos parâmetros legais, de qualquer embrião (viável ou inviável) no contexto de uma pesquisa científica – situação que bem pode ser considerada nobre sobre o ponto de vista utilitarista – merece reprovação penal, enquanto a frívola e despropositada destruição de um embrião viável, no momento anterior à implantação, é uma conduta completamente atípica e, portanto, irrelevante para o Direito Penal.

Demonstrada, pois, que a mudança de intensidade (ou afirmação da indiferença) da proteção jurídica do ser humano em razão do local é uma questão deveras problemática quando observados os aspectos imperativos do princípio da dignidade humana, flagrantemente a universalidade e a igualdade dos seres humanos. A utilização de um critério espacial para a exclusão do embrião congelado do âmbito de proteção constitucional da vida implica em reconhecer que o ser humano não é tanto protegido pelo o que ele é, mas por critérios mais ou menos arbitrários que incluem ou excluem determinados seres da própria condição de humanidade.

De qualquer modo, é possível afirmar que a decisão da Excelsa Corte fundamenta-se sobre a proposição de que a tutela constitucional da vida somente ocorrerá quando presentes os requisitos humanidade e vitalidade. Por outro lado, restringe o alcance de tais termos, adicionando o critério de viabilidade – potencial para tornar-se um ser humano nascido - do embrião e o critério espacial, pois a inserção no útero materno basta para garantir ao embrião viável a qualidade jurídica de *nascituro* e, através dela, proteção constitucional da vida humana.

Em suma, a partir da ADI 3.150/DF, o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, reconhece a viabilidade como condição necessária para a proteção da vida humana nos estágios embrionários; por outro lado, afirma que o início da proteção constitucional da vida somente é verificado quando reconhecida a existência de um embrião humano, não somente viável, mas também e principalmente, localizado *in utero*, condições cumulativamente necessárias para subsunção ao suposto de fato da tutela constitucional.

Sendo assim, fora do útero, o embrião, viável ou não, é estrangeiro à própria vida e assim banido resta como *homo sacer*, ou seja, completamente exposto à matabilidade.

5.4.A inviabilidade e morte cerebral nos termos da decisão na Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54/DF

Outra decisão paradigmática para a investigação jurídica das propriedades necessárias para a subsunção ao suposto de fato da vida humana constitucionalmente protegida é a Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45, Distrito Federal. O referido caso trata-se de um pleito de declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico seria um caso passível de tipificação penal nos termos das normas incriminadoras da conduta de abortamento (artigos 124 a 128 do Código Penal)²⁸³.

Observando o prevalecimento do voto do Ministro Relator e, conseqüentemente, da respectiva fundamentação, pode-se afirmar que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a interrupção da gestação ou abortamento do feto anencefálico constitui-se irrelevante penal²⁸⁴, uma vez que não

²⁸³ Nos termos do Código Penal: “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

²⁸⁴ Observando o extrato de ata da decisão: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012” (BRASIL, STF, ADPF 3.510/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

estaria presente o bem jurídico penalmente protegido (vida humana intrauterina)²⁸⁵. Ainda segundo o entendimento vencedor, não há de se falar em tensão entre direitos fundamentais, visto que não existiriam no feto anencefálico as qualidades necessárias para subsunção ao suposto de fato do *direito à vida* ou à dignidade da pessoa humana.

O próprio Ministro Relator Marco Aurélio de Mello sintetiza os argumentos de voto vencedor em três proposições essenciais:

Essas considerações iniciais são importantes para o direcionamento das posições que fundamentam o meu voto. Para a clareza da exposição, é possível enfrentar o tema por três enfoques: (i) atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia, quanto ao crime de aborto; (ii) vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; e (iii) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico (BRASIL, STF, ADPF 3.510/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

Apesar de a tese vencedora sustentar-se, principalmente, na inexistência das propriedades necessárias para que feto anencefálico encontre-se acobertado pela proteção constitucional da vida humana, breves considerações sobre os demais argumentos fazem-se necessárias.

Sustenta-se, no voto do Ministro Relator, que o legislador histórico do Código Penal, levando em conta os conhecimentos científicos disponíveis nos anos quarenta do Século XX, por certo, incluiria no rol de causas excludentes de ilicitude do art. 128 do Código Penal a possibilidade de abortamento de feto anencefálico, se, hipoteticamente, dispusesse dos conhecimentos das Ciências da Saúde conquistados na alvorada do Século XXI²⁸⁶.

²⁸⁵ Nos termos do voto do relator: “Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida” (BRASIL, STF, ADPF 3.510/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

²⁸⁶ Nos termos do voto do Ministro Relator: “No debate sobre a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, as normas incriminadoras do aborto voluntário (caso se assumisse, *ad argumentum*, que a vontade do legislador tenha sido a de retirar a hipótese dos casos de excludente de ilicitude) devem ser interpretadas de acordo com as possibilidades atuais do sistema. E nesse sentido viu-se que relativa é a proteção que o direito posto dá ao feto. Tanto é que, repiso, mesmo na situação incontestável de vida do feto com expectativas absolutamente normais de desenvolvimento após o

Tal linha de argumentação é, no mínimo, contra fática. Durante o julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54 – Distrito Federal, pelo menos um projeto de lei (PL n. 50/2011) tratava sobre a questão, propondo a inclusão da anencefalia fetal entre as causas justificantes para o aborto legal. Reconhecendo a polêmica que de um projeto dessa natureza ainda implica, mesmo num Congresso Nacional da segunda década do século XXI, é extremamente difícil pensar que, noutros tempos de um século passado, notadamente mais conservadores, encontrar-se-ia um amplo acordo sobre a ampliação dos casos de aborto legal de modo a permitir a afirmação deque o legislador histórico somente não tornou expressa a anencefalia fetal como excludente de ilicitude por falta de recursos tecnológicos. Inclusive como pontuado pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados (BRASIL, STF, ADPF 3.510/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012. Voto do Min. Ricardo Lewandowski).

Outro argumento apresentado é construído a partir da tensão entre os hipotéticos direitos do nascituro anencefálico em relação com os direitos da gestante. Entretanto, o juízo de ponderação entre a liberdade, a dignidade e a saúde da gestante e a vida do anencéfalo não ocorre sem críticas.

O principal problema reside no fato de que, *quia initio*, o Ministro Relator estabelece uma ponderação entre uma posição jusfundamental considerada, por

parto, a mulher não é obrigada a ter o filho quando sofre estupro. O legislador não deixa, portanto, de levar em consideração a mulher, ou, de outra forma, o ordenamento não protege o feto em todas as hipóteses. Logo, em caso de inviabilidade da vida humana, presente vida tão somente biológica, não há como concluir proteja o ordenamento, o feto em detrimento da mãe. Pelo contrário, a leitura sistêmica conduz à compreensão de que a proteção está do lado da mãe. O argumento da vontade do legislador não se mostra consistente, pois, para levar a juízo de improcedência da ADPF. Tudo indica que só não contemplada a anencefalia no rol das excludentes de ilicitude por falta de condições tecnológicas de diagnosticá-la à época” (BRASIL, STF, ADPF 3.510/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

ele, certa para além de qualquer dúvida jurídica em oposição à outra posição, considerada por ele como inexistente ou no mínimo duvidosa²⁸⁷.

Dito de outro modo, o Ministro Relator, ao dedicar-se à ponderação dos direitos fundamentais em tensão, estabelece o sopesamento de um direito de proteção da mulher (dignidade, saúde, liberdade e direitos reprodutivos) em face de um direito à vida que é subvalorizado, em grande parte, por uma *petitio principii*²⁸⁸. Explica-se. Para efeitos de argumentação, o reconhecimento de que o feto anencefálico possui as condições jurídicas para a subsunção à proteção *prima facie* de sua vida é em si uma *conditio sine qua non* para que possa se dizer de uma verdadeira situação de tensão entre direitos fundamentais. Inexistindo a subsunção ao suposto de fato da proteção da vida, não há valor que ocupe o outro lado da balança e, por consequência, não há de se falar em solução de tensão entre posições jusfundamentais, pois tal conflito seria meramente aparente.

Nesses termos, concentrando-se em uma solução através da máxima da proporcionalidade, o sopesamento dos direitos fundamentais da gestante deve encontrar do outro lado da balança, necessariamente, uma posição jusfundamental sobre a qual, *prima facie*, não há dúvidas sobre sua adequação.

Quando do sopesamento, a proteção constitucional à vida do feto anencefálico deveria ser considerada como certa, de modo a não confundir a

²⁸⁷ Segundo o voto do Ministro Relator: “Some-se a isso o fato de o meio adequado e necessário para a proteção da vida do feto – a postura interventiva do Estado – ferir, além da liberdade, a integridade física e psicológica da mulher, seja na esfera da saúde (os riscos são maiores na gestação e o abalo psicológico é drástico e inegável), seja na esfera da dignidade humana, pois, se há dúvida sobre a viabilidade de vida para o feto anencefálico, a imposição da gestação contra a vontade da mulher é tortura física e psicológica em razão de crença (não importa se institucionalizada por meio de lei ou de decisão jurídica, ainda é mera crença), nos exatos termos da Lei dos Crimes de Tortura. E não se trata, neste ponto, de comparar duas leis de mesma hierarquia, mas de usar a definição legal da proteção de um direito humano básico, que é a garantia da integridade individual (é o art. 5º, III, da Constituição que está em jogo: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”). Lembre-se que a pena para o crime de tortura (reclusão de 2 a 8 anos) é o dobro da pena para o crime de aborto (reclusão de 1 a 4 anos para quem provoca o aborto com o consentimento da gestante), o que demonstra que o sistema não permite qualquer aproximação entre as duas ações” (BRASIL, STF, ADPF 3.510/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

²⁸⁸ Conforme o voto do Ministro-Relator: “O terceiro argumento a enfrentar é o da ponderação entre os direitos inerentes à gestante e aqueles pertencentes ao feto. Ele é colocado pelos defensores da tese de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico configura aborto da seguinte forma: o direito à vida é o primeiro e mais importante direito, inclusive é condição para o exercício dos demais direitos. Portanto, a vida deve ser protegida, não importa quanto tempo dure, com ela só competindo outra vida. Do outro lado, o argumento atua da seguinte maneira: o feto anencefálico, se chega a nascer, tem mínima sobrevivência, e sequer apresenta capacidades além das fisiológicas, enquanto a gestante, mantida a gestação em tais circunstâncias, sofre maiores riscos à sua saúde e absurdo desgaste psicológico, com sério comprometimento de sua integridade física e psicológica. Assim, prevalecem os direitos da gestante sobre a vida precária do feto” (BRASIL, STF, ADPF 3.150/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

ponderação entre direitos fundamentais com a verificação da subsunção ao suposto de fato, pois se tratam de questões fundamentalmente diversas, sendo que aquela somente pode ser realizada quando superada esta.

Sendo o caso de uma situação de tensão entre as posições jusfundamentais do feto anencefálico e da gestante, na eventual solução pela máxima da proporcionalidade, a posição de proteção constitucional do feto anencéfalo deveria ser considerada de peso idêntico ao de um feto perfeitamente saudável. Isso porque, se trata de tensão entre direitos fundamentais, supõe-se superada a questão do suposto de fato. Superada a questão do suposto de fato, em razão do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de qualquer outro feto saudável que intrauterinamente é gestado deve ser reconhecido ao anencefálico. Noutros termos, um argumento é sustentar que a vida do anencéfalo não possui os critérios necessários à subsunção ao suposto de fato da tutela constitucional da vida humana, outro, completamente diferente é aceitar, para fins de argumentação, que ele preenche os critérios necessários para a inserção da vida do embrião no âmbito de proteção da norma.

Na primeira linha de argumentação, é perfeitamente sustentável dizer que a vida do anencéfalo não possui valor para o Direito, desde que, evidentemente, demonstre-se que o feto anencefálico não se enquadre nos critérios necessários para ser considerado digno de proteção. No caso da argumentação construída a partir do sopesamento das posições jusfundamentais em tensão (direitos da gestante e proteção do feto anencefálico), não é possível utilizar a condição de anencefalia para diminuir o valor da vida do feto em relação a outro em condições de normalidade. Pois assim procedendo, nega o próprio do sopesamento, bem como, estabelece uma diferença entre fetos que não pode ser fundamentada ou encontrada no texto constitucional, na legislação infraconstitucional ou nos textos convencionais. Enfim, afirma aplicar a máxima da proporcionalidade para resolver o problema, mas de fato, continua a argumentar pela exclusão do anencéfalo do suposto de fato da proteção constitucional.

Ao estabelecer de pronto que a vida do anencefálico possui um valor inferior ao de outro “normal”, nega o ponto de partida que hipoteticamente aceitou para a solução da tensão entre as posições jusfundamentais e ofende o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Além de tal objeção metodológica à ponderação dos direitos fundamentais realizadas pelo Ministro Relator – por ocasião do voto oferecido no caso da Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54/Distrito Federal -, chama-se a atenção à consideração de que o valor da vida do feto anencefálico somente poderia ser reconhecido no âmbito da crença religiosa.

O problema de tal linha argumentativa é que, se o valor da vida intrauterina é fundado tão somente em uma crença, poder-se-ia dizer, também, que toda dimensão axiológica da vida que é fundada na dignidade da pessoa humana – alicerce essencial de todo sistema de direitos fundamentais - é também fundada em uma crença. Aliás, como demonstrado anteriormente, o princípio da dignidade humana, enquanto fundamento antropológico dos direitos fundamentais, parte do imperativo categórico de que o ser humano é dotado de um valor imanente. Tal proposição é absolutamente congruente com posições aceitas como dogmas de algumas religiões. Nem por isso, há de se falar na inconstitucionalidade de tal princípio ou de sua incongruência com os dispostos no artigo 19 da Constituição de República Federativa do Brasil.

Considerando que o feto anencefálico estaria, hipoteticamente, acobertado pela proteção constitucional da vida humana, não se poderia argumentar que a sua vida não tem valor senão por argumentos religiosos. Ao contrário, se reconhecido seu acobertamento pela posição jusfundamental, o valor de sua existência, por certo, é decorrência da dignidade da pessoa humana, reconhecida como um valor imanente, universal, imensurável²⁸⁹. Dito de outra forma, não é o fato de segmentos religiosos professarem uma opinião fundada em suas crenças particulares que permite afirmar que toda proposição emanada de tais grupos é, por decorrência, meramente religiosa e inadmissível em um Estado Laico.

