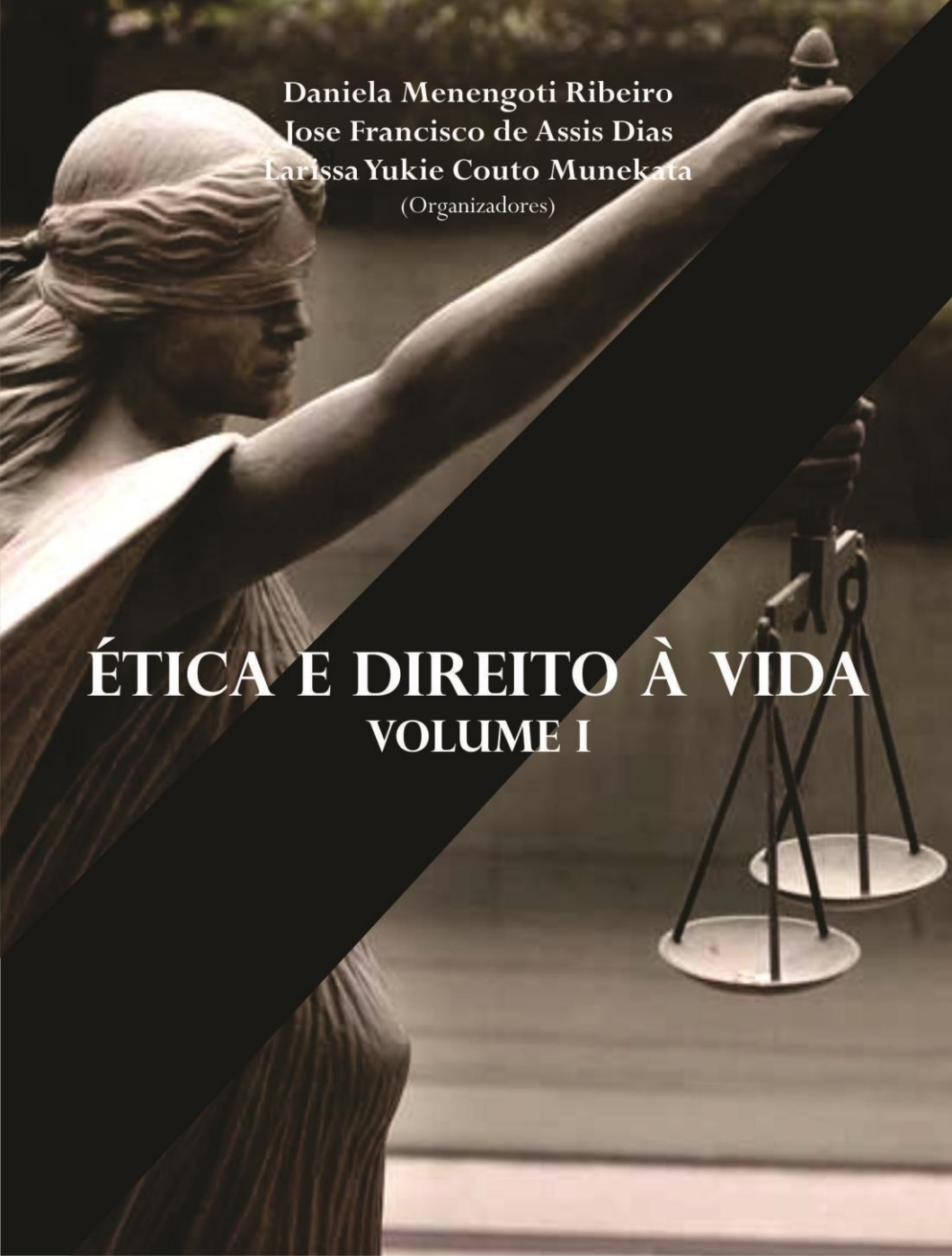




Daniela Menengoti Ribeiro
Jose Francisco de Assis Dias
Larissa Yukie Couto Munekata
(Organizadores)

ÉTICA E DIREITO À VIDA

VOLUME I



Editora Vivens
O Conhecimento a serviço da Vida

ÉTICA E DIREITO À VIDA

Volume I

**Daniela Menengoti Ribeiro
Jose Francisco de Assis Dias
Larissa Yukie Couto Munekata**
(Organizadores)

AUTORES:

*André Vinicius Rosolen
Camila Cristina de Oliveira Dumas
Cleber Sanfelici Otero
Eduardo Augusto de Souza Massarutti
Fernanda Barreto Ramos
Guilherme Francisco Seara Aranega
Humberto Luiz Carapunarla
Marco Aurélio Ribeiro Rafael
Muriana Carrilho Bernardineli
Rafael Altoé
Robson Aparecido Machado
Rodrigo Róger Saldanha
Siladelfo Rodrigues da Silva
Thaís Aline Mazetto Corazza
Thais Seravali Munhoz Arroyo Busiquia*

ÉTICA E DIREITO À VIDA

Volume I

Primeira Edição E-book



Associação Brasileira
de Editores Científicos



Editora Vivos

O conhecimento a serviço da Vida!

Maringá – PR – 2015

Copyright 2015 by

*Daniela Menengoti Ribeiro; Jose Francisco de Assis Dias;
Larissa Yukie Couto Munekata*

EDITOR:

Daniela Valentini

CONSELHO EDITORIAL:

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama - UNIPAR

Prof. Dr. Ivan Dias da Motta - UNICESUMAR

Prof. Dr. Lorella Congiunti – PUU - Roma

REVISÃO ORTOGRÁFICA:

Prof. Antonio Eduardo Gabriel

CAPA, DIAGRAMAÇÃO E DESIGN:

Bruno Macedo da Silva

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E84 Ética e direito à vida, volume I. / organizadores
Daniela Menengoti Ribeiro, José
Francisco de Assis Dias, Larissa Yukie Couto
Munekata; autores, André Vinicius Rosolen
... [et al]. – 1. ed. e-book – Maringá, PR:
Vivens, 2015. 224 p.

Modo de Acesso: World Wide Web:

<<http://www.vivens.com.br>>

ISBN: 978-85-8401-052-3

1. Direito à vida. 2. Vida humana. 3. Pena de morte. 4. Direito
e ética. I. Título.

CDD 22. ed. 340.112

Rosimarizy Linaris Montanhano Astolphi
Bibliotecária CRB/9-1610

*Todos os direitos reservados com exclusividade para o território
nacional. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou
transmitida por qualquer forma e/ou quaisquer meios ou
arquivada em qualquer sistema ou banco de dados sem
permissão escrita da Editora.*

Editora Vivens, O conhecimento a serviço da Vida!

Rua Sebastião Alves, nº 232-B – Jardim Paris III

Maringá – PR – CEP: 87083-450; Fone: (44) 3046-4667

<http://www.vivens.com.br>; e-mail: contato@vivens.com.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	07
I = DA NECESSÁRIA POSTURA DO HOMEM PERANTE SUA PRÓPRIA VIDA: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA <i>Camila Cristina de Oliveira Dumas</i> <i>Thaís Aline Mazetto Corazza.....</i>	09
II = A “VIDA DIGNA” COMO VALOR PRIMORDIAL DA PESSOA HUMANA <i>Cleber Sanfelici Otero</i> <i>Fernanda Barreto Ramos</i> <i>Eduardo Augusto de Souza Massarutti.....</i>	51
III = DA PROTEÇÃO PENAL DO NASCITURO: A VIDA INTRAUTERINA COMO OBJETO DE PROTEÇÃO DO CRIME DE ABORTO <i>Humberto Luiz Carapunarla</i> <i>Siladelfo Rodrigues da Silva.....</i>	79
IV = O DIREITO À VIDA E O “DEVER DE VIVER”: EXISTE O DIREITO DE PERSONALIDADE DE RENUNCIAR À VIDA “INDIGNA”? <i>Marco Aurélio Ribeiro Rafael.....</i>	103
V = O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E O DIREITO DE VIVER: NÃO (TE)MATARÁS! <i>André Vinicius Rosolen</i> <i>Robson Aparecido Machado.....</i>	136

**VI = A PENA DE MORTE E OS ASPECTOS
ONTOLÓGICOS DA VIDA COMO IMPERATIVOS
PARA PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA**

Rafael Altoé

Rodrigo Róger Saldanha..... 165

**VII – A LIBERDADE DE DISPOSIÇÃO DE IMAGEM
ÍNTIMA E OS REFLEXOS NO DIREITO À VIDA**

Guilherme Francisco Seara Aranega

Muriana Carrilho Bernardineli

Thais Seravali Munhoz Arroyo Busiquia..... 195

APRESENTAÇÃO

Esta obra é o primeiro volume da série coletânea “Ética e Direito à Vida”, nascida como “ideia” durante as aulas ministradas pelo Prof. Dias, na disciplina “Fundamentos ontológicos do direito à vida”, no programa de mestrado em ciências jurídicas do Unicesumar, no ano acadêmico de 2015.

Esta série saiu da “ideia” e se tornou realidade graças à dedicação e empenho da mestrand Larissa, que com tenacidade nipônica mobilizou a todos para que participassem e cumprissem os prazos acordados.

Este volume traz aos estudantes de ética, bioética e direito à vida os seguintes temas:

- no **primeiro** capítulo, **“Da necessária postura do homem perante sua própria vida: uma perspectiva jurídica”**, de *Camila Cristina de Oliveira Dumas e Thaís Aline Mazetto Corazza*;
- no **segundo** capítulo, **“A “vida digna” como valor primordial da pessoa humana”**, de *Cleber Sanfelici Otero, Fernanda Barreto Ramos e Eduardo Augusto de Souza Massarutti*;
- no **terceiro** capítulo, **“Da proteção penal do nascituro: a vida intrauterina como objeto de proteção do crime de aborto”**, de *Humberto Luiz Carapunarla e Siladelfo Rodrigues da Silva*;
- no **quarto** capítulo, **“O direito à vida e o “dever de viver”: existe o direito de personalidade de renunciar à vida “indigna”?”**, de *Marco Aurélio Ribeiro Rafael*;
- no **quinto** capítulo, **“O direito fundamental à vida e o direito de viver: não (te)matarás!”**, de *André Vinicius Rosolen e Robson Aparecido Machado*;
- no **sexto** capítulo, **“A pena de morte e os aspectos ontológicos da vida como imperativos para proteção da pessoa humana”**, de *Rafael Altoé e Rodrigo Róger Saldanha*;

- no **sétimo** capítulo, **“A liberdade de disposição de imagem íntima e os reflexos no direito à vida”**, de *Guilherme Francisco Seara Aranega, Muriana Carrilho Bernardineli e Thais Seravali Munhoz Arroyo Busiquia*.

Boa leitura!

DA NECESSÁRIA POSTURA DO HOMEM PERANTE SUA PRÓPRIA VIDA: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA

*Camila Cristina de Oliveira Dumas**

*Thaís Aline Mazetto Corazza***

1.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo surge da necessidade de se trazer ao debate jurídico uma reflexiva análise da atitude do homem perante sua própria vida. A inquietação do homem perante a trágica e irrefutável certeza da finitude da vida humana faz com que esse homem busque respostas para o sentido da vida em diversos embasamentos teóricos.

No primeiro capítulo será feita uma abordagem geral acerca do conceito de vida, parte-se de uma perspectiva de vida biológica, que se revela insuficiente para a análise complexa de que se pretende, passa-se então a análise da carga filosófica que a vida possui, se revelando ainda insuficiente, a frente uma análise do termo vida inserido no contexto social, revelando-se na necessidade de uma vida comprometida com o seu semelhante. Porém o primeiro capítulo se revelará insuficiente para se justificar a relação do homem consigo mesmo.

O segundo capítulo apresentará o termo vida elevada a categoria de direito de personalidade, bem como um direito fundamental que se encontra disciplinado no texto constitucional, pelo que revelar-se-á na necessária conclusão de que o termo vida atrelada a ideia de liberdade, como sendo um direito fundamental precisa ser protegido à luz da dignidade humana.

Por fim, com lastro nas premissas iniciais antes estabelecidas buscamos justificar quem é pessoa humana, salientando que para os fins perseguidos no presente trabalho,

* Advogada. Pós-graduada em direito material do trabalho e direito previdenciário pela faculdade INESP. Mestranda em Direitos da Personalidade no Centro Universitário de Maringá (UnICESUMAR).

** Advogada. Pós-graduada em direito público pela Universidade Potiguar. Mestre em Direitos da Personalidade no Centro Universitário de Maringá (UnICESUMAR).

esclarece, que indivíduo, pessoa humana, homem e Ser humano devem ser entendidos como sinônimos.

Após definido quem é pessoa perante a ordem jurídica brasileira, será realizada uma breve análise da proteção jurídica da pessoa humana na relação consigo mesma, sob uma perspectiva constitucional e proteção jurídico-penal de tutela. Diante das conclusões que serão estabelecidas no decorrer do trabalho se apresentará ao final a ideia de qual o melhor comportamento que o homem deve ter consigo mesmo e o respeito dos semelhantes diante de sua vida individualizada.

1.2 DIREITO À VIDA

1.2.1 A vida como direito de personalidade

A personalidade consiste em conjunto de caracteres do próprio indivíduo, que constitui a parte intrínseca da pessoa humana. É por meio da personalidade que a pessoa pode defender todos os outros bens que lhes são intrínsecos, que podem ser protegidos tanto pelos efeitos do reflexo do direito objetivo e como pelo direito subjetivo, a proteção desses direitos recebe o nome de *direitos de personalidade*, sendo a vida um desses direitos intrínsecos¹.

Existem duas concepções acerca da natureza dos direitos de personalidade. De um lado, aqueles que defendem que os direitos de personalidade pertencem à categoria de direitos subjetivos (com De cupis, Tobefñas, Perlingieri, Limongi França, Orlando Gomes, dentre outros). Assim, esses direitos ocupariam uma posição autônoma e distinta dos demais direitos, sendo essa a corrente predominante². Bittar assim entende os direitos de personalidade:

Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta – cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária – e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a

¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 35.

² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1989. p.5.

saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões de particulares³.

A doutrina, de um modo geral, atribui aos direitos de personalidade características especiais, quais sejam, absolutos, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, invioláveis, intransmissíveis, imprescritíveis, indisponíveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*.

Grande parte da doutrina tradicional se posiciona no sentido de que a vida é um bem indisponível, entendendo que não um existe um direito sobre a vida, mas um direito à vida. De Cupis disciplina que o direito à vida é um direito essencial, pois nenhum outro bem pode ser concebido apartado desse, afirmando inclusive que, se fosse possível, poderíamos classificá-lo como “essencialíssimo”⁴.

Nesse sentido, Bittar salienta que:

[...] tem-se a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento a esse direito, eis que se não pode ceifar a vida humana, por si, ou por outrem, mesmo com o consentimento, porque se entende, universalmente que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir missão própria na sociedade⁵.

Nessa mesma linha, Souza entende que o direito à vida não reconhece ao seu titular o direito de dispor da própria vida, devendo ser considerado inválido qualquer consentimento autorizando ou pedindo que outrem lhe cause a morte, ou ainda poderia se legitimar o suicídio⁶. Nesse sentido, destaca-se De Cupis que,

[...] os atos com que o sujeito visa dispor juridicamente do seu direito ou não têm eficácia, ou tem eficácia reduzida; mas além disso, é desprovido de proteção o ato com que ele pretende

³ *Ibidem*, p.7.

⁴ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos de personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008, p. 72.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1989. p. 66.

⁶ SOUZA, Rabindranath V.A Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 205.

pôr fim ao seu direito, destruindo pela sua própria atividade material o objeto desse direito⁷.

Pontes de Miranda entende que a vida é um direito que precisa ser protegido de quem quer que seja, inclusive de seu próprio titular, em razão de ser irrenunciável e inviolável⁸.

Assim, pode-se concluir que é de se pontuar que de fato a vida é um direito de personalidade, posto ser essencial ao homem, ou “essencialíssimo” nas palavras de De Cupis. Ocorre que, apesar disso, tem-se um grande problema que reside na pergunta: qual o conceito de vida? Assim, esse capítulo inicial tem a finalidade de buscar o melhor conceito de vida humana a ser tutela pela ordem jurídica.

1.2.2 Conceito de Vida Humana

Estabelecer um conceito objetivo de vida, diante da notável valoração que tal termo expressa e ainda almejar uma aceitação universal beira as esferas da utopia. O objetivo do presente tópico é abordar a ideia de qual a relação que o homem exerce diante de sua própria vida, com a finalidade de justificar sua proteção jurídico-penal no direito brasileiro, com especial ênfase no contexto da bioética.

Um dos principais atributos que diferencia o homem de Deus é a mortalidade, e apesar de ser uma certeza irrefutável, o homem jamais aceitou a condição de finitude da vida humana.

O termo Vida vem do latim *vita*, de *vivere*, e exprime a ideia de existência, uma força interior de ação.

A legislação brasileira não define o que é vida, somente estabelece o seu término com a morte encefálica⁹. Quanto ao início, a Lei Civil disciplina sua proteção a partir do nascimento com vida, quando do início a personalidade civil da pessoa

⁷ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos de personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 37.

⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 15.

⁹ A Resolução 1480/1997 do Conselho Federal de Medicina que estabelece os critérios para a caracterização da morte encefálica.

humana, lembrando que a Lei põe a salvo os direitos do nascituro¹⁰.

É possível analisar o termo “vida” sob a perspectiva de várias fundamentações teóricas. Como salienta Alarcón, vida pode ser enunciada pedagogicamente da seguinte maneira:

- a) A vida pode ser estudada como entidade biológica, tratada, então, pela biologia.
- b) A vida pode ser observada pela ótica da prática, ou como existência moral, tema da Ética.
- c) A vida é susceptível de ser abordada como valor supremo, objeto da concepção do mundo, no plano filosófico.
- d) A vida é passível de ser auscultada como resultado da interação do ser vivo reunido em coletividade, em um plano sociológico¹¹.

Por meio da análise dos quatros campos de interpretação teórica apresentada por Alarcón, buscar-se-á encontrar a resposta da seguinte pergunta: qual a ideia de vida a ser tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro?

Biologicamente, a vida humana tem início com a concepção, que ocorre com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Até quatorze dias após a fecundação, o zigoto remanescente forma um conjunto de células totipotentes não-individualizadas (pré-embrião). A tutela jurídica da vida humana apenas ocorre com a nidação, cujo momento se dá no décimo quinto dia da gestação, quando o zigoto se fixa definitivamente no útero materno, dando início à gestação¹².

Insta esclarecer que, apesar de ser reconhecida a existência de vida humana desde a nidação, quando há então um indivíduo, trata-se de uma vida absolutamente dependente da mãe, sendo que a independência apenas é alcançada após o nascimento com vida.

¹⁰ Art. 2º do Código Civil Brasileiro: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹¹ ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 25.

¹² CARVALHO, Gisele Mendes. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 102-103.

Do ponto de vista da biologia, vida é uma característica própria daqueles seres que se autoproduzem, pelas funções de produção e regulação. Um indivíduo que mantém suas funções vitais essenciais ativas é suficiente para se concluir pela existência de vida, é um impulso vital.

A partir do pensamento de Hobbes e Descartes, o conceito de vida começa a ser analisado sob uma ótica mecanicista e não apenas vitalista. Segundo estes, vida é uma organização físico-química da matéria corpórea, ao passo que o que o vitalismo entende não ser essa organização suficiente, sendo certo que o conceito de vida depende de um princípio de natureza espiritual¹³. Por isso, se faz necessária uma abordagem além da perspectiva biológica do termo vida.

A principal característica diferenciadora do homem dos demais animais é justamente o que torna complexa a interpretação de direito à vida: a racionalidade, a capacidade de pensar e o desejo incontestável de buscar justificativas e explicação de sua existência.

Em razão disso, o estudo interdisciplinar do direito à vida se faz necessário. É preciso distinguir animalidade e humanidade e a explicação entre esses dois termos foi construída historicamente pela filosofia¹⁴.

São Tomás de Aquino é o principal filósofo nesse assunto. A partir de seus ensinamentos, o homem deixa de ser visto sob a perspectiva de semelhança a Deus, e passa-se a um entendimento fundado na racionalidade.

O homem é um ente que precisa ser entendido como uma “substância composta”, analisada em três dimensões: o corpo, natureza sensitiva e intelectual. Dessa análise resulta no entendimento de um homem dotado de corpo e alma, com alma superveniente o próprio corpo¹⁵.

Nesse sentido, Antônio Chaves aponta a importância de se analisar o homem sob uma dupla perspectiva, completando a ideia de um ser dotado de matéria (corpo) e imaterialidade (alma), ou seja, interior e um exterior. “A vida, em suma, é algo

¹³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2012. p.1195-1196.

¹⁴ ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004. p.40.

¹⁵ AQUINO, Tomás de. **O ente e a essência**. Trad. Carlos Arthur do Nascimento. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 25-26.

que oscila entre um interior e um exterior, entre uma 'alma' e um 'corpo'"¹⁶.

Como observa Marilena Chauí, a perspectiva filosófica de se conceber o mundo justifica-se pelo fato de que o homem era tido como um objeto científico a ser estudado. As ciências humanas que surgem apenas a partir do século XIX percebem a necessidade de impor respeito como a ciência da matemática e das ciências naturais, já existentes e por isso, estudam seu objeto – o homem, empregando a este conceito, método e técnica, tal como faziam as ciências naturais¹⁷.

A percepção de que o homem ocupa posição de superioridade sob os demais seres vivos nos remete à antiguidade, contudo, seu estudo ganha importância entre os Séculos XV e início do Século XX, sob três diferentes enfoques de investigação: período humanista, período positivista e período do historicismo. Explicados à luz da didática costumeira de Marilena Chauí:

1. Período do **humanismo**: inicia-se no século XV com a ideia renascentista da **dignidade do homem** como centro do Universo, prossegue nos séculos XVI e XVII com o estudo do homem como **agente** moral, político e técnico-artístico, destinado a dominar e controlar a Natureza e a sociedade, chegando ao século XVIII, quando surge a ideia de **civilização**, isto é, do homem como razão que se aperfeiçoa e progride temporalmente através das instituições sociais e políticas e do desenvolvimento das artes, das técnicas e dos ofícios. O humanismo não separa homem e Natureza, mas considera o homem um ser natural diferente dos demais, manifestando essa diferença como ser racional e livre, agente ético, político, técnico e artístico.
2. Período do **positivismo**: inicia-se no século XIX com Augusto Comte, para quem a humanidade atravessa três etapas progressivas, indo da superstição religiosa à metafísica e à teologia, para chegar, finalmente, à ciência positiva, ponto final do progresso humano. Comte enfatiza a ideia do homem como um ser social e propõe o estudo científico da sociedade: assim como há uma física da Natureza, deve haver uma física do social, a **sociologia**, que deve estudar os fatos humanos usando procedimentos, métodos e técnicas empregados pelas

¹⁶ CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 10, n. 1-2, p. 13/14, 2010.

¹⁷ CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ed. Ática, 2000. p. 271.

ciências da Natureza. A concepção positivista não termina no século XIX com Comte, mas será uma das correntes mais poderosas e influentes nas ciências humanas em todo o século XX. Assim, por exemplo, a psicologia positivista afirma que seu objeto não é o psiquismo enquanto consciência, mas enquanto **comportamento observável** que pode ser tratado com o método experimental das ciências naturais. A sociologia positivista (iniciada por Comte e desenvolvida como ciência pelo francês Emile Durkheim) estuda a sociedade como fato, afirmando que o fato social deve ser tratado como uma **coisa**, à qual são aplicados os procedimentos de análise e síntese criados pelas ciências naturais. Os elementos ou átomos sociais são os indivíduos, obtidos por via da análise; as relações causais entre os indivíduos, recompostas por via da síntese, constituem as instituições sociais (família, trabalho, religião, Estado, etc.).

3. Período do **historicismo**: desenvolvido no final do século XIX e início do século XX por Dilthey, filósofo e historiador alemão. Essa concepção, herdeirado idealismo alemão (Kant, Fichte, Schelling, Hegel), insiste na diferença profunda entre homem e Natureza e entre ciências naturais e humanas, chamadas por Dilthey de ciências do espírito ou da cultura. Os fatos humanos são históricos, dotados de valor e de sentido, de significação e finalidade e devem ser estudados com essas características que os distinguem dos fatos naturais. As ciências do espírito ou da cultura não podem e não devem usar o método da observação-experimentação, mas devem criar o método da explicação e compreensão do **sentido** dos fatos humanos, encontrando a causalidade histórica que os governa¹⁸.

O homem não pode ser entendido tão somente como um ser biológico que se caracteriza apenas pelo reconhecimento de suas funções vital. O homem é composto de corpo e alma, é racional, indivíduo dotado de inteligência, que não pode ter sua vida resumida à existência de matéria física (corpo). É preciso justificar a existência da vida humana.

Aristóteles e São Tomás de Aquino já anunciavam que o homem é um ser social, entretanto, é a partir de Rousseau que essa ideia se positiva, com o pensamento de que a sociedade nasce da vontade humana com a intenção de proteção aos indivíduos, sendo que o grande objetivo da sociedade é o bem comum, e não o interesse individual e egoísta de cada pessoa.

¹⁸ *Ibidem*.

Com o positivismo de Augusto Comte, esse entendimento de homem como homem-social se concretiza, e a ideia de que é preciso construir relações sociais e manter vínculos afetivos ganha maior relevância. O homem vive em uma sociedade que possui regras e, é um ser capaz de transformar a realidade, não apenas a sua, mas também daqueles que o rodeiam.

Como observa Alárcon, passa-se de uma observação biológica ou filosófica a uma econômica-social, ou seja, “[...] entender o ser humano como sujeito que produz no social e para o social, indivíduo diferenciado, capaz de mudar sua realidade em função de ideias, algo que se manifesta em relação ao mundo que cria, a partir da junção de seus esforços”¹⁹.

O homem é, em primeiro lugar, um indivíduo formado de corpo e alma, que se desenvolve pelo ímpeto interno que o move, e está sempre em busca de satisfazer suas vontades. Porém, esse mesmo homem individualizado em sua essência, não pode ser gestor apenas de vontade internas, é preciso que, de suas conquistas pessoais resulte em progresso para a sociedade, ou ao menos, não a prejudique. O homem como ser social, precisa acima de tudo, ter responsabilidade com os demais homens que também coabitam a mesma sociedade. Ao passo que o homem, como ser individualizado que é, vive em busca de suas realizações pessoais.

Conforme se infere do breve histórico proposto em busca de se atribuir uma definição para o termo vida, percebe-se que o conceito de vida acompanhou as mudanças de paradigma da evolução histórica da humanidade, sendo certo que, à luz do ordenamento jurídico brasileiro atual, o conceito de vida precisa obrigatoriamente estar vinculado ao conceito de dignidade humana (art.1º, III da CF/88).

1.2.3 Sacralidade *versus* qualidade de vida

A diferenciação ou fusão de sacralidade e qualidade de vida nesta pesquisa apresentada será abordada à luz do pesquisador da bioética espanhol Diego Gracia, e também de Leo Pessini, que segue fielmente a proposta apresentada por Gracia.

¹⁹ ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 44.

Dizer que o conceito de vida precisa ser analisado à luz da dignidade humana faz surgir uma dupla perspectiva de abordagem possível de análise. De um lado, a visão de que o homem deve ser o protagonista de sua própria vida, sendo ele, portanto, o único juiz de sua vida/morte, ideia que se liga a “qualidade de vida”²⁰.

De outro lado, aqueles que defendem a “sacralidade da vida” e sua inviolabilidade, o fazem com fundamento de que a vida é propriedade de Deus, sendo o homem não possuidor de sua própria vida, mas tão somente administrador dela²¹.

Como adverte Diego Gracia, qualidade é um valor, e apesar de haver inúmeras teorias sobre a concepção de valor (naturalista, utilitarista, emotiva, axiológica), uma coisa é certa, todas essas teorias possuem como raiz a ideia de algo que precede a qualidade, que desde a Antiguidade se conhece como *sacralidade*, ou seja,

[...] o sentido do sagrado, na famosa sentença de Sêneca, *homo homini res sacra*²², é o do inscrito na ordem divina da natureza e portanto absolutamente respeitável, intocável por Deus (*lex naturalis*). Esse é o sentido primário da expressão *sacralidade da vida humana*²³.

Diferentemente ocorre com a proposta de qualidade de vida, que possui sua construção teórica na modernidade, a qual decorre do princípio absoluto do respeito ao ser humano, posto ser o homem sua própria fonte legislativa. Assim, o modo de

²⁰ PESSINI, Léo. Distanásia: até quando investir sem agredir? In: **Revista Bioética**, v. 4, n. 1, 2009. p. 141.

²¹ *Ibidem*, p.04.

