

**CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE BIODIREITO:
INSACRIFICABILIDADE, MATABILIDADE E MORTALIDADE**
*FUNDAMENTAL CONCEPTS OF BIOLAW: UNEXPENDABILITY, KILLABILITY AND
MORTALITY*

Francisco Ilídio Ferreira Rocha¹

RESUMO: AS SOLUÇÕES ADEQUADAS PARA QUESTÕES RELACIONADAS AO BIODIREITO DEPENDEM DA COMPREENSÃO ADEQUADA DE CONCEITOS ESSÊNCIAS QUE INFORMAM E LASTREIAM O DIREITO À VIDA CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO. AS IDEIAS DE *INSACRIFICABILIDADE* E *MATABILIDADE*, APRESENTADAS PELO FILÓSOFO GIORGIO AGAMBEN EM SEUS ESTUDOS SOBRE A *VIDA NUA*, ESTABELECE UM PARALELO ENTRE O INSTITUTO ROMANO *VITAE NECISQUEPOSTESTAS* E O PODER SOBERANO NO QUE REALIZA UMA GENEALOGIA DO BIOPODER. SOMADAS À IDEIA DE *MORTALIDADE*, INFLUENCIADA PELA FILOSOFIA DE HEIDEGGER, OFERECEM UM ARCABOUÇO TEÓRICO SUFICIENTE PARA DETERMINAR O ALCANCE E OS LIMITES DAS POSIÇÕES JUSFUNDAMENTAIS QUE GARANTEM A EXISTÊNCIA VITAL DO SER HUMANO.

PALAVRAS-CHAVE: *BIODIREITO. DIREITO À VIDA. INSACRIFICABILIDADE. MATABILIDADE. MORTALIDADE.*

ABSTRACT: APPROPRIATE SOLUTIONS TO ISSUES RELATED TO BIOLAW DEPENDENT ON ADEQUATE UNDERSTANDING OF ESSENCES CONCEPTS THAT INFORM AND UNDERLYING THE CONSTITUTIONALLY SAFEGUARDED RIGHT TO LIFE. THE IDEAS OF UNEXPENDABILITY AND KILLABILITY PRESENTED BY THE PHILOSOPHER GIORGIO AGAMBEN IN HIS STUDIES OF BARE LIFE, DRAWS A PARALLEL BETWEEN THE ROMAN INSTITUTE OF *VITAE NECISQUEPOSTESTAS* AND THE SOVEREIGN POWER, IN WHAT MAKES A GENEALOGY OF BIOWEIGHT. COUPLED WITH THE IDEA OF MORTALITY, INFLUENCED BY THE PHILOSOPHY OF HEIDEGGER, THEY PROVIDE A SUFFICIENT THEORETICAL FRAMEWORK FOR DETERMINING THE SCOPE AND LIMITS OF CONSTITUTIONAL POSITIONS THAT GUARANTEE THE VITAL EXISTENCE OF THE HUMAN BEING.

KEYWORDS: *BIOLAW. RIGHT TO LIFE. UNEXPENDABILITY. KILLABILITY. MORTALITY.*

SUMÁRIO: 1. A vida nua: Insacrificabilidade e matabilidade por Giorgio Agamben. 2. O abandono e a exclusão do âmbito de proteção dos direitos humanos. 3. Dignidade da pessoa humana como fundamento da inclusão do abandonado. 4. Matabilidade e mortalidade. 5. A morte e os limites da proteção da vida humana. 6. Conclusão. Referências.

1 A VIDA NUA: INSACRIFICABILIDADE E MATABILIDADE POR GIORGIO AGAMBEN

¹ Professor de Direito Penal e Filosofia do Direito no UNIARAXÁ; Doutor em Direito Penal pela PUC-SP. *E-mail:* franciscoilidio@hotmail.com

Os termos *insacrificabilidade* 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, segundo AGAMBEN, relaciona-se ao instituto romano *vitae necisquepotestas*², que se constituía, apesar de mitigado com o desenvolvimento das instituições romanas num verdadeiro direito sobre a vida e a morte que o chefe da família exercia sobre os subordinados ao seu pátrio poder. O poder do *pater familias*, nesse sentido, guarda visíveis relações com o poder soberano³.