É facilmente observável através da sustentação da prevalência dos direitos fundamentais da gestante sobre a proteção da vida intrauterina, que essa última não

²⁸⁹ Neste mesmo sentido: “É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensura. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...) Sem de qualquer modo negar o que diz a arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço (o que subscrevo), tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana. (...) O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, esse argumento não prospera.” (BRASIL, STF. ADPF 153, voto do Rel. Min. Eros Grau, 2010).

foi equiparada a de um feto em normais condições de desenvolvimento. Isso implica que, mesmo hipoteticamente reconhecendo, para efeitos de argumentação, que o feto anencefálico seria acobertado pela mesma proteção dispensada àquele que vive intrauterinamente, trata-o, por *petitio principii*, como algo menos valioso, fato que permite apontar um erro insanável nesta operação de sopesamento. É dizer que mesmo hipoteticamente reconhecida a proteção do feto anencefálico é fundada nas mesmas bases jurídicas de qualquer outro feto, estabelece, entretanto, uma diferença axiológica entre eles que nega o ponto de partida.

Ademais, o resultado da operação de sopesamento resta absolutamente equivocado. Segundo os ensinamentos de Willis Santiago GUERRA FILHO (2009), é possível estabelecer um critério objetivo para verificação do adequado sopesamento de direitos fundamentais em tensão através da máxima da proporcionalidade. Considerando os direitos fundamentais também como princípios - e esses como mandados de otimização -, não se possível reconhecer a correção de um resultado que determine a completa aniquilação do conteúdo essencial de uma posição em detrimento da outra. Afirmando-se que os direitos da gestante sobrepõem-se de absolutamente sobre os hipotéticos direitos do gestado anencefálico a ponto de autorizar a terminação da sua existência, em verdade permite-se concluir que nenhuma proteção jusfundamental ao gestado, de fato, existe.

Noutras palavras, se o direito da gestante permite que seu próprio arbítrio pessoal seja condição bastante para afastar a proteção constitucional da existência biológica do anencéfalo, isso implica que o ponto de partida do sopesamento, isto é, o reconhecimento de uma posição jusfundamental que garantiria a proteção da vida anencefálica, foi negado com o resultado. Um verdadeiro paradoxo no qual seria de se reconhecer que o direito à vida intrauterina do gestado anencefálico existe e não existe simultaneamente.

Como se pode concluir, os dois argumentos anteriormente analisados são completamente inadequados para a solução do problema. A questão central da decisão da Excelsa Corte, apesar dos argumentos da vontade do legislador e do sopesamento entre os direitos fundamentais do feto anencefálico e da gestante, concentra-se, mesmo, na questão da subsunção ao suposto de fato. Proceder-se-á, então, à análise pormenorizada dos critérios necessários à subsunção segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e nos termos do voto vencedor.

O fundamento essencial para negar a tipicidade da conduta que interrompe a gestação de um feto anencefálico passa pela sustentação da ausência do bem jurídico penalmente tutelado, a saber, a vida humana intrauterina. Segundo o voto do Ministro-Relator:

[...] não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra odireito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. (BRASIL, STF, ADPF 3.150/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

A argumentação de que o feto anencefálico deve ser considerado como natimorto cerebral e, portanto, excluído da proteção jurídica instituída pela norma penal incriminadora das condutas abortivas é lastreado em dois pontos elementares: (i) a ausência de cérebro, decorrente na especial má-formação em análise, impede que o feto nessas condições seja considerado juridicamente vivo, pois se a *morte cerebral* é reconhecida pelo Direito como o marco final da existência humana, não poderia restar vivo aquele que nem mesmo reuniu as condições para falecer; e (ii) mesmo que considerado como um nascituro, a completa e absoluta inviabilidade de vida extrauterina implica na negação de valor da existência daquele um feto que não logrará êxito em sobrevir para além do corpo da gestante por um período de tempo significativo.

Partindo para a análise de correção da linha argumentativa que fundamenta a consideração do feto anencefálico como natimorto, é evidente que a consideração do feto como tal, parte necessariamente da instrumentalização do conceito de *morte encefálica* e da aceitação desse conceito como marco a partir do qual a vida humana deixa de existir.

A previsão legal da *morte encefálica* encontra-se no artigo 3º da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997²⁹⁰, e a partir de seu diagnóstico está autorizada a retirada

²⁹⁰ Nos termos do dispositivo legal objeto da referência: “A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de

post mortem de órgãos e tecidos da pessoa natural que encontrou seu derradeiro fim.

É importante notar a natureza utilitarista do conceito de *morte encefálica*, até mesmo porque, sem ele, e baseado somente no critério operatório através do qual se conceitua tradicionalmente a morte clínica (falência irreversível das funções vitais) a prática de doação de órgãos para transplante ficaria em muito prejudicada para não dizer inviabilizada²⁹¹. Esse novo conceito introduzido pela Lei de doação de órgãos trouxe à tona uma questão de bioética que foi tomando cada vez mais relevância na esteira dos exponenciais avanços das ciências da saúde: a morte, seu conceito e seu tempo.

É observado que as novas tecnologias aplicadas à saúde e ao prolongamento da vida humana, além de notáveis incrementos na qualidade de vida de toda Humanidade – apesar da notória marginalização de segmentos significativos da população mundial que não têm acesso a qualquer atenção médica – redundou numa crescente indeterminação entre os limites da vida e da morte. Mas também é de se notar que, apesar da busca por um referencial operacional que marcasse, com segurança, os limites entre a vida e morte, não se constatou um esforço considerável em determinar o que é a morte em si, mas com acerto, a grande preocupação centrou-se sobre a solução do tempo da morte. Ou seja, quando observados os conceitos operacionais das ciências da saúde, não é de se reconhecer neles o que é a morte *per se*, mas, com precisão, do diagnóstico e do momento no qual a morte ocorre.

Dentre os vários conceitos operacionais de morte²⁹² podem-se indicar como particularmente relevantes para o Direito três deles: a) *morte clínica*; b) *morte cerebral*, e c) *morte encefálica*.

remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

²⁹¹ Neste sentido: “O critério operatório chamado ‘clássico’ ou ‘tradicional’, que define a morte humana como a parada irreversível do coração e da respiração, punha os médicos numa situação delicada quanto à eutanásia e à disponibilidade de órgãos cuja demanda era muito grande. Assim, tornava-se cada vez mais urgente uma mudança de critério definindo ‘o quando’ da morte. Em 1959, cerca de dez anos depois que os médicos franceses Mollaret e Goulon publicaram um artigo descrevendo o ‘coma irreversível’ como a destruição irreparável do cérebro após a falta de oxigênio – enquanto o indivíduo é mantido vivo com a respiração artificial – o comitê *ad hoc* da faculdade de medicina de Harvard – constituído por teólogos, juristas e médicos – publicou um relatório propondo um ‘novo’ critério operatório de morte: o coma irreversível, a suspensão da atividade cerebral (*brain death*)” (SCHUMACHER, 2009, p. 32-3).

²⁹² Sobre os vários conceitos de morte, destacamos os seguintes: : “1) a *morte clínica*, caracterizada por parada cardíaca (com ausência de pulso), respiratória e midríase parálitica (que surge cerca de

A *morte clínica*, como parada irreversível das funções cardiorrespiratórias constituiu-se, por muito tempo, no mais seguro indicativo do momento em que um ser humano transpõe os limites da vida e adentra no desconhecido da morte. Atualmente, entretanto, a *morte cerebral* e a *morte encefálica* fazem-se cada vez mais relevantes, especialmente no Brasil, como critérios objetivo-científicos, não para definir o que é a morte em si, mas, pelo menos, para determinar com segurança o momento em que o *direito à vida* não mais se aplica em razão da morte do ser humano.

Nesse determinado ponto da presente análise, propõe-se, então, um questionamento: a *morte cerebral* e a *morte encefálica* podem ser consideradas como sinônimas ou mesmo como termos equivalentes?

A resposta é não. A *morte encefálica* (*whole brain death*) é definida como cessação permanente e irreversível de toda atividade cerebral, de modo que não somente a consciência desaparece, mas também todas as funções autônomas do corpo humano restam interrompidas. A *morte encefálica* pressupõe, assim, a ausência de atividade neurológica de todo o sistema nervoso, tanto o cérebro

30 segundos após a suspensão dos batimentos cardíacos), podendo ser *reversível*, desde que sejam implementadas adequadas medidas de reanimação; 2) a *morte biológica*, que surge como uma "progressão" da morte clínica, diferindo desta por seu caráter irreversível (por exemplo, manobras adequadas de ressuscitação não regridem a midríase); caracteriza-se por "destruição" celular em todo o organismo, o que habitualmente se desenrola ao longo de 24 horas (algumas células demoram esse período para fenecer); neste caso, pode-se dizer que um evento essencial na morte celular é a ativação da enzima *cathepsina* – a qual permanece "inerte" durante a vida – que, por sua característica proteolítica, é capaz de promover autólise da célula; mais recentemente, a lesão encefálica irreversível vem sendo considerada morte biológica (ver *morte encefálica* adiante); 3) a *morte óbvia*, na qual o diagnóstico é inequívoco (evidente estado de decomposição corpórea, decapitação, esfacelamento ou carbonização craniana, se há sinais como *rigor mortis* e *livor mortis*, dentre outros); 4) a *morte encefálica*, que é compreendida como um sinônimo para a morte biológica (resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina), sendo caracterizada por uma série de parâmetros que *atestam* a lesão encefálica irreversível – situação em que todos os comandos da *vida* se interrompem, tornando impossível a manutenção da homeostasia corpórea –, desde que sejam excluídos o uso de depressores do sistema nervoso central, os distúrbios metabólicos e a hipotermia, os quais podem simular tais parâmetros; 5) a *morte cerebral*, que não deve ser confundida com a morte encefálica, uma vez que pode ser feita a distinção entre ambas pela análise da respiração: esta função tem um "componente" voluntário e um involuntário, este último "comandando" o processo, por exemplo, durante o sono; nos casos de *morte cerebral* perde-se a *consciência* da respiração, a qual permanece funcionando de forma "automática"; se há *morte encefálica* o centro respiratório se torna danificado de forma irreversível, com a "vida" podendo ser mantida apenas com o emprego de instrumental tecnocientífico; 6) a *morte jurídica*, estipulando-se, no artigo 10 do Código Civil, que a *morte termina a existência da pessoa natural*; entretanto, a lei não estabelece o *conceito* de vida e de morte – apenas se ocupando do seu momento –, cabendo à medicina, em especial à medicina legal, estabelecer os critérios válidos; 7) a *morte psíquica*, na qual a percepção psicológica da morte antecede, em um tempo variável, a morte biológica; aqui o enfermo toma consciência do escoamento progressivo e inexorável de sua vida, habitualmente após receber a notícia de ser portador de uma enfermidade incurável – por exemplo, um câncer disseminado; neste caso, a maior dificuldade do conceito de morte psíquica é a identidade estabelecida entre a *morte* o *processo de morrer*" (SIQUEIRA-BATISTA, SCHARMM, 2004, p. 36).

(neocórtex), quanto o tronco cerebral e a medula espinhal. Por outro lado, a *morte cerebral (neo-cortical death)* ocorre quando o cérebro, e somente este, resta permanente e completamente incapacitado para toda e qualquer atividade psíquica, fazendo cessar, por conseqüente, qualquer aspecto de consciência e toda possibilidade de atuações voluntárias, porém, ainda - por restar incólume e funcional o tronco cerebral - estão preservadas as funções autônomas do corpo humano, tais como a respiração e a circulação sanguínea²⁹³. Devidamente definidos, não é o caso de considerar idênticos os termos *morte cerebral* e *morte encefálica*, sendo, portanto, inadmissível a confusão entre conceitos tão distintos.

O legislador pátrio, quando da redação da Lei de doação de órgãos, entre optar pela *morte cerebral* e a *morte encefálica*, escolheu, expressamente esta última, deixando a cargo do Conselho Federal de Medicina a determinação dos critérios clínicos e tecnológicos para seu diagnóstico, nos termos da Resolução CFM n. 1480/97²⁹⁴.

²⁹³ Sobre a diferença entre morte cerebral e morte encefálica, segundo o ensinamento de Bernard M. SCHUMACHER: "Antes de prosseguir, gostaria de esclarecer os conceitos: O sistema nervoso central do ser humano é composto pela medula espinhal e o encéfalo. Este se divide em tronco cerebral (que inclui os centros de respiração) e o cérebro ou neocórtex (que engloba os hemisférios cerebrais e os núcleos de base). Dependendo da parte do encéfalo atingida, podemos ter duas mortes diferentes. A primeira possibilidade de definição de morte consiste em manter o critério da destruição de todo o cérebro, isto é, dos hemisférios cerebrais e do núcleo de base, assim como do tronco cerebral. Ela é denominada tecnicamente como *whole brain death*, ou seja, o fim das funções que integram todo cérebro. A morte se dá quando todas as atividades do cérebro cessam. A segunda possibilidade é a do critério de destruição do neocórtex (*neo-cortical death*), da qual resulta um estado que denominamos vegetativo. O indivíduo pode continuar a respirar sem ajuda artificial e alimentar-se por uma sonda. Alguns autores como Veatch, Gervais, Engelhardt definem a morte como a perda irreversível daquilo que é essencial à pessoa: segundo esse raciocínio, as relações humanas, a consciência, a consciência de si, a aptidão para projetar o futuro, o conceito de um eu como um sujeito com experiência no tempo, diversos estados mentais etc. A chamada parte 'superior' do pálio (*brainstem*) é considerada a sede da consciência de si, enquanto a 'inferior' (tronco do cérebro) é vista como o centro dos mecanismos que controlam a respiração (2009, p. 34)

²⁹⁴ Sobre os critérios para o diagnóstico da morte encefálica nos termos da Resolução n. 1480/97 editada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM): "a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida e os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apneia. É necessário que sejam feitas duas avaliações clínicas e exames complementares do paciente com suspeita de morte encefálica, sendo que a primeira poderá ser realizada por um médico intensivista e a segunda avaliação preferencialmente por um neurologista. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no termo de declaração de morte encefálica. Ainda de acordo com o CFM, os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária: de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas; de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas; de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas e acima de 2 anos - 6 horas. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: ausência de atividade elétrica cerebral ou, ausência de atividade metabólica cerebral ou, ausência de perfusão sanguínea cerebral. Os exames complementares comprobatórios mais confiáveis e aceitos de morte encefálica, atualmente, são os que demonstram a total ausência de perfusão sanguínea encefálica. Como técnicas disponíveis têm-se a angiografia