²² Um cidadão romano de origem ibérica que assume o estoicismo, onde cada homem passa a ser considerado como uma coisa sagrada, o *homo*, *hominis res sacra*, salientando que, para além de uma *pátria física e acidental*, haveria uma pátria humana e superior, deste modo se acentuando a vertente panteísta e metafísica da ordem universal, o entendimento do mundo como o pai único de todos, onde também se encontraria a origem de cada. Disponível em: <<http://maltez.info/biografia/seneca.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

²³ DE LA CIENCIA, Historia; BAJO, Pabellón IV. Diego Gracia Guillén. **Contenidos**. Disponível em: <[file:///C:/Documents%20and%20Settings/Camila/Meus%20documentos/Downloads/Cuadernos%20del%20Programa%20Regional%20-%20OPS-OMS 465.pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/Camila/Meus%20documentos/Downloads/Cuadernos%20del%20Programa%20Regional%20-%20OPS-OMS%20465.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2015. p. 46. Nesse mesmo sentido, ver: PESSINI, Léo. Distanásia: até quando investir sem agredir? In: **Revista Bioética**, v. 4, n. 1, 2009. p. 150.

respeito não é absoluto, mas fruto de uma construção histórica estabelecida pelos membros de cada sociedade²⁴.

Desta forma, pode-se dizer que a sacralidade de vida é um critério absoluto, por isso dizer que se trata de um critério formal, que pode ser pensado pela expressão “o que”, é imutável, é o princípio absoluto de que o ser humano deve ser respeitado. Agora, o modo de respeito deve ser pensado na expressão “como”, assim, tem-se um critério subjetivo, vez ser fruto de uma construção histórica determinada de cada sociedade. Nesse ponto reside a função moral do homem, estabelecer esse “modo”: “[...] nessa perspectiva sacralidade formal e qualidade material não são opostos, mas complementares. O “que” é o objeto da sacralidade e o “como” o da qualidade”²⁵.

Mas, qual a teoria de valores que melhor se adequa para se entender a qualidade de vida?

A teoria naturalista entende a sacralidade de vida como um princípio que advém da lei natural, sendo o resultado decorrente do juízo prudencial de situações concretas, diante das circunstâncias e consequências que dela decorrem.

A teoria emotiva, por seu turno, de caráter eminente subjetivo e utilitarista, de influências nas obras de Hume, determina que a qualidade está relacionada com o valor entregue de acordo com a utilidade decorrente daquela escolha.

A teoria axiológica, por fim, permite pensar no conceito de qualidade de vida quando do conflito entre valores, uma vez que “[...] a vida orgânica é um valor vital que em todas as culturas sempre teve uma avaliação inferior a outros valores éticos ou religiosos”²⁶. Gracia cita o seguinte exemplo:

[...] sempre se considerou uma característica de heroísmo ou de santidade que alguém dê sua vida para ajudar seus semelhantes (valor ético) ou para defender suas próprias crenças (valor religioso). Pelo contrário, sempre se criticou a

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 151.

²⁶ DE LA CIENCIA, Historia; BAJO, Pabellón IV. Diego Gracia Guillén. **Contenidos.** Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Camila/Meus%20documentos/Downloads/Cuadernos%20del%20Programa%20Regióna%20-%20OPS-OMS_465.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2015.

conduta dos que traem suas crenças ou seus princípios morais para salvar a vida. Disso se deduz que a vida não é um valor moral nem um critério de moralidade²⁷.

Os critérios de qualidade de vida têm por finalidade instituir critérios que ajudem a encontrar um equilíbrio entre a vida como simples processo biológico e a vida como valor moral. Conforme já demonstrado, a sacralidade de vida é um aspecto formal e absoluto, ao passo que a qualidade de vida é um critério material e subjetivo. Assim, o caráter da sacralidade de vida não é variável, ao passo que a qualidade de vida divide sua estrutura em dois níveis que Gracia chama de ética dos máximos e ética dos mínimos.

Significa dizer que, cada pessoa define individual e socialmente de acordo com seu próprio sistema de valores, seu próprio conceito de vida e de qualidade de vida, aquilo que o faz feliz. A ética dos máximos, bem como base a valorização da autonomia e beneficência, ao passo que a ética dos mínimos, bem como base os princípios da não-maleficência e justiça. Note-se que, tem-se uma perspectiva individualista (nível privado) e outra perspectiva social (nível público)²⁸.

Além dessa dupla perspectiva (momento deontológico), é preciso ter em mente o momento teleológico – consequências e circunstâncias da teoria da qualidade de vida. Como adverte Gracia, o conceito de qualidade e sacralidade de vida não são incompatíveis, mas complementares, e compreende três importantes níveis: 1) qualidade de vida privada ou dos máximos; 2) qualidade de vida pública ou de mínimos; e 3) o critério da excepcionalidade, que permite justificar exceções à norma de acordo com critérios de qualidade, em vista das circunstâncias que se produziriam de não se fazer dessa maneira²⁹.

Após todo o exposto, tem-se que a sacralidade de vida é um critério objetivo do direito à vida, e pode-se dizer que dele decorre seu caráter de proteção absoluto oponível *erga omnes*, vez ser universalmente reconhecida a essencialidade do ser humano. De outro vértice, a qualidade de vida é critério subjetivo, posto que é variável de sociedade para sociedade, e

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

de pessoa para pessoa. Tem-se assim, um critério valorativo que à luz do ordenamento jurídico vigente que precisa ser compreendido com lastro na dignidade humana. Importante dizer ainda que, ambas as posições (sacralidade e qualidade de vida) não devem ser analisadas como critérios que se anulam, mas que se completam e possuem como finalidade a busca do melhor resultado para que se assegurar a dignidade humana da pessoa.

1.2.4 Da proteção do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro

Apesar do presente estudo gravitar na órbita do direito à vida, esta pesquisa tem o objetivo de analisar a postura que o homem precisa ter com relação à sua própria vida, não no sentido de disposição voluntária e intencional desse bem jurídico, mas no sentido de qual é a proteção mínima que se espera do homem para consigo próprio frente às atitudes que possam indiretamente levar à morte da pessoa, e sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante da inquestionável importância da vida como condição de existência, sua proteção se faz necessária. Como adverte De Cupis, sua existência decorre do direito penal, porém isso não diminui sua qualidade de direito privada³⁰.

Apesar de quase instintivo, o entendimento do caráter essencial de proteção do direito à vida, esse direito apenas passa a compor o texto constitucional brasileiro a partir da Constituição de 1946 (Constituição dos Estados Unidos do Brasil), que assim disciplinava em seu art. 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e a propriedade, nos termos seguintes”³¹.

No plano do direito internacional, o primeiro documento histórico a abordar o tema do direito à vida foi a Petição de

³⁰ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos de personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 37.

³¹ BRASIL. **Constituição de 1946**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=DO+ART.+141%2C+DA+CONSTITUI%3C%87%3C%83O+FEDERAL+DE+1946>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

Direitos de 1628³², documento fruto da insatisfação dos parlamentares ingleses com o monarca, que possuía a finalidade de estabelecer limites aos seus poderes. Nesse ínterim, a proteção do direito à vida aparece como um direito de defesa contra terceiros, e essa foi a linha histórica de proteção do direito à vida que se estabeleceu pelo mundo.

Apenas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³³, documento de direitos humanos mais significativo nesse processo evolutivo, pois editado após as atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, é que o direito à vida aparece tanto como um direito subjetivo do indivíduo, quanto um direito de defesa contra terceiros. O referido documento traz no seu art. 3º: “Todo homem tem o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”³⁴.

Nesse mesmo sentido o Pacto de São José da Costa Rica, o qual ingressa no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992³⁵, em seu artigo. 4º, prescreve o direito à vida da seguinte forma: “Toda a pessoa tem o direito de que respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

A Constituição Federal de 1988 de igual sorte em seu artigo 5º, que prevê a inviolabilidade do direito à vida: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes”.

A vida humana não precisa de uma norma expressa como condição de seu reconhecimento, pois decorre de um critério natural, de caráter imprescindível para a existência da pessoa humana, não é possível se pensar em direitos e garantias sem condição de existência da pessoa.

³² INGLATERRA. **Petição de Direitos de 1628**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/peticao-de-direito-1628.html>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

³³ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ BRASIL. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2015.

A previsão constitucional do direito à vida segue a ideia de proteção conferida pela Declaração Universal de Direitos Humanos, que disciplina uma dupla dimensão do direito à vida.

A primeira dimensão diz respeito à obrigação de respeito perante terceiros, proibindo condutas comissivas ou omissivas, dolosas ou culposas que gerem diminuição da integridade física e psíquica, bem como a destruição da vida. De outro giro, impõe-se ao Estado o dever de consecução do efetivo exercício do direito à vida³⁶.

Apesar de ser o direito à vida um direito fundamental, não se trata de um direito absoluto, pois a própria Constituição admite a possibilidade de pena de morte, nos casos de guerra declarada (art. 5º, XLVII da CF).

O Código Penal, por seu turno, também relativiza a inviolabilidade do direito à vida, porquanto prevê as excludentes de ilicitude (art. 23 do CP) para a prática do delito de homicídio em legítima defesa (art. 25 do CP), ou homicídio em estado de necessidade (art. 24 do CP). Além da possibilidade de aborto (art. 128 do CP) em dois casos específicos: para salvaguardar a vida da mãe e no caso de gravidez decorrente de estupro.

A principal função do direito penal é zelar pela proteção de bens jurídicos, que são todos os valores da vida humana protegidos pelo direito³⁷. Nesse sentido, a vida é o bem jurídico de maior relevância para o direito.

O reconhecimento do direito à vida como bem jurídico digno de tutela penal não depende de valoração social, pois a concepção do bem jurídico “vida” é feita com base em critérios bio-psicológicos com lastro normativo³⁸.

Nesse sentido, imperioso se faz destacar os ensinamentos de Gracia Martín:

Independentemente do fato de que outros ramos do Direito possam acentuar o aspecto exclusivamente naturalístico da vida humana, o certo é que o Direito Penal deve partir da ideia de que esse bem jurídico há de ser determinado a partir de

³⁶ CARVALHO, Gisele Mendes. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 99.

³⁷ CASTELLÓ NICÁS, Nuria. El bien jurídico en el delito de manipulaciones genéticas del art. 159 del Código Penal español. In: **Revista electrónica de ciencia Penal y criminología**, 2002.

³⁸ CARVALHO, Gisele Mendes. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 101.

critérios normativos, e não pode prescindir das concepções sociais. Uma concepção estritamente normativa da vida, porém, careceria de toda limitação se prescindisse toda a realidade naturalística. Esta deve constituir a meu ver, um limite para a valoração. E ainda continua, (...) Impõe acrescentar aqui que uma concepção estritamente naturalista não seria compatível com a descriminalização de algumas formas de aborto ou com a legalização de qualquer espécie de eutanásia, e tampouco com a morte em legítima defesa ou em estado de necessidade. Se isto é assim, e o Direito positivo, conforme a Constituição, autoriza a morte de outrem em determinadas circunstâncias, é porque um conceito exclusivamente naturalístico de vida humana não pode esgotar o conteúdo desse bem jurídico³⁹.

Por mais que a doutrina de uma maneira geral se empenhe na desafiadora e árdua tarefa da construção de teses que sustentem ter a vida um caráter absoluto, sendo indisponível e irrenunciável, e ainda como não pertencente ao seu próprio titular, é inegável que no ordenamento jurídico brasileiro, do ponto de vista do direito positivo, a proteção jurídica que o direito à vida recebe é um direito de defesa perante terceiros. Nesse ponto pode-se dizer que o direito à vida é um direito de caráter absoluto.

Em que pese o Direito Civil prever a indisponibilidade da disposição do próprio corpo quando o ato implicar diminuição permanente ou contrariar os bons costumes, tal norma não tem o condão de criar uma postura de obrigatoriedade de cuidados específicos do titular do direito com seu próprio corpo. Não se trata de um direito absoluto.

O corpo é a parte material que compõe o homem, é a substância que o coloca no mundo terreno, no plano de existência física. É por meio do corpo que o homem é situado no tempo e o espaço. A parte mais interessada na manutenção da integridade física e psíquica é seu próprio titular.

Para os fins perseguidos no presente estudo, é preciso estabelecer que, em que pese a mandamento civilista de indisponibilidade do próprio corpo, tal assertiva precisa ser analisada à luz constitucional, com lastro na dignidade humana do indivíduo, sendo certo que o instituto da autolesão não gera

³⁹ GRACIA, Martins Luis. **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**: vida humana independiente y liberdade. Valencia: Tirant do blanch, 1993. p. 22-23.

consequências jurídicas à própria pessoa, pois não se trata de conduta incriminadora.

Como observa Bittar, o problema da autolesão apenas ganha destaque na esfera jurídica, quando em conexão com o objetivo não permitido pelo ordenamento jurídico, caso contrário não existe delito no ato em si⁴⁰.

Como se vê, o próprio ordenamento jurídico brasileiro rompe com a ideia de sacralidade da vida (que decorre do caráter absoluto), posto que estabelece expressamente momentos de relativização da vida humana. Assim, é preciso haver uma ponderação entre as perspectivas da qualidade e sacralidade de vida, um equilíbrio que deve ser alcançado com lastro na dignidade humana.

Hodiernamente, a defesa da sacralidade da vida se revela em um verdadeiro “tabu”, uma busca de se tutelar essa moralidade como uma norma da sociedade. Entretanto, como adverte Carvalho, a própria sociedade rompe esse “tabu” no momento em que admite algumas causas de justificativa da morte de outra pessoa, como no caso da atuação em legítima defesa que dá cabo na vida de terceiro, ou na atuação em estado de necessidade⁴¹.

1.3 DIREITO À LIBERDADE

1.3.1 Direito à Liberdade como Direito de Personalidade

O direito à liberdade, tal qual o direito à vida, também é um direito de personalidade, um direito de cunho psíquico. Nos ensinamentos de Bittar, “[...] é a prerrogativa que tem a pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo das relações”⁴². Essa liberdade se desdobra em várias classificações de liberdade, de locomoção, religiosa, negocial, dentre tantas outras reconhecidas pela ordem jurídica.

Dentre as características típicas do direito à liberdade, a que merece destaque é seu caráter de indisponibilidade, posto

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1989. p. 74.

⁴¹ CARVALHO, Gisele Mendes. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 93.

⁴² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1989. p. 97.

que como afirma Bittar, a única forma de ocorrer a perda da liberdade decorre de sanção estatal, via sentença judicial específica para tal fim, sendo que os limites de disposição decorrem da necessidade de inserção no contexto social⁴³.

Assim, tem-se ser inegável que a liberdade é um direito de personalidade, posto ser essencial para o desenvolvimento da personalidade da pessoa e para sua inserção no contexto social. Porém, existem inúmeras perspectivas de se estudar o direito à liberdade. Para os fins perseguidos no presente estudo, estudar-se-á mais detalhadamente alguns aspectos necessários do direito à liberdade.

1.3.2 Liberdade positiva e negativa

O termo liberdade possui inúmeros conceitos, só Berlin chegou a contabilizar cerca de 200 significados diversos para o termo, contudo imperioso dizer que na política contemporânea apenas dois exprimem relevância, pois capazes de precisar variações políticas: sendo eles o conceito negativo e positivo⁴⁴.

Para Berlin, o sentido político de liberdade é a liberdade negativa e liberdade positiva. De acordo com Berlin, a liberdade negativa é a área em que o indivíduo pode agir sem sofrer limitação de terceiros: “Se sou impedido por outros de fazer o que, de outro modo, poderia fazer, deixo de ser livre nessa medida; se essa área é limitada por outros homens além de um certo mínimo, podem dizer que estou sendo coagido ou, provavelmente, escravizado”⁴⁵.

A ideia de impedimento está relacionada à falta de capacidade física e psíquica e não ao impedimento econômico. Ser livre, nesse sentido, significa não sofrer interferência dos outros, de ver frustrado seus desejos⁴⁶.

Berlin explica que a liberdade consiste na ausência de interferência além da linha traçada, enfatizando que essa ideia é aceita tanto por liberais como por conservadores, *in verbis*:

⁴³ *Ibidem*, p. 98.

⁴⁴ CASARIN, Júlio César. Isaiah Berlin: afirmação e limitação da liberdade. *In: Revista Sociologia e Política*, v. 16, n. 30, p. 283, 2008.

⁴⁵ BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**: pensamento político. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. São Paulo: Editora Universidade de Brasília. p. 136.

⁴⁶ *Ibidem*, p.137.

Mas liberais e conservadores concordavam que uma parcela da existência humana precisa continuar independente da esfera de controle social. Qualquer que seja o princípio segundo o qual deva ser traçada a área de não-interferência – o direito natural ou termos de um imperativo categórico, a sacralidade do contrato social ou qualquer outro – “liberdade” nesse sentido significa liberdade *de*: ou seja, ausência de interferência além da linha traçada⁴⁷.

O sentido de liberdade positiva, segundo Berlin decorre do desejo do homem ser dono de si próprio, de ter o controle de sua vida e poder tomar suas decisões pessoais sem qualquer tipo de força externa. Estabelecer metas e diretrizes internas e conseguir concretizá-las. Segundo o autor: “Eis aí pelo menos parte do que quero expressar quando digo que sou racional e que minha razão que me distingue, por ser humano, de todo o resto do mundo”⁴⁸.

A liberdade, nesse aspecto, precisa ser entendida como liberdade de nenhuma interferência além da fronteira móvel, mas sempre identificável⁴⁹.

A grande diferença entre os conceitos de liberdade negativa e liberdade positiva decorre da resposta do seguinte raciocínio:

[...] “quem me governa?” é logicamente distinta da pergunta “até que ponto o governo interfere comigo?” É nessa diferença que reside o grande contraste entre os conceitos de liberdade positiva e liberdade negativa. O sentido “positivo” de liberdade surge ao tentarmos responder não à pergunta “sou livre para fazer o que ou ser o quê?”, mas à pergunta “por quem sou governado?” ou “quem vai dizer o que sou e o que sou, o que ser ou o que fazer?”⁵⁰.

⁴⁷ BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Disponível em: <<http://www.institutoliberal.org.br/biblioteca/classicos/quatro-ensaios-sobre-liberdade-isaiah-berlin/>>. Acesso em: 06 nov. 2015. p. 13.

⁴⁸ BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**: pensamento político. Trad.Wamberto Hudson Ferreira. São Paulo: Editora Universidade de Brasília. p.142.

⁴⁹ *Ibidem*, p.140.

⁵⁰ BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Disponível em: <<http://www.institutoliberal.org.br/biblioteca/classicos/quatro-ensaios-sobre-liberdade-isaiah-berlin/>>. Acesso em: 06 nov. 2015. p. 14.

A ideia de liberdade positiva deriva do pensamento de “liberdade *para*” e não de “liberdade *de*”. O sentido de “positivo” do termo “liberdade” decorre do desejo que cada qual possui de ser senhor de si mesmo, de autogovernar-se, de fazer suas escolhas pessoais⁵¹.

Norberto Bobbio define liberdade negativa como “[...] uma situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou não de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos”. Ao passo que a liberdade positiva é entendida como

[...] a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros. Essa forma de liberdade é também chamada de autodeterminação ou ainda mais propriamente, de autonomia⁵².

Desta forma, pode-se concluir que a ideia de liberdade negativa em face do poder Estatal se traduz em uma liberdade jurídica (ato jurídico), um direito contra o Estado, a um não embaraço e uma competência para, se for necessário, questionar judicialmente a violação desse direito oprimido. Ao passo que, a ideia de liberdade positiva em face do poder Estatal está relacionada com a soma de uma liberdade com um direito a uma ação positiva.

1.3.3 Liberdade religiosa como exercício da autonomia

Impossível seria apresentar as centenas significados que o termo liberdade pode expressar. Em razão disso, escolheu-se apresentar as diferenciações que implicam em consequências reais ao presente trabalho. Conforme analisado no item supra, a autonomia é sem dúvida uma expressão de liberdade, portanto, o presente item se presta a justificar a liberdade religiosa, em especial daqueles que professam a fé das Testemunhas de Jeová.

José Afonso da Silva ensina que “[...] o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² BOBBIO, Norberto. **Igualdade Liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 48-51.

autuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”⁵³.

A ideia de autonomia do indivíduo ganhou significado expressivo à luz do pensamento Kantiano, que desenvolveu a ideia de liberdade apresentado por Rousseau, atribuindo subjetividade, com lastro na moralidade, ampliando assim o conceito inicialmente proposto de liberdade, que passa então a ter uma identidade ligada à autonomia da vontade.

A liberdade é expressada por meio da autonomia da vontade de cada ser:

Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas. Demonstrar falta de respeito para com um agente autônomo é desconsiderar seus julgamentos, negar ao indivíduo a liberdade de agir com base em seus julgamentos, ou omitir informações necessárias para que possa ser feito um julgamento, quando não há razões convincentes para fazer isto⁵⁴.

Na ideia Kantiana, autonomia da vontade precisa ser um dever moral que pertence a cada indivíduo da igual forma, não apenas a uma pessoa. Segundo o autor, o desejo de agir segundo esse princípio deve ser independente de sentimentos, influências externas ou inclinações, o que o autor denomina de imperativo categórico: “Age de tal maneira que possa usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”⁵⁵.

É preciso ainda diferenciar autonomia da vontade ou autodeterminação de autonomia privada.

Francisco do Amaral assim ensina: “Autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 236.

⁵⁴ GOLDIM, José Roberto. **Princípio do respeito à pessoa ou da autonomia**. v. 14, n. 3, 2004.

⁵⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 59.

que a tese da autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos"⁵⁶.

Denis Franco Silva assim disciplina:

Ser autônomo, para o direito privado liberal clássico, seria não sofrer interferências externas no auto-regulamento dos próprios comportamentos ou relações, de forma a poder concretizar seus interesses na maior medida possível⁵⁷.

Para Ferri, autonomia privada é sinônimo de poder de disposição⁵⁸. Ronald Dworkin explica:

Embora os termos liberdade e autonomia sejam, por vezes, usados de forma permutável, distingo-os da seguinte maneira. A autonomia total de uma pessoa é a sua capacidade de agir como quiser, livre de condicionalismo ou ameaças impostas por outros ou por uma comunidade política. A sua liberdade negativa é a área da sua autonomia que a comunidade não pode retirar sem a ofender de algum modo especial, comprometendo a sua dignidade, ao negar-lhe a preocupação igual ou uma característica essencial da responsabilidade pela própria vida⁵⁹.

Para Dworkin, a liberdade é um conceito interpretativo, assim, ela apenas pode ser bem compreendida quando associada à um valor mais profundo da responsabilidade pessoal, e quando se associa liberdade à dignidade é que se pode falar em liberdade como um valor⁶⁰.

O ser humano tem a necessidade de realizar suas escolhas pessoais e essa possibilidade de se autodeterminar é que garante que o indivíduo seja livre. Para que se garanta a dignidade humana, é necessário que se permita a autonomia

⁵⁶ AMARAL, Francisco. Autonomia privada como poder jurídico. In: **Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 293.

⁵⁷ SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da Invenção à Reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 139.

⁵⁸ FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1959. p. 224.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 375.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 376.

individual, expressada na liberdade de escolha de cada indivíduo⁶¹.

Para Leonardo Agostini, “[...] para afirmar que o ser humano tem dignidade, é preciso mostrar que é autônomo, o que implica, necessariamente, ser livre”⁶². Nesse mesmo sentido, Immanuel Kant diz que a todo ser racional deve se atribuir liberdade, pois esta é a forma pela qual o ser humano poderá agir segundo suas próprias vontades.

Um ser humano autônomo, aquele que tem liberdade para agir, é essencial, pois apenas dessa forma conseguirá proteger sua dignidade humana.

Para Szaniawski, a liberdade deve ser entendida como o “[...] poder de autodeterminação do homem, ou seja, todo o poder que o homem exerce sobre si mesmo, auto-regulando o seu corpo, o seu pensamento e o seu comportamento”.⁶³

Liberdade é o direito de realizar escolhas que se coadunem com suas inclinações pessoais, direito de construir suas próprias convicções pessoais, para então criar uma soberania sobre si mesmo (autodeterminação), escolher entre o certo e o errado, ou mais ainda, definir a si próprio o que é certo e o que é errado.

Diante de todo exposto, é de se concluir que o homem precisa necessariamente ser livre para realizar suas escolhas pessoais, escolher seus valores, e uma dessas escolhas, sem dúvida nenhuma, é a escolha da religião, como adverte Azevedo: “O modo de vida é pautado nestes valores ao ponto de definir a própria identidade pessoal”⁶⁴.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (art.18) reconhece o direito à liberdade religiosa:

⁶¹ DUMAS, Camila; BANA, Isabella. A possibilidade da união entre casais do mesmo sexo frente os limites da intervenção estatal na autonomia privada. In: **Revista da academia brasileira de direito constitucional**. Curitiba, 2014, vol. 5, n.9, jul-dez. p. 363-381.

⁶² AGOSTINI, Leonardo. **Autonomia: fundamento da dignidade humana em Kant**. 2009. 101f. Dissertação de mestrado – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 54.

⁶³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 301.

⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Parecer - Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue**: mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo. Saraiva. 2010. p. 19.

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.⁶⁵

Nesse mesmo sentido, a CF/88 reconhece a toda pessoa o direito à liberdade de religião (art.5º, VI), e esse direito de liberdade precisa ser entendido de maneira extensiva, ou seja, as pessoas têm o direito, não apenas de escolher uma religião, mas de construírem suas vidas de acordo com os valores da doutrina religiosa que escolheram para professar a sua fé. Nesse sentido, Azevedo: “Em geral, as crenças religiosas, espécies da liberdade de pensamento ou consciência e decorrência da própria condição humana e do direito à vida, formam as convicções mais íntimas de um ser humano”⁶⁶.

Ratificando esse entendimento destaca-se Jayme Weingartner Neto:

O estado deve levar a sério o fato de que a religião ocupa um lugar central na vida de muitas pessoas, devendo, portanto, “considerações e respeito por todas as formas de religiosidade, mesmo pelas mais inconventionais” (núcleo da livre escolha de crença – CPJ 1 1.2). O Estado tem, neste contexto, um dever de abster-se de perturbar; a adesão/abandono de uma confissão religiosa, a educação religiosa das crianças por seus pais ou responsáveis, o serviço religioso, o uso de indumentária própria ou de símbolos religiosos, etc. Trata-se de uma reserva de intimidade religiosa cujo mérito intrínseco é insindicável pelo Estado⁶⁷.

Como observa Barroso, a ordem jurídica reconhece que a religião representa importante papel na vida das pessoas,

⁶⁵ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

⁶⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Parecer - Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue**: mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo. Saraiva. 2010. p. 277.

⁶⁷ WEINGARTNER, Jayme Neto. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p. 117.

independentemente de serem crentes, ateias ou agnósticas, afinal

[...] submeter um crente a práticas contrárias a sua religião é tão invasivo quanto determinar a um ateu que se ajuste a padrões religiosos. Em qualquer caso haverá a imposição externa de valores existenciais e a consequente violação da dignidade como autonomia.⁶⁸

O Estado precisa proteger o homem, e isso inclui a proteção de professar a sua fé. Nesse sentido, destaca-se Habermas:

[...] independentemente de como os interesses envolvidos na relação entre Estado e organizações religiosas estejam distribuídos, um Estado não pode impor aos cidadãos, aos quais garante a liberdade de religião, obrigações que não combinam com uma forma de existência religiosa⁶⁹.

Assim, filia-se ao entendimento de Luís Roberto Barroso, o qual acredita que o Estado não pode impor uma religião, tampouco impedir de qualquer forma o exercício de qualquer religião, exceto para proteção de terceiros.

De todo exposto, resta claro que o direito à liberdade de religião é um direito fundamental que assegura à pessoa humana a possibilidade de realizar escolhas individuais de mais elevada profundidade, portanto, deve ser respeitada de forma ampla, sob pena de ofensa à dignidade humana da pessoa.

1.3.4 A proteção de liberdade que se espera do estado

O Estado pode interferir nas decisões individuais da pessoa humana? Levando em conta que, o que vigora hoje no Brasil é o Estado Democrático de Direito, que fora instituído por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, conclui-se que o limite para a interferência estatal na vida privada do

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: (Cords.) AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 369.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007. p. 299.

indivíduo encontra-se limitada ao texto constitucional (art.5, II da CF/88).

Assim, ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíba, e o Estado, por seu turno, apenas pode interferir na liberdade individual da pessoa nos casos previsto em lei, ainda que não haja previsão legal para salvaguardar direito de terceiros.

Então, qual a justificativa de o Estado se sentir no direito de obrigar uma pessoa a se submeter a um tratamento médico contra sua vontade, seja por motivo religioso, ou qualquer outra justificativa? Como adverte Nelson Nery Júnior, “[...] importante destacar que a obrigatoriedade à realização de determinada conduta deve consentir com o princípio da legalidade, ou seja, deve estar definida por lei [...]”⁷⁰.

O direito fundamental à liberdade, insculpido na Constituição de 1988, deve ser analisado à luz da dignidade humana, ou seja, com a finalidade precípua de garantir o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. É um direito de todo indivíduo construir seu próprio plano de vida, fundado em suas convicções pessoais, religiosas e morais, como bem ensina Mill, uma vez que “[...] cada um é o guardião adequado de sua própria saúde, quer do corpo, mente e espírito”⁷¹.