O instituto *vitae necisquepotestas* oferece “uma espécie de mito genealógico do poder soberano: o *imperium* do magistrado nada mais é do que a *vitae necisquepotestas* do pai estendida a todos os cidadãos” (AGAMBEN, 2002, p. 96). Essa prerrogativa jurídica do *pater familias* para dispor da vida do submetido ao seu pátrio poder sem que se constitua responsabilidade pela prática de ilícito, é o aspecto fundamental de matabilidade.

A matabilidade é a exclusão de uma pessoa da proteção jurídica da vida, tornando-a estranha à tutela penal. Nesses casos, inclui-se numa área de indiferença desde a qual não é possível o reconhecimento da terminação arbitrária da experiência vital de uma pessoa como homicídio⁴. Essa condição de matabilidade conduz a pessoa ao abandono, excluindo a significação da do extermínio arbitrário do universo regido pelo Direito.

² Sobre o instituto romano do *vitae necisquepotestas*: “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).

³ Da relação entre o *patriapotestas* 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 *patriapotestas*, 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” (FOUCAULT, 1988, p. 127).

⁴ Sobre 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

2 O ABANDONO E A EXCLUSÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A exclusão que fundamenta o abandono implica, por outro lado, em uma relação na qual todos podem matar o *abandonado*, sem, entretanto, submeterem-se ao rótulo de homicida. Tal condição pode ser relacionada, também, com a pena germânica da *perda de paz*⁵. Quando ocorria uma conduta criminosa identificada como uma ruptura com a paz pública, aplicava-se ao condenado a exclusão pessoal dessa própria paz garantida juridicamente. Uma vez excluído, restava abandonado à própria sorte, completamente estranho ao Direito e, por conseguinte, qualquer atentado a sua vida não era considerado um ilícito, tampouco um homicídio⁶.

Surge daí o conceito de *Homo sacer* como aquele que, em razão da *matabilidade*, foi excluído do *ius humanum*. Porém, abandonado pelo Direito não foi alçado ao *ius divinum*, em razão de sua insacrificabilidade⁷. Essa dupla exclusão, esse duplo *não-pertencimento* - tanto abandonado pelo mundo profano quanto barrada sua entrada no mundo divino - relega a vida humana em abandono⁸ a mais completa falta de significação

à pessoa do imperador) é definido como *crimenlesae 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).

⁵ Sobre 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, 2012, p. 75).

⁶ Sobre 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 (emendatiopropinquorum)*” (HUNGRIA, 1955, p. 206).

⁷ Da 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 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).

⁸ Quanto 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

jurídica⁹, sendo compreendida para além do Direito e para aquém da religião, ou seja, somente percebida enquanto relação de biopoder.

Considerando as implicações da ideia de soberania como um *direito de/sobre vida e morte* é compreensível que, com a mitigação do instituto de direito romano *vitae necisque potestas*, as possibilidades de terminação arbitrária da vida humana são paulatinamente 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 uma evidência atual do movimento histórico pelo qual a vida nua é progressivamente incluída no Direito e reconhecida como digna de especial proteção jurídica.

A concepção de soberania nacional apoiada no corpo biológico das pessoas do povo 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.

A observação dos direitos centrados na pessoa do cidadão contrapostos aos direitos humanos alicerçados na pessoa natural, permite o reconhecimento de uma área de indiferença valorativa. Torna possível a exclusão do ser humano do âmbito de proteção jurídica pelo simples fato de estar ele alijado de qualquer cidadania. A figura do apátrida constitui-se um cristalino exemplo da insignificação, daquele excluído de toda e qualquer cidadania¹⁰.

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).

⁹ Em 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).

¹⁰ Neste 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 inexequíveis – mesmo nos países cujas constituições se baseavam neles – sempre que surgiam pessoas que não eram cidadãos de algum Estado soberano. A esse fato, por si já suficientemente desconcertante, deve acrescentar-se a confusão criada

Neste sentido, os horrores da II Grande Guerra Mundial motivaram um grande debate sobre o problema dos refugiados e dos apátridas. Salienta-se que sob os auspícios da Organização das Nações Unidas vários diplomas convencionais vieram ao mundo para mitigar a indiferença excludente que flagela os refugiados e os apátridas. Destaca-se a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) que elenca um rol de direitos e garantias elementares da condição humana e independentes da 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 desconcertante que, apesar dos avanços no tratamento jurídico-humanitário dos refugiados e apátridas, observe-se que o art. 5º, *caput*, da Carta Política brasileira ainda enuncie que os direitos e garantias são reservados somente para os brasileiros e os estrangeiros residentes no país. Se por um lado, não afirma que a pessoa natural estrangeira e não residente no país ou um apátrida esteja em um limbo de indiferença jurídica¹¹; por outro lado, denota evidente resquício de uma concepção de direitos fundamentais que resume diversas posições jusfundamentais à qualidade de direitos dos cidadãos.