A distinção entre a *morte cerebral* e a *morte encefálica* para a Medicina, bem como a opção legislativa por esta última em detrimento da primeira para o Direito, apesar de evidentes e certas, não foram levadas em conta na decisão do Supremo Tribunal Federal, como se pode constatar pelo voto do Relator que pontua que a adoção do critério da *morte encefálica*, nos termos da Lei de doação de órgãos “indica que, para o Direito, o que importa não é o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social. Não há interesse em proteger a mera vida orgânica” (BRASIL, STF, ADPF 3.150/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

cerebral completa, angiografia cerebral radioisotópica, Doppler transcraniano, tomografia computadorizada com contraste ou com xenônio, SPECT, entre outros. Também se pode utilizar, como exame subsidiário, o eletroencefalograma e o estudo dos potenciais evocados, que deverão revelar a ausência de atividade elétrica cerebral e o pet-scan, que revela a ausência de atividade metabólica. Os exames complementares também serão utilizados por faixa etária, conforme abaixo especificado: acima de dois anos – um dos exames complementares acima citados; de um a dois anos incompletos: um dos exames complementares acima citados. Quando se opta por eletroencefalograma, serão necessários dois exames com intervalo de 12 horas entre um e outro; de dois meses a um ano incompleto - dois exames de eletroencefalograma com intervalo de 24 horas entre um e outro; de sete dias a dois meses incompletos - dois exames de eletroencefalograma com intervalo de 48 horas entre um e outro. Para o diagnóstico da morte encefálica, interessa exclusivamente a arreatividade supra-espinal, pupilas paráliticas, ausência de reflexo corneopalpebral e ausência de reflexos oculovestibulares. A presença de sinais de reatividade infraespinal (atividade reflexa medular) tais como reflexos osteotendinosos, cutâneo abdominal, cutâneo plantar em flexão ou extensão, cremastérico superficial ou profundo, ereção peniana reflexa, arrepio, reflexos flexores de retirada dos membros inferiores ou superiores e reflexo tônico cervical não invalidam o diagnóstico de morte encefálica. Na prova da apneia a ausência de respiração com um PCO acima de 55 mm Hg na gasometria arterial confirma o diagnóstico de morte encefálica, sendo um teste utilizado em todos os protocolos existentes no mundo de morte encefálica. A prova da apneia é realizada de acordo com o seguinte protocolo: 1. ventilar o paciente com O₂ a 100% por dez minutos; 2. desconectar o ventilador; 3. instalar cateter traqueal de oxigênio com fluxo de 6 litros por minuto; 4. observar se aparecem movimentos respiratórios por dez minutos ou até quando a PCO atingir 55 mm Hg. No paciente em coma, o nível de estímulo para desencadear a respiração é alto, necessitando-se de uma PCO de até 55 mm Hg, fenômeno que pode determinar um tempo de vários minutos entre a desconexão do respirador e o aparecimento dos movimentos respiratórios, caso a região pontobulbar ainda esteja íntegra. A cada minuto de apneia a PCO aumenta 3 mm Hg, após dez minutos de apneia tem-se uma ascensão da PCO em 30 mm Hg. Comparando-se a gasometria arterial colhida no momento inicial desse teste e a gasometria arterial colhida após dez minutos de apneia, e constatando-se um acréscimo de 30 mm Hg na segunda gasometria, considera-se a prova positiva para morte encefálica. A monitorização da frequência cardíaca, pressão arterial e oxigenação sanguínea devem ser realizadas para segurança desta prova. A hipotensão arterial é uma complicação relativamente comum durante o teste de apneia e caso a pressão sistólica caia para níveis iguais ou inferiores a 70 mm Hg, deve-se reconectar o paciente ao ventilador mecânico. Tal situação pode ser evitada com a hiperoxigenação prévia e/ou uso de drogas vasoativas. É importante que para a realização do teste, o paciente esteja sem sedação há várias horas uma vez que existem situações clínicas que podem levar a dificuldades na constatação da morte encefálica, como, por exemplo, pupilas paráliticas associadas a doenças prévias, drogas anticolinérgicas e bloqueadores neuromusculares. A ausência de reflexos oculocefálicos pode estar associada a agentes ototóxicos, depressores vestibulares e doenças prévias. A arreatividade motora pode estar associada ao uso de drogas depressoras do sistema nervoso central, bloqueadores neuromusculares e síndrome de ‘locked-in’. Nestas situações, os exames subsidiários são de grande importância” (SALLUM, ROSSATO, SILVA, 2011, p. 602).

A partir do voto do Ministro-Relator, é possível identificar uma recorrente confusão entre os dois conceitos de morte, tomando-se como *morte encefálica* a perda das atividades psíquicas conscientes, quando em verdade, mais do que isso, todo caso de *whole brain death*, pressupõe, necessariamente e por definição, a perda irremediável e irreversível das funções autônomas e, portanto, inconscientes que, aliás, ainda permanecem relativamente intactas no feto anencefálico.

É de se afirmar, categoricamente, que a decisão da Excelsa Corte, no sentido de afirmar que o feto anencefálico não pode estar vivo por não possuir funções cognitivas e consciência estaria correta se a *morte cerebral* fosse uma sinonímia de encefálica, o que não é; ou se o legislador tivesse optado – quando da lei de doação de órgãos - por aquela *morte cerebral* em detrimento desta encefálica, o que evidentemente, também, não é o caso.

Como exposto, o principal argumento para a decisão da licitude do abortamento do feto anencefálico – isto é, que nem mesmo estaria juridicamente vivo por ser considerado natimorto cerebral – baseia-se, ou na confusão entre termos muito diversos entre si (*morte encefálica / morte cerebral*); ou, por outro, na antecipação do momento juridicamente relevante para determinação da morte humana, preterindo o critério da *morte encefálica* - ainda que seja este aquele constante na Lei de doação de órgãos (artigo 3º da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997) – por outro considerado mais adequado pela Excelsa Corte, a saber, a *morte cerebral (neo-cortical death)*.

Sendo o caso de considerar que ocorreu uma confusão, quando tomada à *morte cerebral* como um sinônimo de *morte encefálica*, tratar-se-ia de uma contradição entre dois termos distintos o que, *per se*, fundamentaria a interposição de embargos declaratórios, nos termos do artigo 337 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, por constatação histórica, tais embargos não ocorreram e excedendo-se o prazo, também regulamentar, de cinco dias, é de se concluir que, segundo o disposto no artigo 12 da Lei n. 9882, de 3 de dezembro de 1999, “a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória”.

Assim, mesmo considerando a demonstrada e evidente contradição decorrente da confusão entre dois termos distintos entre si (*morte encefálica e cerebral*), a sentença é completa e inapelavelmente inatacável, mesmo que fundamentada em premissas equivocadas, sendo, pois um caso de sentença injusta.

Sobre tal problema, cabe o resgate das palavras de advertência de Georges ABOUD:

O risco existe porque, se o STF decidir erroneamente sobre a constitucionalidade de determinado dispositivo legal, praticamente não haverá maneira de controlar suas decisões. Esse alerta é demonstrado por Rui Medeiros: as decisões do STF que declaram a constitucionalidade de determinado dispositivo legal dificilmente poderão ser corrigidas por outro órgão do Estado, “o poder incontrolável de decidir infalivelmente da constitucionalidade da lei, tornando-o um árbitro irresponsável da vida do Estado e em dono, em vez de servo da Constituição” (2009:67).

Considerando a impossibilidade jurídica de revisão da decisão da Excelsa Corte no referido caso de Arguição de descumprimento de preceito fundamental; mesmo que seja um fato científico que o feto anencefálico nasce com vida, pois respira²⁹⁵ - ainda que sua expectativa de vida seja reduzidíssima -; mesmo considerando que submetido aos procedimentos diagnósticos descritos pelo Conselho Federal de Medicina o feto anencefálico não preenche os critérios para o reconhecimento de *morte encefálica*²⁹⁶; ainda assim, por critério distinto daquele

²⁹⁵ Considerando que a Portaria n. 1, de 13 de julho de 1988, do Conselho Nacional de Saúde estipula em seu artigo 29, item 6, que o nascimento com vida deve ser reconhecido como “expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta” e sendo inegável que o anencefalo, a despeito da pequeníssima expectativa de vida e da ausência de consciência, tem atividade cardiorrespiratória autônoma, não resta outra conclusão senão considerá-lo como nascido com vida, a despeito doutros posicionamentos que o consideram natimorto.

²⁹⁶ Segundo o Conselho de Ética e Assuntos Jurídicos da AMA (Associação Americana de Médicos): “*Anencephaly is a developmental abnormality of the central nervous system that results in the congenital absence of a major portion of the brain, skull, and scalp. 14 Because anencephalic neonates lack functioning cerebral hemispheres, they never experience any degree of consciousness. 14,15(p.1575) They never have thoughts, feelings, sensations, desires or emotions. There is no purposeful action, social interaction, memory, pain or suffering. Anencephalic neonates have fully or partially functioning brainstem tissue. Accordingly, they are able to maintain at least some of the body's autonomic function (i.e., unconscious activity), including the functions of the heart, lungs, kidneys and intestinal tract, as well as certain reflex actions. They may be able to breathe, suck, engage in spontaneous movements of their eyes, arms and legs, respond to noxious stimuli with crying or avoidance maneuvers and exhibit facial expressions typical of healthy infants*” (AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, 1994). Segundo o relatório da Associação Americana de Médicos (EUA), o feto anencefalo, apesar de incapaz de qualquer grau de vida consciente, é apto, por preservar os centros neurológicos responsáveis pelas funções vitais autônomas, de respirar por seus próprios meios sem necessidade de aparelhos de respiração artificial, bem como é capaz de desenvolver movimentos espontâneos dos olhos, braços e pernas. Considerando que o diagnóstico de morte encefálica, nos termos da Resolução n. 1480/97 editada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), não pode ser afirmado quando presentes a respiração autônoma e a reação dos olhos (pupilas), aqueles dois fatos retromencionados são bastantes *per se* para afastar o diagnóstico da morte encefálica (*whole brain death*), uma vez que para tanto, não se perquire a possibilidade de consciência, típica da morte cerebral (*neocortical brain death*). Entretanto, a despeito destas considerações, e mesmo considerando as afirmações constantes no Parecer n.º 24/2003 CFM que

constante na Lei de doação de órgãos, resta a existência biológica do feto anencefálico considerada, juridicamente, como uma vida que não é vida para o Direito, ou seja, como uma vida humana desprovida de relevância ou valor jurídico.

Porém, se por outro lado, o que ocorreu não foi uma contradição ou equívoco ao considerar como sinônimos termos que não o são (*morte encefálica* e *morte cerebral*), mas com acerto, uma escolha de critério diverso daquele constante em lei (*morte encefálica*) para a precisão do momento no qual juridicamente pode uma pessoa humana ser considerada morta, ou seja, elegendo a *morte cerebral* em detrimento da *encefálica*, então, as consequências jurídicas são outras e de grande alcance.

Aliás, com base na leitura de trecho do voto vencedor proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio de Mello, é possível reconhecer que longe de ser um erro ou confusão entre os termos científicos (*morte cerebral* e *morte encefálica*), trata-se, com precisão, de considerar, segundo a decisão da Excelsa Corte, que a existência de possibilidade cerebral de atividades psíquicas conscientes passa a ser a critério elementar para que alguém possa ser considerado como um ser dotado de vitalidade. Nesses termos:

Essa situação indica que, para o Direito, o que importa não é o simples funcionamento orgânico, *mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social. Não há interesse em proteger a mera vida orgânica.* Até porque, sabe-se: sem o cérebro, o organismo não sobrevive por muito tempo e, ainda que sobrevivesse, não teria característica subjetiva alguma a ser partilhada intersubjetivamente. Funções orgânicas e atos reflexos não interessam ao Direito como objeto de proteção daquilo que se designa por vida na linguagem jurídica (BRASIL, STF, ADPF 3.150/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012). [*Destaque nosso*].

Do trecho destacado pode-se concluir que a vida juridicamente relevante e, portanto, digna de proteção pelo Direito é somente aquela que satisfaça um critério

afirma a impossibilidade de aplicação dos critérios relativos ao diagnóstico de morte encefálica em fetos anencefálicos, ainda assim, o Conselho Federal de Medicina considera o anencéfalo como natimorto *cerebral*. O fato de ser considerado natimorto cerebral, antes de constituir-se em uma incongruência, trata-se, em verdade de um termo deveras preciso, já que não pode ser considerado *natimorto encefálico*, justamente por ainda possuir capacidade para o suporte de funções autônomas, como a circulação e a respiração. Destaca-se, pois, que nos termos da lei, não pode então, mesmo sendo natimorto cerebral ser considerado como um ser para quem a vida, pois se trata de juridicamente e cientificamente impossível a afirmação da ausência de atividade encefálica que caracteriza a morte nos termos da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

elementar: pertença àquele ser humano dotado de “*atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social*”. Para a Excelsa Corte, não há valor naquela vida orgânica sem que esteja ela acompanhada de possibilidade de consciência. O caso de preterir a *morte encefálica (whole brain death)* em detrimento da *morte cerebral (neo-cortical death)* não acontece, porém, sem que enormes implicações ecoem por todo ordenamento jurídico.

Se esse foi o caso, como tudo leva a crer que foi, significa dizer que a Excelsa Corte, nesta decisão, não somente afirmou que o feto anencefálico resta juridicamente desprovido de vida em razão da ausência de consciência – o que equivale a considerá-lo desprovido de vida pelo critério da *morte cerebral* –, mas também implica na afirmação de que qualquer pessoa em condição de coma persistente, quando ausente qualquer resquício ou possibilidade de consciência, deve ser considerada juridicamente morta²⁹⁷. Pois, mesmo que ela não preencha os critérios estabelecidos para o diagnóstico de *morte encefálica* nos termos da Lei de doação de órgãos, é certo que preenche os requisitos necessários para a caracterização da *morte cerebral*, como ausência ou impossibilidade de atividade mental consciente.