Levanta-se, por exemplo, o caso das Testemunhas de Jeová, que, ao se recusarem a se submeter à transfusão sanguínea, além de ser uma decisão perfeitamente autônoma, está em completa harmonia com seus planos de vida, pois é a religião que escolheram para professar sua fé.

Respeitar a dignidade do ser humano é garantir o exercício de sua autonomia. Somente quando uma decisão não seja perfeitamente autônoma – não é o caso das Testemunhas de Jeová que se recusam a receber sangue, coerentes em suas decisões – é que então se legitimaria a interferência estatal.

Ao revés, existem situações em que se justificaria uma imposição de tratamento médico contra a vontade do paciente, como é o caso de pacientes anoréxicos e dos dependentes

⁷⁰ JUNIOR, Nelson Nery. Direito de liberdade e consentimento informado: a possibilidade de se recusar tratamento médico em virtude de convicções religiosas. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: (Cords.) AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 369.

⁷¹ MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Editora Escala, 2006.p.31.

químicos cuja autonomia, em virtude do uso de drogas, ou do transtorno alimentar, já se encontra deteriorada ao ponto de não mais poder ser validamente exercida.

É preciso ter em mente que o exercício dessa liberdade não pode ser uma atitude desprovida de responsabilidade, haja vista que quando o homem exerce o direito de se autodeterminar, essa atitude traz consequências, entendendo nessa linha a consequência como responsabilidade, enfatizando-se a responsabilidade jurídica (penal e civil).

A liberdade traz como consequência a responsabilidade, e por isso, é preciso estabelecer limites para o exercício dessa liberdade. Esse limite está justamente na *racionalidade* da tomada de suas decisões, que precisa ser analisada à luz da coerência com plano de vida individual.

1.4 DA NECESSÁRIA POSTURA DO HOMEM PERANTE SUA PRÓPRIA VIDA

1.4.1 O homem como fundamento do estado democrático de direito

Viu-se que, tanto o direito à vida como o direito à liberdade são direitos de personalidade, posto serem essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana. Viu-se ainda que esses conceitos precisam ser analisados à luz da dignidade humana, mais ainda, é preciso entender um conceito-chave para que toda a argumentação exposta faça sentido. Nisso consiste em compreender a quem esses direitos são assegurados, ou seja, precisa-se responder à pergunta: mas afinal, quem é pessoa?

A origem do conceito pessoa é incerta, mas as primeiras notícias que se tem da utilização do termo pessoa remonta o pensamento antigo. Porém, não era utilizada como forma de explicar ontologicamente o homem, mas no contexto teatral conectado a ideia de máscaras que os atores utilizavam no teatro⁷².

O termo pessoa passa a estar relacionado com a individualidade humana na *polis* grega, e em Roma também. Diogo Gonçalves se utiliza dos estudos de Andrea Milano para concluir que na antiguidade, o termo pessoa era utilizado em

⁷² GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 21.

oposição à humanidade, individualizando a ideia de homem, como seus atributos internos característicos e unitários⁷³.

No pensamento antigo imperava uma visão monista e unitária de pessoa, que era mal vista pelos filósofos, como Aristóteles, Platão. O homem individual não poderia imperar diante da humanidade, representa tão somente um papel sócio-político⁷⁴.

Em razão disso se justifica a conexão com as máscaras teatrais, pois pessoa não era vista perante a sociedade de acordo com sua individualidade e seus valores intrínsecos, mas conforme a função exercida.

É apenas com o cristianismo que o termo pessoa passa a analisado sobre uma perspectiva ontológica. A noção de pessoa é uma teologia cristã, com lastro na enigmática ideia de Santíssima Trindade, e na busca entre uma identidade entre o homem e Deus. A necessidade da teologia cristã de explicar a separação e, ao menos tempo, a união e a individualidade da Santíssima Trindade altera o conteúdo semântico do termo pessoa.

A ideia de que o homem era um ser tão somente universal, é superada com o cristianismo, e o homem passa a ser visto em um dualismo filosófico: natureza e pessoa. A universalidade é superada e o caráter de homem como ser individual passa a ganhar espaço no pensamento antropológico, quando o conteúdo ontológico de pessoa fica evidente⁷⁵.

Diogo Gonçalves cita Paul O'Callaghan para explicar o mistério da Santíssima Trindade, que assim se resolve:

A primeira afirmação da consubstancialidade entre o Pai e o Filho aparece claramente formulada no Concílio de Niceia, no ano 325. A heresia ariana afirmava que Deus Filho era uma criatura de Deus Pai, que teria havido um tempo em que o Verbo de Deus não existia e passou a existir por vontade livre criadora do Pai Eterno. Contra esta heresia, ensinava a Igreja a consubstancialidade das pessoas da Santíssima Trindade. Pai, Filho e Espírito Santo, sendo consubstanciais, eram verdadeiramente pessoas distintas: três realidades óticas de uma mesma e só natureza divina.

A estrutura explicativa *physis/hypostasis* conseguiria igual

⁷³ *Ibidem*, p. 22.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 26.

sucesso na explicação do mistério de Cristo: se a cada natureza deve corresponder uma pessoa ou sujeito, na pessoa de Cristo estão unidas duas naturezas. A explicação ficou assim conhecida como união pessoal ou, termo mais próximo do grego, união hipostática⁷⁶.

A evolução do conceito de pessoa se deriva e ganha aderência a partir de sua dulcificação pelo cristianismo. O próprio estudo da antropologia ganha nova resposta, pessoa, com sua característica ontológica.

Diogo Gonçalves formula uma ideia de pessoa:

Pessoa é aquele ente que, em virtude da especial intensidade do seu acto de ser, auto possui a sua própria realidade ontológica, em abertura relacional constitutiva e dimensão realizacional unitiva.⁷⁷

Do ponto de vista do direito positivo, o termo pessoa humana deve ser entendido como todo aquele sujeito de direito. Nos dizeres de Xavier:

Na concepção jurídica, pessoa é um ente físico ou coletivo susceptível de direitos e obrigações, sendo sinónimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, é o indivíduo que pode exercer as prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe atribui, que tem o poder de fazer valer, através dos meios legais disponíveis, o não-cumprimento do dever jurídico⁷⁸.

Pessoa humana e personalidade são termos que se completam. Personalidade é um atributo inerente à pessoa humana, e esse atributo que torna o homem sujeito de direitos. Nesse sentido, Pontes de Miranda afirma que “[...] personalidade em si não é direito, é qualidade, é ser capaz de direitos, o ser possível estar nas relações jurídicas como sujeito de direito”⁷⁹.

⁷⁶ O'CALLAGHAN, Paul, Filgidi. Dio nel mundo. Antropologia Teológica *apud* GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 26-27.

⁷⁷ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 64.

⁷⁸ XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. In: **Revista Bioética**, v. 8, n. 2, 2009. p. 221.

⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999. p. 216.

A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, (art. 2º do Código Civil), entretanto, o nascituro tem seus direitos assegurados, inclusive tutela jurídico penal⁸⁰.

Tendo em vista que o fim perseguido no presente estudo é a abordagem de como o homem deve se comportar diante de sua própria vida, não se adentrará no mérito de maiores discussões sobre a amplitude do conceito de sujeito de direitos.

Dizer que o homem é um sujeito de direitos significa dizer que ele é detentor de direitos e obrigações perante a ordem jurídica, e essa relação precisa ser analisada à luz da dignidade humana.

Como bem adverte Pessini: “Na visão clássica, pessoa é o sujeito racional, livre, autônomo e responsável”⁸¹, porém isso não quer dizer que o embrião ou o doente mental não possa ser considerado pessoa.

Sobre isso, merecem destaque os estudos de Luicen Sève, que estabeleceram o conceito de *ascrição* como sinônimo de dignidade humana, bem como o trabalho de Engelhardt Jr, que define pessoa com sinônimo de autonomia. Ambos se basearam nos ensinamento de Kant, posto que concebe-se o homem primeiramente como um fato, um ser biologicamente constituído e portanto, é digno de respeito por todos os demais seres humanos.

Salienta-se porém, que para Engelhardt Jr., apenas os sujeitos competentes e autônomos podem ser entendidos como pessoa (conceito estrito), enquanto que para Sève, com base no conceito de *ascrição*, o ser humano em todas as fases de sua vida deve ser entendido como pessoa (conceito aberto)⁸².

Assim, entende-se que a melhor inteligência do conceito de pessoa decorre da ideia proposta por Sève, posto ascrever

⁸⁰ Vide artigos 123à 127 do Código Penal, respectivamente os crimes de infanticídio, aborto e causas de aumento de pena.

⁸¹ PESSINI, Léo. Distanásia: até quando investir sem agredir? In: **Revista Bioética**, v. 4, n. 1, 2009. p. 142.

⁸² DE SOUSA CHAVES, Noêmia; BAVARESCO, Agemir. **A postura americana e francófona do conceito de pessoa humana: abordagens Bioética(s) em Engelhardt Jr e Lucien Sève.** Disponível em: <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Filosofia/70580-NOEMIA_DE_SOUSA_CHAVES.pdf>. acesso em 15/11/2015>.p. 799.

consiste em atribuir dignidade a toda condição de vida, dignidade esta que apenas se reconhece aos seres humanos⁸³.

É esse homem que o Estado Democrático de Direito deve tutelar, o homem em qualquer fase de sua vida, em qualquer hipótese e sob qualquer justificativa. Por isso, defende-se que a ideia de qualidade de vida com lastro na dignidade humana traduz-se na melhor proteção ao homem. E por esta razão também, entende-se que a liberdade precisa ser compreendida de maneira extensiva, sendo sua única limitação aquela que decorre de lei. Isso porque assegurar a autonomia da pessoa humana consiste na melhor forma de lhe atribuir dignidade.

1.4.2 A dignidade humana como autonomia

A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, uma vez que é um conceito preexistente a própria pessoa humana. No momento em que a Constituição institui a dignidade humana como um fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, reconhece a existência dessa dignidade transformando-a em valor supremo da ordem jurídica⁸⁴.

A ideia de dignidade nos remete ao ensinamento Kantiano:

Todos os objetos de nossas inclinações têm somente um valor condicional, porque, se as inclinações e as necessidades que delas derivam não existissem, esses objetos seriam sem valor. Mas as próprias inclinações ou as fontes de nossas necessidades tampouco têm valor absoluto e tampouco merecem serem desejados por si mesmas que todos os seres racionais devem querer se livrar inteiramente delas. Assim o valor de todos os objetos que nós podemos conseguir por nossas ações, é sempre condicional. Os seres cuja existência não depende de nossa vontade, mas da natureza, os fez como fins em si, isto é, algo que pode ser empregado como meio, e que, em consequência, restringem na mesma proporção à

⁸³ SÈVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. São Paulo: Instituto Piaget, 1997. p. 20.

⁸⁴ DA SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. In: **Revista de direito administrativo**, v. 212, 1998.p. 91.

liberdade de cada um (e, por sua vez, lhe é um objeto de respeito)⁸⁵.

Por isso dizer que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que não pode ser substituído tem preço, ao passo que aquilo que é insubstituível tem dignidade, assim, o indivíduo humano tem dignidade⁸⁶.

Como ensina José Afonso da Silva, dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade se entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano⁸⁷.

Ao fazer uma análise do ponto de vista ontológico acerca de dignidade humana, Ingo Sarlet coaduna com a mesma ideia, ao entender que a dignidade humana é reconhecida a toda pessoa humana por constituir (no sentido ora escolhido) um atributo intrínseco da pessoa humana e expressa o seu valor absoluto⁸⁸.

Imperioso destacar a necessidade de atribuir à dignidade humana uma concepção não apenas ontológica, mas também uma visão de caráter mais “instrumental” (perspectiva intersubjetiva), que se revela na visão de Sarlet, como:

Traduzida pela noção de uma igual dignidade de todas as pessoas, fundada na participação ativa de todos na “magistratura moral” coletiva, não restrita, portanto, à ideia de autonomia individual, mas que – pelo contrário – parte do pressuposto da necessidade de promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdade indispensáveis ao nosso tempo⁸⁹.

O conceito de dignidade humana é um conceito multifacetado, que precisa ser analisado à luz de várias outras

⁸⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ DA SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. In: **Revista de direito administrativo**, v. 212, 1998.p. 91.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, n. 9, 2007.p. 366.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 370.

disciplinas que não apenas o direito. Há, porém, um consenso doutrinário: trata-se de um valor fundamental às democracias constitucionais⁹⁰.

Apesar de ser muito difícil se estabelecer um consenso universal sobre o conceito de dignidade humana, Luís Roberto Barroso entende ser possível atribuir a esse conceito de um conteúdo mínimo, identificável por três premissas: 1) o valor intrínseco de todos os seres humanos; 2) autonomia de cada indivíduo e 3) limitação por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)⁹¹.

O valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade humana e decorre da reunião de características inerentes e comum a toda humanidade. Consequentemente, dele decorre dois postulados, um antiutilitarista, com fundamento no imperativo categórico kantiano de que o homem é um fim em si mesmo, e não pode ser um instrumento de realização de metas sociais, pois o homem cria o Estado para sua própria proteção e não ao contrário. De outro vértice, o postulado antiautoritário, o qual se distancia do ideário kantiano de razão, pois entende o valor intrínseco como um valor objetivo da dignidade, sendo que é conferido ao homem pelo simples fato de ser homem e não está vinculando à dignidade a ideia de razão, mas à ideia de ser humano⁹².

A autonomia é o elemento ético da dignidade humana e tem base no livre arbítrio da pessoa. Ela consiste na possibilidade de poder construir sua vida de sua própria maneira, ou seja,

[...] a autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas⁹³.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte. Fórum. 2014. p. 63.

⁹¹ *Ibidem*, p.72.

⁹² *Ibidem*, p.77.

⁹³ *Ibidem*, p.82.

Barroso aduz que existem três pressupostos para o exercício da autonomia pessoal: a *razão*, que consiste na capacidade mental de tomar decisões informadas, a *independência*, representa a ausência de coerção e privações essenciais e a *escolha* de alternativas reais⁹⁴.

O terceiro elemento é o valor comunitário, também chamado de dignidade como heteronomia ou dignidade como restrição social. Este elemento representa o valor social da dignidade, e enfatiza o papel do Estado e da comunidade na determinação de metas individuais em nome de uma certa concepção de vida boa. O problema que surge dessa ideia encontra-se em estabelecer as circunstâncias e o grau de interferências que devem se considerar legítimas. Nesse contexto, Barroso estabelece três objetivos que poderiam justificar essa restrição a autonomia pessoal: 1) proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; 2) a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo e 3) a proteção dos valores sociais compartilhados⁹⁵.

Esclarece Barroso que a dignidade como autonomia, com base nos ensinamentos kantianos, se enquadra nessa ideia dignidade, posto que fornece bases morais para a ideia de dignidade como valor comunitário, em razão de estar vinculado a ideia de moralidade e respeito aos outros e a si próprio⁹⁶.

O presente trabalho se filia à ideia das possibilidades de restrição da autonomia do indivíduo apresentadas por Barroso, exceto no que diz respeito ao terceiro item – a proteção de *valores sociais compartilhados*. Isso porque filia-seda proposta já apresenta por Berlin, de que a interferência na liberdade individual apenas se justifica para proteger liberdade individual de outra pessoa ou grupo de pessoas, e não por justificativas morais generalizadas, sob pena de paternalismo injustificável. Salienta-se ainda que, com relação ao segundo item, *proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo*, essa interferência apenas se justifica quando se estiver diante de um decisão *irracional*, ou seja, incoerente com o plano de vida individual.

Com a palavra Berlin:

⁹⁴ *Ibidem*, p.81-82.

⁹⁵ *Ibidem*, p.88.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 88-89.

[...] cada coisa é o que é: liberdade é liberdade, e não igualdade, imparcialidade, justiça, cultura, felicidade humana ou uma consciência tranquila. Se a liberdade de mim mesmo, de minha classe ou de meu país depende da infelicidade de um grande número de outros seres humanos, então o sistema que promove tal situação é injusto e imoral. Mas se eu mutilo ou perco minha liberdade individual, de forma a reduzir o opróbrio de tal desigualdade e, desse modo, não amplio substancialmente a liberdade individual de outros, ocorre uma perda absoluta de liberdade. Tal situação pode ser compensada mediante um proveito para a justiça, para a felicidade ou para a paz, mas a perda permanecerá, e é confundir valores o fato de dizer-se que, embora minha “liberdade” e individual possa ir por água abaixo, algum tipo de liberdade – “social” ou “econômica” – se ampliará⁹⁷.

A autonomia é uma qualidade essencial do homem, e essa a autonomia consiste na escolha de valores próprios, por isso manipular uma liberdade individual, com base em uma finalidade estabelecida por um terceiro, que age como um “reformador social” consiste na pior forma de degradação humana, posto que assim trata-se o homem como um objeto que supostamente não teria vontade própria.⁹⁸

Assim, do exposto, conclui-se que a dignidade humana precisa ser entendida como o ponto de equilíbrio para a análise de todos os direitos fundamentais, inclusive e principalmente o direito à vida e o exercício da liberdade. Dessa forma, a autonomia consiste em requisito básico de existência da pessoa humana, razão pela qual uma interferência injustificada fere a dignidade humana da pessoa em seu mais profundo âmago de existência.

1.4.3 Da necessária postura do homem frente à sua própria vida

A inquietação que move o ser humano é a ânsia pelas respostas que ainda se tem, bem como qual a postura que o homem deve ter com a sua própria vida. Indagação de alta e

⁹⁷ BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**: pensamento político. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. São Paulo: Editora Universidade de Brasília. p. 138-139.

⁹⁸ *Ibidem*, p.146.

profunda complexidade que poderia ser analisada à luz de diferentes referenciais teóricos, tais como filosófico, metafísico, social, natural, antropológico, dentre tanto outros.

Contudo, há de se observar que a finalidade perseguida é que o estudo tenha uma aplicação prática no mundo jurídico, ou de forma menos pretensiosa, ao menos que sirva como fonte de reflexão acerca da postura do homem face à sua própria vida e a sociedade, e no que tange a interferência do Estado no exercício de sua autonomia pessoal do indivíduo. Assim, imperioso fazer uma análise de legitimidade de conduta com lastro no ordenamento jurídico brasileiro.

O homem é a criatura viva mais complexa existente em todo Planeta Terra. Ele é o único animal capaz de matar seu semelhante impulsionado pelo ímpeto da vingança, mas também é o único animal que pode, por meio da racionalidade que detêm, contrariar, ou ainda, controlar os seus instintos naturais quando precisar fazê-lo.

Não pode o homem viver isolado, pois assim não seria homem, como refletiu John Donne ao afirmar que “[...] nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma; cada homem é um pedaço do continente, uma parte do todo(...)”⁹⁹. Mas também não é o homem apenas um ser social. O ser verdadeiramente pessoa é uma construção, que se perfaz no caminho da vida que se constrói por escolhas pessoais que o individualiza e constitui sua personalidade, que compõem seu plano de vida.

Os direitos de personalidade têm como finalidade precípua garantir ao homem a individualidade que o torna sujeito insubstituível diante da humanidade, sem permitir que essa individualidade o afaste da ideia de bem comum. Como adverte Szaniawski: “O ser humano, sendo um ser social, vive em sociedade, desfrutando do bom da vida, procurando sempre progredir em busca de sua realização pessoal e material”¹⁰⁰.

A humanidade é essência do homem, pois é o laço que o une a todos aos seus semelhantes, entretanto, não se pode

⁹⁹ DONNE, John. **Devotions upon emergent occasions**. Oxford University Press, 1975. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=djc26pkctgIC&oi=fnd&pg=PR5&dq=john+donne+devotions+upon+emergent+occasions&ots=KFJP2-xHO6&sig=0wL1dQ5-XdomOHFa4zLT_x1Pe-U#v=onepage&q=john%20donne%20devotions%20upon%20emergent%20occasions&f=false>. Acesso em: 15 nov. 2015.

¹⁰⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p. 164.

olvidar que antes do homem ser uma pessoa que deve se comprometer com os outros, ele é um ser individual dotado de singularidade. Nesse sentido, compartilha-se o pensamento de Zenni: “[...] como entender que os indivíduos devam obediência a essa vontade unitária, que, em última análise, é a vontade humana?”¹⁰¹.

O homem precisa, antes de mais nada, ter consciência que quem ele é, e qual o sentido tem a sua vida para ele próprio, para apenas depois disso, conseguir exercer o papel que a sociedade espera que ele exerça em prol do bem comum. Apenas depois que o homem se reconhece como homem, detentor de dignidade humana, pode ele ser chamado de “homem com utilidade social perante terceiros”.

Nesse sentido, destaca-se o doutrinador Zenni, que fala em consciência individual e conformação harmônica. A primeira consiste na consciência interna de cada indivíduo, que se vislumbra em dupla perspectiva: psíquica como conteúdo de consciência e uma de âmbito do dever, como legislador da pessoa humana. A conformação harmônica, por seu turno consiste em um equilíbrio entre a liberdade individual e liberdade geral, que se vincula às condições sociais e à própria consciência de cada um¹⁰².

Se, como adverte Zenni, a missão do direito é a de possibilitar que o homem se plenifique na realização de seus fins¹⁰³, não se pode dizer que um homem seja obrigado a se submeter a um tratamento médico que não deseja, à luz do ordenamento jurídico, apenas sob uma justificativa moral de que deve o homem preservar a sua própria vida. Assim, tal situação não é suficiente para impor uma obrigação ao homem de manter uma vida, sem acrescentar ao termo vida o adjetivo dignidade.

É de se averiguar que o legislador brasileiro se absteve de legislar como condutas típicas as práticas auto lesivas, portanto, pode-se entender que o homem é soberano sobre sua própria vida. Basta pensar nas inúmeras condutas que, apesar de lesarem a integridade física ou psíquica da própria pessoa, não são tidas como condutas ilícitas, tais como: uso abusivo de álcool, cigarro, prática de esportes radicais, disputas

¹⁰¹ ZENNI, Alessandro Severino Välle. **A crise do direito liberal na pós-modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.p. 33.

¹⁰² *Ibidem*, p. 31-34.

¹⁰³ *Ibidem*.

automobilísticas, dentre tantas outras condutas. As práticas citadas são perfeitamente admitidas no cenário jurídico brasileiro.

Filia-se ao entendimento de o homem não possui um dever de viver, nem um dever de cuidar de si mesmo. Nesse sentido posiciona-se Pierangeli e Roxana Cardoso, e salientam que: “[...] não se trata de também de um conflito entre direito à liberdade e o direito à vida, uma vez que a mesma pessoa é titular de ambos os direitos – vida ou liberdade – o fundamento é a dignidade da pessoa”¹⁰⁴.

O homem é parte inteira e indivisível de um todo que se completa, que é parte individualizada e insubstituível, assim, não podem ser cindidas sob pena de perda irreparável, pois a ofensa à parte individualizada (homem) não permite a completude que se espera do todo (humanidade), e o respeito é sempre à dignidade humana.

1.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões acerca do direito à vida são sempre estudos complexos, pois não pertence ao mundo jurídico exclusivamente, é preciso realizar um estudo interdisciplinar, se valer da biologia, filosofia, sociologia, dentre outras áreas, para então se justificar a tutela jurídica do direito à vida.

Apenas uma única percepção teórica não é possível para justificar a conduta humana para consigo mesmo, mas é certo que a partir da Constituição Federal de 1988, o fundamento para toda e qualquer situação de difícil solução precisa ser proferida com lastro na dignidade humana.

O homem é parte da humanidade, mas antes disso precisa se reconhecer como pessoa humana, dotado de dignidade que lhe é atribuída pela sua simples existência no mundo. De outro vértice, também é preciso entender que o homem é uma parte inteira, que não pode ser destruída ou violada, pois se assim o for não mais conseguirá se identificar na totalidade (humanidade).

O equilíbrio que se propõe, é a análise da conduta da pessoa humana sob um duplo aspecto, primeiro deve se analisar o homem como um indivíduo que persegue seus objetivos, como

¹⁰⁴ BORGES, Roxana. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 523.

um fim em si mesmo, verificando a congruência de suas decisões com seu plano de vida individual, posterior a isso o homem deve ser visto detentor de responsabilidade social, que precisa caminhar lado a lado com seu semelhante em busca de progresso.

O intento do presente estudo restará cumprido, na possibilidade de trazer ao debate jurídico uma reflexão mais pormenorizada da relação do homem consigo mesmo, não como uma ideia terminativa, mas uma ideia que impulsione o pensamento aqui proposto a outras situações de difícil solução.

1.6 REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. Trad: BENEDETTI, Ivone Castilho. **Dicionário de filosofia**. 6ª ed. São Paulo. Editora WMF Martins fontes. 2012.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo. Editora Método. 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2014.
- AQUINO, Tomás de. **O ente e a essência**. Trad: Carlos Arthur do Nascimento. Petrópolis. Vozes. 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte. Fórum. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: **PANÓPTICA-Direito, Sociedade e Cultura**, v. 5, n. 2, 2010.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. Col. Obra-prima de cada autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.
- BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade: pensamento político**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1989.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nélson Coutinho. 5reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **O regime representativo e a democracia**. Revista de Direito Público. RDP 3/99. jan-mar/1968.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2015.
- BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015
- BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015
- BRASIL. **Constituição de 1946**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=DO+ART.+141%2C+DA+CONSTITUI%C3%87%C3%83O+FEDERAL+DE+1946>>. Acesso em: 13 nov. 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade**. São Paulo: UNESP, 2003.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. **Patrimônio genético & Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2007.
- . **Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal: estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de *legeferenda***. Granada: Comares, 2009.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ed. Ática, 2000.

- CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 10, n. 1-2, p. 13/14, 2010.
- CRETELLA Jr, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. Tomo I.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos de personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- FEINBERG, Joel. **Filosofia Social**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1974.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- FEINBERG, Joel. **Filosofia Social**. Rio de Janeiro. Zahar Editores. 1974.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo. Editora Escala. 2006.
- PESSINI, Leo. Eutanásia. **Por que abreviar a vida?** São Paulo. Loyola 2004.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In ____ (org.). **Dimensões da Dignidade**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SOUZA, Rabindranath V.A Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique.
Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A crise do direito liberal na pós-modernidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2006.

A “VIDA DIGNA” COMO VALOR PRIMORDIAL DA PESSOA HUMANA

*Cleber Sanfelici Otero**

*Eduardo Augusto de Souza Massarutti***

*Fernanda Barreto Ramos****

2.1 INTRODUÇÃO

A vida é um direito da personalidade e um direito fundamental por excelência, amplamente protegido em diversas Constituições. Vários países, inclusive, extinguiram a pena de morte, justamente pelo valor deste bem supremo. Por essa razão, o presente estudo é importante, na medida em que a discussão a respeito de bem tão caro é fundamental para reforçar o cuidado que se deve ter com a proteção do direito fundamental mais elementar que se tem conhecimento.

A análise do tema é relevante, na medida em que não basta apenas proteger a vida, porquanto também necessário assegurar “vida digna” para o ser humano poder usufruir do pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Para uma vivência com o dignidade, há que se levar em conta não apenas elementos materiais, mas também elementos imateriais, pois os recursos necessários para a manutenção do corpo não são suficientes para assegurar o mínimo existencial.

Assim, o presente artigo objetiva, por meio de uma análise de referências bibliográficas, verificar que o direito fundamental à vida somente será concretizado se a pessoa tiver acesso a uma vida digna, analisar os diversos conceitos a

* Mestre e Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE de Bauru/SP; Docente do Curso de Graduação em Direito, de Especialização em Direito Civil e do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas (Área de Concentração: Direitos da Personalidade) da UNICESUMAR de Maringá/PR; Docente do Curso de Especialização em Direito Previdenciário da UEL; Juiz Federal.

** Mestrando do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR de Maringá/PR; Advogado e Docente de Curso de Direito no Paraná.

*** Mestranda do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR de Maringá/PR; Advogada no Paraná.

respeito do que é dignidade humana e, como decorrência, observar o princípio da dignidade humana como uma cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade, para, por fim, investigar quais são os recursos necessários para que se garanta o mínimo necessário.

2.2 A VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A vida, por ser inerente e inata à pessoa, é o valor primordial e principal do ser humano. Por ela comportar tanto elementos materiais (físicos e psíquicos) como imateriais (espirituais), é a fonte primária de todos os outros bens jurídicos, de maneira que se pode concluir que o direito à vida decorre da própria natureza do homem.¹

O valor da palavra “vida” é incontroverso. Segundo o Dicionário da Língua Portuguesa Houaiss, “vida” seria

[...] o período de um ser vivo compreendido entre o nascimento e a morte; existência [...] motivação que anima a existência de um ser vivo, que lhe dá entusiasmo ou prazer; alma, espírito [...].²

Sob uma concepção religiosa, extrai-se da Bíblia Sagrada que, quando da criação da vida por Deus, Ele primeiro criou a vida vegetal, em seguida a vida animal e, por fim, criou o homem e a mulher com vida, tornando-os seres viventes.