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” (ARENDDT, 1989, p. 326-7).

¹¹Sobre 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)

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA INCLUSÃO DO ABANDONADO

Atualmente aquelas pessoas - antes relegadas ao limbo da indiferença pela situação de abandono e, conseqüentemente, expostas ao arbítrio de todos – são paulatinamente inseridas num novo estatuto jurídico que demanda a valoração do ser humano por ser possuidor da qualidade da humanidade e não em razão de nacionalidade ou cidadania. Nesses casos, aquela que era 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 pelo qual a vida nua (insacrificável e matável) passa a integrar o fundamento antropológico sobre o qual é construído todo sistema de direitos humanos, deixando de ser vida nua, porquanto, não mais é relegada à insignificância ou indiferença¹².

No que está em jogo a significação política da vida humana, é então que os critérios de exclusão relegam alguns à indiferença e outros, pela inclusão, são intensamente protegidos pelo Direito; é justamente então que o princípio da dignidade humana se realiza como um imperativo universal de inclusão humana numa estrutura horizontal, igualitária e, portanto, desprovida de hierarquia, na qual, ainda que teoricamente, todos os indivíduos possuem o mesmo valor existencial.

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a inclusão da *vida nua*, antes abandonada pelo Direito, importa que a *vida nua* deixe de sê-la num sentido particularmente significativa. 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*, é reconhecido como ser dotado de dignidade imanente, unicamente, por ser humano. Deixa, então, de estar sujeito

¹²Neste 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. *Leshommes* – declara o art. I – *aissent et demeurent libres et égauxendroits*(mais conveniente entre todas, deste ponto de vista, é a formulação do projeto elaborado por La Fayette em julho de 1789: *tout hommenâitavecdesdroitinaliénables 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: *lebut de touteassociation politique est laconsevationdesdroitsnaturels et imprescriptibles de l’homme*)” (AGAMBEN, 2002, p. 134).

à terminação arbitrária e insancionável da própria vida. Através da dignidade da pessoa humana, portanto, o homem deixa de ser matável, permanecendo, entretanto, insacriável.

Quando 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, uma condição de inviolabilidade, que permite afirmar a proibição de matar e o dever de salvar o portador de 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, o direito à vida se realiza enquanto um direito oposto à matabilidade, característica elementar da *vida nua*.

4 MATABILIDADE E MORTALIDADE

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

A mortalidade¹³ é um atributo essencial da vida. O ser humano, assim como qualquer outro ser vivo, está irremediavelmente atrelado à morte. Isso torna ainda mais complicado nestes tempos atuais, uma vez que o avanço das ciências da Natureza, especialmente a Medicina e Biologia, vem progressivamente tornando mais imprecisos os limites entre a vida e a morte¹⁴.

Nas palavras de Edgar MORIN, “A vida é sempre incerta. A morte incerta é sempre certa. A morte está escrita na própria natureza da vida” (2011, p. 438). A inevitabilidade da morte é uma constante desde os primeiros momentos da existência da

¹³Sobre 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).

¹⁴Ainda sobre a imprecisão dos limites entre 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).

vida, não sendo exagero afirmar que a experiência de vida de uma pessoa está indissociavelmente relacionada com sua finitude¹⁵.

Preliminarmente, há de se reiterar que o objetivo deste estudo não é a determinação de um conceito religioso ou filosófico da vida; outros mais capazes tentaram, tentam e tentarão alcançá-lo. Aqui se propõe algo significativamente mais modesto: A construção de conceitos de vida e morte que possibilitem a solução de problemas jurídicos em um Estado Democrático de Direito orientado pela supremacia do princípio da dignidade humana. Recolhendo-se a esta meta, a adequada compreensão da morte, da mortalidade, do falecimento e do estado de morte permitem identificar os 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 uma das questões centrais da bioética, da biopolítica e do Biodireito. Na distinção entre a morte natural e a morte violenta está a base para a construção dos limites da tutela jurídica da vida.