No caso de pacientes em coma persistente e sem atividade cerebral que permita a distinção de funções neurais vinculadas à consciência, nem mesmo seria possível discutir a eutanásia ou ortotanásia, pois para o Direito, o ser humano, nestas condições, ainda que biologicamente vivo, deixou de ter valor jurídico pela ausência da *possibilidade de atividade psíquica*.

Toda conduta humana que imponha a cessação permanente da atividade cardiorrespiratória em pacientes com *morte cerebral* não pode ser, segundo o

²⁹⁷ Nestes termos: “Nessa direção, John Lizza, filósofo norte-americano, faz ecoar algumas das principais teses de Veatch. O autor faz uma ampla revisão da literatura sobre morte cerebral, atualizando pontos nevrálgicos do debate. Lizza é um dos defensores da *higher brain death*, pleiteando em diversos pontos de sua argumentação que pacientes em estado vegetativo persistente não devem ser considerados pessoas, mas ‘corpos respirantes’. O autor apresenta sua versão contemporânea do debate em torno da morte cerebral, sintetizada numa pergunta que atravessa sua argumentação: ‘Por que não consideraríamos ‘mortos’ indivíduos a quem falta potencial para a consciência, o pensamento, o sentimento e cada uma das outras funções mentais?’. O filósofo distingue o estado vegetativo ‘permanente’ como ‘casos extremos de estado vegetativo persistente (PVS), nos quais o diagnóstico da perda irreversível da consciência e outras funções cognitivas pode ser determinado com alto grau de probabilidade’. Em outras palavras, o que é alvo do debate na atualidade são menos os ‘*brain dead patients*’, ou pacientes diagnosticados com morte cerebral, mas a extensão desta condição a outros pacientes como bebês anencéfalos e pacientes em estado vegetativo persistente. Lizza (2006) sustenta que ‘anencéfalos e indivíduos em estado vegetativo permanente são meros *corpos respirantes*’. O que se teria nessas condições seriam outras formas tais como “humanóides” ou “artefatos biológicos” (KIND, 2011, p. 99).

entendimento da Excelsa Corte, um crime contra a vida, tratando-se, com acerto, qualquer uma destas condutas sumamente categorizada como crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, nos termos do artigo 17 do Código Penal. Isso porque, mesmo presente respiração e batimentos cardíacos autônomos, desde a irremediável perda das funções mentais conscientes, o ser humano não estaria vivo para o Direito e não há de se falar de homicídio sem alguém matável.

Nos termos do voto prevalente, o corpo daquele ser humano que, apesar de ainda possuir funções cardiorrespiratórias autônomas, resta irreversivelmente em coma e ausente qualquer indício de atividade psíquica (consciência) não mais seria alcançado pela proteção da vida, e somente seria de se proteger enquanto simulacro biológico daquilo que outrora foi uma pessoa dotada de dignidade, como se pode bem ser apreendido do seguinte trecho do voto do Ministro Relator:

Funções orgânicas e atos reflexos não interessam ao Direito como objeto de proteção daquilo que se designa por vida na linguagem jurídica. Isso não quer dizer que o organismo em funcionamento não possa ser objeto de proteção, seja para um fim utilitário (o transplante de órgãos), seja como respeito à família e à sociedade, no sentido de preservação dos sentimentos familiares sobre memória e a integridade do corpo do ente querido ou a segurança jurídica para a sociedade de que a percepção sobre a morte será respeitada e o corpo permanecerá protegido como forma de respeito aos mortos (o que se dá com a proibição do vilipêndio a cadáver, por exemplo). Mas essa proteção não é de forma alguma absoluta. Por exemplo, a família pode doar o corpo para um laboratório de anatomia (BRASIL, STF, ADPF 3.150/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

A perda das funções neurológicas superiores, responsáveis pelos processos psíquicos relacionados com a intersubjetividade e a consciência - no entendimento fundamentador da decisão do Supremo Tribunal Federal - marcaria a perda definitiva da dignidade da pessoa humana, restando seu corpo, mesmo presente a capacidade de *per se* respirar, irremediavelmente banido da proteção jurídica da vida.

O que restaria de relevante para o Direito, não é mais o ser humano, pois este, agora irrecuperavelmente desprovido de consciência, seria reduzido ao mero corpo. Não haveria de se falar, pois, que aquele corpo seria passível de ser considerado como objeto material de eventuais crimes contra a vida; o *corpo inconsciente, porém respirante* seria protegido somente enquanto permite a subsunção ao bem jurídico do respeito aos mortos, ou quando, utilitaristamente,

adequado a transplante de órgãos ou ainda da entrega às pesquisas científicas ou utilizado para fins acadêmicos.

A perda irreversível da consciência, a despeito da preservação da capacidade de autonomamente manter as funções vitais básicas, foi, pois, o critério exarado para a Excelsa Corte para indiciar quando a vida humana, ainda que não verificado seu fim derradeiro na morte real – enquanto parada irreversível da função cardiorrespiratória -, passa a ser considerada com desprovida de qualquer valor para o Direito.

Partindo desse pressuposto, a fundamentação do Supremo Tribunal Federal, provoca enormes consequências em todo o sistema jurídico brasileiro relacionado, direta ou indiretamente, com a proteção da vida humana.

Dentre as principais implicações de tal fundamentação podem ser distinguidas: (i) o critério elementar para que subsunção a suposto de fato da proteção jurídico-constitucional da vida humana passa a ser a possibilidade de funções cerebrais conscientes; (ii) substitui-se o critério legal baseado na *morte encefálica (whole brain death)* pelo critério sustentado pela Excelsa Corte, a saber, a *morte cerebral (neo-cortical brain death)*. Mas qual o significado para o ordenamento jurídico brasileiro e o sistema constitucional de proteção da vida humana? As consequências de tal pequena alteração são gigantescas e algumas delas são expostas a seguir.

Quando da decisão que autoriza o abortamento do feto anencefálico sobre o fundamento de que sendo natimorto cerebral, é interessante distinguir que o Ministro Relator expressamente enfatiza que “a compreensão que se está a esposar em absoluto implica prejuízo às gestantes que, em tais circunstâncias adversas, optarem por dar à luz, pois o que se está a preservar é a liberdade de escolha” (BRASIL, STF, ADPF 3.150/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012). Tal afirmação, entretanto, não é, mesmo remotamente, precisa.

Se o abortamento do feto anencefálico está autorizado, segundo a vontade da gestante, pelo simples fato de que é natimorto cerebral e que, em razão de tal fato, a sua vida é irrelevante ou desprovida de qualquer valor jurídico, isso implica também dizer que não existiria qualquer possibilidade jurídica de considerá-lo como nascituro. Sendo afastada tal qualificação, a gestante que opta pela continuidade da gestação não estaria habilitada a requerer em nome do gestado, natimorto cerebral, qualquer alimento gravídico. Isso se dá pelo fato de que o nascituro resume em si a

razão essencial sem a qual não há de se falar de alimentos nessas circunstâncias²⁹⁸. Já que inexistente vida intrauterina digna de proteção, não há de se falar também na presença de um credor de prestação alimentícia, já que aquele que seria o credor está juridicamente morto.

Na hipótese da gestação do feto anencefálico seguir sem maiores problemas até um eventual parto, seria também completamente irrelevante a constatação de atividade cardiorrespiratória daquele que mesmo fora do útero não poderia ser considerado, para o Direito e segundo o Supremo Tribunal Federal, como um neonato. É de se concluir por tal proposição, uma vez que nos termos do voto do relator e da maioria dos Ministros da Excelsa Corte, o feto anencefálico seria um algo cuja vida para além dos limites do útero haveria de ser entendida como completamente inviável. Tal proposição é expressamente anotada pelos Ministros nas respectivas fundamentações de seus votos, como se pode verificar pela leitura dos seguintes trechos:

Verifica-se, portanto, que, em última análise, a presente ADPF cuida da tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extrauterina é absolutamente inviável (BRASIL, STF, ADPF 3.150/DF, Rel. Marco Aurélio, Voto do Min. Joaquim Barbosa, 2012).

Os que se opõem à interrupção da gravidez do feto portador de anencefalia, ao argumento de que decisão nesse sentido abriria portas ao aborto fora das previsões legais existentes, teimam em ignorar não se tratar de um feto com deficiências físicas ou mentais: o feto anencéfalo é, até o estágio atual da medicina, irremediavelmente inviável para a vida extrauterina, sem exceção na

²⁹⁸ Pelo entendimento de que os alimentos gravídicos são devidos em razão do nascituro: De fato, “alimentos gravídicos” da forma concebida pela legislação em comento, só existem em razão do nascituro, justamente porque não haveria gravidez sem sua presença no ventre materno. Com efeito, dispõe o art. 2º do Código Civil que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, ficando patente que ele conta com a garantia de direitos desde o momento em que é concebido, ou seja, ainda no útero materno. Apesar da clareza do dispositivo acerca dos seus direitos, a doutrina muito discute sobre o momento de início da personalidade civil, havendo três teorias a respeito do tema: teoria natalista; teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista. Entretanto, é inquestionável a preocupação do, para salvaguardar seus direitos desde a concepção. Neste diapasão, ao se falar em direito a alimentos do nascituro, inclui-se o direito a ter um normal desenvolvimento até o termo do nascimento. Portanto, inserem-se na expressão “alimentos” inclusive as garantias de acompanhamento pré-natal, despesas relacionadas à alimentação especial da gestante, assistência médica e psicológica, exames e internações, entre outros, nos moldes do art. 2º, da Lei n. 11.804/08. Isso porque o titular de tais direitos é o ser ainda não nascido, que conta com as garantias necessárias para adquirir a personalidade jurídica, tendo em vista que a dignidade humana deve lhe alcançar os momentos que antecedem ao seu nascimento, sob pena de se negar efetividade ao direito fundamental à vida. (ANGELUCI, 2009, p. 69).

literatura médica. (BRASIL, STF, ADPF 3.150/DF, Rel. Marco Aurélio, Voto da Min. Carmen Lúcia, 2012).

Se o feto anencefálico é um natimorto cerebral e como tal, deve ser compreendido como um ser para além das fronteiras da vida digna de proteção, poder-se-ia afirmar, por consequência, que considerado, como absolutamente inviável, nunca seria identificado juridicamente vivo, tampouco como pessoa natural, uma vez que para tanto seria nascer com vida. Pode-se deduzir, portanto, que ainda que nasça e respire - em regra por não mais do que algumas horas – não seria o caso de ser declarado como uma pessoa, bem como não seria sujeito de direitos ou deveres e, assim, tampouco, os receberia ou transmitiria.

Uma nota importante: parece paradoxal a afirmação de que a vida extrauterina do anencéfalo é absolutamente inviável quando seguida da ressalva de que nascendo viverá por não mais do que poucas horas. Poder-se-ia dizer que o abortamento do anencéfalo é autorizado em razão da baixíssima expectativa de vida? Não é esse o caso, até mesmo porque se fosse, tratar-se-ia de criar a absurda figura do princípio da bagatela em crime de homicídio ou aborto consumado, em razão das poucas horas que são subtraídas de um ser humano/feto moribundo. Com acerto, o que se constitui no fundamento da decisão do Supremo Tribunal Federal que autoriza o abortamento de fetos anencefálicos é que a vida extrauterina é inviável, porque, a despeito de respirar, não existe qualquer possibilidade fática de desenvolver atuações intersubjetivas ou consciência de si no mundo.

Para o Direito Penal, as implicações da decisão do Supremo Tribunal Federal são desconcertantes. Ao reconhecer que o feto anencefálico, ainda que biologicamente vivo, não estaria juridicamente acobertado pela proteção do bem jurídico vida, reflexivamente, permitiria concluir que, mesmo que a gestante decida pela continuidade da gravidez, não haveria qualquer bem jurídico lesado (atipicidade material) no caso de uma hipotética interrupção não consentida da gestação, salvo, conforme o caso, a integridade física da própria gestante.

O fim da gestação de um anencéfalo não se constituiria em um fato típico da norma incriminadora de aborto, não sendo relevante, nesses casos, a verificação do consentimento da gestante. Isso é facilmente aduzido pelo fato de que reconhecida a ausência de vida intrauterina juridicamente relevante, não há de se falar em lesão ao bem jurídico vida. No caso de gestação de um feto anencéfalo interrompida

contra a vontade da gestante, poderia ser verificado, conforme o meio e o modo de execução, o crime de lesões corporais ou constrangimento ilegal; porém, considerada decisão do Supremo Tribunal Federal, não seria possível, pela absoluta impropriedade do objeto, a tipificação de crime de aborto (artigos 124 a 126 do Código Penal) ou mesmo do aborto enquanto qualificadora (como é o caso do art. 129, § 2º, V do Código Penal).

Convém assinalar que, mesmo nascido e respirando, o neonato anencefálico não seria uma pessoa natural, pois seria de considerá-lo como juridicamente vivo. Dessa proposição se infere que também não poderia ser considerado como sujeito passivo do crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal) ou infanticídio (artigo 123 do Código Penal).

Portanto, ainda que a mãe o deseje, que o anencéfalo efetivamente venha ao mundo e respire, seria tal qual *homo sacer*. Matável por qualquer pessoa, a qualquer tempo, estaria sempre e tanto banido da proteção jurídica. Seja intra ou extrauterinamente, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o feto ou neonato anencefálico nunca estaria protegido pelo Direito Penal. Sua destruição arbitrária não permitiria, assim, a aplicação de qualquer pena, pela ausência do *bem jurídico vida* decorrente da impossibilidade de atividade psíquica consciente.

O feto ou neonato anencefálico, então, submeter-se-iam ao mais completo estado de desamparo, de tal intensidade que sua destruição não poderia, nem mesmo, ser concebida como um crime de dano, pois se não há de ser reconhecido juridicamente como um ser humano digno de proteção jurídica, tampouco poderia ser de considerado coisa dotada de significação patrimonial (*res*).

A construção argumentativa que lastreia a decisão da Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54, Distrito Federal no sentido de autorizar o abortamento de fetos anencéfalos, de fato, consubstanciou no ordenamento jurídico brasileiro a figura do *homo sacer* e, através dele, da vida humana sem valor, uma vez que, teoricamente, por meio dos fundamentos da decisão, não somente a vida do anencefálico restaria completamente abandonada pelo Direito, mas também, seria o caso de se reconhecer que aqueles seres humanos incapazes de funções neurológicas conscientes, também seriam considerados como *sacer*, a despeito da capacidade de sustentar afunção cardiorrespiratória autonomamente.