Segundo Antonio Chaves, a vida “[...] é algo que oscila entre um inferior e um exterior, entre uma ‘alma’ e um ‘corpo’”.³

De acordo com o jusnaturalismo, tem-se que o *status naturae* se caracteriza pela existência de direitos e ausência de deveres, sendo que, dentre os direitos, está, acima de tudo, o direito à vida, além do direito sobre todo o indispensável à conservação dela.⁴

¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 269.

² **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2858.

³ CHAVES, Antônio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)**. 2. ed., rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 13.

⁴ DIAS, José Francisco de Assis. **NÃO MATARÁS!**: a vida humana como valor primordial no pensamento de Norberto Bobbio (1909-2004). 2. ed. Maringá/PR: Humanitas Vivens, 2011, p. 28.

O primeiro e mais fundamental de todos os princípios existentes é o da vida do ser humano. De acordo com Massimo Vari,

[...] o direito à vida é o primeiro dos direitos do homem. Trata-se de um direito inalienável para o desenvolvimento de todo povo livre e soberano: ‘o direito dos direitos, a liberdade das liberdades’ (como observa Antonio Baldassare [...]).⁵

Tamanha é a importância da vida que ela pode ser considerada pressuposto essencial da qualidade de pessoa humana e também um direito subjetivo desta, sendo que a tutela da vida ocorre tanto no âmbito público como no privado, e independe da vontade do seu titular. Inclusive, quanto aos titulares do direito à vida, Bobbio chegou a defender, adequadamente, que o direito à vida abrange os indivíduos humanos viventes de hoje, os viventes que ainda não nasceram e até aqueles que poderiam não nascer.⁶

O direito à vida, segundo Adriano de Cupis, é um direito tão essencial que deveria existir a classificação de “essencialíssimo” para ele, pois o direito à vida é o direito essencial entre todos os direitos essenciais, porquanto inato ao ser humano.⁷

Neste sentido, dispõe o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, nos termos do artigo 6º: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei, ninguém poderá ser arbitrariamente provado de sua vida.”

Sem a vida, não há como se falar na existência da pessoa e de seu direito da personalidade. Assim, nenhum bem é capaz de existir separado do bem da vida, o que lhe outorga este caráter de essencial, pela razão da vida se sobrepor a todos os outros direitos, essenciais ou não.

⁵ BALDASSARE, *apud* VARI, Massimo. O direito de nascer. In: SILVA, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 172.

⁶ DIAS, José Francisco de Assis. **NÃO MATARÁS!**: a vida humana como valor primordial no pensamento de Norberto Bobbio (1909-2004). 2. ed. Maringá, PR: Humanitas Vivens, 2011, p. 26.

⁷ CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Querum, 2008, p. 72.

O direito à vida, segundo Silvio Romero Beltrão, é o primeiro e mais fundamental bem da personalidade, o qual serve de base para todos os outros se apoiarem.⁸

De acordo com Carlos Alberto Bittar, *“Dentre todos os direitos de ordem física, ocupa posição de primazia o direito à vida, como bem maior na esfera natural e também na jurídica, exatamente porque, em seu torno e como consequência de sua existência, todos os demais gravitam.”*⁹

Segundo Adriano de Cupis, a vida se identifica com a simples existência biológica da pessoa, sendo o direito à vida essencial e inato, uma vez que respeita ao indivíduo pelo simples fato dele ter personalidade¹⁰. Além disso, o doutrinador afirma que se trata de direito que pode ser deduzido também de normas de direito penal que visam a assegurar a existência.¹¹

Considerando que a vida faz parte da essência do ser humano, que é um ser vivente, privar alguém de sua vida, é destruir seu próprio ser. Analisando-se o direito à vida sob a perspectiva de ser um direito inerente ao ser humano, é importante salientar seu caráter intransmissível/intransferível, irrenunciável e indisponível.¹²

Neste sentido, insta mencionar que não é assegurado ao titular do direito à vida dispor dela, razão pela qual também é vedado que uma pessoa retire a vida de outra, ainda que haja consentimento desta, bem como a prática do suicídio. Nota-se assim, dado seu caráter irrenunciável e indisponível, que o direito à vida não abrange um direito sobre a vida, pois a vida se encontra em esfera de indisponibilidade, e a renúncia ao direito de viver atenta contra os princípios gerais do direito à vida.

Sob esta perspectiva, conclui-se que o direito à vida deve ser visto como um direito à conservação da vida, impondo, de um lado, o dever da pessoa humana de gerir e defender a sua vida, e, de outro, a vedação de que se disponha sobre ela.

⁸ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 102.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6. ed., atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 70.

¹⁰ CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Querum, 2008, p. 72.

¹¹ *Ibidem*, p. 72.

¹² BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 102.

Neste sentido, Canotilho ressalta que o direito à vida constitui um direito da pessoa, e não uma liberdade desta, pois se trata de um direito subjetivo de defesa, na medida em que é inquestionável seu direito de viver, sem a sua vida ser violada, o que se refere à dimensão protetiva do direito à vida, tanto em relação ao Estado como no referente a terceiros.¹³

No âmbito jurídico internacional, extrai-se, do conteúdo de vários documentos e tratados, a tutela e priorização do respeito ao direito à vida, tal como se denota na Declaração Universal de Direitos do Homem, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, Pacto de São José da Costa Rica, dentre outros.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no âmbito constitucional, observa-se que o direito à vida é tutelado como um direito inviolável fundamental da pessoa.

Segundo Norberto Bobbio, o valor último para o homem é a própria vida, e o valor supremo é a conservação dela, de maneira que, por ser a vida um valor primordial, o direito à vida sempre deve ser considerado como um direito fundamental por excelência.¹⁴

Por isto, a regra fundamental da razão e todas as demais regras dela derivadas, para conduzir os homens a uma coexistência pacífica, são ordenadas ao *fim verdadeiramente primário de conservar a vida*. Ou seja, visam conduzir os homens a um estado de paz.¹⁵

A Constituição Federal Brasileira, ao estabelecer o direito à vida, não conceituou "vida", e, por isso, o ordenamento jurídico se socorre da ciência para tal definição, especialmente quanto ao termo inicial da vida da pessoa humana.

Para a ciência, uma nova vida inicia-se a partir da concepção, ou seja, com a fecundação do óvulo por um espermatozoide, de maneira a formar o embrião.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 526, 533 e 539.

¹⁴ DIAS, José Francisco de Assis. **NÃO MATARÁS!**: a vida humana como valor primordial no pensamento de Norberto Bobbio (1909-2004). 2. ed. Maringá, PR: Humanitas Vivens, 2011, p. 26-27.

¹⁵ *Ibidem*, p. 30.

Com a implantação do embrião, a contínua reprodução celular e o desenvolvimento do zigoto até se tornar feto, há um processo de desenvolvimento contínuo do ser humano de acordo com as determinações de seu código genético. Tem-se então, segundo Gustavo Miguez de Mello, que, “[...] *desde o instante da concepção, existe a vida humana, dotada de virtualidades e potencialidades da pessoa humana*”.¹⁶

Segundo Maria Helena Diniz:

A vida começa com a concepção. Desde esse instante tem-se um autêntico ser humano e, seja qual for o grau de evolução vital em que se encontre, precisa, antes do nascimento, do útero e do respeito à vida. O feto é um ser com individualidade própria; diferencia-se, desde a concepção, tanto de sua mãe como de seu pai e de qualquer pessoa, e, independentemente do que a estabeleça, é um ser humano. Em poucos dias, seus órgãos estão formados e funcionando, aumentando apenas de tamanho com o passar do tempo, já percebe ruídos desagradáveis, que o inquietam, e suaves, que o tranquilizam [...].¹⁷

O processo vital tem início com a fecundação, momento no qual os dados genéticos do novo ser humano são definidos, porém, no direito brasileiro, há controvérsia acerca do momento em que haverá efetiva tutela da vida como um direito da personalidade, com uma parte da doutrina a sustentar que ela se dá desde a concepção, ao passo que outra corrente defende haver proteção para o nascituro, ou seja, se o embrião estiver implantado no útero materno.

Ao contrário do direito de países que admitem o aborto a ser realizado até um determinado período, não há dúvida de que, no direito brasileiro, o embrião implantado no útero materno, com as primeiras terminações nervosas capazes de lhe possibilitar o desenvolvimento, já tem proteção jurídica.

Conforme Maria Helena Diniz, a vida intra-uterina possui personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, sendo que, a partir do nascimento com vida,

¹⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 268.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28.

adquire-se também personalidade jurídica material, quando a pessoa passa a ser também titular de direitos patrimoniais.¹⁸

Assim, impera que haja a proteção do direito à vida desde o estágio embrionário até a morte da pessoa humana.

Segundo Norberto Bobbio, “o direito do concebido apenas poderia ser satisfeito permitindo-se o seu nascimento”.

Na esfera jurídica brasileira, denota-se que o Código Civil de 2002 protege, inquestionavelmente, o nascituro, o que se refere à incontroversa proteção do direito à vida daquele que está “por nascer”. O amparo ao nascituro, a propósito, está presente nos direitos de alguns povos desde a Antiguidade.

Para definição da vida humana no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, o qual, em seu artigo 4º, reconhece que toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida, em geral a partir do momento de sua concepção.

Hodiernamente, parte da doutrina defende haver uma proteção muito mais ampla do direito à vida do que somente ao nascituro. Para essa corrente jurídica, há a efetiva tutela de um direito à vida como direito fundamental do homem, desde a concepção, passando pelo nascimento com vida, até a morte da pessoa humana, direito assegurado constitucionalmente como cláusula pétrea e, portanto, intangível:

Esse direito estende-se a qualquer ente trazido a lume pela espécie humana, independentemente do modo de seu nascimento, da condição do ser, de seu estado físico ou de seu estado psíquico. Basta que se trate de forma humana, concebida ou nascida natural ou artificialmente (*in vitro*, ou por inseminação) [...].¹⁹

A vida humana é protegida contra todos e contra tudo o que possa acontecer, dado o seu caráter personalíssimo, sendo que o respeito a ela consiste em dever absoluto *erga omnes*, decorrente de sua própria natureza.²⁰ Nas palavras de Carlos Alberto Bittar, “Constitui-se direito de caráter negativo, impondo-

¹⁸ *Ibidem*, p. 113.

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed., atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 71.

²⁰ Op. Cit. p. 22/24.

*se pelo respeito que a todos os componentes da coletividade se exige".*²¹

Mais além, o direito à vida teria maior abrangência, porquanto implica não só um caráter negativo de proteção contra atos capazes de gerar violação, mas também um caráter positivo, no sentido de também determinar atos estatais voltados a assegurar o mínimo necessário para uma existência digna:

Bobbio, escrevendo em 1981, afirmou que, no estado atual da consciência ética da Humanidade, tende-se a reconhecer ao indivíduo não somente o direito de viver – que é um direito elementar e *primordial* do Homem – mas também o direito de ter o mínimo indispensável para viver.

O *direito à vida* é um direito que implica da parte do Estado, pura e simplesmente, um comportamento negativo: *Não matar!* Já o *direito a viver* implica da parte do Estado também um comportamento positivo, isto é, implica intervenção de políticas econômicas inspirados em princípios de justiça distributiva; e da parte dos “outros” também um comportamento positivo de sustentação, promoção e proteção solidária da vida, como *valor primordial*.²²

Segundo Alexandre de Moraes,

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.”²³

O conteúdo do direito à vida abrange os direitos à dignidade da pessoa humana, da privacidade, integridade física, corporal e moral e o direito à existência, o qual consiste no direito de não sofrer interrupção no processo vital, exceto pela morte espontânea e inevitável.²⁴

²¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed., atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 71.

²² DIAS, José Francisco de Assis. **Aborto? Sou contra!**: Os argumentos anti-abortistas de Norberto Bobbio (1909-2004). Maringá, PR: Humanitas Vivens, 2011, p. 43.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 62.

²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 270.

Capelo de Souza, sobre o direito à vida, também dispõe que este abrange tanto o chamado "direito de vida", consistente na conservação da vida existente, quanto o direito à vida propriamente dito, que se refere à evolução da vida desde o nascimento com vida.²⁵

No mesmo sentido, Cretella Junior dispõe que:

[...] O direito à vida é o primeiro dos direitos invioláveis, assegurados pela Constituição. Direito à vida é expressão que tem, no mínimo, dois sentidos, (a) o "direito a continuar vivo, embora se esteja com saúde" e (b) "o direito de subsistência": o primeiro, ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; o segundo, ligado ao "direito de prover à própria existência, mediante trabalho honesto" [...].²⁶

A vida, como o mais fundamental de todos os direitos individuais, deve ser protegida pelo Estado da melhor maneira possível, contra tudo e todos, inclusive contra agentes estatais. Por ser pressuposto da própria existência humana, normalmente, a vida terá uma certa primazia sobre todos os demais direitos.

O direito à vida pode ter diferentes significados positivos, seja no tocante à defesa contra a morte e atos nocivos à própria vida da parte de outros, ou direito de receber cuidados especiais para manter a pessoa viva, também direito subjetivo de não pôr em perigo a própria vida, salvo exceções legais e moralmente aceitas, entre outros.²⁷

Vale somente ressaltar, com relação ao caráter absoluto do direito à vida e de sua indisponibilidade, que atualmente esta discussão não é mais considerada pacífica, especialmente diante do campo da bioética e do prolongamento artificial da vida, que vem ganhando espaço diariamente.²⁸

²⁵ CAPELO DE SOUZA, Reindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 203-204.

²⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, v. I, p. 182/183.

²⁷ DIAS, José Francisco de Assis. **Aborto? Sou contra!**: Os argumentos anti-abortistas de Norberto Bobbio (1909-2004). Maringá, PR: Humanitas Vivens, 2011. p. 57.

²⁸ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 103.

2.3 DIFERENTES CONCEPÇÕES A RESPEITO DE DIGNIDADE

Quando se fala em direito à vida, especialmente no tocante ao direito a uma vida digna, é imprescindível uma análise acerca do conteúdo relativo à dignidade, que é tema central, muito recorrente, e que embasa e dá fundamento ao mundo jurídico.

A dignidade da pessoa humana é a base da tutela jurídica do ser humano e o direito à vida é intimamente ligado à dignidade, podendo-se dizer até que são valores interdependentes. Justifica-se isso pelo fato de somente ser viável a plenitude da vida se o direito de sobreviver estiver associado ao direito de viver dignamente.

A dignidade é indissociável e fundamenta os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, sendo norma que confere sustentação ao ordenamento jurídico, daí ser importante a abordagem da dignidade sob diferentes concepções, para se chegar, então, ao que seria necessário para uma vida digna.

Pela etimologia da palavra “dignidade”, tem-se que adveio do latim, mais especificamente de dois vocábulos: *dignus*, que se refere àquele que é digno, valioso, importante, merecedor de estima e honra; e *dignitas*, que se refere àquilo que tem valor.

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa Houaiss define a “dignidade” como: “[...] qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra [...] respeito aos próprios sentimentos, valores; amor-próprio [...]”.²⁹

Conceituar “dignidade humana” não é tarefa fácil, principalmente em razão do seu caráter multidisciplinar e multifacetário, que exige um estudo em torno do momento a partir do qual a expressão foi inicialmente empregada e a respectiva evolução quanto ao seu significado.

Como se sabe, a dignidade humana teve seu berço na filosofia, “o valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade individual de ter acesso à razão, de fazer escolhas morais e

²⁹ *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1040.

determinar seu próprio destino”³⁰, mas a dignidade também pode e deve ser analisada sob outras perspectivas, além da filosófica, tais como a política, a sociológica, a histórica, a jurídica, entre outras.

Inicialmente, quanto ao ponto de vista filosófico, extrai-se do Dicionário de Filosofia de Jacqueline Russ, que consistia a dignidade em “*Sentido habitual e concreto: título, função, etc., que confere a um sujeito uma posição eminente*”, mas, em evolução conceitual, principalmente em razão da ética, assumiu um significado novo, uma concepção “*Moral: característica da pessoa humana autônoma, representante de um fim em si, por oposição às coisas. O princípio da dignidade humana foi enunciado por Kant.*”³¹

Muito embora a dignidade sempre tenha sido correspondente à espécie humana, esta nunca havia sido personificada. Somente com o Cristianismo é que a dignidade passa a ser tratada sob uma perspectiva pessoal, atribuída individualmente a cada pessoa.³²

A filosofia, especialmente cristã, possui grande influência na temática da dignidade humana, principalmente sob a ótica de filósofos cristãos como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino.

No tocante à origem filosófica da dignidade humana, Barroso destaca o orador romano Marco Tulio Cícero, como o primeiro a usar a expressão “dignidade do homem”:

O conceito surgiu, portanto, com contornos puramente filosóficos, derivados da tradição política romana, sem qualquer conotação ou conexão religiosa. Desde essa primeira utilização, ele tem sido associado com a razão e com a capacidade de tomar livremente decisões morais.³³

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 61.

³¹ RUSS, Jacqueline. **Dictionnaire de Philosophie (Dicionário de Filosofia: os conceitos; os filósofos; 1850 citações)**. São Paulo: Scipione, 1994, p. 70.

³² ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66. (Coleção Prof. Agostinho Alvim)

³³ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 16.

Tomás de Aquino defendia que o homem possuía uma superioridade devido à sua liberdade, por ser substância racional dominadora de seus atos, que age por si por seu poder de determinar-se. E era exatamente essa superioridade que o filósofo denominava de “dignidade”, estando esta, portanto, atrelada à ideia da razão. Para Aquino, a dignidade humana deriva da racionalidade.

No Cristianismo, pelo fato de o homem ser o centro da criação divina e o ser dotado de liberdade de escolha, capaz de tomar decisões contra seu desejo natural, considera-se que a dignidade da pessoa humana decorre da própria natureza divina do homem. Logo, possuindo o homem uma essência divina, o ser humano era considerado um ente digno.³⁴

Ademais, o Cristianismo também pressupunha que o ser humano deveria observar a lei divina para ser virtuoso, pois era considerado incapaz de fazer o bem, em si e por si.

Ressalta-se, assim, que, na Idade Média, toda a noção de dignidade baseava-se ou na imagem de Deus ou na honra ou aparência da pessoa, reconhecida no seio social. Assim, nota-se que as noções romana e cristã acerca da dignidade eram diferentes da atual, a qual nasceu e começou a se desenvolver no Renascimento.³⁵

E não há como se falar do Renascimento, especialmente o humanista, sem mencionar Pico Della Mirandola e sua importante contribuição para a “dignidade humana”, especialmente em sua obra “A Dignidade do Homem” (*Oratio de Hominis Dignitate*), a qual é considerada um elo entre a filosofia medieval e a filosofia moderna.

Pico Della Mirandola, ao tratar da dignidade humana, parte primeiramente da ideia do antropocentrismo, ou seja, do homem como o centro do universo, o que decorre da própria criação divina, podendo escolher sua direção para se tornar o que quiser. Esta liberdade se refere à capacidade de escolha na decisão de seu destino, e de quem a pessoa “é”, encontrando, assim, sua própria essência. Como decorrência, a dignidade é considerada como a capacidade do homem em saber usar sua liberdade (potencial inerente ao homem; dom concedido por

³⁴ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66. (Coleção Prof. Agostinho Alvim)

³⁵ *Ibidem*, p. 66.

Deus), transformando a si e ao mundo, sempre de maneira melhor e mais próxima de Deus.³⁶

Oxalá nossa alma se deixe conduzir pela santa ambição de superar a mediocridade e anele por coisas mais sublimes, envidando esforços para consegui-las, dado que, se, realmente, quisermos, haveremos de concretizar. Desdenhemos então as realidades materiais, tratemos, com indiferença, as coisas astrais e, enfim, alheios a tudo de mundano, sejamos transportados para a corte supraterestre, para a vizinhança da augustíssima deidade. Ali, como nos advertem os sagrados oráculos, os Serafins, os Querubins e os Tronos ocupam os postos mais altos, disputemos com eles a dignidade e a glória de que desfrutaram, dispostos a não retroceder nem a ocupar um lugar secundário. Se quisermos, não seremos em nada inferiores a eles.³⁷

Tem-se então, que, sob a perspectiva de Pico Della Mirandola, o autoaperfeiçoamento e o uso da racionalidade para se chegar à máxima perfeição é que tornam o homem digno e merecedor de respeito. O poder de escolha e o direito à opção do homem, que fica no íntimo da consciência individual do ser humano, resultam de sua liberdade, e são eles que demonstram a autonomia absoluta do homem, conferindo-lhe dignidade.

A filosofia de Immanuel Kant também influenciou fortemente a concepção de dignidade da pessoa humana. Para o filósofo, “[...] tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”³⁸ Kant criou o “imperativo categórico”, pelo qual o homem é um fim em si mesmo, sendo sua existência um valor

³⁶ LACERDA, Bruno Amaro. **A dignidade humana em Pico Della Mirandola**. Disponível em: <http://apl.unisuam.edu.br/legis_augustus/pdf/ed1/Artigo_2.pdf > Acesso em: 05 out. 2015.

³⁷ MIRÂNDOLA, Giovanni Pico Della. **Oratio de Hominis Dignitate (A dignidade do Homem)**. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, p. 42-43.

³⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martins Claret, 2003, p. 65.

absoluto, e dispunha que através da dignidade é que o homem formula as regras para reger sua vida.³⁹

Com isso, fica evidente que todo ser humano, sem distinção, é pessoa, não necessitando realizar nenhum ato para que se lhe atribua a dignidade inerente à espécie humana, visto que é digno simplesmente por ser pessoa. Assim, na medida em que todos seres humanos são dignos, essa dignidade é por nós naturalmente reproduzida no nosso semelhante [...]

Destarte, a dignidade, de acordo com a concepção kantiana, é um atributo intrínseco à espécie humana, “única cujo valor ético é superior a todos os demais do mundo” e cuja existência é um fim em si mesma, nunca devendo ser um meio para a consecução de outros fins.⁴⁰

Passando-se à análise da dignidade sob uma perspectiva histórica, tem-se que, no contexto da Roma antiga, da Idade Média e do surgimento do Estado Liberal, a dignidade era considerada como conceito ligado ao *status* pessoal do indivíduo ou de certas instituições, que pressupunha uma sociedade hierarquizada.

Diversamente, o sentido do conceito de dignidade sofreu, paulatinamente, grande alteração ao se desprender da ideia inicial de *status* para, em tempos mais recentes, ligar-se à concepção de que todas as pessoas são dignas. Releva que a nova orientação conferida à expressão teve grande impulso na filosofia, especialmente após a obra de Kant, mas também podem ser apontados como marcos da dignidade da pessoa humana: a tradição judaico-cristã; o Iluminismo; e a retomada de valores no período pós-Segunda Guerra Mundial.

Reitera-se. De início, a dignidade era relacionada à ideia de hierarquia, sendo que as pessoas que possuíam *status* social ou político eram consideradas mais dignas, sob a ideia de que as pessoas que denotam nobreza eram superiores aos demais indivíduos.

Segundo Barroso, “Em cada caso, da dignidade decorria um dever geral de respeito, honra e deferência, devido àqueles indivíduos e instituições merecedores de tais distinções, uma

³⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68. (Coleção Prof. Agostinho Alvim)

⁴⁰ *Ibidem*, p. 68.

obrigação cujo desrespeito poderia ser sancionado com medidas civis e penais.”⁴¹

Posteriormente, com o impulso da Igreja, filosofia e política, a dignidade passou a ser estendida a todos os seres humanos. A dignidade, então, passou a ser destinada a todos os indivíduos, pois todos são detentores de dignidade.

Ressalta-se, lamentavelmente, como marco histórico influenciador da atual noção de dignidade humana, os “horrores do nacional-socialismo e do fascismo e a reação que eles provocaram após o fim da Segunda Guerra Mundial.”⁴² O mundo estava devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio e a dignidade humana passou, então, a fazer parte dos discursos políticos.

No final do século XX, a dignidade da pessoa humana passou a ser expressa em documentos jurídicos, tais como as Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919). Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana também passou a incorporar documentos internacionais relevantes, como a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), dentre outros.

Já na contemporaneidade, a dignidade foi “Incorporada em documentos internacionais, tratados e constituições como a base para uma ordem nacional e internacional fundada sobre a liberdade e a igualdade — muitos acrescentariam a solidariedade”⁴³.

Hoje, a visão que se tem a respeito da dignidade da pessoa humana é que esta se pauta no pressuposto de que cada ser humano ter seu valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo.

Luis Roberto Barroso dispõe que a dignidade humana, nas últimas décadas, tornou-se um consenso ético do mundo, sendo defendida em inúmeros documentos, decisões e legislações. Na prática, todavia, a dignidade, como um conceito jurídico, funciona frequentemente como um mero espelho, em que cada um projeta os seus próprios valores. “Deve ficar claro, contudo, que o entendimento atual de dignidade humana possui

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 13.

⁴² *Ibidem*, p. 18.

⁴³ *Ibidem*, p. 14.

origens religiosas e filosóficas que remontam a muitos séculos, sendo talvez quase tão antigo quanto o anterior”.⁴⁴

A dignidade humana, esteja ela ou não consagrada expressamente no texto constitucional, vem se tornando um instrumento argumentativo poderoso nos Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas no mundo todo.

A dignidade humana era considerada, em princípio, como um valor estritamente vinculado à moralidade. Contudo, após a Segunda Guerra Mundial, a ideia da dignidade humana foi incorporada ao discurso político, passando a constituir meta a ser alcançada por todas as instituições.

De acordo com Barroso, a dignidade humana possui duas dimensões: uma interna, referente ao valor intrínseco de cada pessoa, considerado inviolável; e outra externa, relativa aos direitos e deveres de terceiros, que podem ser violáveis.

A dignidade humana está presente na filosofia, na religião, na política, na história, na sociologia, etc., e a acepção jurídica de dignidade não é uníssona e decorre justamente das concepções decorrentes destas outras ciências, tal como já exemplificado. Quanto à dignidade no âmbito jurídico, Barroso pondera:

Em um primeiro momento, a proteção e promoção da dignidade humana foram consideradas tarefas exclusivas dos poderes políticos do Estado, ou seja, dos poderes Executivo e Legislativo. Não demorou muito, entretanto, para que essas metas políticas e valores morais inscritos na dignidade migrassem para o direito. Mas a ascensão da dignidade humana como um *conceito jurídico* foi consequência de uma mudança fundamental no pensamento jurídico, que se tornou mais visível e concreta depois da Segunda Guerra.⁴⁵

Muito embora a “dignidade” esteja presente nas mais diversas áreas, e seja um valor fundamental, vale ressaltar que a sua utilização não pode ser, via de regra, absoluta, isto porque existem situações em que a dignidade humana deve ceder, ainda que parcialmente, em prol de algum outro valor. “O que pode ser dito é que a dignidade humana, como um princípio e valor fundamental, deve ter precedência na maior parte dos

⁴⁴ *Ibidem*, p. 10 e 14.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 62.

casos, mas não necessariamente em todos.”⁴⁶

A dignidade humana possui duas faces, uma voltada aos valores morais, que individualizam cada pessoa, tornando-as merecedoras de respeito; e a outra, voltada ao Direito, contemplando os direitos fundamentais.

Barroso dispõe que a dignidade possui um elemento ontológico, que é o valor intrínseco (ligado à natureza do ser); um elemento ético, que se refere à autonomia (livre arbítrio); e um elemento social, consistente no valor comunitário (dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia).⁴⁷

A dignidade humana é caracterizada como um valor fundamental, que se deve voltar à garantia dos interesses da pessoa. Hodiernamente, no âmbito jurídico, tem-se que a dignidade da pessoa humana é considerada um valor supremo da ordem jurídica. Trata-se de princípio constitucional que fundamenta a República Federativa de Direito, e que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Portanto, nota-se sua grandeza e influência, porquanto se trata de maior princípio jurídico, especial e embasador das demais normas, especialmente quanto aos direitos fundamentais.

2.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CLÁUSULA GERAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Dignidade da pessoa humana não deve ser confundida com direitos da personalidade. São conceitos imbricados, mas distintos. A dignidade, como já esclarecido, é uma das qualidades intrínsecas do ser humano, no sentido de que todos possuem dignidade, exatamente pelo fato de serem humanos, daí a necessidade de ser protegida em todos os aspectos. Já os direitos da personalidade, eles possuem um conteúdo mais relacionado com qualidades inerentes a uma pessoa, mas em relação à forma como o indivíduo vai se desenvolver como pessoa perante os demais. A vida digna implica o exercício de direitos fundamentais e em um pleno desenvolvimento da personalidade.

Os direitos da personalidade, atualmente, são amplamente protegidos em diversas Constituições,

⁴⁶ *Ibidem*, p. 66-67.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 76/79.

especialmente na brasileira, justamente em razão do princípio da dignidade humana, por ser núcleo intangível e garantidor do mínimo de recursos para uma vida digna.