O absurdo e a estranheza verificados na tentativa de dissociar os conceitos de vida e morte¹⁶ é produto duma sociedade apavorada com a ideia de finitude, que se aliena na ideia de que vida e a morte seriam conceitos mutuamente excludentes¹⁷. 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 vida¹⁸ sem o qual a experiência vital perderia seu sentido.

¹⁵Neste 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 destinati alla morte. Ossia: siamo esseri che sanno 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).

¹⁶Neste 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 destinati alla morte. Ossia: siamo esseri che sanno di muoversi entre un orizzonte ultimo che ha come lienea di confine una porta, mai aperta o socchiusa, sempre chiusa ermeticamente. In essa si traducela morte*” (COSTA, 2005, p. 417-9).

¹⁷Exemplificando: “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).

¹⁸ “*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,*

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 (*Turritopsisnutricula*) dotado de potencial imortalidade¹⁹, antes reforça do que refuta a inter-relação entre a vida e a morte. A potencial imortalidade daquele animal não lhe torna indestrutível, somente funcionando enquanto imunidade à morte natural. Assim, permanece a medusa (*Turritopsisnutricula*) sujeita à terminação violenta de sua vida. Ora, mesmo um ser potencialmente imortal está sujeito à matabilidade, ou seja, à terminação violenta de sua vida, vez que, ainda que afastada a morte natural, resta ainda sujeito à possibilidade de encontrar seu fim no mundo, ainda que tal possibilidade somente possa se concretizar, inexoravelmente ainda que em tempo incerto, por meio de uma morte violenta²⁰. Superadas as digressões preliminares, volta-se à conceituação da mortalidade.

O conceito de *mortalidade* pode ser dado como a *condição de finitude da experiência vital de todo ser vivo*, porquanto o fim existencial-ontológico do ser não acontece para além do ser, mas sim como algo que lhe é intrinsecamente próprio²¹.

A *mortalidade* é, no plano existencial, a única certeza dentre todas as possibilidades que se apresentam durante a experiência vital²². A morte, nesse sentido,

querrían que la muerte expresara los valores que consideraron más importantes en sus vidas” (BORDA, 2001, p. 115)

¹⁹Sobre a *Turritopsisnutricula*: “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 *Turritopsisnutricula*, 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).

²⁰Sobre 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)

²¹Sobre 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).

²²Sobre 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

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 outrem²³.

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 significado²⁴. A 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 que acaba por relegar o homem à condição de perpétua incompletude. É, assim, na morte, que eu sou o meu eu mais próprio²⁵.

Indiferente para a mortalidade que o fim seja determinado pela natureza ou pelo arbítrio pessoal, que se dê pela violência ou acidente, pois é certo afirmar que sempre que apresentado um ser vivo é possível reconhecer a condição de *mortalidade*, enquanto a certeza de que sua completude somente se realizará em razão de sua finitude.

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).

²³Sobre 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)

²⁴ Neste 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 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)

²⁵Sobre 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).

Estabelecidas as bases para a afirmação de que a *mortalidade*, antes de uma negação da vida, é uma condição inerente a todos os seres vivos, pode-se avançar na determinação das bases conceituais necessárias, diferenciando morte de 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 sê-lo e torna-se algo essencialmente diferente: um corpo que desprovido de vida deixa de ser o que foi tornando-se um *resto mortal*²⁶. Assim, o processo de morrer, é antes de qualquer coisa, uma experiência que se realiza em vida e culmina, fenomenologicamente, no falecimento.

A morte é deve 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 decorrem da condição de *mortalidade*.

Esses aspectos tornam impossível compreender a vida sem referência à morte e, ainda que pareçam alheios às questões jurídicas, uma análise mais detida é suficiente para afirmar a sua importância para o Direito.

5 A MORTE E OS LIMITES DA PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA

A partir das bases conceituais para a determinação do que seria mortalidade, morte, falecimento e estado de morte, afirma-se que a tutela jurídica da proteção da vida humana não se concretiza por cautelas para afastar a mortalidade.

A absurda pretensão de proteger a vida humana contra a própria mortalidade passaria pela negação da condição humana. O Direito não pode e não deve atuar com o

²⁶ 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).

fito 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 certeza de que eventualmente encontrará seu fim na morte. Pode-se afirmar, categoricamente, que a morte natural do ser humano não interessa ao Direito Penal²⁷.