Torna-se irrelevante o diagnóstico de *morte encefálica* para identificação do termo final da proteção da vida humana, pois o marco terminal teria sido deslocado, nos termos da decisão da Excelsa Corte, para um momento ainda anterior, ou seja, para quando da *morte cerebral*.

Seria de se perguntar se as graves e substanciais implicações derivadas da decisão desta Arguição de descumprimento de preceito fundamental poderiam ser julgadas como um mal necessário para a realização da proteção da integridade física e mental da gestante que, doutra forma, estaria obrigada a levar até o parto, aquela gravidez de um feto considerado *natimorto cerebral* e que mesmo nascido e respirando possuiria, em razão da anencefalia que o acomete, uma pequeníssima expectativa de vida? A resposta é negativa em vários níveis.

As enormes implicações da fundamentação de uma *vida sem valor* na decisão que autoriza o abortamento do feto anencefálico poderiam, muito bem, ser evitadas, por um lado, sem desconhecer a enorme angústia emocional da gestante, e por outro, sem atropelar a legislação pátria e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Dito doutra forma, ao invés de socorrer-se em uma interpretação que acarreta o conseqüente reconhecimento de que existem vidas humanas sem qualquer valor para o Direito, seria possível sustentar a antecipação terapêutica do parto alicerçada nos fundamentos do nexó de causalidade em crimes materiais (ou de resultado)²⁹⁹. Também, socorrendo-se na própria noção de *direito à vida* conforme delineada em capítulo anterior, a saber: *a proteção jurídica da vida humana não se opera contra a morte natural, mas somente contra a morte violenta e evitável que possa ser compreendida como um direito de defesa oponível contra toda e qualquer terminação arbitrária e, portanto, intolerável da vida de um indivíduo. Nesse sentido, impõe-se sobre o bem jurídico constitucionalmente tutelado vida, em um primeiro momento, a inviolabilidade do direito à vida compreendida como um direito subjetivo oponível contra o Estado e todos os outros indivíduos que demanda que se estes se abstenham de toda e qualquer intervenção arbitrária que possa suprimir ou colocar em situação de risco não permitido a vida daquele (proibição de matar). Ademais, considerando a relevância da atuação omissiva e a equiparação desta à realização de um comportamento comissivo, impõe-se ainda, quando*

²⁹⁹ Sobre a definição de crimes materiais: “Também conhecemos a divisão dos crimes em materiais ou de dano, formais e de perigo. Nos crimes materiais ou de dano, é necessária à consumação a superveniência de uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado” (HUNGRIA, 1955, p. 40).

verificada a existência de um dever de evitação juridicamente relevante, a imposição do imperativo de afastar ou diminuir os riscos de ocorrência de uma terminação da vida que possa ser considerada evitável ou, ao menos, postergável (dever de salvar).

O ser humano, sob tal ótica, possui em decorrência da sua dignidade que lhe é inata, o direito de arrogar para si uma especial e intensa proteção de sua vida em razão do imanente valor que o princípio da dignidade lhe assiste. Não possui, entretanto, em decorrência do mesmo, um direito contra a mortalidade que antes de ser oposta à vida, faz parte do próprio curso natural e lhe dá sentido e urgência.

Dessa forma, o homicídio é considerado como a atuação comissiva ou omissiva que coloque fim à existência vital do ser humano, considerada esta desde o início do trabalho de parto. A prática comissiva do homicídio é aquela que se realiza através de uma conduta que atenta contra a normativa proibição de matar, constituindo-se, assim, a efetiva causa do fim da vida. A forma omissiva, por outro lado, implica abstenção de uma específica e exigível atuação que, considerando a inevitabilidade da morte em dadas circunstâncias, impõe-se como obrigação juridicamente exigível face o de dever de salvar.

Essa compreensão de homicídio informada pelo referido conceito de *direito à vida*, permite afirmar que, respeitando as particularidades da vida intrauterina, o aborto deve ser compreendido como a interrupção do curso natural da gestação de modo que, desde uma conduta arbitrária, se atente contra a vida humana provocando: (i) a terminação da vida embrionária ou fetal; (ii) impedindo o nascimento com vida ou, (iii) ainda que nascido, o neonato encontre o derradeiro fim em razão de lesões decorrentes da conduta arbitrária anteriormente praticada ou, em razão dessa mesma conduta, venha a ter o nascimento antecipado e falece em decorrência da imaturidade daquele que nasceu antes de reunir as condições necessárias à vida para além dos limites do útero³⁰⁰.

Sob tal prisma, o crime de aborto somente será penalmente relevante, se atenta contra um destes comandos normativos: a proibição de matar ou o dever de salvar. No caso do aborto, o primeiro resume-se à conduta que frustra injustamente

³⁰⁰ Neste sentido: “O aborto é delito material, consumando-se com a morte do ovo, do embrião ou do feto (crime instantâneo). A expulsão do produto da concepção não é imprescindível para a consumação do delito. É possível que a morte do ser humano em gestação venha a ocorrer após a expulsão – fora, portanto, do útero materno –, o que é irrelevante. Basta a afirmação do nexo de causalidade entre as manobras abortivas e a subsequente morte do feto (em decorrência daquelas ou por imaturidade)” (PRADO, 2000, p. 95).

o nascimento ou que o antecipa, provocando, em decorrência da antecipação o conseqüente falecimento do neonato. O segundo trata-se da conduta omissiva daquele que podendo e devendo atuar para evitar o fim da existência biológica do embrião ou do feto, não realiza o curso salvador que possibilitaria o afastamento do resultado fatal. Neste sentido, o aborto é um crime material, pois demanda uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado vida, que não pode ser doutra forma, senão fatalmente completa com o resultado morte.

O crime de aborto, como todo crime material, depende, para a sua consumação, da efetiva demonstração de um nexó de causalidade entre a conduta típica (causa) e a efetiva lesão do bem jurídico (consequência)³⁰¹. Portanto, o crime de aborto somente será observado em sua forma consumada quando a conduta do sujeito ativo provoca a interrupção da gestação com a destruição do embrião ou do feto impedindo o nascimento com vida, ou, ainda, ocorrendo o nascimento com vida, a morte do neonato seja uma consequência da conduta anterior, falecendo em decorrência de lesões provocadas intrauterinamente ou da imaturidade que impossibilita que viva para além-útero.

A questão central nos crimes de aborto, especialmente nos casos de conduta que redunde em antecipação do parto, encontra-se, pois, em considerar se a morte é uma consequência violenta da própria conduta que arbitrariamente realizou a antecipação do parto, ou se o falecimento é decorrente de causas naturais. No primeiro caso e na hipótese da vida ser sempre considerada valiosa pelo ordenamento jurídico, ter-se-ia um crime de aborto. No segundo caso, considerando que o *direito à vida* não é de tal natureza que proteja o ser humano contra a morte natural, ter-se-ia um triste e lamentável evento, mas certamente, impossível de fundamentar a responsabilidade penal de qualquer pessoa.

Observando o artigo 13 do Código Penal, no que se refere à relação de causalidade, é de se afirmar que uma relação de causa e efeito entre uma ação e um resultado somente pode ser identificada se, hipoteticamente, suprimida

³⁰¹Neste sentido: "En los delitos de resultado, la estimación del delito consumado depende de la producción del resultado típico. Sin embargo, la acción y el resultado no se yuxtaponen desconectadamente, sino que deben ofrecer una relación suficiente para que el resultado pueda ser atribuido al autor como efecto de aquella" (JESCHECK, 1993, p. 249).

mentalmente a conduta (causa) deixa de ocorrer, também, o resultado (consequência)³⁰².

Segundo tais informações e aplicando-as sobre o caso de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico pode-se afirmar que: (i) a antecipação terapêutica do parto – presentes os requisitos mínimos para o nascimento com vida – ainda que implique no fim da gestação, não implica na morte do feto anencefálico que, efetivamente nasce com vida; (ii) o neonato anencefálico, nascido com vida, independentemente da antecipação do parto e nos termos do prognóstico considerado extremamente provável pela Medicina, falecerá logo após o parto, não em razão de sua imaturidade, mas em decorrência da própria anencefalia.

Observadas tais situações, seria possível dizer do crime de aborto no caso de antecipação terapêutica do parto? A resposta é não, uma vez que não se poderia falar na destruição de feto anencefálico, pois, efetivamente nasceu com vida. Ainda, constatado o nascimento, o falecimento que se segue não decorre da antecipação terapêutica do parto. Isso pode ser demonstrado pela consideração hipotética de que mesmo nascido alguns meses no futuro, ainda assim seria de se afirmar com elevadíssimo grau de certeza de que a expectativa de vida não seria alterada significativamente, se é que seria alterada em qualquer caso.

Sendo certo que a antecipação terapêutica do parto não produziria lesão que resultaria em consequente falecimento do gestado após o nascimento com vida; se é certo que o evento fatal não é decorrente de imaturidade daquele que nasce antes do tempo sem condições de sobrevir no mundo exterior; se é certo que mesmo esperando mais alguns meses não será observada significativa melhoria na expectativa de vida ao nascer ou possibilidade de tratamento; pode-se, seguramente, concluir, que no caso de antecipação terapêutica do parto de feto

³⁰² Sobre o nexo de causalidade no ordenamento jurídico-penal brasileiro: “Atribui relevância causal a todos os antecedentes do resultado, considerando que nenhum elemento, de que depende a sua proteção, pode ser excluído da linha de desdobramento causal. Tomando, p. ex., o movimento de um automóvel, são considerados a máquina, o combustível, etc., que influem no movimento. Com exclusão de qualquer deles, o movimento se torna impossível. Em relação ao resultado, ocorre o mesmo fenômeno: causa é toda condição do resultado, e todos os elementos antecedentes possuem o mesmo valor. Não há diferença entre causa e condição, entre causa e concausa, entre causa e ocasião. Como dizia von Buri, não é possível distinguir entre condições essenciais e não essenciais ao resultado, sendo causa do mesmo todas as forças que cooperam para a sua produção, quaisquer que sejam. Para saber se uma ação é causa do resultado basta, mentalmente, excluí-la da série causal. Se com sua exclusão o resultado teria deixado de ocorrer, é causa. É o denominado procedimento hipotético de eliminação de Thyrén, segundo o qual, a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber o segundo fenômeno” (JESUS, 2003, p. 248).

anencefálico, a ocorrência do resultado morte, não é causada pela atuação arbitrária e juridicamente reprovável de qualquer, mas sim há de se considerar que a morte é decorrente da própria anencefalia.

Considerando que o *direito à vida* não se constitui em um dever de proteger o ser humano contra a inevitável morte natural, não é juridicamente reconhecível qualquer atentado contra o *direito à vida* do feto ou neonato anencefálico quando de uma antecipação terapêutica do parto. Isso se dá desde que possível afirmação de que a morte do neonato não decorreu de condição de imaturidade, mas sim, desde um resultado causado exclusivamente pela anencefalia que o acometia.

Não há crime de aborto, portanto, quando a antecipação do parto: (i) não produz lesão qualquer que resulte na morte do feto ou neonato; ou (ii) quando a morte do recém-nascido não decorre de imaturidade. Nestes casos, quando a morte do gestado ou neonato é exclusivamente decorrente de uma causa natural preexistente que por si só provocou o resultado morte, não se pode imputar às pessoas que realizaram a antecipação do parto a responsabilidade pelo falecimento, como é o caso do gestado ou neonato anencefálico.

Poder-se-ia opor argumento a essa linha de fundamentação da atipicidade da antecipação terapêutica do parto. Poder-se-ia dizer que não ocorrendo antecipação do nascimento, o feto anencefálico, ainda vinculado umbilicalmente à gestante, viveria mais, ainda que intrauterinamente. Porém, compreendido que a vida intrauterina é antes de tudo uma etapa da vida humana que somente possui sentido se orientada para a realização do nascimento com vida (“um direito a nascer”), esta objeção não tem sentido.

Isso ocorre pelo motivo de que a antecipação terapêutica do parto, nesse caso, somente poderia ser realizada, se e somente se, presentes os requisitos mínimos de maturidade do gestado para que possa sobreviver por si mesmo, desconsiderando a condição de anencefalia.

Em suma, a antecipação terapêutica do parto, como conduta atípica, somente poderia ser considerada como tal se, desconsiderando os problemas de formação decorrentes da anencefalia, de resto, o feto reúne a maturidade necessária para nascer e preservar na vida. Tal condição é indispensável, pois doutra forma não seria possível afirmar que se o óbito veio a acontecer somente decorrência das complicações da própria anencefalia. E sendo assim decorrente da anencefalia, não se opera a proteção jurídica da vida contra a própria morte natural

quando não existe possibilidade razoável de tratamento que a evite. Em suma, O Direito não protege o ser humano contra a mortalidade, mas, com acerto, somente contra a matabilidade.

Infelizmente acometido de uma condição para a qual o atual estágio das Ciências Biomédicas desconhece remédio ou tratamento, ainda que nasça com vida terá defronte de si um lapso temporal reduzidíssimo de vida natural quando apartado da gestante que lhe garantia o suporte vital³⁰³, sendo que tal destino, inevitável, deve ser compreendido como o seu próprio fim natural. Nessa linha de raciocínio, é impossível deixar de reconhecer que a morte do feto anencéfalo não pode ser considerada como uma conduta típica do crime de aborto se, ao nascer com vida, não foi causada por nenhuma outra condição, senão a patologia pela qual resta acometido; se a antecipação terapêutica do parto não implicou em absoluta inviabilidade por imaturidade ou não diminuiu significativamente a expectativa de vida ao nascer.

É o caso, então, de se afirmar que a decisão da Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54, Distrito Federal³⁰⁴, poderia muito bem alcançar efeitos similares socorrendo-se em argumentos mais adequados e em perfeita sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que, entretanto, não sucedeu.

Nos termos da decisão e, principalmente, segundo a sua fundamentação, a Excelsa Corte não somente autorizou a interrupção da gestação de feto anencefálico, mas também modificou todo sistema de proteção constitucional da vida humana ao reconhecer o fim da pessoa natural marcado pela morte cerebral.