O ser humano faz parte do fundamento ético-valorativo do Direito, sem ele não haveria Direito, pois as pessoas são o princípio e o fim do Direito.⁴⁸ A dignidade humana somente estará plenamente protegida e concretizada se os direitos da personalidade, igualmente, forem assegurados e efetivados, ou seja, se às pessoas forem proporcionadas condições mínimas que possibilitem um amplo desenvolvimento de sua personalidade. Daí Pedro Pais de Vasconcelos afirmar que “O Direito de Personalidade tem a ver com a posição das pessoas no Direito, com a exigência da sua dignidade.”⁴⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade. Nem todos os direitos da personalidade podem ser amplamente assegurados, por diversas razões. Contudo, seu núcleo essencial fundamentado naquela cláusula geral não pode ser atingido, sob pena de desrespeito àquela qualidade intrínseca do ser humano.

Nesse sentido, a cláusula geral da dignidade da pessoa humana autoriza ao executor do direito, em situações de interesse existencial da pessoa não tutelado pela técnica casuística, a proteção ao caso concreto, o que deixa menos rígido o direito em vigor, permitindo com que não ocorra o envelhecimento prematuro dos ordenamentos jurídicos.⁵⁰

Outrossim, o princípio da dignidade da pessoa humana, ao conferir embasamento aos direitos fundamentais e aos direitos da personalidade, aqueles para garantir as pessoas principalmente nas relações com o poder públicos e estes muito mais nas relações privadas, confere elasticidade que as regras em geral não possuem, o que permite, em face da flexibilidade, uma aplicação ampla para múltiplas situações para assegurar uma vida digna.

⁴⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 6.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88. (Coleção Prof. Agostinho Alvim)

2.5 O QUE É NECESSÁRIO PARA UMA VIDA DIGNA?

O reconhecimento ao mínimo para uma vida ou existência digna não nasceu de uma hora para outra. Trata-se de uma construção que se deu paulatinamente. Pode-se afirmar que uma primeira manifestação a respeito do tema ocorreu com a ruptura do modelo de Estado liberal e o consequente surgimento do Estado Social de Direito, por meio da inclusão de direitos sociais nas Constituições de diversas nações.

É claro que a mera previsão de direitos sociais em documentos normativos não é suficiente para assegurar a efetivação de uma vida digna.

O alcance de recursos concretos para a efetivação de uma vida digna passou pela influência da Doutrina Social da Igreja, a qual influenciou de maneira significativa o Estado Social de Direito.

O primeiro país a esboçar a previsão de recursos mínimos para uma vida digna foi a Alemanha, com supedâneo na doutrina alemã, com base no princípio da dignidade humana, a partir da década de 1950, com um viés no sentido de considerar que a mera garantia de liberdade não seria suficiente para assegurar uma vida digna, mas posturas ativas deveriam ser efetivadas para concretizá-la.⁵¹

Em 1975, numa decisão do Tribunal Constitucional Alemão, o direito ao mínimo para uma existência digna foi reconhecido. Nessa decisão, postulou-se o dever do Estado de fornecer recursos aos necessitados e a liberdade do parlamentar de optar pelos instrumentos de proteção da dignidade humana.⁵²

Por isso, é possível afirmar que foi o Tribunal Constitucional Alemão o primeiro a admitir a presença de um direito fundamental ao mínimo para uma existência digna, vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana e à cláusula do Estado Social.⁵³

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não há expressamente uma cláusula com previsão da existência de um mínimo para a concretização de uma vida ou existência digna. No entanto, logo em seu art. 1º, ela estabelece

⁵¹ BITENCOURT, Eurico Neto. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 54-55.

⁵² *Ibidem*, p. 55.

⁵³ *Ibidem*, p. 55-56.

como princípio (fundamento) a dignidade da pessoa humana e, mais adiante, também prevê direitos sociais, catalogados no art. 6º. Assim, pode-se afirmar, mesmo implicitamente, que ela prevê a existência de um mínimo de recursos a serem garantidos pelo Estado para que uma vida digna seja concretizada.

A inclusão de direitos sociais nas Constituições não significa, necessariamente, que o direito ao mínimo para uma existência digna esteja garantido no sentido da efetivação, na medida em que a teoria nem sempre coincide com a prática, o que não deve causar estranheza ao leitor, bastando uma breve análise da história para perceber este fato.

Por outro lado, o discurso de que a mera previsão de direitos não serve para garantir a sua concretização não pode servir de desculpa para o abandono da luta pela conquista e proteção de bens que são caros e indispensáveis para o ser humano de uma maneira geral, a fim de que ele viva com dignidade.

A dignidade da pessoa humana necessita de um mínimo de condições para que seja respeitada, mas este mínimo não pode ser confundido com meros recursos suficientes para a subsistência do indivíduo, a exemplo de algumas refeições diárias que permitam que a pessoa sobreviva, ausência de danos físicos, etc. A vida digna necessita muito mais, de recursos materiais e imateriais.⁵⁴

Luís Roberto Barroso assevera que se procura um conteúdo mínimo de dignidade humana apto a ser acolhido por tradicionalistas, liberais e socialistas, bem como por indivíduos que confessam distintas noções médias de bem e de boa vida.⁵⁵

Ou seja, na modernidade, há um consenso geral a respeito do que seja o mínimo para a existência com dignidade. Esse mínimo até pode variar entre os Estados, mas há um núcleo essencial que não pode ser atingido.

Ao tratar do mínimo existencial, Ana Paula de Barcellos procura responder a respeito do que realmente seriam compostas as condições mínimas para uma vida digna, trazendo o seguinte apontamento:

⁵⁴ *Ibidem*, p. 118.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 73.

Uma primeira resposta que se pode apresentar desde logo, insatisfatória por sua generalidade, porém útil, é que o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.⁵⁶

Noutro viés, o mero tratamento não degradante ou a proteção da integridade física não são suficientes para que seja assegurado o respeito à dignidade da pessoa humana.⁵⁷

Ana Paula de Barcellos chega a identificar quatro elementos que compõem o mínimo existencial, a saber, “a educação básica (assumindo-se a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.”⁵⁸

Não é demais destacar que o conteúdo mínimo para uma existência digna varia de tempos em tempos. É razoável admitir que, em outras épocas, os recursos disponíveis na sociedade eram mais escassos se comparados com o mundo hodierno. Condições materiais suficientes para uma subsistência diária saudável foram consideradas aptas para uma existência com dignidade. Porém, atualmente, parece ser unânime o reconhecimento de que são indispensáveis expedientes materiais e imateriais.

Analizando uma situação de extrema escassez, ao voltar-se os olhos para os campos de concentração nazistas, seria possível conceber a ideia de que indivíduos tratados de forma sub-humana não precisariam de muitos recursos para uma vida digna, desde que ficassem livres daquele tratamento

⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 247.

⁵⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 119.

⁵⁸ Op. cit., p. 302.

desumano. É claro que eles não foram menos dignos que as pessoas da sociedade atual, mas, conforme o ponto de vista e a situação imposta, o que é considerada uma existência digna nos dias de hoje poderia não ser naquele período, ou condições mais precárias em comparação talvez não fossem impedimento para que aqueles seres humanos se considerassem possuidores de uma vida com dignidade.

Portanto, para a concretização de uma vida digna, não é suficiente disponibilizar meios que possibilitem a mera sobrevivência diária para a integridade do corpo ou a ausência de danos físicos e psicológicos. Também não são suficientes apenas condições materiais, como alimentação, vestuário, medicamentos, um teto para morar, etc. O mínimo de recursos implica também instrumentos imateriais, como o direito à educação, à cultura, ao lazer, o bem-estar psicológico e espiritual (para alguns talvez), etc, que proporcionarão o pleno desenvolvimento da personalidade.

2.6 RECURSOS MÍNIMOS PARA UMA EXISTÊNCIA DIGNA E A RESERVA DO POSSÍVEL.

O Estado Democrático (Social) de Direito, modelo atual, apresenta-se como ente garantidor de recursos mínimos para uma vida digna. A ele não basta prever direitos, ainda que inseridos na Constituição Federal, mas deve ir além, criando políticas públicas, as quais devem ser concretizadas por meio de programas eficazes.

Quanto ao aspecto da previsão de direitos, a Constituição brasileira está recheada de artigos que tratam de direitos fundamentais, no art. 6º estabelece um rol de direitos sociais e, ao tratar de direitos dos trabalhadores no art. 7º, possui um inciso que estabelece o salário mínimo, o qual deverá ser apto a atender necessidades vitais para a sobrevivência do trabalhador. Neste caso, parece que não há dúvida de que, se o salário mínimo realmente atender às condições previstas naquela norma, o trabalhador usufruirá de uma vida digna.

O problema reside no âmbito econômico-financeiro, no sentido de que os recursos são escassos. O Estado tem lançado mão do princípio da “reserva do possível”⁵⁹, conceito

⁵⁹ De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das

emprestado da doutrina alemã, a qual confere uma outra interpretação ao fenômeno. Aqui, no Brasil, ele é argumento utilizado em defesas do Poder Executivo com o fim de negar prestações materiais previstas na Constituição Federal. O Poder Judiciário, por sua vez, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, vem decidindo no sentido de que a alegação de escassez de recursos, apesar de existir de fato, não pode servir de impedimento para concretização do mínimo existencial.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal não deixar muito claro o que se trata o mínimo existencial, ou melhor, da amplitude precisa com a qual abarca as condições mínimas para a existência de uma vida digna, não resta dúvida de que ele se baseia na dignidade da pessoa humana como princípio fundamental estampado na Constituição Federal.

No Acórdão a seguir, parcialmente reproduzido, o Distrito Federal alega que as escolhas políticas a respeito da destinação de recursos públicos pertence aos representantes eleitos pelo povo e a corte suprema brasileira sustenta que a cláusula da reserva do possível não pode inviabilizar a concretização de direitos fundamentais. Confira-se:

Verifico que as alegações da parte são impertinentes e decorrem de mero inconformismo com a decisão adotada por este Tribunal, uma vez que o agravante não trouxe argumentos suficientes a infirmá-la, visando apenas à rediscussão da matéria já decidida de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte. Inicialmente, conforme já posto na decisão agravada, constato que o acórdão recorrido não diverge da jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas. Incabível, portanto, falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira, quando a obrigação decorre de mandamento constitucional. Igualmente, mostra-se inviável

necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. In: BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 277.

a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.⁶⁰

Os recursos podem ser finitos, mas este argumento não pode servir de fundamento do Estado para negar o atendimento a condições básicas do ser humano que lhe possibilitem uma existência digna.

Eurico Bitencourt Neto chega a afirmar que “o direito ao mínimo existencial possibilita a execução jurisdicional direta de posições relativas a direitos a prestações fáticas, independentemente de intervenção legislativa [...]”.⁶¹

Direitos com características prestacionais estão atrelados à existência de recursos ou a uma reserva do materialmente possível, porém o direito ao mínimo para uma vida digna não se relaciona a este limite, uma vez que a dignidade da pessoa humana implica necessariamente que o Estado, de forma primordial, garanta meios indispensáveis para uma existência digna.⁶²

É certa a afirmação de que assegurar recursos materiais fundamentais à dignidade humana (o mínimo existencial) é a primazia do Estado brasileiro. Essa prioridade deverá impactar no modo como são disponibilizados os recursos públicos, os quais deverão ser direcionados para assegurar condições materiais indispensáveis à uma vida digna. Portanto, o embate a respeito da reserva do possível sequer deveria ser importante nesse âmbito, uma vez que se está protegendo a prioridade número 1 (um), a não ser que não haja até mesmo condições suficientes para atender aquilo que se considera o mínimo existencial.⁶³

É de conhecimento geral que os recursos são limitados, mas qual, realmente, é a quantia de condições materiais existentes, ainda que de forma aproximada? Onde elas são

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no RE com Ag 860979**, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8362463>>. Acesso em: 15 out 2015.

⁶¹ BITENCOURT, Eurico Neto. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 121.

⁶² *Ibidem*, p. 131.

⁶³ BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 288.

gastas? Qual a porcentagem delas é aplicada na efetivação dos direitos que fazem parte do mínimo existencial? Que quantidade é gasta com outros direitos sociais para além do mínimo?⁶⁴ Num contraponto, quanto se gasta na propaganda governamental?

Parece mais razoável admitir que a reserva do possível pode ser utilizada para negar direitos fundamentais, a exemplo do direito de cursar o ensino superior, mas desde que estes não estejam diretamente relacionados com o mínimo de recursos para uma vida digna.

Nesse sentido, a dignidade humana atua como limite dos limites dos direitos fundamentais, no viés de que qualquer restrição nunca poderá excluir o princípio diretor do sistema de direitos fundamentais.⁶⁵

A vida digna possui um núcleo dentro do princípio da dignidade humana, que é o mínimo de condições ou instrumentos assecuratórios para uma existência com dignidade, o qual não pode ser afetado em nenhuma hipótese. Se o administrador público ou legislador tiver que fazer uma escolha entre direitos fundamentais a serem concretizados, ele até poderá realizar esta opção com supedâneo na cláusula da reserva do possível, mas jamais estará autorizado a atingir o mínimo capaz de proporcionar uma existência digna.

2.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente estudo, conclui-se:

1. A vida é um direito fundamental inerente à condição humana. Sem a proteção da vida e o reconhecimento de direitos que à sua preservação, não há que se falar em dignidade. É, sem dúvida, o direito mais fundamental de todos.
2. A dignidade possui várias formas de conceituação que variam durante a história. O Cristianismo foi o responsável pela primeira noção de dignidade, na medida em que a atribui a cada pessoa considerada individualmente como obra do Criador.
3. Os horrores vivenciados com as duas grandes Guerras Mundiais foram responsáveis pela noção de dignidade que prevalece até os dias de hoje. Inclusive, foram estes fatos

⁶⁴ *Ibidem*, p. 290.

⁶⁵ FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 220-221.

que impulsionaram a sua inclusão em diversas Constituições como uma cláusula geral justificadora dos direitos fundamentais.

4. A dignidade da pessoa humana também é considerada uma cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade, uma vez que o pleno desenvolvimento da personalidade implica amplo respeito àquele princípio norteador do ordenamento jurídico.
5. Uma vida digna ou existência digna requer mais que condições aptas para manutenção do corpo ou para uma mera subsistência diária. Para que se concretize esta vida com dignidade são indispensáveis recursos materiais mínimos, além de recursos imateriais, a exemplo do direito ao ensino.
6. Apesar da inexistência de recursos suficientes para atender a todos os direitos de todas as pessoas, a manutenção da dignidade da pessoa humana prescinde da proteção de seu núcleo, ou seja, a provisão de condições mínimas para que se efetive uma existência digna, a qual não se poderá ser ofendida sob a alegação da reversa do possível, sob pena de desnaturação do valor mais importante inerente ao ser humano.

2.7 REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial**. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.
- BITENCOURT, Eurico Neto. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6. ed., atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

- BRASIL (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil – Promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no RE com Ag 860979**, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8362463>>. Acesso em: 15 out 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPELO DE SOUZA, Reindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CHAVES, Antônio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. I, 1988.
- CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.
- DIAS, José Francisco de Assis. **Aborto? Sou contra!**: Os argumentos anti-abortistas de Norberto Bobbio (1909-2004). Maringá, PR: Humanitas Vivens, 2011.
- DIAS, José Francisco de Assis. **NÃO MATARÁS!**: a vida humana como valor primordial no pensamento de Norberto Bobbio (1909-2004). 2. ed. Maringá, PR: Humanitas Vivens, 2011.
- DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martins Claret, 2003.
- LACERDA, Bruno Amaro. **A dignidade humana em Pico Della Mirandola**. Disponível em <http://apl.unisiam.edu.br/legis_augustus/pdf/ed1/Artigo_2.pdf > Acesso em: 05 out. 2015.

- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Oratio de Hominis Dignitate (A dignidade do Homem)**. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Portugal: Coimbra Editora, 1995.
- ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **O direito à vida**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15479-15480-1-PB.pdf>> Acesso em: 08 out. 2015.
- RUSS, Jacqueline. **Dictionnaire de Philosophie (Dicionário de Filosofia: os conceitos; os filósofos; 1850 citações)**. São Paulo: Scipione, 1994.
- VARI, Massimo. O direito de nascer. In: SILVA, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- VASCONCELOS, Pedro Pais. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Prof. Agostinho Alvim)

DA PROTEÇÃO PENAL DO NASCITURO: A VIDA INTRAUTERINA COMO OBJETO DE PROTEÇÃO DO CRIME DE ABORTO

*Humberto Luiz Carapunarla**
*Siladelfo Rodrigues da Silva***

3.1 INTRODUÇÃO

Muito se discute a respeito da vida intrauterina como objeto de proteção do direito penal, no caso do crime de aborto. É certo que o direito penal protege o regular desenvolvimento do nascituro, até o nascimento, não se permitindo a interrupção voluntária ilícita da gravidez, seja pela própria mãe, seja por terceiros. Porém, o questionamento surge justamente no sentido de quem é o titular do bem jurídico penalmente protegido no caso do crime de aborto, considerando somente a prática do aborto em si: o produto da concepção ou o Estado?

Se considerarmos que o produto da concepção não pode ser titular de direitos, possuindo apenas mera expectativa, o sujeito passivo no crime de aborto seria o Estado. Porém, se, ao contrário, aceitarmos que o início da vida se dá com a concepção (fecundação do óvulo pelo espermatozoide), efetivamente o produto da concepção seria o destinatário da proteção penal, como titular do direito à vida intrauterina.

Questões acerca do início da vida – e, portanto, do direito à vida – são frequentes, envolvendo calorosos embates entre os estudiosos do tema. E a importância dessa discussão na seara penal é justamente acerca do reconhecimento da vida como direito do nascituro, bem como das consequências da prática do crime de aborto, que se alteram de acordo com o

* Mestrando em Direito pela pós-graduação stricto sensu em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá. Docente da Graduação no Curso de Direito da União Educacional de Cascavel – UNIVEL. Juiz de Direito em Maringá-PR. Endereço eletrônico: carapu@uol.com.br.

** Mestrando em Direito pela pós-graduação stricto sensu em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá. Docente da Escola da Magistratura do Paraná e da Graduação no Curso de Direito da UNIFAMMA - Faculdade Metropolitana de Maringá. Juiz de Direito em Maringá-PR. Endereço eletrônico: silasaula@gmail.com.

entendimento esposado, como no caso de aborto de gêmeos, onde teríamos um só crime se considerarmos o Estado como sujeito passivo, ao passo que restariam configurados dois crimes de aborto, em concurso formal, caso o entendimento seja no sentido inverso (proteção da vida intrauterina). Tudo, sem olvidar que um dos argumentos abortistas é justamente o direito da mulher sobre seu próprio corpo, mas não sobre o direito à vida de outro ser humano.

Dessa discussão exsurge a necessidade de caracterizar – ou não – o nascituro como um ser humano com vida e, por conseguinte, titular desse direito. E, para chegar a uma conclusão, necessário discorrer sobre o conceito de nascituro, bem como sobre as teorias acerca da concepção, sem perder de vista a proteção jurídica do nascituro na esfera jurídico-penal.

3.2 O DIREITO À VIDA - EM SENTIDO AMPLO - COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Não se discute que o direito à vida é um direito fundamental. Essa assertiva se faz comprovada pela explanação do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que define a inviolabilidade à vida como direito fundamental positivado.

Positivado não em sentido unicamente formalista, mas, em tentativa constante de acepção fática. O direito à vida se faz inerente e, requisito mínimo, a todos os demais direitos fundamentais, pois, sem estar vivo, não poderia o cidadão utilizar-se de tais direitos. Trata-se, portanto, de um direito fundamental que subjaz aos demais.

Neste sentido, Zulmar Fachin pontua que:

A vida é o bem mais precioso da pessoa humana. Somente quem a tem pode exercer direitos. Logo, o direito à vida é um pressuposto para o exercício dos direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico de um País¹.

¹ FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 251.

Logicamente que desta forma, o direito à vida se situa tanto em uma categoria própria, como em uma necessidade aos demais direitos fundamentais, de maneira que:

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse².

Para alguns doutrinadores a vida, direito fundamental indivisível, fornece característica indelével ao ser. José Afonso da Silva, neste sentido, pondera que “todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é uma pessoa”³.

Ainda neste contexto, necessário pontuar que esta conceituação não se limita à vida orgânica, biológica, mas também à vida digna, com aplicação de outros direitos construindo um conceito de vida mais elaborado, mais adequado à necessidade da pessoa humana. Não se pode ofertar a simples vida mecânica a uma pessoa sem lhe garantir formas de exercer este direito fundamental com qualidade, com dignidade. Assim, o direito à vida não se exaure à sobrevivência, mas a uma vida plena e digna, com o uso e fruição de outros direitos fundamentais.

De tal forma, segundo Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal assegura, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência⁴.

Portanto, resta ao Estado o dever de garantir a existência do direito fundamental à vida, como necessidade

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 378.

³ SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed., rev. e atual. nos termos da reforma constitucional até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 197.

⁴ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: comentários aos artigos 1º e 5º da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 87.

basilar da pessoa humana, fornecendo ainda maneiras adequadas para que se possa usufruir deste direito dignamente, em qualquer fase de sua existência.

José Francisco de Assis Dias diferencia o “direito à vida” do “direito a viver”, explanando que:

O Direito à vida é um direito que implica da parte do Estado, pura e simplesmente, um comportamento negativo: Não matar! Já o direito a viver implica da parte do Estado também um comportamento positivo, isto é, implica intervenção de políticas econômicas inspiradas em princípios de justiça distributiva; e da parte dos “outros” também um comportamento positivo de sustentação, promoção e proteção solidária da vida, como valor primordial⁵.

De se destacar, portanto, que a Constituição Federal protege a vida de forma geral, inclusive a intrauterina. Ives Gandra Martins, ao questionar posicionamentos contrários, com propriedade assevera que:

O argumento de que a Constituição apenas garante a vida da pessoa nascida — não do nascituro — e que nem sequer se poderia cogitar de “ser humano” antes do nascimento é, no mínimo curioso: retira do homem a garantia constitucional do direito à vida até um minuto antes de nascer e assegura a inviolabilidade desse direito a partir do instante do nascimento. De rigor, a Constituição não fala em direito inviolável à vida em relação à pessoa humana, mas ao ser humano, ou seja, desde a concepção. Lembro-me, inclusive, do argumento do professor Jérôme Lejeune, da Academia Francesa, para quem, se o nascituro está vivo e não é um ser humano, então é um ser animal, de tal maneira que todos os que defendem essa tese admitem ter tido, no correr de sua vida, uma natureza animal, antes do nascimento, e uma natureza humana, depois dele⁶.

Também o Direito Internacional expressa a proteção à vida do nascituro. A Convenção Americana dos Direitos

⁵ DIAS, José Francisco de Assis. Aborto? Sou contra. Os argumentos anti-abortistas de Norberto Bobbio. Maringá, 2011, p. 43.

⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-28/constituicao_garante_direito_vida_concepcao>. Acesso em: 05 nov. 2015.

Humanos, Pacto de São José da Costa Rica⁷, estabelece que “toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”⁸.

Não há, portanto, como pensar de outro modo senão de que a vida do nascituro, que tem início com a concepção, é tutelada pelo nosso ordenamento jurídico, até mesmo diante de outros institutos que atuam diretamente neste sentido, como a possibilidade de pleitear alimentos gravídicos ou ingressar com ação de investigação de paternidade, dentre outras figuras que refogem ao nosso estudo⁹.

Destarte, tendo como ponto de partida a proteção da vida como direito fundamental, em qualquer de suas fases, poderemos afirmar, como adiante se verá, ser a vida intrauterina objeto jurídico (bem penalmente protegido) do crime de aborto.

⁷ O Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e ingressou no Direito interno através do Decreto nº 678, de 06.11. 92.

⁸ Capítulo II (Direitos Cíveis e Políticos), artigo 4º - Direito à vida.

⁹ Como é o caso de fixação de dano moral ao nascituro. Em caso de destaque na imprensa nacional, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a obrigação do humorista Rafinha Bastos de indenizar a cantora Wanessa Camargo por conta de uma piada. O tribunal manteve a quantia em R\$ 150 mil por considerar um comentário feito por Bastos “agressivo e grosseiro”. Quando era apresentador do programa CQC, da Band, Rafinha Bastos, ao ouvir o nome da cantora, disse que “comeria ela e o bebê”. Wanessa, na época, estava grávida. Ela, o bebê e o marido, o empresário Marco Buaiz, entraram com uma ação de dano moral com o objetivo de “punir o ofensor”. A Justiça de São Paulo concordou com a cantora, filha de Zezé de Camargo e estabeleceu uma indenização de R\$ 450 mil: R\$ 150 mil para cada autor. O Tribunal de Justiça manteve a indenização, mas reduziu o valor em R\$ 50 mil para cada impetrante. Em outro caso, de setembro de 2009, da 4ª Turma, quando foi decidido que morte de feto em acidente de trânsito gera direito ao seguro obrigatório, o Ministro Luis Felipe Salomão disse que, apesar de não possuir personalidade civil, o feto deve ser considerado pessoa e, como tal, detentor de direitos. Salomão citou diversos dispositivos legais que protegem os nascituros, como a legitimidade para receber herança, o direito da gestante ao pré-natal – garantia do direito à saúde e à vida do nascituro – e a classificação do aborto como crime contra a vida. In: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-25/comentario-rafinha-bastos-wanessa-foi-grosseiro-stj>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

3.3 DO NASCITURO: BREVES CONSIDERAÇÕES

A expressão “nascituro” vem do futuro em latim *nasciturus*, significando o que está por nascer (concebido e não nascido). Em um conceito técnico, De Plácido e Silva aduz que nascituro é

o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intrauterina. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa.¹⁰

Paulo Carneiro Maia esmiúça o conceito ao dizer que referido vocábulo:

Quer designar, ainda, com expressividade, o embrião (*venter, embrio, foetus*), que vem sendo gerado ou concebido, não tendo surgido ainda à luz como ente apto (*vitalis*), na ordem fisiológica. Sua existência é intra-uterina (*pars viscerum matris*), no ventre materno (*in uterus*), adstrita a esta contingência até que dele se separe, sendo irrelevante se por morte natural ou artificial, concretizando-se o nascimento com vida, existência independente e extra-uterina para a aquisição do atributo jurídico de pessoa¹¹.

Neste contexto, de total relevância a advertência de William Artur Pussi:

Por sua vez, não há como confundir e assemelhar os conceitos de nascituro com o de natimorto, sendo este o que nasce sem vida. Afinal, natimorto é composto de *natus* (nascido) e *mortis* (morto), sendo que tal palavra é empregada unicamente para distinguir ou designar a criança que nasceu sem vida ou mesmo aquela que, nascendo com sinais de vida, não logrou a respirar e morreu¹².

Assim, a partir do nascimento com vida (retirada do nascituro do útero materno), tendo como divisor de águas o

¹⁰ SILVA, De Plácido e. op. cit., p. 48.

¹¹ MAIA, Paulo Carneiro. Nascituro. In Enciclopédia Saraiva do Direito, dirigida por R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1980. V. 54, p. 38-52.

¹² PUSSI, William Artur. Personalidade Jurídica do Nascituro. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 51.

início do parto, teremos o nascente (que está nascendo) ou o neonato (que acabou de nascer), surgindo então a vida extrauterina.

Discussões surgem, no entanto, acerca do exato momento do início da vida intrauterina, bem como com relação ao seu fim, vez que encontraremos teorias diversas acerca da concepção e, de igual forma, acerca do início da vida.

3.4 O “SOPRO DA VIDA”: TEORIAS JURÍDICAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA

A expressão “sopro da vida”, no plano da fé, diz respeito ao início da vida humana, quando Deus criou o homem. Na Bíblia encontramos a seguinte descrição: “E formou o Senhor Deus o homem do pó da terra, e soprou-lhe nas narinas o fôlego da vida; e o homem tornou-se alma vivente”¹³.

Já na esfera jurídica a questão não é pacífica. Discussões existem acerca do exato momento do início da vida humana – a concepção¹⁴. E, tais discussões têm cabimento na medida em que, dependendo da teoria adotada a respeito do início da vida, consequências diversas virão na esfera jurídica de um modo geral e, principalmente, na questão de direito penal posta como objeto de estudo neste trabalho, qual seja: a vida intrauterina como objeto jurídico do crime de aborto. Tudo, sem olvidar a questão que envolve a chamada “pílula do dia seguinte”¹⁵ como substância abortiva ou não, quando impede a fertilização.

Destarte, para um bom entendimento a respeito de tal situação, mister uma passagem pelas teorias concepcionistas que mais se destacam no Direito Penal, a fim de esclarecer este ponto de interrogação¹⁶.

¹³ Passagem descrita na Bíblia Sagrada em Gênesis 2:7.

¹⁴ Aliás, o próprio termo “concepção”, por si só já gera discordâncias, vez que possui mais de um significado, confundindo-se, por vezes, com a fecundação, que seria o encontro do óvulo com o espermatozoide, formando-se o embrião.

¹⁵ O principal objetivo da pílula é bloquear a ovulação e com isso dificultar a incidência de gravidez. Caso a mulher não tenha ovulado, o anticoncepcional de emergência deverá impedir ou retardar a liberação do óvulo, evitando a fertilização. A pílula não deixa formar o endométrio gravídico (camada que recobre o útero para receber o óvulo fecundado e cuja descamação dá origem à menstruação).