A proteção jurídica da vida concentra-se noutra dimensão. É sobre o terreno delimitado pelo conceito de mortalidade que encontramos sua fundação. 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 imperativo da dignidade humana e o reconhecimento de que sua vida é imanente e especialmente valiosa e, portanto, digna de proteção jurídica.

A mortalidade, neste sentido, diz respeito à condição de abandono quando alguém, enquanto *homo sacer*, é excluído do *ius humanum* e, como exilado da paz, deixa de ser considerado significativo para o Direito.

A mortalidade, como atributo da *vida nua*, vincula-se a condição do *homo sacer*, que permitiria que qualquer terminação arbitrária de esta vida restasse estranha ao Direito e, portanto, insancionável. A mortalidade, assim, é um 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, fora dos casos nos quais 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. Desta compreensão decorre o direito de defesa²⁸ oponível contra toda e qualquer terminação arbitrária e, portanto, intolerável da vida de um indivíduo.

²⁷Sobre a insignificância 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)

²⁸ 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

Este é o aspecto fundamental da *inviolabilidade do direito à vida*: Trata-se de um direito subjetivo, oponível contra o Estado e todos os outros indivíduos, que demanda que se abstenham de toda e qualquer intervenção arbitrária que possa suprimir ou colocar em situação de risco intolerável a vida humana juridicamente protegida (*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 jurídico de evitação, o imperativo de afastar ou diminuir os riscos da ocorrência de resultado fatal evitável ou, ao menos, postergável (*dever de salvar*).

Além disso, a inviolabilidade da vida humana 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, tanto individual quanto coletivamente considerado, reconhecendo a primazia da proteção da vida humana, de forma universal e igualitária nos termos da Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

É reconhecida, portanto, a natureza *duplex* (direito objetivo e subjetivo) do *direito à vida*. Em razão de sua posição no cume dos direitos fundamentais, merece, pois, a mais intensa proteção jurídica possível. É por isso que a rede de proteção da vida humana é estabelecida através de diversos âmbitos de efetividade.

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, em grande medida, em *direitos concernentes à vida*. Em regra, são designados como de segunda dimensão (ou geração) e rotulados como direitos sociais. No caso dos direitos de terceira dimensão, como é o caso do meio ambiente, eles são dados como transindividuais. Entretanto, é de se destacar que é justamente no âmbito de tutela penal que a proteção direta constitucional à vida humana se realiza com a mais elevada intensidade.

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).

A tutela direta da vida humana realiza-se, fundamentalmente, através de normas penais incriminadoras dos crimes contra a vida (homicídio, instigação ao suicídio, infanticídio e aborto) instituindo mandamentos normativos que afirmam a proibição de matar e o dever de salvar e afirmando uma intensa proteção contra a terminação arbitrária da existência vital humana.

É na tutela direta da inviolabilidade da vida humana, 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.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BORDA, Guillermo A. (Dir.). **La persona humana**. Buenos Aires: La Ley, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1.

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.

COSTA, José de Faria. **La fine della vita edildirittopenale**. L'IndicePenale, Padova, v. 8, n. 2, p.417-460, mai./ago. 2005.

DANTAS FILHO, Venâncio Pereira, et al. **Dos conceitos de morte aos critérios para o diagnóstico de morte encefálica**. Arquivos de Neuropsiquiatria. n. 54, 1996. p. 705-10.

FOUCAULT, Michael. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

- FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Eutanasia y disponibilidad de la propia vida**. Revista peruana de ciencias penales. Lima, 7/8, p.749-780, 1999.
- HEIDEGGER, Martin. **Prolegómenos para una historia del concepto de tempo**. Madrid: Alianza, 2006.
- _____. **Ser e tempo II**. 13. e. Petrópolis: Vozes, 2005.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1955. v. I. t. 2º.
- INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.
- MORIN, Edgar. **O método II: A vida da vida**. 4.ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- PETIT, Eugène. **Tratado elemental de derecho romano**. 23.ed. Cidade do México, Porrúa, 2007.
- 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.
- SCHUMACHER, Bernard N. **Confrontos com a morte: a filosofia contemporânea e a questão da morte**. São Paulo: Edições Loyola, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.