³⁰³ Conforme trecho do relatório das audiências públicas relacionados com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 54, Distrito Federal: “A Dra. Ieda Therezinha explicou ser a anencefalia o não fechamento da parte cefálica do tubo neural. Consoante afirmou, só se chega à precisão desse diagnóstico ao final do primeiro trimestre de gestação. Defendeu ter o feto anencéfalo expectativa de vida variável, a depender do que se forma de hipófise na base do cérebro. Nesse sentido, o percentual de fetos nascidos vivos nessa condição seria de 40% a 60%. Após o nascimento, somente 8% sobreviveriam por pequeno lapso temporal” (BRASIL, STF, ADPF 3.150/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

³⁰⁴ Conforme o extrato da ata da sentença: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012” (BRASIL, STF, ADPF 3.150/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

Ainda, por considerar anencéfalo como natimorto cerebral e, como tal, *homo sacer*, o abortamento ou a antecipação do parto pode ser realizado a qualquer tempo e sem qualquer outro requisito senão o diagnóstico da patologia. Afinal, sendo ele, nos termos da fundamentação, completamente excluído da proteção da vida, é irrelevante o modo como o fim da gestação é realizado.

5.5.A vida sem valor a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal

É o caso de afirmar que o Supremo Tribunal Federal, por meio das fundamentações e das decisões da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, Distrito Federal e da Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54, Distrito Federal, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a figura do *homo sacer*, ou seja, uma vida humana completamente exposta à matabilidade e, portanto, para aquém da proteção jurídica derivada do direito constitucionalmente tutelado da vida.

A construção teórica da vida humana sem valor foi fundamentada através de critérios mínimos e elementares para a subsunção ao suposto de fato da proteção constitucional da vida humana. Expulsos do suposto de fato, nega-se a proteção jurídica daqueles seres que, apesar de biologicamente vivos e pertencentes à espécie humana, não possuem existência dotada de significação jurídica e em decorrência disso, são abandonado para aquém da tutela constitucional e da proteção penal contra a terminação arbitrária de suas experiências vitais.

No caso da vida intrauterina, o Supremo Tribunal Federal indica que a existência humana, digna de proteção jurídica deve preencher os seguintes critérios, sem os quais restará excluída da tutela constitucional: (i) deve ser o conceito encontrado dentro do útero feminino; (ii) deve ser dotado de potência (“viabilidade”) de vir a ser um ser humano nascido com vida; e (iii) deve ser dotado de funções cerebrais superiores que possibilitem o desenvolvimento de consciência (vida cerebral).

O conceito humano produto de fertilização *in vitro* somente será digno de proteção jurídica, quando inserido no útero feminino passando a possuir, a partir de então, a qualidade jurídica de nascituro. Segundo o voto do relator Ayres Britto, tal qualidade jurídica seria condição indispensável para a subsunção de sua existência ao suposto de fato do *direito à vida*. No caso dos embriões fertilizados *in vitro*, porém

não inseridos no útero materno, eles são protegidos por lei infraconstitucional e suas destruições, nos termos da Lei de Biossegurança, não atentam contra a vida humana, mas, tão somente, contra o patrimônio genético da humanidade.

É de se notar, entretanto, que o embrião congelado viável, ainda que protegido contra a utilização em desconformidade com os ditames da Lei de Biossegurança, pelo simples fato de não se constituir em nascituro, não está protegido contra a mera destruição, uma vez que a Lei de Biossegurança não incrimina tal situação.

Por fim, a vida intrauterina somente será digna de proteção constitucional e penal, se e somente se, presente no feto a possibilidade de desenvolver atividades cerebrais superiores que permitam o reconhecimento de uma vida cerebral. O ser humano gestado, somente é digno de proteção, segundo o entendimento do STF, se consciente e, por meio da consciência, possui um mínimo de possibilidade para desenvolver relações intersubjetivas e relacionais. Em suma, segundo a Excelsa Corte a vida humana meramente orgânica não é suficientemente relevante para ser considerada como digna de proteção.

Quanto à vida extrauterina, por decorrência da decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, Distrito Federal, pode-se afirmar que a vida cerebral é o critério elementar para justificar a proteção da vida humana. Assim, o Supremo Tribunal Federal oferece razões para que o ser humano, antes mesmo da morte real (parada cardiorrespiratória irreversível) e da *morte encefálica* (*whole brain death*), possa ser considerado como *homo sacer* e, portanto, matável, quando da *morte cerebral* e a consequente perda da consciência e outras funções cerebrais superiores a ela vinculadas (*neo-cortical death*).

Em qualquer uma das situações retro mencionadas, o ser humano biologicamente vivo é abandonado para aquém ou além do Direito, banido, portanto, para uma área de insignificância, pois sua vida não possui mais qualquer dignidade que implique proteção jurídica do ser humano enquanto tal. Em suma, para ser considerado merecedor de proteção jurídica, não basta ser humano e estar biologicamente vivo, é necessário, ainda, estar *tecnicamente vivo* conforme o Direito. Aquele que não está *tecnicamente vivo* é aquele cuja vida não possui valor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande avanço da Ciência, particularmente da Biologia e da Medicina, e as implicações destes novos conhecimentos científicos na vida humana assombrariam o mais inventivo dos escritores de ficção do século XIX. Um admirável mundo novo apresenta-se em fantásticas maravilhas que forçam a compreensão do ser humano sobre sua natureza para além daqueles limites que antes eram dados como certos e imutáveis.

As pesquisas com células tronco-embrionárias, a doação de órgãos, as terapias genéticas e novas técnicas de suporte e prolongamento artificial da vida desafiam as noções tradicionais de vida e morte, bem como as fronteiras entre elas, confundindo-as de tal forma que em alguns matizes mostram-se terrivelmente indistintos.

Aquelas noções tradicionais de vida e de humano, antes tidas como certas e que alicerçavam a compreensão de direitos fundamentais não mais é suficiente para resolver os grandes dilemas da Bioética, Biopolítica e do Biodireito. Essa proposição é facilmente demonstrada quando se observa, na doutrina e na jurisprudência brasileira, uma enorme confusão sobre o que é *odireito à vida*.

A hipótese de que o *direito à vida* deve ser compreendido como um direito a uma vida digna, se por um lado apontou a necessidade de garantir direitos essenciais a todos (saúde, alimentação, moradia, vestuário, trabalho, educação e lazer), por outro, ampliou enormemente os limites da proteção da vida humana de tal forma que assim entendido o *direito à vida* foi perigosamente diluído. Nesse sentido, tudo seria abarcado por *direito à vida*, desde um pretenso direito à felicidade até o direito ao lazer, e, ampliado e diluído, restou banalizado.

Se o *direito à vida* merece a mais intensa deferência em razão da sua primazia sobre os demais e se, porém, o *direito à vida* - como vida digna - englobaria, virtualmente, todos os outros direitos fundamentais, a própria importância de seu conteúdo essencial é diluída. No qual tudo é especialmente merecedor de proteção, nada o é.

Não seria equivocado afirmar que – salvo a possibilidade de gênio vindouro - aquele que se preste à missão de encontrar um conceito de vida e de ser humano suficiente para satisfazer todas as questões filosóficas ou sociológicas está fadado à

frustração. Por outro lado, a necessidade de pensar e refletir sobre a própria humanidade, vitalidade e mortalidade neste mundo que mais se parece uma obra de ficção nunca foi tão premente, especialmente para o Direito.

A necessidade de resgatar o conteúdo essencial do *direito à vida* de forma a apartá-lo, adequadamente, dos *direitos concernentes à vida*, passa por resgate conceitual do que é a vida para o Direito.

Se conceitos totais e definitivos do que é o ser humano parecem ser impossíveis, é, justamente, porque a própria noção de vida está em constante mutação. Isso, entretanto, antes de frear o impulso de investigar o que vem a ser a vida humana, implica a necessidade de desbanalizar e (re)pensar a própria condição humana.

Para além da metafísica, da sociologia e da antropologia, é premente que o Direito tenha para si um conceito funcional do que vem a ser humano e do que é a vida/morte (conceitos absolutamente indissociáveis), pois renunciar à sua busca é abandonar o ser vivente à própria sorte.

Orientado por tais finalidades - desbanalizar e (re)pensar criticamente a vida humana para o Direito – realizou-se no primeiro capítulo uma análise do desenrolar histórico das Cartas Políticas brasileiras, procurando identificar o próprio conteúdo elementar do *direito à vida*.

A análise histórica permitiu uma clara distinção entre o *direito à vida* e os, assim designados, *direitos concernentes à vida* e evidenciar que aquele, ao contrário destes, somente tornou-se expressamente tutelado com o advento da Constituição da República Federativa de 1988.

O segundo capítulo, reconhecendo a importância capital da dignidade da pessoa humana como fundamento antropológico de todo arcabouço constitucional de direitos fundamentais, trata de estabelecer as bases através das quais tal princípio informa o próprio conteúdo essencial do *direito à vida* e os imperativos elementares que lhe são concernentes.

É exatamente através do princípio da dignidade da pessoa humana e de seus imperativos – uma vez que possui natureza *duplex* de regra e princípio – que é possível afirmar que, pelo menos para o Direito, o humano deve ser compreendido como ser dotado de especial dimensão axiológica, nunca descartável e sempre insubstituível, que abrange todos os membros da espécie humana, universal e igualmente. Uma natureza tal que se faz comando inescapável de justiça que

nunca seja o homem tratado como um meio, mas sempre como um fim em si mesmo.

No capítulo III foi possível precisar e aprofundar a diferença entre os *direitos concernentes à vida* e o *direito à vida*, de forma que este, compreendido tanto como direito de caráter subjetivo quanto objetivo, é definido em seus elementos essenciais a partir da distinção entre mortalidade e matabilidade.

A mortalidade é entendida como uma parte elementar e indissociável da vida. Não há de se falar de vida divorciada da impossibilidade de possibilidades que se realiza na própria morte, bem como não há direito, ou mesmo poder humano, que possa evitar a única certeza da vida³⁰⁵. Nada pode o ser humano contra mortalidade, pois na condição de ser-para-a-morte, não pode negar a própria natureza que o faz ser o que ele é.

A proteção jurídica da vida realiza-se noutra dimensão. Não se trata de proteger o ser humano contra a morte, pois esta é inevitável e inerente à própria condição de ser vivente. A proteção do homem e de sua vida recai sobre a matabilidade. O Direito, portanto, enquanto incapaz de assistir o ser humano contra a inevitável morte natural, toma para si a missão de tutelar a experiência vital humana na medida em que possível protegê-la contra a sua terminação arbitrária, ou seja, a matança.

O direito fundamental à vida nada mais é, portanto, do que a proteção jurídica devida a todo ser humano vivo contra toda e qualquer conduta arbitrária que lhe ponha fim à própria existência vital, seja por uma atuação comissiva que se consubstancia numa infração contra a proibição de matar, seja por meio da atuação omissiva daquele que podendo e devendo agir para afastar a morte evitável, se subtrai ao cumprimento de sua obrigação, infringindo o normativo dever de salvar.

Compreendendo e definindo dessa forma o *direito à vida*, permite-se a continuidade da análise crítica a que se propõe este estudo, verificando se a tutela constitucional da vida especialmente, mas não somente, realizada através do Direito Penal atende os imperativos de universalidade e igualdade decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

³⁰⁵ Neste sentido: “A possibilidade mais própria, irremissível e insuperável é certa. O modo de ser determina-se a partir da verdade (abertura) que lhe corresponde. A possibilidade certa da morte abre a presença como possibilidade apenas no sentido de, antecipando-a, essa possibilidade possibilitar a si mesma como o poder-ser mais próprio de si” (HEIDEGGER, 2005, p. 48).

O que pode causar estupefação, conforme verificado no capítulo IV, é que a tutela da vida humana, ao revés de proteger com a mesma intensidade a vida de todo e qualquer homem, escolhe critérios que permitem afirmar que algumas pessoas merecem uma proteção deveras mais vigorosa do que outras. Poder-se-ia dizer mesmo, que observadas àquelas normas incriminadoras referentes aos crimes contra a vida, se todos os seres humanos são igualmente dignos de proteção, alguns são ainda mais iguais do que os outros.

A proteção do *direito à vida*, através da tutela penal estabelecida por meio da incriminação de condutas contra o bem jurídico vida (homicídio, instigação ao suicídio, infanticídio e aborto) varia em grau de intensidade segundo critérios de lugar e tempo.

Em razão dos critérios de lugar, o útero materno faz-se como primeira e fundamental circunstância para a determinação da intensidade dispensada à proteção da vida. Estar inserido dentre os limites das paredes uterinas, segundo o atual entendimento da doutrina e da jurisprudência, é condição essencial para que o embrião seja protegido pelo Direito. Doutra forma, o embrião fertilizado *in vitro*, enquanto não inserido no útero da mulher, não será reconhecido como nascituro e, em decorrência disso, não será protegido como ser humano vivo nem mesmo como ser humano em potencial. Por outro lado, uma vez iniciado o trabalho de parto, o feto deixa de ser considerado mero ser humano em potência para ser protegido como ser humano em ato, fazendo jus a uma proteção mais intensa do que *in utero*, uma vez que a sua morte arbitrária seria objeto de tipificação nos termos da norma incriminadora de homicídio ao revés, do que instantes atrás, seria nos termos da norma que incrimina a conduta típica de abortamento.

Mais do que a personalidade ou a qualidade de ser humano em potência, o critério essencial que permite reconhecer uma pena substancialmente mais gravosa para a terminação arbitrária da vida daquele que vive extrauterinamente em relação àquele ainda *in utero*, não é nenhum outro senão o próprio lugar no qual o ser é encontrado. Tal proposição é constatada quando observado que um ser humano gestado por oito meses e outro nascido prematuramente após oito meses de gestação, apesar de essencial e morfológicamente idênticos, merecem desigual proteção jurídica em razão de um fato meramente contingente, a saber, um deles continua dentro do útero e o outro já encontrou o mundo externo.

Aliás, sobre a hipótese de que a vida humana merece uma proteção mais vigorosa quando presente a qualidade jurídica da personalidade faz-se insustentável quando observado que, desde o início das contrações que marcam o início do trabalho de parto, o gestado, que inicia sua jornada rumo ao além do útero, já é protegido pela norma incriminadora do homicídio ainda que só venha a adquirir personalidade jurídica momentos depois, com o nascimento com vida.