¹⁶ Não se pretende aqui esgotar o tema ou citar todas as teorias concepcionistas, mas somente aquelas que mais interessam ao trabalho, como fundamento.

A primeira teoria a ser estudada neste sentido é a Teoria Natalista, que parte do pressuposto que a personalidade da pessoa tem início a partir do nascimento com vida, sendo que o embrião possui mera expectativas de direitos, os quais se operarão somente se houver o nascimento com vida (*infantus conceptus pro jam nato habetur quoties de ejus commodis agitur*).

Sérgio Abdalla Semião, adepto de tal teoria, chega a dizer que:

Antes do parto, o feto não é pessoa, é uma porção da sua mãe, uma parte das vísceras desta, como se afirma nas fontes romanas. Antes do nascimento o nascituro não tem vida própria e independente, pois é alimentado pelo sangue materno. Até operar-se o nascimento, o nascituro está ligado ao corpo materno, em razão mesmo da sua existência, inteiramente dependente, alimentando através da placenta cuja vida só tem existência intra-uterinamente¹⁷.

Não obstante, até mesmo diante do que já foi explanado alhures, acerca da vida intrauterina¹⁸, temos que tal teoria não é a mais correta.

Outra teoria que pretende esclarecer acerca do início da vida é a Teoria da Nidação, que apregoa que o início da vida se dá com a nidação¹⁹ (implantação) do ovo (óvulo já fecundado) no útero da mulher, a partir do quarto dia de fecundação, ocasião em que o ovo adquire viabilidade e determinam o estado gravídico da mulher (os hormônios femininos começam a se alterar). Antes disso, não há vida humana e, portanto, nenhuma necessidade de proteção neste sentido.

De se destacar que para os defensores dessa teoria não há necessidade de proteção, como pessoa humana, do embrião fertilizado em laboratório (*in vitro*), vez que antes da nidação não há vida humana. Ney Moura Teles pontua que:

¹⁷ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 153.

¹⁸ No item "O DIREITO À VIDA - EM SENTIDO AMPLO - COMO DIREITO FUNDAMENTAL", ao qual remetemos por brevidade.

¹⁹ "A nidação nada mais é do que a fixação do óvulo fecundado no útero. Após a fecundação do óvulo nas trompas de Falópio ocorre uma movimentação até o endométrio. Lá chegando o futuro embrião deve fixar-se nesta espécie de parede do útero, de forma a permitir uma gravidez em perfeitas condições". In: <<http://www.saudemedicina.com/nidacao/>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

Antes da nidificação, portanto, não há vida humana intra-uterina, porque ainda não há um ser individualizado. Isso não significa, entretanto, que o material genético humano ou suas células germinais sejam considerados uma coisa e fora do alcance da lei penal. O que se disse é que o pré-embrião não é alcançado pelas figuras típicas de aborto²⁰.

Priscilla Boim de Souza destaca que:

Essa teoria é defendida por grande número de ginecologistas, como Joaquim Toledo Lorentz, que utilizam o argumento de que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero de uma mulher, não possuindo, portanto, relevância jurídica.

No entender dessa teoria, como o início da vida ocorre com a implantação e nidação do ovo no útero materno, não há nenhuma vida humana em um embrião fertilizado em laboratório e, portanto, não precisa de proteção como pessoa humana²¹.

A Teoria da Nidação encontra forte respaldo entre os doutrinadores, notadamente na esfera penal, porém, entendemos não ser a mais acertada, por partilhar do entendimento esposado pela Teoria da Concepção, que adiante será explanada.

Ainda tentando explicar acerca da concepção, temos também a Teoria das Primeiras Atividades Cerebrais, que define o início da vida com base no conceito jurídico de morte, ou seja, se o momento da morte hoje é apurado com a morte cerebral²², a vida só começa quando o cérebro se forma.

Questão polêmica, no entanto, é justamente acerca do marco inicial dessas atividades. Para uns, ocorre na oitava semana de gravidez, quando se forma o tubo neural; para

²⁰ TELES, Ney Moura. Direito Penal, Parte Especial. V. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p.173.

²¹ SOUZA, Priscila Boim de. Teorias do Início da Vida e Lei de Biossegurança. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

²² "Designa-se por Morte Cerebral ou Morte Encefálica a perda definitiva e irreversível das funções cerebrais. O termo Morte Encefálica aplica-se a condição final, irreversível, definitiva de cessação das atividades do tronco cerebral." In: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Morte_cerebral>

outros, apenas na vigésima semana, quando o tálamo (central de distribuição de sinais sensoriais do cérebro) resta formado²³.

Pelo mesmo motivo esposado quando da análise da Teoria Natalista, temos que também essa teoria não é a mais correta. Aliás, como bem sustenta Marina Alice Souza Santos, “entendemos que, este ser já é humano desde a concepção, visto que se formou a partir dos gametas de outros seres humanos. Daí, por mais anômalo que venha ser o ser em formação, seu caráter de humano nunca poderá ser negado”²⁴.

Por fim – ao menos para o que foi proposto neste trabalho – temos a Teoria da Concepção, segundo a qual a vida humana tem início com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide (concepção²⁵). Neste caso, a proteção jurídico-penal do nascituro deve se operar a partir desse momento, constituindo o crime de aborto caso haja a interrupção voluntária da gravidez a partir da fecundação do óvulo no útero materno.

É a corrente que nos parece mais acertada, diante do que já foi dito acerca da proteção à vida intrauterina, inclusive com base na proteção constitucional de tal direito. Aliás, no conceito de José Afonso da Silva encontramos tal ideia:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerado apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar a matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. (...) É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte²⁶.

Neste sentido, Jussara Leal de Meirelles destaca que:

²³ MUTO, Eliza e NARLOCH, Leandro. Quando a vida começa? Super Interessante, São Paulo: Abril, Edição 219, p.56-64, nov. 2005. In: <<http://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

²⁴ SANTOS, Marina Alice Souza. A (In)Constitucionalidade da Interrupção Terapêutica de Gestação de Fetos Anencéfalos. In: <<file:///C:/Users/hlc/Documents/HLC/Mestrado/Prof.%20Jos%C3%A9%20Dias/12-13-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

²⁵ O Termo “concepção” aqui é utilizado em sentido estrito.

²⁶ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 196.

Porém o que a teoria assegura é que, desde o momento da concepção, encontram-se no genoma do ser que se forma as condições necessárias para o seu completo desenvolvimento biológico. Ainda que insuficientes, tais condições são necessárias, o que vem a significar que desde a concepção existe a potencialidade e a virtualidade de uma pessoa²⁷.

Sem razão, sob nossa ótica, a crítica de que tal teoria sofre um abalo quando se leva em consideração que mais de cinquenta por cento dos óvulos fertilizados não chegam a se fixar no útero, sendo abortados espontaneamente, expelidos com a menstruação, vez que não é por tal parâmetro que se define a vida intrauterina - até mesmo porque em contraposição à vida extrauterina existe a morte -, mas por critérios outros já citados.

Eslarecedora a explanação de Danúbia Cantieri Silva, quando assevera:

Com esse entendimento, se observa que as propriedades características da pessoa humana, ou seja, todo o material genético, já estão presentes no embrião, em estado de latência. Assim, nota-se que o embrião já é considerado ser humano com vida própria, garantindo o ordenamento jurídico à tutela do embrião e do nascituro.

Assim, tendo em vista o embrião como pessoa em potencial, ele merece respeito e dignidade que é dado a todo homem, a partir do momento da concepção. Assim, merece o devido amparo jurídico para que não seja tratado como objeto²⁸.

Esta é a única teoria que apregoa haver proteção à vida do embrião, ainda que fertilizado *in vitro*. Não obstante, como o tipo penal do crime de aborto protege penalmente a vida intrauterina, o embrião fertilizado *in vitro* não é alcançado por tal norma, razão pela qual tal tema, apesar de sua importância, não será objeto de análise neste trabalho.

²⁷ MEIRELLES, Jussara Leal de. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 138.

²⁸ SILVA, Danúbia Cantieri. A Tutela Jurídica do Embrião Implantado à Luz da Dignidade da Pessoa Humana. In: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13108&revista_caderno=6#_ftn2>. Acesso em: 05 nov. 2015.

3.5 DA PROTEÇÃO PENAL DO NASCITURO: TIPO PENAL DO CRIME DE ABORTO

Como destacado anteriormente, a proteção penal do nascituro (vida intrauterina) se dá pelas diversas modalidades do crime de aborto. E, neste sentido, necessária uma breve incursão no tema para melhor entendimento.

Aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção). No sentido etimológico, aborto quer dizer “privação de nascimento”. Advém de *ab*, que significa privação e, *ortus*, que significa nascimento.

Segundo a doutrina o aborto pode acontecer com a morte do ovo (até três semanas de gestação), do embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão.

Fernando Capez ensina que:

Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto²⁹.

Damásio de Jesus, no entanto, pondera que:

A palavra abortamento tem maior significado técnico que aborto. Aquela indica a conduta de abortar; esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar que a expressão aborto é mais comum e foi empregada pelo CP nas indicações marginais das disposições incriminadoras³⁰.

²⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92.

³⁰ JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal, Parte Especial, 2º volume. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119.

No Código Penal, encontramos as seguintes espécies do crime de aborto: aborto provocado pela gestante ou dado com o seu consentimento (artigo 124, CP), o aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (artigo 125, CP) e o aborto cometido com o consentimento da gestante (artigo 126, CP).

Cezar Roberto Bitencourt explica que:

O núcleo dos tipos, em suas três variações, é o verbo provocar, que significa causar, promover ou produzir o aborto. As elementares especializantes, como “em si mesma”, “sem o consentimento da gestante” e “com o consentimento da gestante”, determinarão a modalidade ou espécie de aborto, além da particular figura “consentir”, que complementa o crime próprio ao lado do autoaborto. Assim temos as figuras do aborto provocado (autoaborto) ou consentido (duas figuras próprias); aborto consensual (com o consentimento) e aborto sem o consentimento da gestante³¹.

No auto aborto (primeira figura do artigo 124, CP), é a própria gestante quem realiza o aborto em si mesma. Ela é quem se vale de manobras ou meio abortivos, embora se admita a participação. Neste caso, a pena abstrata prevista é de um a três anos de detenção.

No aborto consentido (segunda figura do artigo 124, CP), a gestante apenas consente na prática abortiva, mas a execução material do crime é realizada por terceira pessoa. Para o aborto consentido a pena para a gestante também é de um a três anos de detenção.

Já o aborto praticado por terceiro pode ser com ou sem o consentimento da gestante. No primeiro caso (artigo 125, CP), a gestante também figura como sujeito passivo, vez que não consente com o ato. A pena prevista para tal crime é de três a dez anos de reclusão. No segundo caso, a gestante responderá pelo aborto consentido (acima descrito) e o terceiro, pelo crime descrito no artigo 126, do Código Penal, com pena de um a quatro anos de reclusão³².

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Especial. V. 2. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161.

³² Trata-se de uma exceção à teoria unitária ou monista, adotada por nossa legislação, onde todos os que concorrerem para o resultado criminoso devem

O Código Penal prevê ainda o aborto com o dissentimento presumido da gestante no parágrafo único de seu artigo 126, quando a mulher grávida não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (consentimento não válido). Neste caso, aplica-se a pena prevista para o aborto praticado por terceiros sem o consentimento da gestante (art. 125, CP), qual seja: três a dez anos de reclusão.

Ainda, no artigo 127, prevê o Código Penal dois resultados agravadores de pena, em razão do aborto ou dos meios empregados para provoca-lo: se a gestante sofre lesões corporais de natureza grave, quando a pena será aumentada de um terço; se lhe advém a morte, quando então a pena será duplicada.

3.6 DA VIDA INTRAUTERINA COMO OBJETO JURÍDICO DO CRIME DE ABORTO E O PRODUTO DA CONCEPÇÃO COMO SUJEITO PASSIVO

No âmbito do Direito Penal – e é aqui que tem relevância a discussão já posta neste trabalho sobre o direito do nascituro à vida – discussão existe acerca do objeto jurídico efetivamente protegido no caso do crime de aborto, bem como, acerca de seu sujeito passivo. Para os que se posicionam no sentido de que o produto da concepção tem apenas expectativas de direitos, o crime de aborto não protege a vida intrauterina, que não existe, tendo como sujeito passivo o Estado, quando se tratar de autoaborto, aborto consentido e aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante (artigos 124 e 125, do Código Penal), juntando-se àquele, a mãe, quando se tratar do aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante ou com o dissentimento presumido (artigo 126, também do Código Penal).

Como partidários dessa corrente podemos citar Heleno Cláudio Fragoso, Paulo José da Costa Jr. e Júlio Fabbrini

responder pelo mesmo crime. O legislador entendeu que as condutas têm gravidades distintas e, por isso, resolveu aqui criar uma exceção àquela teoria, de tal modo que a gestante incorra em crime mais brando (art. 124, 2ª parte, CP), por ter consentido no aborto, enquanto o terceiro, que realiza a manobra, pratica crime mais grave (art. 126, CP).

Mirabete, entre outros. Da obra deste último doutrinador citado, neste sentido, extraímos:

Não é o feto, porém, titular de bem jurídico ofendido, apesar de ter seus direitos de natureza civil resguardados. Sujeito passivo é o Estado ou a comunidade nacional. Vítima também é a mulher quando o aborto é praticado sem o seu consentimento³³.

Noutro giro, porém, temos o entendimento de que existe a vida intrauterina e o nascituro tem a sua vida protegida pelo direito pátrio, destacando-se, portanto, que o objeto jurídico do crime de aborto direcionado ao produto da concepção é justamente a vida intrauterina. Dessa forma, o sujeito passivo do crime de aborto é o produto da concepção.

Luiz Regis Prado, neste sentido, dita que:

O bem jurídico tutelado pelos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal é a vida do ser humano dependente, em formação – embrião ou feto. Protege-se a vida intrauterina, para que se possa o ser humano desenvolver-se normalmente e nascer³⁴.

Mais adiante, conclui:

O direito à vida, constitucionalmente assegurado (art. 5º, caput, CF), é inviolável, e todos, sem distinção, são seus titulares. Logo, é evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido em sua plenitude, abarca não somente a vida humana independente, mas também a vida humana dependente (intrauterina)³⁵.

Tudo, sem olvidar que o crime de aborto está no Código Penal, dentro do Capítulo I, do Título I, que trata dos crimes contra a vida. Aliás, é o entendimento que adotamos, a se ver pelo que já foi exposto neste sentido.

Flávio Augusto Monteiro de Barros traça uma pequena distinção com o direito estrangeiro:

³³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Vol. 2. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 94.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. v. 2. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 133.

³⁵ *Ibidem*.

O legislador penal brasileiro situou o crime de aborto entre os crimes contra a pessoa, no capítulo dos crimes contra a vida, divorciando-se de outros códigos que incluem o delito entre os crimes contra a família (Chile) ou ainda contra a moralidade pública (Bélgica). Sabatini propunha a colocação do aborto entre os delitos contra o interesse moral do Estado. Antônio Visco opinava pela reunião dos crimes de aborto, feticídio e infanticídio num título denominado: Dos Delitos Contra a Maternidade³⁶.

Não convence o argumento de que o sujeito passivo no crime de aborto é o Estado e não o produto da concepção, ante ao fato de que no ordenamento jurídico brasileiro a proteção penal ao aborto é substancialmente menor do que aquela destinada à vida de alguém que já tenha nascido. É certo que o artigo 121³⁷ do Código Penal, que tipifica o crime de homicídio, traz pena bem mais grave do que os tipos previstos nos artigos 124 a 126³⁸, do mesmo Código. Todavia tal situação se dá de acordo com as circunstâncias e peculiaridades concretas da vida a ser protegida, se intrauterina ou extrauterina, mas não tem o condão de valorar, na essência, referidos conceitos.

André Estefam diz que tal situação ocorre tão somente por questão de política criminal, advertindo que:

Mas isto não significa, de modo algum, que a vida humana intrauterina valha menos que a extrauterina. Desde a fecundação, a vida humana encontra-se devidamente individualizada e, por tal motivo, é merecedora da proteção jurídica do Estado, inclusive (e compulsoriamente) por meio do Direito Penal. O nascimento, contudo, assinala um momento particular na vida humana, que consiste no início de sua socialização. Esse marco determina uma mudança na valoração social que se dá na vida do indivíduo, que se torna pessoa, na acepção jurídica plena. O ser humano passa a se

³⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro. Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 63.

³⁷ O artigo prevê pena de reclusão, de seis a vinte anos, no caso do homicídio simples ou fundamental.

³⁸ O artigo 124, CP, prevê pena de detenção de um a quatro anos; o artigo 125, CP, prevê pena de reclusão, de três a dez anos; e o artigo 126, CP, prevê pena de reclusão, de um a quatro anos. Não podemos olvidar ainda as causas de aumento de pena previstas no artigo 127, CP, quais sejam: se a gestante sofre lesões corporais de natureza grave, quando a pena será aumentada de um terço; se lhe advém a morte, quando a pena será então duplicada.

incorporar ao meio social. Pode viver com independência de sua mãe (embora dependente de um terceiro). Isso é que fundamenta e inspira os motivos de política criminal que tornam mais grave o homicídio em relação ao aborto³⁹.

Do trabalho publicado por Anelise Tessaro neste sentido, pela propriedade, destacamos o seguinte trecho:

Sarmiento refere que a noção quanto à diferença entre o valor da vida intra-uterina e de um ser já nascido é “fortemente arraigada no sentimento social – mesmo para os segmentos que reprovam a liberalização do aborto”. Para tanto, justifica seu entendimento trazendo o exemplo do aborto espontâneo, que, no seu sentir, “por mais que se trate de um fato extremamente doloroso para a maioria das famílias, o evento não costuma representar sofrimento comparável à perda de um filho já nascido, pois a percepção geral é a de que a vida vale muito mais depois do nascimento.” Ao lado disso, aliando fundamentos científicos para embasar seu argumento, acrescenta que até a formação do córtex cerebral (o que ocorre no segundo trimestre de gestação) o feto não apresenta “capacidade mínima para a racionalidade”, sendo que antes de alcançar este estágio, “o nascituro não é capaz de qualquer tipo de sentimento ou pensamento”, fato este que, segundo o autor, justifica a diferença na valoração entre a vida humana dependente e o ser já nascido. Para ele, essas são as razões para afirmar que o nascituro, embora já possua vida, não é ainda pessoa⁴⁰.

Como já visto, a questão é importante não só no sentido de se reconhecer a proteção à vida do nascituro pelo Direito Penal, mas também para solucionar a questão do aborto de gêmeos (com o conhecimento prévio do agente acerca da gravidez de gêmeos), apresentada como controversa pela doutrina. No caso de se optar pela primeira corrente, no sentido de que o Estado é o sujeito passivo no caso do crime de aborto

³⁹ ESTEFAM, André. Direito Penal, volume 2: parte especial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

⁴⁰ TESSARO, Anelise. Aborto, Bem Jurídico e Direitos Fundamentais, citando SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição, *apud*: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). Em defesa da vida: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p.111-168. *In*: <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/5/TDE-2007-04-26T053935Z-528/Publico/388369.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2015.

(além da genitora nos casos já destacados), em se praticando aborto contra gêmeos no caso destacado haveria um só crime de aborto (ataque a um só bem jurídico penalmente protegido), ao passo que, em se aceitando que o sujeito passivo é o produto da concepção, restariam configurado dois crimes de aborto em concurso formal impróprio⁴¹.

Rogério Greco, analisando o tema, pondera que:

No caso em exame, aplica-se a regra do concurso formal impróprio de crimes, contida na segunda parte do art. 70, caput, do Código Penal, haja vista que om a sua conduta única o agente produziu dois resultados que faziam parte do seu dolo, agindo, portanto, com desígnios autônomos com relação a eles⁴².

Concordamos com o tal posicionamento.

3.7 ABRANGÊNCIA DA PROTEÇÃO DA VIDA INTRAUTERINA PELO CÓDIGO PENAL

Por ocasião do estudo das teorias concepcionistas, chegou-se à conclusão que, dentre aquelas apontadas, melhor respaldo encontra a Teoria da Concepção, no sentido de que o início da vida se dá com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide.

Porém, necessário se destacar acerca do início e término da proteção à vida pelo tipo penal do aborto, ou seja, a abrangência de tal proteção.

Consabido que, com a adoção da Teoria da Concepção, temos que o início da vida se dá com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide e não com a nidação, como já amplamente exposto. Assim, a proteção à vida do nascituro deve ocorrer a partir do momento em que ocorrer a fecundação, seja no ventre da mulher, seja *in vitro*.

Não obstante, como o objeto de estudo desse trabalho é a proteção penal ao produto da concepção, pelos tipos penais

⁴¹ A hipótese é de concurso formal impróprio (artigo 70, segunda parte, CP), em que as penas são somadas, pois o agente queria efetivamente os dois resultados.

⁴² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, parte especial, v. II. 12^ério. Curso de Direito Penal, parte especial, v. II. 12^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 252.

dos crimes de aborto, como já asseverado, a discussão acerca da proteção da vida do embrião fecundado *in vitro* não será objeto de análise, limitando-se à abrangência da proteção da vida intrauterina, ou seja, acerca do início e término de tal proteção.

Pois bem, neste sentido, divergindo de grande parte da doutrina penal, entendo que a destruição do ovo (óvulo já fecundado), dentro do ventre da mulher, ainda que antes da nidação, configura-se efetivo ataque contra a vida. De outro modo não haveria se cogitar a proteção ao embrião fecundado *in vitro*.

Nesse prisma, temos que os métodos contraceptivos denominados de “pílula do dia seguinte” e “DIU - dispositivo intrauterino” são meios abortivos, pois interrompem a gravidez já iniciada com a fecundação.

É certo que a liberação de tais métodos contraceptivos pelo Ministério da Saúde retira a ilicitude da conduta da pessoa que lançar mãos de tais métodos, diante do exercício regular de um direito, porém, não afasta caracterização da destruição da vida intrauterina.

De se destacar que o argumento de que a Teoria da Nidação é a mais adequada, pois nem todo óvulo fecundado chega até o útero materno, já foi objeto de análise nesse trabalho, chegando-se à conclusão de que a vida intrauterina não se define por tais parâmetros (possibilidade de se tornar vida extrauterina), mas pelos argumentos dispensados neste sentido, vez que, como já dito, a vida extrauterina também tem seu fim.

3.8 RELATIVISAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DO NASCITURO: ABORTO PERMITIDO

Conquanto o Código Penal protege a vida intrauterina, nos moldes já apregoados, tal proteção não se apresenta como absoluta, vez que prevê, no artigo 128, formas de aborto não puníveis, quando praticados por médico: o aborto terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo), quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (inciso I); e o aborto sentimental, humanitário ou ético, se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (inciso II).

Rogério Greco diz que o aborto terapêutico ou profilático tem natureza jurídica de causa de justificação correspondente ao estado de necessidade⁴³ e o aborto sentimental, humanitário ou ético é uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, embora respeite posições em contrário⁴⁴. Todavia, a Exposição de Motivos do Código Penal, item 41, explica a razão da permissão como “razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender”⁴⁵.

Nem se alegue que o artigo 128, do Código Penal, justifica a adoção da Teoria Natalista, vez que não reconhece o produto da concepção como inato, tratando-se apenas de questão de valoração de casos específicos. Aliás, dessa distinção tratou Rafael de Lucena Falcão:

No caso específico dos incisos I e II do art. 128 da codificação penal é importante frisar que apesar do direito à vida ser absoluto e *erga omnes*, em casos que haja conflito de direitos fundamentais ou conflitos entre o mesmo direito a duas pessoas deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade ao caso concreto, da mesma forma que foi utilizado na legítima defesa a proporcionalidade e razoabilidade⁴⁶.

Outra forma de relativização da proteção penal do produto da concepção é o aborto de feto anencéfalo, também conhecido como aborto eugênico ou eugenésico. Em 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54), proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), onde decidiu, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, declarar a inconstitucionalidade da interpretação segunda a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, I e II, todos do Código Penal,

⁴³ GRECO, Rogério, op. cit., p. 246.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 248.

⁴⁵ “Mantém o projeto a incriminação do aborto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender”.

⁴⁶ FALCÃO, Rafael de Lucena. A Personalidade Jurídica do Nascituro. In: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-personalidade-juridica-do-nascituro,40202.html>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

descriminalizando assim, o ato de colocar fim à gravidez nos casos em que for diagnosticada a anencefalia.

Rogério Sanches Cunha, neste sentido, salienta que:

No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intrauterino em mais de 50% dos casos. A gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar –, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria do aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade⁴⁷.

3.9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora se trate de tema controverso, temos que o nascituro é efetivamente sujeito de direitos, notadamente do direito à vida, desde a sua concepção (fecundação do óvulo pelo espermatozoide). Por tal, merece proteção jurídica neste sentido, inclusive na esfera do Direito Penal. E o fato da proteção da vida intrauterina receber tratamento menos vigoroso pelo Direito Penal do que aquele destinado à vida extrauterina não descaracteriza tal situação, tratando-se apenas de razões de ordem social e individual, de conflito de direitos fundamentais ou conflitos entre o mesmo direito a duas pessoas, devendo ser utilizado o princípio da proporcionalidade para a solução do caso concreto.

Tal proteção alcança, inclusive, o embrião fertilizado *in vitro*, embora não seja este o objeto de discussão desse trabalho, vez que também em tal situação se reconhece direitos ao embrião, diante de sua potencialidade de vida intrauterina e extrauterina.

Assim sendo, a conclusão a que se chega é que o objeto jurídico do tipo penal do crime de aborto (artigos 124 a 126, do Código Penal) é a vida intrauterina, sendo o produto da concepção o sujeito passivo imediato de tal crime, não pertencendo à coletividade a titularidade do bem jurídico “vida em formação” e, de consequência, não figurando o Estado ou a

⁴⁷ SANCHES, Rogério Cunha. Manual de Direito Penal, Parte Especial. 7ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 95.

coletividade como sujeito passivo imediato de tal delito, até mesmo porque o crime de aborto está no Código Penal, dentro do Capítulo I, do Título I, que trata dos crimes contra a vida. E, referida proteção abrange o feto inclusive antes da nidação (fixação do óvulo fecundado no útero), traduzindo-se os métodos contraceptivos descritos como “pílula do dia seguinte” e “DIU - dispositivo intrauterino” como meios abortivos, pois interrompem a gravidez já iniciada com a fecundação, sendo que a utilização de tais métodos somente pode ser justificada pela excludente de ilicitude do exercício regular de um direito, diante da liberação de uso pelo Ministério da Saúde.

Dessa forma, no que diz respeito ao crime de aborto de gêmeos, com conhecimento prévio do autor acerca de tal situação, teremos dois crimes praticados em concurso formal impróprio (artigo 70, segunda parte, do Código Penal) e não crime único, diante da dualidade de sujeitos passivos.

Ainda, tal conclusão lança pá de cal no argumento abortista do direito da mulher sobre seu próprio corpo, vez que o produto da concepção tem vida e, sobre tal bem, não pode prevalecer aquele direito.

Portanto, o direito à vida do nascituro resta positivado como direito fundamental na Constituição Federal (artigo 5º, *caput*) e se faz como requisito mínimo e necessário a todos os demais direitos fundamentais, porquanto sua proteção ampla e eficaz pelo sistema jurídico deve ocorrer da forma mais abrangente possível, sem restrições, pois como fase necessária ao desenvolvimento do ser humano, tem que ser considerado como o início da vida, desde a primeira fase da concepção.

3.10 REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Especial. V. 2. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DIAS, José Francisco de Assis. Aborto? Sou contra. Os argumentos anti-abortistas de Norberto Bobbio. Maringá, 2011.
- ESTEFAM, André. Direito Penal, volume 2: parte especial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- FALCÃO, Rafael de Lucena. A Personalidade Jurídica do Nascituro. In: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-personalidade-juridica-do-nascituro,40202.html>>. Acesso em: 05 nov. 2015.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, parte especial, v. II. 12^º ed. Curso de Direito Penal, parte especial, v. II. 12^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal, Parte Especial, 2^º volume. 26^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LIMA, Shirley Mitacoré de Souza e Souza. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7221/tratamento-juridico-do-embriao/1>>. Acesso em: 05 nov. 2015.
- MAIA, Paulo Carneiro. Nascituro. In Enciclopédia Saraiva do Direito, dirigida por R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1980. V. 54.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-28/constituicao_garante_direito_vida_concepcao>. Acesso em: 05 nov. 2015.
- MEIRELLES, Jussara Leal de. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Vol. 2. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: comentários aos artigos 1^º e 5^º da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MUTO, Eliza e NARLOCH, Leandro. Quando a vida começa? Super Interessante, São Paulo: Abril, edição 219, p.56-64, nov. 2005. In: <<http://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante>>. Acesso em: 05 nov. 2015.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. v. 2. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PUSSI, William Artur. Personalidade Jurídica do Nascituro. 2^a ed. Curitiba: Juruá, 2008.