A hipótese de que o ser humano gestado (feto ou embrião) merece uma proteção significativamente menos intensa em decorrência de ser humano somente em potência também não se justifica, uma vez que dizer o mero nascimento não opera nenhuma diferenciação ontológica ou morfológica entre o neonato e o gestado. Ademais, como observado, a própria criança e adolescente (menor de dezoito anos) ao revés de ser considerado um ser humano em ato, ou pleno, é antes de tudo, nos termos da Lei Fundamental considerado uma pessoa em desenvolvimento e não por isso merece menor proteção do que um indivíduo adulto.

Além de proteger a vida humana desde um critério claramente arbitrário como é o lugar, uma vez que protege o ser com tal e qual intensidade em decorrência não do que ele é, mas do lugar em que se encontra; o ordenamento jurídico brasileiro ainda estabelece uma proteção mais ou menos intensa e, em decorrência, permite o reconhecimento de um valor maior ou menor da vida humana, em função do tempo.

O critério temporal para valorar a existência vital do ser humano é identificado no próprio texto da Lei Fundamental que dispõe, em relação aos menores de dezoito anos, que os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, inclusive o *direito à vida*, deverão ser protegidos com absoluta prioridade. O comando constitucional encontra eco no ordenamento jurídico penal, considerando que na norma incriminadora de homicídio se dispõe sobre uma especial causa de aumento de pena quando a conduta arbitrária que põe fim à vida de um ser humano tem como vítima alguém com menos de quatorze anos.

A inadequação de uma causa de pena em razão da idade da vítima restar aquém do limiar de quatorze anos salta aos olhos. Mesmo considerando adequado o imperativo constitucional de proteger com absoluta prioridade os menores de dezoito anos, a referida causa de aumento de pena, protege uma parte dos adolescentes através de uma reprovação especialmente severa se a vítima é menor de quatorze

anos e deixa outros (maiores de quatorze e menores de dezoito), caprichosamente, para fora dos limites da majorante.

Ainda há de se considerar que o critério etário permite reconhecer que a Constituição Federal e legislação infraconstitucional, em desacordo com o imperativo de igualdade e universalidade decorrentes do princípio da dignidade humana, pugnam por um valor substancialmente valor da vida de menores de dezoito anos em relação aos demais para além de tal faixa etária.

Ainda em relação ao crime de homicídio doloso é possível reconhecer outra majorante etária quando a vítima é maior de sessenta anos (idosa). Tais causas de aumento de pena - aplicáveis quando de vítimas menores de quatorze anos ou maiores de sessenta anos - apesar de satisfazerem, demagogicamente, a opinião pública, pautam-se por critérios arbitrários e caprichosos criando diferenças axiológicas injustificáveis entre seres humanos que, a princípio, são considerados como universalmente dotados da mesma dignidade e merecedores, portanto, de igual proteção. Não se trata, pois, de afirmar que as crianças e adolescentes, assim como os idosos, não mereçam a mais intensa proteção de suas vidas que razoavelmente seja possível exigirem do Direito. Ao contrário, trata-se de afirmar que TODOS os seres humanos são igualmente merecedores da mais intensa proteção jurídica possível, sem distinção de qualquer natureza, inclusive etária.

Se por um lado, a simples afirmação de que a vida de alguns vale mais do que a de outros e isso por critérios tão arbitrários como as variáveis de espaço ou tempo pode causar estranheza, ainda mais estupefação se faz quando do confronto com a proposição de que, mesmo sendo humano e a despeito de estar vivo, a existência vital de um determinado ser pertencente à espécie humana pode ser considerada como juridicamente irrelevante ou, com precisão, sem valor para o Direito.

Desde duas decisões paradigmáticas, a saber, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.150, Distrito Federal e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, Distrito Federal, é possível reconhecer a construção de um conceito até então estranho do Direito brasileiro: o ser humano vivo que não está *tecnicamente vivo*. Tanto em uma como noutra decisão o que se observou foi o estabelecimento de critérios para a inclusão/exclusão do suposto de fato da tutela constitucional da vida.

O termo *tecnicamente vivo*, nesse sentido, faz referência ao ser humano vivo que preenche os requisitos elementares para que possa ser considerado como merecedor de tutela constitucional. Por outro lado, o homem biologicamente vivo, porém *tecnicamente morto* para o Direito, é banido e abandonado à própria sorte. Tal qual *homo sacer*, constitui-se naquele que é matável, ou seja, que não é protegido contra a terminação arbitrária da própria existência.

Dessa forma, inserida a figura do *homo sacer* no ordenamento jurídico brasileiro, são estabelecidos os critérios necessários para que alguém possa ser considerado como portador daquele *quid* de dignidade que fundamenta o direito a ter direitos. Tais critérios includentes/excludentes reconhecem aqueles dentre os seres humanos que são dignos/indignos e, portanto, protegidos/abandonados pelo Direito.

No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.150, Distrito Federal, o *busilis* resumia-se a (in)constitucionalidade de utilização e, eventual destruição, de embriões fertilizados *in vitro* em pesquisas científicas com células-tronco embrionárias. Os argumentos prevaletentes, que fundamentaram a decisão pela constitucionalidade da utilização dos referidos embriões, observadas as imposições da Lei de Biossegurança, bem poderiam ser resumidos à seguinte tríade: (i) a inviabilidade do embrião; (ii) a ausência de potencialidade do embrião; e (iii) a ausência da qualidade jurídica de nascituro.

Quanto à inviabilidade do embrião congelado, sustenta-se a proposição de que a utilização de embriões congelados não atenta contra a dignidade da pessoa humana e não lesa a proteção constitucional da vida em razão do fato de que, não podendo o embrião lograr êxito em desenvolver-se biologicamente em um ser humano nascido com vida ainda que descongelado e inserido em útero, para além do que é suspensão criogênica somente lhe resta possibilidade da própria destruição.

Noutras palavras, ainda que congelado não experimente a decadência própria da morte, não pode experimentar o desenvolvimento biológico próprio da vida, sendo que para além da estase não existe nada no horizonte senão a própria destruição. Aquele que não está vivo nem morto quando congelado, somente pode restar destruído quando descongelado. Ainda que exista biologicamente um ser humano, não há de se falar, entretanto, em vida, seja jurídica, seja biológica.

A ausência de potencialidade do embrião se relaciona à própria e tradicional ideia de que o embrião e o feto devem ser considerados como seres humanos em potência. Argumenta-se que, ainda que viável para a inseminação artificial, o embrião poderá ser utilizado em pesquisas científicas desde que, nos termos da Lei de Biossegurança, transcorra um lapso temporal superior a três anos e presente o consentimento dos pais biológicos. Sustenta-se que o embrião congelado dado como descartado pelos próprios pais, não se faz um ser humano em potência, pois, não sendo possível a hipótese de um dever de gestação, não mais existe a possibilidade de desenvolver-se em um útero e nascer com vida.

O problema desse argumento, em particular, é a confusão entre a potencialidade do ser - que lhe é própria e independente de circunstâncias acidentais - e a existência de possibilidades externas de realização da potência que lhe é própria.

O fato é que o embrião, mesmo congelado por mais de três anos, pode muito bem resguardar a potência de desenvolver-se em um ser humano nascido com vida, desde que presentes as condições externas necessárias. Ademais, mesmo reconhecendo o absurdo de sustentar um dever de gestação da mulher em relação aos embriões excedentes do processo de fertilização *in vitro*, por outro lado, não seria afirmar irrazoável que tais embriões fossem preservados, enquanto permaneçam viáveis, para eventuais mulheres que desejem ou necessitem adotá-los para fim de gestação.

O fato é que, o embrião viável e congelado é um ser humano em potência enquanto possa ser inserido no útero de uma mulher e desenvolver-se biologicamente até o nascimento com vida. E mesmo que a mãe biológica não o deseje nada impede o reconhecimento da possibilidade de ser “adotado” para gestação. De qualquer forma, dá-se a qualidade de ausência de potencialidade àquele que ainda a possui; não se reconhece a possibilidade de gestação, ainda que possível. A verdade é que a Excelsa Corte, a despeito dessas objeções, entende que o embrião congelado, ainda que viável, não é digno de proteção constitucional do direito à vida, pois nega a ele a qualidade que, de fato, possui, ou seja, dá como sem potência de vir a ser aquele que ainda poder ser em ato.

O último argumento pela inexistência do suposto de fato da proteção da vida humana no caso de embriões congelados é de que o embrião, fora do útero materno, não merece a mesma proteção dispensada àquele já inserido no corpo

feminino, uma vez que possui a qualidade jurídica necessária para ser considerado como nascituro. Notando que a qualidade de nascituro será reconhecida, desde a concepção, àquele embrião que se localiza dentro dos limites das paredes uterinas, pode-se bem afirmar que a Excelsa Corte, estabelece como um dos critérios essenciais para subsunção ao âmbito de proteção constitucional da existência vital não uma qualidade do ser em si, mas uma circunstância a ele externa e acidental, ou seja, é protegido em razão do lugar em que se encontra.

Como destacado, nenhuma diferença é perceptível entre um embrião fertilizado *in vitro* em relação a outro produto de concepção natural dentro do corpo feminino. São iguais ontológica e morfológicamente, porém, ainda assim, merecem diferenciada proteção jurídica não pelo que são, mas pelo lugar em que se encontram.

Apesar dos argumentos precedentes (inviabilidade e ausência de potencialidade), o fato de estar fora do útero materno é o fundamento essencial da exclusão do embrião concebido *in vitro* da qualidade de nascituro e, conseqüentemente, da proteção da vida humana. É protegido enquanto objeto do bem jurídico patrimônio genético nos termos da Lei de Biossegurança, porém, a mera destruição do embrião produto de concepção artificial extrauterina não é punida, uma vez que não é ser humano, nem coisa, restando banido para aquém da dignidade e relegado à ausência de significação para o Direito, sendo duvidoso, que possua qualquer *status jurídico*. O embrião, nessas condições, mesmo não congelado, é uma vida que não é tecnicamente viva para o Direito. Ainda que e por matável; é, pois, *homo sacer*.

No caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, Distrito Federal, tratou-se de decisão que fundamentou a constitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gestação de feto anencefálico não se constituiria em fato típico da norma incriminadora de abortamento, nos termos do Código Penal (artigos 124 a 127).

O argumento essencial para a fundamentação da decisão da Excelsa Corte, neste sentido, foi que o feto anencefálico, dada a particular malformação pela qual é acometido, ainda que biologicamente vivo não seria digno de ser considerado como juridicamente vivo, pois é natimorto cerebral.

Utiliza-se, dessa forma, o conceito de *morte cerebral (neo-cortical death)* - a despeito da Lei de Doação de Órgãos optar pelo *demorte encefálica (whole brain*

death) – para afirmar a proposição de que a vida humana digna de proteção não é a meramente biológica ou vegetativa, mas sim, conforme assevera o Supremo Tribunal Federal, somente a vidade aquele ser apto às atividades mentais superiores relacionadas com o pensamento consciente.

O argumento central que serve de esteio para a decisão da Excelsa Corte na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode ser reduzido, segundo as palavras do próprio relator, à seguinte proposição: “Essa situação indica que, para o Direito, o que importa não é o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social. Não há interesse em proteger a mera vida orgânica” (BRASIL, STF, ADPF 3.150/DF, Rel. Marco Aurélio, 2012).

As implicações de tal entendimento, que desautoriza, inclusive, a Lei de Doação de Órgãos, ao substituir, como critério jurídico para determinação do fim da existência humana, o conceito de *morte encefálica* pelo de *morte cerebral*, são quantitativa e qualitativamente, significantes.

Primeiramente, sendo o feto anencefálico, apesar de biologicamente vivo, nem mesmo pode ser considerado como morto, pois nem mesmo chegou a nascer para o Direito. Sendo natimorto cerebral, o feto anencefálico não é protegido pela norma penal que incrimina a conduta abortiva. Não sendo tecnicamente vivo para o Direito, é absolutamente irrelevante que a gestante deseje continuar com a gravidez ou não, pois não existindo vida digna de proteção jurídica, não há de se falar em crime de aborto, mesmo que a conduta seja realizada sem ou contra a vontade da gestante.

Não há de se falar, também, de alimentos gravídicos no caso de feto acometido de anencefalia, pois não existindo aquela vida juridicamente relevante não é possível reconhecer a existência de um nascituro. Ademais, mesmo nascido com vida, o neonato anencefálico não é merecedor de qualquer proteção jurídica. Não faz jus à personalidade, não adquire nem transmite quaisquer direitos ou obrigações jurídicas. Exposto ao abandono pelo Direito, mesmo nascendo e respirando, é matável sendo aquele que lhe extermina, por qualquer motivo e independente do consentimento da genitora, é completamente imune à reprovação penal.

Considerado, pois, natimorto cerebral é, para todos os efeitos, sempre para alguém da dignidade. Biologicamente vivo, mas juridicamente morto, o anencefálico

é o mais perfeito exemplo da vida sem valor. Relegado à irrelevância jurídica, é simplesmente matável. Eis outro caso de *homo sacer*.

A afirmação do Supremo Tribunal Federal de que a vida vegetativa não possui relevância, importância ou valor para o Direito brasileiro reverbera efeitos para além dos casos de anencefalia. Considerando que o conceito de *morte cerebral* (*neo-cortical death*) substitui o conceito de *morte encefálica* (*whole brain death*), todos aqueles indivíduos em situação de coma persistente sem atividade psíquica consciente são mortos para o Direito. Para todos os efeitos, a decisão da Excelsa Corte antecipou o momento da morte humana para o Direito.

Não há de se falar, portanto, em homicídio, eutanásia ou ortotanásia quando de pacientes irremediavelmente incapazes de realizar processos mentais conscientes. Não há de se falar de crimes contra a vida contra tais pessoas, pois já estão mortos para o Direito, a despeito do fato de ainda respirem por si mesmos. Tecnicamente mortos, ainda que biologicamente vivos. A possibilidade de consciência é um critério essencial exarado pela Excelsa Corte incluir ou excluir alguém no suposto de fato da tutela constitucional da vida humana. Inexistindo atividades psíquicas superiores, mesmo que o corpo consiga ainda sustentar funções vitais autônomas, o indivíduo nessa situação é um *homo sacer*. Matável, enquanto biologicamente vivo; irrelevante para o Direito enquanto juridicamente morto.