- SANCHES, Rogério Cunha. Manual de Direito Penal, Parte Especial. 7ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- SANTOS, Marina Alice Souza. A (In)Constitucionalidade da Interrupção Terapêutica de Gestação de Fetus Anencéfalos. In: <file:///C:/Users/hlc/Documents/HLC/Mestrado/Prof.%20Jos%C3%A9%20Dias/12-13-1-PB.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2015.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA, Danúbia Cantieri. A Tutela Jurídica do Embrião Implantado   Luz da Dignidade da Pessoa Humana. In: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13108&revista_caderno=6#_ftn2>. Acesso em: 05 nov. 2015.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, José Afonso. Poder constituinte: estudos sobre a constitui o. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- SOUZA, Priscila Boim de. Teorias do In cio da Vida e Lei de Biossegurança. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>. Acesso em: 05 nov. 2015.
- TELES, Ney Moura. Direito Penal, Parte Especial. V. 2. São Paulo: Atlas, 2004.
- TESSARO, Anelise. Aborto, Bem Jurídico e Direitos Fundamentais. In: <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/5/TDE-2007-04-26T053935Z-528/Publico/388369.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2015.

O DIREITO À VIDA E O “DEVER DE VIVER”: EXISTE O DIREITO DE PERSONALIDADE DE RENUNCIAR À VIDA “INDIGNA”?

*Marco Aurélio Ribeiro Rafael**

4.1 INTRODUÇÃO

Está se tornando comum no comportamento das pessoas, em geral, a manifestação de vontades, que antes se faziam presentes apenas nos mais recônditos sentimentos internos guardados pela chave do tabu.

É recorrente o uso da expressão “tenho direito” e “vou levar na Justiça” como forma de exteriorização do ponto de vista individual pautado na autonomia da vontade e numa suposta liberdade individual sem limites.

A noção do que é direito e de como exerce-lo tem sido banalizados pela retórica e pelo método hermenêutico, sobretudo com a utilização recorrente do princípio da dignidade da pessoa humana para justificar todo e qualquer ato humano, inclusive justificar a própria vida.

Através do discurso da dignidade, muita vez confundido por uma qualidade atribuída pelo sentimento interno do sujeito que exterioriza sua vontade, o ser humano apropriou-se da vida e da morte. Parece que não há nada que esteja fora do alcance e que não possa ser controlado pelo homem, cujo instrumento utilizado é o argumento jurídico.

A sociedade contemporânea, insatisfeita com tudo, na frustrada busca pela vida boa, cuja medida de qualidade se dá pelo “ter”, ou seja, é dado pelo patrimônio auferido e pelo gozo da vida em sua plenitude – e isso significa não sofrer e ser feliz – só aceita a vida do jeito que ela mesmo escolher, de acordo com suas escolhas, deixando o acaso e a tragédia para outro momento não experimentável.

A indignação do sofrimento experimentado pelo ser humano somado com a suposta liberdade incondicionada do ser pautada pela dignidade, tem levado as pessoas a planejar a

* Mestrando em Direito pela Unicesumar, Maringá-PR.

vida, ou melhor, a morte, por meio de testamentos vitais ou também diretivas antecipadas da vontade na tentativa de diminuir o sofrimento e a dor nos últimos momentos das suas respectivas vidas, como se a vida e a morte fossem atribuídas a ela pelo Direito. Trata-se do suposto direito de renunciar à própria vida nos casos em que ela se tornou indigna.

As justificativas, em sua grande maioria absoluta, estão fundamentadas no princípio constitucional da dignidade humana e no fato de a vida ser patrimônio da pessoa que dela renuncia.

Esquecem, muitos, de que todos tem direito à vida, seja ela digna ou não, e não há o outro lado da moeda, que seria o direito de morrer ou de renunciar a própria vida, ainda que justificada na indignidade.

A problemática está em torno de como o direito poderá ajudar as pessoas que desejam ter sua condição humana reconhecida e com isso evitar tratamentos médicos-terapêuticos de prolongamento da vida sem a menor perspectiva de salvamento, deixando-a em estado vegetativo.

O que se espera das pessoas e do Estado é a aceitação da condição humana quando recusam outros tratamentos médicos que possam causar efeitos deletérios, até mesmo piores dos que já presentes, ao invés de utilizar-se de meios jurídicos coisificando a vida e a morte.

4.2 O DIREITO À VIDA E O DEVER DE GARANTIR A VIDA PELO ESTADO: A APROPRIAÇÃO DA CIÊNCIA E DO APARATO TECNOLÓGICO

Desde os primórdios o *homo sapiens* vem assinando sua sentença de morte. Depois de dominar todos os animais da terra e alcançar o topo da cadeia alimentar, o homem, com sua inquietude (in)consciente passou a tentar dominar a tudo e a todos – dominação sem freios colocando em risco sua própria sobrevivência.

Para manter a ordem social, o ser humano, que passou a conviver entre muitos, precisou estabelecer algumas convenções, distribuir poderes, delimitar territórios e criar instituições permanentes, que unificavam os povos. O modo mais eficaz encontrado para regular a convivência humana foi através da lei.

Com isso, os povos que antes eram ambulantes, começaram a se fixar num determinado território, intensificando a troca de conhecimento que desaguou na formação de culturas.

As leis de determinada cultura representam nada mais que os hábitos e costumes de seu povo.

De fato, alguns acontecimentos históricos, sobretudo os mais trágicos, tiveram o poder de influenciar o mundo inteiro, refletindo sobremaneira no modo como as pessoas passaram a tratar as leis e o direito. Ao perceberem o que o poder exercido e concentrado nas mãos de uma pessoa pode acarretar, começaram a positivar em leis várias garantias fundamentais e a fragmentar o poder de forma a controlá-lo.

E por Convenção disseminou-se a ideia de que o modo mais justo de organização de uma sociedade se dá através de uma democracia, onde o poder emana do povo, mas é exercido por seus representantes.

Dessa maneira, os países passaram a elaborar uma Constituição escrita como principal documento jurídico-legal de representação do poder e previsão dos mais básicos direitos, em que se faz presente a separação dos poderes, a previsão de direitos fundamentais e a instituição do regime democrático. Dela irradiam-se as demais formas legislativas.

Também em torno desses acontecimentos trágicos, surgiram as primeiras normas de direitos humanos¹, considerados assim por serem básicos de todo e qualquer ser humano, independente das leis de seu país, aliás, anteriores a qualquer direito, como algo comum a todos, na tentativa de humanizar o direito.

De modo simples, é possível afirmar que os direitos humanos previstos nos Tratados e Convenções Internacionais são tidos como direitos fundamentais nas Constituições e ordenamento jurídico interno dos países por conceberem o mesmo conteúdo, o mesmo valor principiológico. Assim, fala-se em direitos humanos na órbita Internacional e direitos

¹ Para ilustrar, veja-se: 1. Petição de Direito de 1628, que o Parlamento Inglês enviou ao Rei Carlos; 2. Declaração Inglesa de Direitos de 1689, com objetivo de limitar poderes da realeza; 3. Declaração Francesa dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789, proclamada após a Revolução Francesa; 4. Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU após a 2ª guerra mundial.

fundamentais quando previsto em Constituição, existindo, portanto, direitos humanos fundamentais.

No Brasil, desde o ano da primeira Constituição Imperial de 1824² até os dias atuais, percebe-se a preocupação dos constituintes com os direitos e garantias fundamentais.

Atualmente, o quadro de direitos fundamentais está basicamente elencado no artigo 5º da Constituição da República de 1988. Além disso, adotou-se um regime democrático tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º e inciso III). Mas, de fato, nem sempre a dignidade da pessoa humana esteve presente nas Constituições brasileiras anteriores.

O princípio da dignidade da pessoa humana³ vem sendo construído historicamente e culturalmente. Está em permanente processo de construção e desenvolvimento. Antes inserido em Declarações Universais de direitos humanos, gradativamente passou por um processo de positivação nas Constituições democráticas. Sugere uma qualidade do ser, algo que adjetiva os direitos. Para alguns juristas, trata-se de uma supra princípio, imaterial, mais valioso que a própria vida humana, pois

² Extrai-se uma plêiade de direitos a partir do artigo 179 da Constituição de 1824.

³ O conceito de dignidade, no Dicionário de Filosofia, de Nicola Abbagnano, é assim delimitado: "Como "princípio da dignidade humana" entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: "Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio" (Grundlegung zur Met. der Sitten, II). Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. "O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente, o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem D." Substancialmente, a D. de um ser racional consiste no fato de ele "não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo". A mortalidade, como condição dessa autonomia legislativa é, portanto, a condição da D. do homem, e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não têm preço. Esses conceitos kantianos voltam em F. SCHILLER, Graça e D. (1793): "Adominação dos instintos pela força moral é a liberdade do espírito e a expressão da liberdade do espírito no fenômeno chama-se D". (Werke, ed. Karpeles, XI, p. 207). Na incerteza das valorações morais do mundo contemporâneo, que aumentou com as duas guerras mundiais, pode-se dizer que a exigência da D. do ser humano venceu uma prova, revelando-se como pedra de toque para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; isso porque as ideologias, os partidos e os regimes que, implícita ou explicitamente, se opuseram a essa tese mostraram-se desastrosos para si e para os outros." ABBAGNANO, Nicola (1901-1990). **Dicionário de Filosofia**. trad. 1ª ed. Alfredo Bosi; trad. 6ª rev. e trad. Ivone Castillo Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 326.

argumentam que não poderia haver vida sem dignidade, ou vida indigna. Mas não explicam o que seria vida digna. Há também as concepções que a tratam como intrínseca à condição humana ou a dignidade como reconhecimento. No alto da discussão, o consenso se estabelece sobre o fato de que a dignidade deve ser compreendida numa perspectiva relacional e comunicativa – dimensão intersubjetiva.

Por mais que o desejo seja colocar a dignidade da pessoa humana num patamar de supra-princípio, é preciso considerar – e neste trabalho assim será –, que não há nada para além da vida sem que exista, antes, vida. Ora, não se pode falar em nada, nem mesmo em direito, se não houver vida. E não é qualquer vida, é a humana. Os direitos precisam ser feitos do homem e para o homem.

Falar em dignidade é falar em algo imaterial, que está no íntimo da pessoa, de algo que tem valor. Portanto, está carregado de subjetivismos, pois os valores relativos a uma pessoa variam em relação às outras e, inclusive, para ela própria na medida em que sua vida é transformada pelo tempo.

Num primeiro momento, a dignidade aparece e substitui o termo ‘natureza humana’, para justificar a necessidade do ser humano autodeterminar, pois antes estava preso nos dogmas da igreja. O mundo das essências dando lugar ao mundo existencial. Ocorre a separação do corpo e alma e a dignidade passa a residir na alma, substituindo o sagrado⁴. O humano, que só podia ser humano, tinha sua natureza vinculada à imagem de Deus. Sua existência tinha um viés transcendental. Ele podia se constituir segundo aquilo que quisesse ser, degenerando-se de forma a aproximar-se dos animais ou agindo racionalmente aproximando-se dos seres espirituais⁵. Portanto, passou a ter natureza indefinida e foi condenado à escolher, à liberdade, construindo seu destino⁶. Esta indefinição ôntica constitui um

⁴ Cf. PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 45.

⁵ Cf. MIRANDOLA, Giovanni Pico Della (1463-1494). **Discurso Sobre a Dignidade do Homem**. Edição bilíngue. 6ª ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

⁶ O precursor do discurso acerca da dignidade humana foi Giovanni Pico della Mirandola. Kant, trouxe sua contribuição quanto ao conceito de dignidade humana ao afirmar que o ser humano tem dignidade e não preço. Todo ser humano é único e não devem ser explorados pela escravidão, trabalhos forçados entre outros. Devem ser tratados como fim em si mesmo, e jamais como meio. Mas as duas grandes guerras mundiais, ao manipularem o valor da dignidade

prefixo de categoria a ser determinada pela ação, acima do mundo existencial-biológico. O corpo é apropriado e torna-se objeto da alma, isto é, da ação humana.

Modernamente, este princípio surge da necessidade de se negar a situação de indignidade humana. É dizer algo positivamente, quando na verdade se pretende refutar uma ideia negativa, de efeitos deletérios. Aliás, grosso modo, a maioria dos direitos surgiram com esse viés, de proteção legal do sujeito em face de alguém com mais poder (um Estado ou um tirano).

A dignidade humana nasceu da necessidade de se proteger os sujeitos de situações tais que impunham a elas viver numa condição subumana, onde não se reuniam condições de uma vida humana, como por exemplo, a vida de um escravo⁷ ou dos judeus perseguidos e mortos durante a 2ª Guerra Mundial, que ficavam trancafiados em locais inapropriados para o desenvolvimento da vida humana⁸.

O sentimento de revolta que nos une hoje em torno desses fatos históricos foram os mesmos da época em que se buscou positivar o princípio da dignidade humana.

Mas o direito, ainda que carregado de conteúdo histórico, eis que construído no tempo, mas não por ele delimitado, apaga qualquer sentimento enraizado na norma. É que a norma não está presa no tempo e embora tenha surgido para dar lugar a um fato histórico, dele se desprende e passa a ter autonomia, inclusive sobre aqueles que produziram a norma. Por isso, criaram-se as regras de hermenêutica, retirando o poder de interpretação daquele que produziu a norma, pois por mais que ele saiba qual era a intenção da época da produção da norma, sua interpretação não poderá prevalecer sobre as regras legais de hermenêutica. O direito tem caráter de permanente; o ser humano é limitado no tempo.

para consecução de uma ideologia fascista, abandonou os ditames kantianos, e nunca se viu tanta barbárie, sob o apoio das leis.

⁷ No Direito Romano o escravo não possuía o *status libertatis*. A situação de escravidão era reconhecida pelo direito, o escravo, inclusive, era tido por necessário, sendo que nessa época, mesmo sem a dignidade vista da forma como é atualmente, o escravo não perdeu a condição de pessoa, ou seja, mesmo assim, o escravo era reconhecido no ordenamento jurídico e tinha personalidade jurídica, não sendo tratado como coisa.

⁸ Cf. PRIMO, Levi. **É Isto um Homem?**. trad. Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

Assim, a norma se desprende do fato e se desliga do sentimento trágico, adaptando-se às novas situações e sentimentos da sociedade que com ela convive.

E não poderia ser diferente, uma vez que a história nos revela as adaptações ao tempo e espaço do ser humano. As vontades e os sentimentos humanos vão se modificando à medida que as realidades vão se transformando. Por exemplo, numa determinada região de um país havia água em abundância. Após anos jogando lixo e esgoto na água que depois era utilizada para banho, após desmatar toda a área de preservação necessária para manter íntegros os rios que abastecem a região e após um longo período de seca causada pela poluição e falta de acesso, o ser humano precisou adaptar-se, racionando o uso e buscando soluções de limpeza da água, de forma a mudar a rotina das pessoas e a causar vários constrangimentos. O que era impensável antes, racionar água que existe em abundância, hoje se tornou lei. O mesmo está acontecendo com o ar que respiramos. Após tanto tempo poluindo o ar que respiramos, causando diversos danos ambientais e, supostamente, o aquecimento da terra, local em que vivemos e relacionamos, passamos a discutir e adotar medidas de compensação ambiental e redução de poluentes. Por isso, as normas ambientais nunca tiveram tanto valor como agora e o princípio da dignidade da pessoa humana nunca foi tão proclamado para dar sentido às normas de proibição à poluição e degradação do meio ambiente.

Não só por isso. Em razão de ser uma cláusula muito aberta, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser justificativa para satisfação de todas as vontades das pessoas. Acostumados a uma vida materialista – o ter no lugar do ser – as pessoas estão sempre a dizer: “não tenho nada, que vida miserável”. É comum ouvir essa frase. Mas basta um dia de chuva e o rio de lama invadir sua casa que o discurso muda: “perdi tudo que tinha”.

O primeiro discurso, do “nada tenho” estava centrado na vida indigna, com ausência patrimonial. Transmite a ideia da necessidade conveniente de conquistar mais recursos materiais como se patrimônio fosse sinônimo de dignidade: ela não tinha nada e por isso sua vida era indigna. No segundo discurso, a pessoa diz que perdeu tudo. Em apenas um instante, a vida que

antes era indigna passou a ser digna. Como pode uma pessoa achar que num momento não tem nada e depois perde tudo?

Outro ponto de vista a ser realçado diz respeito à forma de tratamento. Muitas pessoas não aceitam apenas ter direitos e poder exercer-los. Há necessidade de impor uma qualidade ao direito exteriorizada pelo modo como ele é exercido, ligado ao meio/procedimento utilizado. Imagine que num determinado estabelecimento de saúde o número de leitos não é suficiente para o atendimento da população local. Em razão disso, os profissionais da saúde, que tem o dever de salvar vidas, começam a realocar as pessoas com enfermidades menos graves nos corredores do estabelecimento e as com problemas mais graves são alocadas nos quartos, com cama macia, ventilador, televisão, ou seja, com mais conforto. Ora, aquele que estava no quarto foi retirado para dar lugar a um enfermo grave. Nessa situação, e não é raro, muitos vão admitir que houve tratamento indigno, que o sujeito merece ser atendido com dignidade durante todo o tratamento, como os mesmos supostos privilégios que outros, fazendo alusão a uma suposta igualdade.

Noutro caso, imagine que uma mãe chegue ao estabelecimento de saúde para fazer o parto. No local, não há estufa para aquecer a criança, que nasce com a necessidade de ficar em estufa por alguns dias. Mesmo assim, o médico realiza o parto e embrulha a criança em sacos de lixo preto para aquece-la e solicita a transferência para outro estabelecimento apropriado. Haverá aqueles que afirmarão ter o médico tratado de forma indigna a criança quando a colocou envolta num saco de lixo; mas a mãe dessa criança, com certeza, irá dizer que o procedimento médico foi correto porque salvou a vida de seu filho, ficando indiferente ao modo como isso aconteceu. Agora, imagine que essa criança tenha falecido envolta dos sacos de lixo. Com certeza, o médico seria punido diante de sua conduta.

Neste ponto de vista, a dignidade é alcançada em razão do procedimento adotado. Porém, num outro ponto de vista, a dignidade pode ser encarada por aquele que está do outro lado do problema, como no caso do sujeito que viu o médico enrolar a criança num saco de lixo. De plano, o sujeito sentiria repúdio ao ato médico e diria que o tratamento da criança foi indigno. Mas o seu ponto de vista é combatido pela opinião da mãe, que aceitou o tratamento médico para salvar a vida de seu filho.

A indignidade pode ser, então, encarada por um sentimento coletivo a justificar a mudança de comportamento, por um sentimento de insatisfação patrimonial – na verdade, trata-se de um estado de consciência momentâneo –, pelo modo de tratamento e por aquele que vê o fato.

Pressupõe ter dignidade uma sociedade que muda o comportamento para cuidar do meio ambiente, que trata do esgoto antes de jogar nos rios de onde vai retirar a água para beber. Pressupõe ter vida digna uma moradia, com acesso a água, energia e protegida pelo Estado, com amplas condições de acumular patrimônio. Pressupõe ter dignidade tratar as pessoas de forma humanitária, sem coisificá-las. Pressupõe ter dignidade o que o sujeito que vê (no sentido de apropriação do fato através dos sentidos) e interpreta.

Percebe-se, de antemão, ser impossível utilizar do argumento de vida indigna para justificar a renúncia a própria vida.

Dignidade é aquilo que tem valor. Digno é aquilo que a pessoa deseja num determinado momento, que a sociedade acolhe, como ele é tratado e o sujeito que vê aceita.

O conceito de vida digna ou vida boa, não é nova. Sócrates afirmou que uma vida boa consiste no conhecimento de si mesmo; Aristóteles, que consiste na perfeição dos talentos e aptidões; para os filósofos católicos, consiste na devoção e no amor a Deus; para Hume, está na satisfação daquilo que verdadeira e naturalmente se deseja; e Bentham a encontra na obtenção do máximo prazer possível. Outros adotaram uma concepção mais negativa da ideia de uma vida boa. Os cétricos dizem que a própria ideia de que uma vida possa ser realmente melhor do que outra é um absurdo típico de beatos e carolas⁹.

No caso em estudo, as pessoas insistem em dizer que possuem o direito de morrer de forma digna ou de renunciar uma vida indigna. Ocorre que direito de morrer não existe e não é tutelado pelo Direito. Primeiro porque, a bem da verdade, o que há, em última análise, é um dever de morrer, contraposto ao direito à vida garantido na Constituição, pois a única certeza da vida é a morte, isto é, o fim, seja ela um simples fato ou uma representação do sentido da vida para quem entende que a vida

⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 281, 282.

tem sentido. Um dever de morrer no sentido de impedir a criação de entidades humanas superiores, com maiores possibilidades de vida em razão de uma seleção artificial criada por aqueles com maiores poderes aquisitivos. Trata-se de proteger as gerações futuras garantindo a elas condições normais de sobrevivência, uma vida existencial com prazo de validade, uma vez que seria muito egoísmo e antiético pretender viver eternamente quando sabemos que o corpo humano que sustenta o homem é determinado por leis físicas, químicas e biológicas. Na vida existencial estamos limitados e, por isso, não se poderia sequer cogitar a possibilidade de alguém viver eternamente, sem limites, criando uma espécie de preferência não extensível a todos os seres. Por isso, fala-se em dever de morrer, não que isso implique na necessidade das pessoas resolverem esta questão umas com as outras, mas pela consciência de que a vida dos entes humanos, com seu curso natural, é limitada. De fato, há um certo determinismo biológico pela razão limitando a ciência (cientificismo), pois seria inaceitável selecionar apenas algumas pessoas para viver eternamente quando a ciência descobrisse a fonte da juventude. A proteção das gerações futuras não mais faria sentido e tudo o quanto se dissesse a respeito de direitos serviria apenas para garantir o direito a sobrevivência eterna de uma geração, a presente, a existente, a que controla e não é controlada. A influência do determinismo humano através da ciência no modo natural de criação da vida e da morte é motivo de grandes preocupações, que não fazem parte deste trabalho.

Entrementes, emerge, nesse cenário, questões ainda não resolvidas, do tipo quem somos, o que somos e para onde vamos.

É preciso considerar, por pressuposto, que os seres humanos são naturalmente (biologicamente) limitados no tempo e espaço, ainda que aceitemos a ideia de constante transformação ou o fato de haver algo transcendental (metafísico).

Falar em morte é muito mais falar de vida. Mas que vida? A vida humana qualificada pela dignidade, protegida em todos os estágios, desde o nascimento, até a morte.

Proteger a vida não significa trata-la como algo sagrado. Tão sagrado que a vida se torna inviolável e ao máximo protegida mesmo quando deixa de ser impossível de viver. Esta

ideia do sagrado une e ao mesmo tempo separa. O sagrado que nos une é o sentimento de inviolabilidade da vida humana na tentativa de proteção da espécie. Pode ser por destinação do próprio Direito, por associação das pessoas em razão de sua cultura, por processo histórico ou entendido como algo intrínseco, numa visão mais individualista. Ocorre que se o mesmo direito que considera a vida sagrada autoriza, em alguns casos, a morte de pessoas, de semelhantes, então porque haveria razão de impedir que as pessoas escolham o momento da própria morte, ou seja, o momento que lhe é mais conveniente para renunciar a própria vida? Sagrado deixa de ser um dogma, passando para o discurso ético, do conveniente moral, mais ligado à determinada cultura, permitindo assim o controle pelo Estado através da lei.

Ora, o Direito é seletivo por natureza. Quando não reconhece o status de pessoa e ao mesmo tempo não estende personalidade jurídica ao concepturo/nascituro, deixando para o momento do nascimento com vida, o Direito seleciona o estágio inicial de vida para dar integral proteção, mesmo reconhecendo o direito à vida a tais entes humanos. É que não basta o direito à vida e o direito de viver (desenvolver até nascer). A proteção do direito, com todos os direitos, deve ser integral desde a concepção¹⁰.

¹⁰ É preciso deixar claro que os métodos de concepção não alteram as conclusões. Além disso, consideramos que o momento exato em que o direito deve considerar como pessoa o concepturo deve ser alimentado pelas ciências médicas, mas para ampliar o conceito e jamais para diminuí-lo. Já possuímos conhecimentos bastante para saber que com a nidação o óvulo fecundado é fixado no útero, único local onde poderá se desenvolver naturalmente. Não dá para o Direito considerar como pessoa somente aqueles que nascem com vida. Ou somos ou não somos. Ninguém responde o que um ser humano pode gerar, naturalmente, senão um outro ser humano, cuja vida não se inicia quando do nascimento, com vida. É difícil conceber que uma pessoa só será pessoa para o Direito, com a vida integralmente protegida, após romper o cordão umbilical e sobreviver. Se isto for e os juristas assim continuarem a considerar, serão abertos espaços de interpretações eletivas em torno da vida, onde o Estado selecionará quem vive e quem morre utilizando-se das técnicas científicas (cientificismo) para justificar sua conduta. A esse respeito, basta pensar que existem pesquisas em torno do gene do mal. No dia em que o Estado descobrir o gene do mal não haverá espaço para qualquer tipo de argumento jurídico no sentido de proteger a vida do ser humano que uma mãe carrega em seu ventre. Nem mesmo as mães, que pediram para o Estado abortarem vidas, poderão se opor, mesmo que o vida em seu ventre não seja fruto de estupro. É preciso alargar o âmbito de proteção da lei em relação ao momento da vida e encontrar

O Direito também seleciona quando diz que não haverá crime de aborto nos casos em que o produto da concepção foi obtido através de crime de estupro, sendo autorizado à mulher o descarte do embrião.

Também seleciona quando autoriza o Estado a matar em casos de guerra declarada.

Mais recentemente, as mulheres podem abortar nascituros¹¹ (crianças) diagnosticados com anencefalia sem incorrer na prática de crime.

Mesmo diante de alguns fatos excepcionais, em que o Direito não age de forma integral para proteger a vida das pessoas, ainda assim parece haver um consenso de que a vida é sagrada. Portanto, neste contexto, é possível falar em morte, pois esta seria aceitável e autorizada em alguns casos, ficando a questão para a definição de quais casos e que tipo de morte.

Muitas pessoas estão utilizando o argumento da dignidade da pessoa humana para renunciar a proteção do Estado à vida quando esta se torna indigna acreditando possuir, para tanto, capacidade, autonomia e liberdade suficientes para decidir quando e como deve morrer (ou deixarem que morra). Este argumento é inaceitável uma vez que a dignidade da pessoa está relacionada com a vida, qualificando-a, de modo que não poderia incidir para permitir a retirada da vida. O elo da dignidade com a vida não é funcional e nem útil. É dizer, de modo simples, que a vida vale mais que a dignidade. Esta apenas qualifica a vida, sem determina-la. É possível perder (desrespeitar) a dignidade e continuar a viver com condições de recupera-la, mesmo que se considere a dignidade como imanente ao ser humano, ligada à condição humana de cada indivíduo. Trazer a dignidade para o centro da discussão da vida pode fazer com que o desejo de morrer sem sofrimento seja aniquilado, já que expressa uma visão demasiada e intuitivamente vaga para permitir críticas e ao mesmo tempo imprecisa e genérica para ser útil.

limites de interpretação do Direito, fulminando qualquer tipo de manipulação jurídica, notadamente com o uso da ciência.

¹¹ Nascituro e criança são termos diferentes, mas deveriam ser utilizados para indicar a mesma pessoa. Nascituro é utilizado para o ente humano fecundado no ventre materno ainda não nascido. Cf. STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12.4.2012. Trata-se do julgamento da questão relativa à permissão de aborto dos anencéfalos.

Mas então como conciliar o desejo das pessoas ter uma morte natural, sem intervenções e tratamentos médicos intensivos com a proteção da vida? Seria realmente necessário buscar qualificar a vida com a pecha de indignidade, de modo a justificar a tutela Estatal e deixar a pessoa morrer naturalmente? Em que casos? Até onde a ciência pode influenciar as decisões das pessoas e em que situações poderá o Estado reconhecer este suposto Direito de morrer?

Quando as pessoas pedem para o Estado morrer com dignidade, na verdade estão chamando a atenção para o fato de que numa determinada situação sua vida normal se transformou em algo tão deprimente e sofrível que não vale mais a pena viver. É o desejo de morrer naturalmente, de ser tratado de forma digna (em todas as etapas da vida, do nascimento até a morte). Este desejo (suposto direito) reflete o fato notório que deixamos transparecer no sentido de que a vida só vale a pena se for vivida da forma como escolhemos. E quando algo dá errado, o destino trágico é recusado e, por isso, evitamos qualquer tipo de sofrimento contínuo. Aliás, sofrer é algo repugnante numa sociedade que prega o bem estar social, além de ser incentivada cotidianamente ao consumo excessivo.

De fato, todos querem escolher o que viver e sentir da vida, considerando ser limitada, existencial, materialista, deixando de lado os sentimentos que trazem dor e sofrimento, como se quisessem selecionar apenas os melhores momentos para colocar no álbum de fotos ou criar sua própria biografia de vida. Rejeitam, por autônomos e livres que são, qualquer tipo de sofrimento.