Em suma, a despeito dos imperativos de universalidade e igualdade axiológica entre todos os seres humanos decorrentes do fundamento antropológico de todos os direitos fundamentais que é o princípio da dignidade humana; no ordenamento jurídico brasileiro a existência vital do ser humano bem pode ser considerada mais ou menos valiosa função de critérios tais como o lugar (intra ou extrauterinamente) ou o tempo (faixa etária). Pode-se ainda deduzir das decisões da Excelsa Corte que, sob algumas circunstâncias, a vida biológica do ser humano é completamente irrelevante para o Direito. Enfim, eis o *homo sacer*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculantes e erga omnes na jurisdição constitucional*. 2009. 309 fls. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009.

_____; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José, RAFFO, Julio. *Introducción al derecho: conocimiento y conocimiento científico: historia de las ideas jurídicas: teoría general del derecho: teoría general aplicada*. 3.e. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1999.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. *O que nos resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. São Paulo: Boitempo, 2008.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2.e. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Bruno Rotta. *A polêmica entre a tutela penal de valores supraindividuais e individuais. A importância da teoria do bem jurídico para a ciência penal*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 18 fev. de 2013.

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. Council on Ethical & Judicial Affairs. *Report 5 – I-94*. Disponível em: <<http://www.ama-assn.org/resources/doc/code-medical-ethics/2162a.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Alimentos gravídicos: avanço ou retrocesso? *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 65-71, jan./mar. 2009.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. *A Política*. 2. e. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *De anima*. São Paulo: 34, 2006.

_____. *Metafísica: Edição bilingue grego-português*. São Paulo: Loyola, 2002. v. II.

ÁSUA, Luiz Jiménez de. *Principios de derecho penal: La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ATIENZA, Manuel. *Interpretación constitucional*. Ciudad del México: Universidad Libre, 2010.

AVILA, Sueli de Fatima Ourique de. A adolescência como ideal social. In: *Simpósio internacional do adolescente*, 2., 2005, São Paulo. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000082005000200008&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 06 Nov. 2013.

BAIGÚN, David *et al.* *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 792 p. ISBN 85-7147570-9. p.669-708.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Bauru: EDIPRO, 1993.

BELVISI, Francesco. Sociedad multicultural, persona y constitución: el inmigrante como pariah. *Derechos y libertades*, Madrid, Época II, n. 22, p.161-178, jan. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Tratado de Direito Penal: Parte geral*. 17.e. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

_____. *Tratado de Direito Penal: Parte especial: Dos crimes contra a pessoa*. 17.e. São Paulo: Saraiva, 2013. v.2.

BITTAR, Eduardo C. B.. O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos: Reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos direitos humanos. *Revista Panóptica*. n. 13. Julho de 2008. ISSN 1980-7775.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v. I.

BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3.e. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BORDA, Guillermo A. (Dir.). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

BOURGEOIS, Bernard. *Filosofia y derechos del hombre: desde Kant hasta Marx*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad nacional de Colombia, Embajada de Francia. 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Forense: Rio de Janeiro, 1996, v.1. t. IV.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMACHO, Gustavo Malo. *Derecho penal mexicano: teoría general de la ley penal: teoría general del delito: teoría de la culpabilidad y el sujeto responsable: teoría de la pena*. Mexico, DF: Porrúa, 2003.

CAMPOS, Gérman J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.e. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos (art. 121 a 212)*. 7.e. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNIO, Henrique Garbellini. *O direito e a política entre a obligatio e o bando*. 2013. 191 fls. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013.

_____. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: apontamentos a partir da teoria alemã da proporcionalidade. *Revista Jurídica UNIRAXÁ*, Araxá, v. 15, n. 14, p. 101-112, 2011.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídicos-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCrim, 2001.

CLAUSEWITZ, Claus v. *Da Guerra*. 2. e. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho penal: parte general*. 3.e. Valência: Tirant lo blanch, 1998.

COSATE, Tatiana Moraes. *"Bem jurídico-penal: um debate necessário"*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 18 fev. de 2013.

COSTA, José de Faria. La fine della vita ed il diritto penale. *L'Indice Penale*, Padova, v. 8, n. 2, p.417-460, mai./ago. 2005.

COSTA RICA. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1999-01792, San José, a las dieciocho horas con cincuenta y cuatro minutos del nueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve. Acción de inconstitucionalidad promovida por Gerardo Castillo Alvarado, y José Antonio Saprissa Grillo, mayores, casados, con cédula de identidad 6-096-005 y 9-008-707, contra los artículos 370 y 272 del Código Penal.

DANTAS FILHO, Venâncio Pereira *et al.* Dos conceitos de morte aos critérios para o diagnóstico de morte encefálica. *Arq. Neuro-Psiquiatr.*, São Paulo, v. 54, n. 4, dez. 1996
Disponível em
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X1996000400025&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 17 jul. 2013.

DARWIN, Charles. *Descent of men*. Londres: J. Murray, 1871. v. I.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valência: Tirant lo Blanch, 1993.

DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 43, n. 3, jun. 2009 . Disponível em <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102009000300019&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 18 set. 2013. Epub 17-Abr-2009.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado: contém notas à LICC*. 14.e. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O estado atual do biodireito*. 7. e. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdade individuais*. 2. e. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de derecho constitucional: Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*. 2. e. Buenos Aires: Depalma, 2000.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal: parte general*. T. I. 3. e. Santiago: Jurídica de Chile, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. e. Atlas: São Paulo, 2007.

FROTA, Ana Maria Monte Coelho. Diferentes concepções da infância e adolescência: a importância da historicidade para sua construção. *Estudos e pesquisas em psicologia*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, jun. 2007. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812007000100013&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 06 nov. 2013.

FOUCAULT, Michael. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 19. e. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 7. e. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

GALTON, Francis. Eugenics: its definition, scope, and aims. *The American journal of sociology*. Chicago, v. X. n. 1, p. 1-6, 1904.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Eutanasia y disponibilidad de la propia vida. *Revista peruana de ciencias penales*. Lima, 7/8, p.749-780, 1999.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. e. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 7. e. São Paulo: Saraiva, 2009. v. I.

GONÇALVES, Tamara Amoroso (Coord.); LAPA, Thais de Souza (Coord.). *Aborto e religião nos tribunais brasileiros*. São Paulo: IPE, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte especial*. 6. e. Niterói: Impetus, 2009. v. II.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. e.. São Paulo: SRS, 2009.

_____. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. e. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. *Teoria processual da constituição*. 3. e. São Paulo, RCS, 2007.

_____ in: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da [coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana*. 2.e. São Paulo: Quartier Latin: 2009.

GÜNTHER, Klaus. *De la vulneración de un derecho de la infracción de un deber: ¿Un “cambio de paradigma” en el derecho penal? La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tempo brasileiro: Rio de Janeiro, 2003.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 1998.

_____. *O futuro na natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado*. N. 1. Sep./Dic. 1991.

_____. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

_____. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HEIDEGGER, Martin. *Prolegómenos para una historia del concepto de tempo*. Madrid: Alianza, 2006.

_____. *Ser e tempo II*. 13. e. Petrópolis: Vozes, 2005.

HEINEMANN, Fritz. *A filosofia no século XX*. 4.e. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1998.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. Los delitos de lesiones al feto. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 1, n. 16, p.371-384, abr. 2000.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HUME, D. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. 2.e. São Paulo: UNESP, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1955. v. I. t. 2º.

_____. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1955a. v. V.

INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2.e. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: Parte general*. 4.e. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

KANT, Immanuel. *Fundamentação Metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1997.

KAUFMANN, Arthur. Relativización de la protección jurídica de la vida. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 31, p.39-54, 1987.

KIND, Luciana. Intermitências da morte: redefinições do ser humano na difusão da morte cerebral como fato médico. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 9, n. 1, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662011000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 Nov. 2013.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13.e. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. Curitiba: Juruá, 2008.

LINS, Carlos Antonio Bandeira. *Legislador racional e auctoritas*. 2009. 226 fls. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009.

LISZT, Franz v.. *Tratado de direito penal*. tomo I. Campinas: Russel, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*. 4.e. São Paulo: Atlas, 2001.

LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. São Paulo: IBCCrim, 2013.

MALAREE, Hernan Hormazabal. *Bien Jurídico Y Estado Social Y Democrático de Derecho (El Objeto protegido por la norma penal)*. 2. ed. Jurídica Conosur, 1992.

MÁRQUEZ MENDOZA, Octavio. Razones bioéticas para la abolición de la pena de muerte. *Cuadernos de Bioética*, Buenos Aires, v. 14, p.41-58, out. 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, Centro de Extensão Universitária, 2005.

MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MAYNES, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 23.e. México, D.F.: Porrúa, 1974.

MELLADO RUIZ, Lorenzo. Sistema jurídico-biotecnológico y derecho de la vida: una aproximación desde el derecho europeo y español. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 23, p.57-91, jul./dez. 2005.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: Doutrina. Jurisprudência*. Glossário. 5.e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILTON, Aristides Augusto. *A Constituição do Brazil: Notícia histórica, texto e comentário*. 2.e. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. *Manual de direito penal: Parte especial: Arts. 121 a 234-B do CP. 28 e*. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. e. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV.

MIRANDOLA, Pico della. *A dignidade do homem*. São Paulo: Escala, [s.d.].

MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado: I – Parte Histórica; II – Doutrina e Crítica*. Coimbra: Coimbra, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional*. 23.e. São Paulo: Atlas, 2008.

MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 3. e. Tirant lo blanch: Valência, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRim, 2013.

PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. *Pretensões de Wrongful Life: Uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade Civil?* 2011. 88 fls. Dissertação (Mestrado Forense). Universidade Católica Portuguesa. Lisboa: 2011.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PETIT, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*. 23.e. Cidade do México, Porrúa, 2007.

PINTO, Márcio Alexandre da Silva. *Teoria geral do direito da cidadania*. 2003. 317 fls. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2003.

PIRAINO, Stefano *et al.* Reversing the life cycle: medusae transforming into polyps and cell transdifferentiation in *Turritopsis nutricula* (Cnidaria, Hydrozoa). *The biological bulletin*. Woods Hole, Massachusetts (EUA). n. 190. Junho de 1996. p. 302-312.

PLATÃO. *Diálogos III: Fedro, Eutifron, Apologia de Sócrates, Críton, Fédon*. Bauru: Edipro, 2008.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2.e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do Direito*. 3.e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RANQUETA JÚNIOR, Cesar. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. *Sociais e Humanas: Revista do centro de ciências sociais e humanas*. v. 21. n. 1. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, janeiro/junho de 2008. ps. 53-66.

RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Giovanni. Ensaio introdutório in ARISTÓTELES. *Metafísica: Edição bilíngue grego-português*. São Paulo: Loyola, 2002a. v. I.

REYBA ALFARO, Luis Miguel. Sobre el contenido material del bien jurídico-penal. Estudos jurídicos. Homenagem ao Promotor Cléber José Rodrigues. *Revista da Associação Mineira de Estudos da Justiça Criminal*. N. 1. Ano. 1. Janeiro/Julho 2000

RIBAS, Eduardo Ramón. *El delito de lesiones al feto: incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*. Granada: Comares, 2002.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Abortamento eugênico e bioética: algumas reflexões. *Caderno Jurídico*, São Paulo, v. 1, n. 2, p.131-147, jul. 2001.

ROSAL BLASCO, Bernardo del. Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el anteproyecto de Código Penal Español de 1992. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p.7-18, out./dez. 1993

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: Princípios do direito político*. 3.e. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. tomo I. Civitas: Madri, 1997.

_____. *La evolucion de la política criminal, el derecho penal y el processo penal*. Valência: Tirant lo Blanch: 2000.

ROZENBERG, Roberto; PEREIRA, Lygia da Veiga. The frequency of Tay-Sachs disease causing mutations in the Brazilian Jewish population justifies a carrier screening program. *Sao Paulo Med. J.*, São Paulo, v. 119, n. 4, jul. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-31802001000400007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 11 jul. 2013.

RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Nuevo pensamiento penal. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Año 4. N. 5-8. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1975.

SALLUM, Ana Maria; ROSSATO, Lisabelle Mariano; SILVA, Sílvia Fürbringer da. Morte encefálica em criança: subsídios para a prática clínica. *Revista nrasileira de enfermagem*. Brasília, 2011, mai-jun, n. 64. p. 600-4 .

SÁNCHEZ, David Beraún. El bien jurídico em el derecho penal. *Revista peruana de ciencias penales*. Ano V. nº 9. p. 645.

SCHUMACHER, Bernard N.. *Confrontos com a morte: a filosofia contemporânea e a questão da morte*. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

SEGRE, Marco. A propósito da utilização de células-tronco embrionárias. *Estudos . avançados.*, São Paulo, v. 18, n. 51, Aug. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 Set. 2013.

SICHÉS, Luis Recasens. *Vida humana, sociedad y derecho: Fundamentación de la Filosofía del Derecho*. Cidade do México: Porrúa, 1952.

SILVA, Carlos Eduardo M. Viegas da. *A transformação da guerra na passagem para o século XXI: Um estudo sobre a atualidade do paradigma de Clausewitz*. 2003. 158 fls. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3.e. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 26.e. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Mariângela F et al . Aumento da prematuridade no Brasil: revisão de estudos de base populacional. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo , v. 42, n. 5, Out. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102008000500023&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 31 Out. 2013.

SILVESTRONI, Mariano H. *Teoria constitucional del delito*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

SINGER, Peter. *Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. *Ciência da saúde coletiva*, Rio de Janeiro , v. 9, n. 1, 2004. p. 31-41.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. e. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Del Rey: Belo Horizonte, 2000.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212*. São Paulo: Atlas, 2004. v. II.

VALLE, Agustín Basave Fernández del. *Filosofía del derecho: fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica*. México D. F.: Porrúa, 2001.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2013: Homicídios e juventude no Brasil*. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO Brasil, 2013.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. e. Santiago: Jurídica de Chile.

WOLFF, Richard E. Wrongful life: A modern claim which conforms to the traditional tort framework. *William and Mary Law Review*. v. 20. n. 1. 1978. ps. 125-155.

WOMAN gives birth after embryo frozen for 13 years. *Bionews*. 2005. Disponível em: <http://www.bionews.org.uk/page_12425.asp?hlight=woman+gives+birth+embryo+13+years>. Acesso em: 24 set. 2013.

YAHIA, Julieta. La eximente de aborto terapéutico. A propósito de una nueva decisión judicial. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p.477-542, 2007

ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. e. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

ZIZĚK, Slavoj. O espectro da ideologia in ZIZĚK, Slavoj [org.]. *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.