Ainda são influenciados com a ajuda determinante da ciência, cujas pesquisas, a exemplo do direito, também são seletivas. A pesquisa do código genético humano foi justificada no sentimento humanista de procurar soluções para as doenças. No entanto, estamos vendo alguns resultados nefastos. A seleção natural poderá dar lugar à seleção genética. Além disso, depois de descobrir a possibilidade do clone animal, os pesquisadores estão buscando uma solução para o transplante de cabeça. Se o que importa está no cérebro, protegido pela cabeça, e se é difícil transplanta-lo para outro encéfalo, então porque não transplantar a cabeça inteira? Eis aí um importante

passo para a criação de um mundo paralelo onde existirão verdadeiros Frankensteins¹².

Fazer pesquisas científicas custa muito dinheiro e, portanto, precisam ser direcionadas a um interesse disfarçadamente público, quando financiadas pelo Estado, ou particular – e aqui vale tudo. Qual o interesse em realizar pesquisas em torno da construção de uma bomba atômica? Qual o interesse em pesquisar qual o gene do mal ou qual o gene do consumo?

As possibilidades criativas da ciência podem mudar os rumos da civilização. O potencial das tecnologias em transformar o ser humano, incluindo as emoções e desejos, tem influenciado o Direito, transformando-o em algo útil, conformador de sentimentos¹³.

Em direção à morte, há pessoas desejando morrer sem sofrimento ou sem fazer outras pessoas (família) sofrerem. Como dito, não se trata de um direito de morrer, mas de reconhecer que a vida é limitada no plano existencial. Evitar a dor no fim da vida pode ser encarado como uma fórmula de compensação de uma vida vivida com muito sofrimento; um recado para os familiares, que em determinadas doenças são obrigados moralmente a abdicar da própria vida para cuidar do ente familiar moribundo; ou também pode ser uma forma de afastar a dor para morrer em paz.

Desejar morrer pode parecer egoísmo ou reflexo de um problema psicológico. Atualmente, com as mudanças de rumo da ciência na tentativa de definir o conceito de morte, as pessoas

¹² Aqui, a vida imita a arte. Frankenstein é uma história de um cientista que tenta criar um ser superior e, em vez disso, cria um monstro. Esta história está tão viva quanto presente em nossas vidas. Não faltam pesquisas na tentativa de dar maior longevidade à vida do ser humano. Sem falar nos robôs imitando, por enquanto, seres humanos.

¹³ Hoje, o sentimento afetivo, independentemente de sua qualificação – mal ou ruim, perverso, malicioso, pretensioso –, tem ganhado espaço na luta contra o determinismo biológico, ou seja, contra as regras naturais de vida. Exemplo disso é a conformatização que o Direito faz em torno das relações socioafetivas e pluriafetivas. Tem prevalecido, no Brasil, que a filiação socioafetiva, que cria vínculos parentais, tem mais força e não pode ser suprimida pela filiação biológica. Assim, o conceito de família e todas as suas regras institucionais estão sendo relativizadas. Por outro lado, o exame de DNA permitiu que o instituto da coisa julgada fosse relativizado para dar chance às pessoas de buscar o reconhecimento genético a qualquer momento, uma vez que isso é concebido como direito personalíssimo irrenunciável, mesmo que a pessoa já tenha constituído uma família socioafetiva.

se apropriaram do fato morte e agora desejam ter seu direito reconhecido. A necessidade de dominação de todos os aspectos da vida pelo ser humano não possui limites. Antigamente, as únicas razões para o ser humano se preocupar com a morte era o fato de que em algumas situações ele era enterrado vivo. Com o avanço da ciência e diante da necessidade de estudo das doenças do ser humano, alguns desses enterrados, que naturalmente morreram, foram exumados e percebeu-se que os caixões tinham marcas de arranhões na tampa e que as unhas das mãos estavam arrancadas em razão da malfadada tentativa de escapar.

A partir daí, sentiu-se a necessidade de velar o corpo daqueles que eram considerados mortos¹⁴. Não era atestado o óbito enquanto não velasse o corpo. Ficavam dias esperando que o morto levantasse do caixão e saísse andando. Foi nessa época que o imaginário criativo humano deu lugar para falar nos mortos-vivos ou nos zumbis. Muitos filmes passaram a retratar essa realidade cômica.

A partir do século XVI, inicia-se uma mudança de visão do mundo das coisas naturais e humanas, separando o corpo da alma. O homem passa a ser considerado uma espécie biológica e parte da natureza, e com isso submetido à investigação científica. Com o domínio do corpo pela ciência, a morte passou a ser conceituada pela falência cardíaca e pulmonar. Ocorria a morte com a parada cardiorrespiratória. Mesmo assim, o velório não deixou de existir e passou de algo necessário para algo convencional, de celebração religiosa, em respeito à história de vida do falecido e seus familiares. Um ritual de despedida.

A separação do corpo e alma foi importante para atestar que a dignidade residia na alma e com a morte um sujeito de direitos é extinto, transformando o cadáver (corpo) em coisa. Assim, o corpo passa a ser observado de maneira fria.

¹⁴ Nos séculos XVIII e XIX, o doente em fase terminal ficava no quarto aguardando a morte. Era algo sagrado, pois aos primeiros sinais, o próprio doente preparava a cerimônia, eis que inevitável. Se desse errado – se ele vivesse – cabia ao padre trazê-lo de volta. No cortejo fúnebre, os passantes da rua acompanhavam-no, entrando, em seguida, no quarto do doente. Levavam-se crianças. Os parentes e familiares se faziam presentes. Já na segunda metade do século XIX, há uma mudança de comportamento. As pessoas que cercavam o moribundo tendem a poupar-lo a ocultar-lhe a gravidade de seu estado, problematizando a verdade. Cf. PESSINI, Leo. *op. cit.*, p. 40-41.

O conceito de morte natural do início da Idade Moderna pressupõe a capacidade do homem de intervir sobre as leis da natureza. Funcionava como um protesto pela brevidade da vida, uma vez que se desprende das forças do além e passa a derivar de causas que o ser humano pode controlar. A morte natural era algo controlado pelo ser humano e não mais pelo destino divino¹⁵.

Num primeiro momento, foi de grande utilidade para as classes dominantes, que pregavam o ideal de morte natural, normal, como sendo aquela sem sofrimentos, acompanhada de medicamentos. É a medicalização da morte. Mas havia também a morte anormal, indigna, atribuída a uma causa externa não controlável, destinada aos dominados.

Medicar a morte também ajudava a controlar o sofrimento, tornando a morte mais suave. O sacerdote começa a dar lugar ao médico, laicizando a morte já no século XX. Com a separação do corpo e alma, foi possível a investigação das doenças que causavam a morte, apropriando-se dela a medicina, além de a família e o Estado com a separação do cemitério da cidade e a disseminação da ideologia da higiene¹⁶.

Evoluindo para o atual momento, a morte foi banida, pois significava o limite a partir do qual o corpo não mais resiste aos tratamentos medicinais orientados pela ciência. A morte trafega na contramão da vida longa.

O instante da morte dá lugar a evidências fornecidas por exames e aparelhos. Até pouco tempo, a morte era diagnosticada pela falência cardíaca e pulmonar. Hoje, a resposta para essa questão precisa ser diagnosticada como morte cerebral, muito embora se reconheça que haja problemas para se definir o exato critério a respeito da morte cerebral¹⁷, se do tronco cerebral ou se do cérebro como um todo¹⁸.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Cf. RODRIGUES, José Carlos. *Tabu da Morte*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006, p. 137-150.

¹⁷ No Brasil, o Conselho Federal de Medicina definiu os critérios de morte encefálica através da Resolução nº 1.480, de 8.8.1997

¹⁸ Cf. HOLLAND, Stephen. *Bioética: enfoque filosófico*. trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2008, p. 98-105. "Por "morte" entendemos diferentes coisas, e com este mesmo termo queremos dizer coisas diversas, dependendo de termos assumido a perspectiva subjetiva ou a perspectiva objetiva. É precisamente isso o que está por trás do problema dos pacientes em situações ambíguas. É perfeitamente possível assumir que "morte" significa a perda irreversível da capacidade de consciência e de um

O principal motivo para mudança de evidência para a caracterização da morte é o fato de ser mais prático e útil para a captação de órgãos, facilitação de transplantes e, principalmente, economia de recursos aos hospitais e ao Estado.

Nada disso faz abrir a discussão se há um exato momento em que se pode considerar uma vida humana como pessoa para definir, como se olhasse para o outro lado da moeda, qual o momento ideal para definir o acontecimento definitivo da morte¹⁹.

Os diagnósticos presentes não servem para, apesar de considerarem uma pessoa morta, dizer que essa mesma pessoa está com plena capacidade vital nos seus órgãos internos, com integridade funcional, ou seja, viva²⁰.

Para Lamb,

Essa massa crítica (de neurônios) é o tronco encefálico. As exigências mínimas para a vida humana são a capacidade de consciência e a capacidade de respirar e ter batimentos cardíacos. Essas são, por sua ordem, funções do tronco encefálico em suas partes superior e inferior.²¹

Ao lado das funções vitais, acentua-se o lado histórico da pessoa, atrelado à sua vida anterior de sentimentos e ações.

funcionamento orgânico integrado. Mas então não podemos aplicar esse conceito ambíguo a pacientes que perderam uma dessas capacidades mas não a outra...Assim, não se mostra profícuo abordar a ética da terminação da vida por meio do conceito de morte". *Ibidem*, p. 117-8.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Tudo indica que a eleição do critério de morte cerebral foi estabelecido mundialmente para designar o fato em que a ciência médica ainda não conseguiu reverter. O abandono do diagnóstico cardiopulmonar da morte é devido à possibilidade de reversão. No entanto, adverte Holland que "é a morte de determinadas partes cruciais do cérebro que importa." *Idem*, p. 100. Diz ainda o autor que "um mundo que contém um indivíduo com morte cerebral contém um cadáver, não um paciente. E isso implica uma resposta à questão conceitual: "morte" significa morte do cérebro." Alerta o autor, na sequência, que os "defensores de concepções da morte cerebral com frequência afirmam que a mudança não é tão dramática porque nosso método atual para diagnosticar a morte por referência ao estado do cérebro meramente refina os critérios cardiopulmonares tradicionais. Os mecanismos que controlam o centro respiratório estão situados no tronco cerebral, e, por conseguinte, a falência cardiopulmonar é acarretada pela morte do tronco cerebral. *Idem*, p. 101.

²¹ LAMB, David. **Ética, Morte e Morte Encefálica**. trad. Jorge Curbelo e Rogéria Cristina Dias. São Paulo: Office, 2001, p. 35.

Os diagnósticos não levam em conta a vida da pessoa, mas, tão somente, fria e utilitariamente, que em determinado corpo humano não há vida a ser preservada no meio social já que ocorrida a morte encefálica²².

Ora, essa afirmativa não é outra, senão, a mesma utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF)²³ quando decidiu autorizar o aborto de crianças (nascituros) anencéfalos. O outro argumento básico para justificar sua concepção foi a tutela da dignidade da pessoa da Mãe, que não precisaria carregar em seu ventre uma criança cuja morte era dada como certa ou, na verdade, não teria vida digna a ser tutelada!

Não entrou na discussão do STF o fato de o nascituro se tratar de uma pessoa humana, com funções vitais plenas dentro do ventre materno. Mesmo nascendo com problemas, a criança poderia se manter viva por bastante tempo (tempo suficiente), mesmo que sem a menor qualidade. E aqui fica claro o quão precário e utilitarista é o critério científico da morte encefálica. Realmente, é mais prático e menos oneroso.

No caso da mãe que carrega em seu ventre uma criança sem cérebro, como dizer que este ente humano não é ou que está morto de acordo com os critérios atuais da medicina, se ele ainda é e ainda não deixou de ser? Como pode uma criança nascer e a ciência médica o considerar morto? E, por fim, se para o Direito-Estado tanto faz, será que cabe a mãe a opção de escolher se a criança nasce ou não? E quando o diagnóstico é da mãe, considerando sua ida inviável, quem poderá autorizar sua morte – seu “aborto”? E os erros de diagnósticos?

Fato é que as pessoas estão pedindo ao Estado para morrer em paz. Muitas estão assinando termos de consentimentos, escrituras chamadas de Testamento Vital ou Diretivas Antecipadas de Vontade, solicitando o cumprimento do quanto disposto para depois de sua morte.

Em geral, as pessoas acreditam que os médicos, outrora destinados a salvar vidas, são os mais indicados para diagnosticar a doença e deixar a morte agir, libertando a pessoa de um suposto mal causador de indignidade.

²² Essa é a orientação da Lei nº 9.434/97, em seu artigo 3º, que trata da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

²³ Cf. STF. ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12.4.2012.

Geralmente, são casos de morte certa, tratando a medicina como ortotanásia – não prolongamento artificial do processo de morte. Em sentido oposto da distanásia, que significa o prolongamento da vida a qualquer custo, mesmo não havendo expectativa de melhora do paciente.

Alguns diferem ortotanásia, distanásia e eutanásia. Aqui vale a consideração do que se chama eutanásia e os diferentes tipos, como a voluntária e involuntária, ativa e passiva.

A eutanásia voluntária ocorre quando o paciente consentiu em sua morte. A eutanásia involuntária ocorre quando a morte de um paciente é acarretada contra a sua vontade. A eutanásia não-voluntária ocorre quando o paciente não está em posição de indicar o que deseja, por exemplo quando está inconsciente num coma irreversível.

A eutanásia ativa (um termo relacionado é “homicídio piedoso”) é executada por alguém que ativamente faz algo para dar fim à vida de um paciente, como administrar uma injeção letal. A eutanásia passiva é realizada por alguém que não faz o que poderia fazer para manter um paciente vivo: por exemplo, não trata um paciente, sabendo que sem tratamento ocorrerá a morte. Isso parece nítido, mas, após refletir um pouco, a distinção logo se torna complicada. Alguns casos são ambíguos. Assumamos que desligar uma máquina de suporte de vida mate o paciente (a despeito da discussão sobre a morte do capítulo precedente). Algo é feito em tais casos, há uma ação. Neste aspecto, é como a eutanásia ativa. Mas a ação – desligar uma máquina de suporte de vida – não é a causa imediata da morte do paciente do mesmo modo como a administração de uma injeção letal o seria; a causa imediata é a condição do paciente. Neste aspecto, é como a eutanásia passiva.

Desligar uma máquina de suporte de vida é um caso de interrupção do tratamento: toma-se uma decisão de parar o tratamento que estava em andamento. Parar o tratamento parece estar mais próximo de uma ação positiva que não chegar a iniciá-lo. Isso fica claro no caso de uma máquina de suporte de vida, em que é preciso que haja uma ação como apertar um botão.”²⁴

Embora se utilize termos diferentes para ortotanásia e eutanásia passiva, na verdade, estão querendo dizer a mesma

²⁴ HOLLAND, Stephen. op. cit, p. 120-122.

coisa. Muitos pretendem, através dos termos e conceitos, criar distinções de condutas para justificar o ato que põe fim a vida de uma pessoa. O caminho talvez seja outro, já que ao fim e ao cabo, todos os conceitos acabam fazendo parte do termo eutanásia.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina criou normas no Código de Ética Médica²⁵ que blindam o médico de qualquer intervenção ética em sua conduta de não agir nos casos em que a pessoa escolhe não receber um determinado tratamento médico intensivo. Não garantem, contudo, a abertura de inquérito criminal e processo indenizatório judicial. Diz o artigo 41 do referido documento ético:

Capítulo V

É vedado ao médico:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

No artigo 43, inserido no capítulo que trata da doação e transplante de órgãos, diz ser vedado ao médico:

Art. 43. Participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspender meios artificiais para prolongar a vida do possível doador, quando pertencente à equipe de transplante.

Vigente no ano de 2010, o Código de Ética Médico não tratou com profundidade a respeito da aplicação de tecnologias para prolongamento da vida do paciente em situações excepcionais com possibilidade do paciente antecipar a vontade de renuncia-las. Assim, no ano de 2012, referido Conselho publicou a Resolução nº 1995²⁶ tratando especificamente do tema:

²⁵ Cf. Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 1.931, de 13.10.2009, vigente em 13.4.2010, artigos 31 ao 46.

²⁶ Resolução nº 1995, de 9.8.2012, publicada no D.O.U. de 31.8.2012, seção I, p.269-70.

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

São normas de conteúdo ético²⁷, permissivas, sem apelo às diferenças conceituais de eutanásia passiva, ativa, ortotanásia etc., determinando a decisão da vida e da morte ao médico.

O Código de Ética Médico tutela a relação entre médico e paciente na órbita e sob o controle do dever ético, restringindo-se a esta, não sendo extensível às questões jurídicas civis e penais em torno de sua conduta, ainda que considerada ética. Revela, com efeito, preocupação com a possibilidade de condutas antiéticas praticada por médicos na tentativa de

²⁷ A bioética é dirigida ao comportamento moral das relações humanas.

acelerar o processo de morte do paciente com a finalidade de negociar seus órgãos.

Já a Resolução nº 1995/12, que trata das diretivas antecipadas de vontade, concedendo ao médico importante decisão de vida e morte no caso de pacientes terminais, bem como reconhecendo plena autonomia do paciente e validade de suas declarações antecipadas em relação à melhor forma de tratamento de sua vida, quando em estado terminal. O que esta e outras resoluções do Conselho de Ética Médico não revelam são quais as situações excepcionais se enquadram no conceito de estado terminal e até que ponto o médico poderá agir, inclusive mesmo contra a vontade dos familiares do paciente (§3º, do artigo 2º, da Res. 1995/12). O respeito integral da vontade do paciente e seu suposto direito de antecipar a vontade para dizer que renuncia determinado tipo de tratamento fica restrito à análise do médico, cuja conduta a ser praticada fica restrita ao controle do Código de Ética Médico, e, por isso, sem o controle preventivo estatal ou até mesmo dos familiares.

Com certeza, a importante decisão, dos últimos momentos da vida de uma pessoa, deve passar por um amplo controle jurídico para que não gere transtornos futuros, ou seja, prevenir para não remediar.

A questão complica-se já que, no ordenamento jurídico brasileiro, os dispositivos legais existentes tutelam a vida, não havendo norma que autorize o Estado ou um terceiro intervir para permitir a morte de uma pessoa que assim pediu, mesmos nos casos de doença terminal e incurável, que, como se viu, não se sabe quais são.

O fato de não estar positivado o direito de antecipar vontades em situações excepcionais de vida, não impede seu exercício. Mas isso não pode implicar em desregramento ou libertinagem, deixando que tal direito seja explicitado por uma classe ou um órgão da sociedade, cuja função é salvar vidas, sobretudo quando este órgão, ao tentar regulamentar, cria uma clausura ao direito da pessoa, sem possibilidade de controle preventivo.

Vários são os argumentos para pedir ao Estado a tutela da morte em paz ou renúncia²⁸ de vida indigna, muito embora, repita-se, não esteja positivado.

²⁸ “Importa, nesse passo, distinguir renúncia e disposição do direito à vida. A renúncia ao direito implica forçosamente a renúncia à exigibilidade do

Para tutelar o pedido de morte natural ou em paz, é preciso saber, antes de mais nada, se é realmente possível autorizar tal tipo de conduta, de morrer naturalmente ou em paz, saber quem é o sujeito competente e em quais casos incidiria.

Nesta medida, as conclusões podem variar a depender dos pressupostos e do próprio fundamento utilizados. Exemplo claro de fundamento que as pessoas utilizam para ter o direito reconhecido é o fato de possuírem autonomia, liberdade e em razão de não mais poderem ser tratadas de forma indigna. Aqui, o argumento da indignidade desqualifica a vida a tal ponto que nem mesmo o Estado poderia intervir para mantê-la, já que violaria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, transferindo a melhor decisão para a própria pessoa que se encontra em tal situação.

Prevalece, sob este ângulo, um argumento puramente individualista, que não questiona se a vida é um direito ou um dever²⁹, uma vez que coloca em evidência o fato de possuir

cumprimento dos deveres de respeito e proteção a que se obrigam o Estado e os particulares. Nessa trilha, o direito à vida exsurge como irrenunciável. Já a disposição do direito à vida não implica necessariamente uma renúncia, porquanto aquele que dispõe da própria vida mantém o domínio do fato e, portanto, do bem jurídico. Isso não significa, porém, que dessa disponibilidade se possa aferir a licitude da intervenção de terceiros no momento da disposição, visto que ela limita-se apenas ao titular daquele direito – a disponibilidade frente a terceiros importaria verdadeira renúncia ao direito à própria vida. Como nenhum direito deve ser interpretado como absoluto e incondicionado, também esse direito a dispor da própria vida encontra-se submetido a algumas restrições (Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María. **El Derecho y La Bioética ante los límites de la vida humana**, p.109). Daí porque o homicídio, ainda que mediado pelo consentimento da vítima, e o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio são criminalizados perante a atual legislação, embora as formas omissivas desses delitos, em situações especiais e desde que presente a recusa consciente e responsável do titular do bem jurídico, devam permanecer impunes por razões de ordem constitucional, em atenção ao postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.” Cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 119-120.

²⁹ “...frise-se que do preceito insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição, é possível deduzir que ninguém pode ser desprovido da própria vida contra sua vontade (à exceção dos casos expressamente previstos em lei), incumbindo ao Estado o dever de respeito (evitando atos próprios ou de seus prepostos que venham a lesar esse direito) e de proteção (garantia frente a terceiros, elaborando leis que sancionem os atentados dos particulares contra a vida humana) àquele bem jurídico. De outro lado, não existe um dever absoluto e incondicionado de viver, e isso porque não é o próprio titular do direito à vida o destinatário da norma constitucional que o tutela, mas sim terceiros (os poderes públicos e os particulares). Bem por isso que o suicídio não é punido...Todavia,

autonomia e liberdade de decisão a respeito de sua própria vida, ou seja, de como dará destino a sua vida e não ao seu direito à vida. É por isso que as pessoas estão antecipando a vontade de renunciar a própria vida, autorizando médicos a deixá-las morrer sem maiores intervenções que possam prolongar a vida de modo artificial, por meio de aparelhos ou mediante uso contínuo de remédios, pois para elas isso seria dar tratamento indigno.

Sobressai uma importante visão do mundo influenciado pelo método científico. É que o direito à vida, a vida privada e familiar e o direito à integridade pessoal estão intimamente relacionados com a autonomia pessoal, ao direito de gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico e, por isso, renunciar tais benefícios.

Encontra-se, de certa forma, uma opção por um modo de vida natural ou artificial, em que cabe às pessoas decidir se vão usufruir ou não de determinada tecnologia. É dizer, noutras palavras, que a renúncia estaria ligada a uma opção de vida, sem intervenção da ciência.

Sobre isso, basta lembrar que até pouco tempo, não havia sequer pensamento na existência de uma técnica de reprodução assistida *in vitro*. Tal o progresso da medicina que hoje os meios de reprodução natural estão dando lugar aos meios de reprodução por meios artificiais como corolário do direito de gozar dos benefícios do progresso científico. Note que é possível alguém determinar qual será o meio de reprodução a ser utilizado: se natural ou artificial para dar a vida a uma criança.

E porque deveria ser diferente com a morte ou com a vida indigna?

Na verdade, tudo vai depender, como dito, dos pressupostos utilizados. Dizer que há algo de sagrado em torno da vida, influenciando o próprio direito a vida, a ponto de torná-lo um dever perante todos, torna mais difícil a conclusão pela possibilidade de renunciar determinada vida indigna, como já adiantado acima. Aliás, a indignidade pode ser momentânea e casual. E pode ser um estado de espírito animado por uma doença trágica, como um câncer maligno, como o Mal de Alzheimer ou em razão da amputação dos membros inferiores e

não há que se sustentar aqui a existência de um direito à própria morte decorrente do direito à vida, verdadeira inversão do sentido do preceito constitucional." Cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. op. cit, p. 118-119.

superiores deixando a pessoa acamada, ou então pode ser pelo fato de viver em estado vegetativo.

Há diferença entre estes fatos trágicos, que levam uma pessoa a pedir ao Estado que a deixe morrer. No caso da pessoa com câncer, a visão estabelecida no atual estágio da medicina, pelo menos em alguns casos mais agudos – que está sendo tratado neste trabalho a título de exemplo – é que não há cura para a doença e que a morte é certa e chegará em determinado tempo. Há, por outro lado, remédios que conseguem prolongar a vida da pessoa, mas tais remédios acarretam efeitos colaterais, até mesmo piores que a própria doença, impondo à pessoa sujeitar-se a uma vida que ela considera indigna. Portanto, muitos já consideram necessário antecipar a vontade de ser deixada em paz e não ser tratada de forma que consideram desumana ou mesmo artificial, já que a condição física e psíquica dessa pessoa quando adoentada com câncer não lhe trará condições jurídicas – capacidade – para tomar uma decisão. Quando muito, ela poderá apenas confirmar as posições tomadas anteriormente, ao pedir o cumprimento de seu pedido de renúncia à vida indigna. Diagnosticado o câncer irreversível, supondo que tal fato seja de fácil identificação, como por exemplo, um tumor em estágio avançado, o tratamento disponível, atualmente, não consegue repelir a doença e evitar a morte da pessoa. Portanto, razoável pensar em morrer logo, evitando um tratamento indigno de modo a colocar em evidência sua vida indigna, em contraposição à sua biografia, à toda sua história de vida.

Para aqueles que são acometidos pelo Mal de Alzheimer, a indignidade da vida não está na pessoa. Isto é, o que elas desejam tutelar não é a própria vida, que se torna indigna, mas, muito antes disso, a vida dos outros que com ela convivem, uma vez que são estes que ficam obrigados a cuidar, melhor, não deixar morrer. Como sabemos, esta doença ataca o sistema neurológico e psicológico da pessoa, fazendo com que ela tenha estados de alerta da realidade e depois volte a um estado anormal, não compatível com a sua personalidade. O avanço da doença faz com que a pessoa perca a noção de quem ela é, de sua vida e sua história de vida. Com o tempo, perde-se a consciência e há falência múltipla dos órgãos. Há morte psíquica (mental) e depois a morte física. É o verdadeiro processo em direção à morte. Ora, em vista disso, como dizer

que aquela pessoa que manifesta vontade antecipada de deixar morrer, ou seja, neste caso, de não receber tratamento para prolongar sua vida em estado mental anormal, está tutelando a própria vida se nem mesmo ela vai saber que está recebendo determinado tipo de tratamento? Não haverá como a pessoa com Mal de Alzheimer saber qual o tratamento recebido já que sem noção de realidade e de sua própria personalidade. A ciência não consegue atestar, e nem mesmo as pessoas acometidas por esta doença conseguem dizer, se estão sentindo os efeitos da doença quando voltam ao estado normal, pois tanto um como o outro instante são dissociados e não tem relação. Um não lembra do outro. A personalidade que carregava em vida normal não sofrerá com os efeitos da doença, pois não se lembrará, não sentirá. Por isso, o desejo almejado por estas pessoas é tutelar o sofrimento dos outros, isto é, das pessoas que dedicam a maior parte de seu tempo diário no cuidado e atenção contínuos. Trata-se da tutela da dignidade daquele que vê o fato.

No terceiro caso exemplificado, tem-se a pessoa com todos os membros amputados, que prefere a morte a continuar nesta situação irreversível³⁰. Trata-se de um estado insatisfatório de consciência contínuo em que a pessoa não admite viver em situação que para ela é totalmente indigna. Pedir para morrer, neste caso, é dizer para o Estado que o suporte da vida, ou seja, sua dignidade, foi amputada e não será possível obtê-la através de cirurgias e implantes. Vive-se em intenso desgosto. Neste caso, entra em discussão a questão do

³⁰ Caso clássico do direito é o de Ramón Sampedro, um espanhol, tetraplégico desde os 26 anos, que solicitou à justiça espanhola o direito de morrer, por não mais suportar viver. Ramón Sampedro permaneceu tetraplégico por 29 anos. A sua luta judicial demorou cinco anos. O direito à eutanásia ativa voluntária não lhe foi concedido, pois a lei espanhola caracterizaria este tipo de ação como homicídio. Com o auxílio de amigos planejou a sua morte de maneira a não incriminar sua família ou seus amigos. Em novembro de 1997, mudou-se de sua cidade, Porto do Son/Galícia-Espanha, para La Coruña, 30 km distante. Tinha a assistência diária de seus amigos, pois não era capaz de realizar qualquer atividade devido a tetraplegia. No dia 15 de janeiro de 1998 foi encontrado morto, de manhã, por uma das amigas que o auxiliava. A necropsia indicou que a sua morte foi causada por ingestão de cianureto. Ele gravou em vídeo os seus últimos minutos de vida. Nesta fita fica evidente que os amigos colaboraram colocando o copo com um canudo ao alcance da sua boca, porém fica igualmente documentado que foi ele quem fez a ação de colocar o canudo na boca e sugar o conteúdo do copo.

dever de viver e se esta hipótese pode ser levantada para que o Estado autorize a morte dessa pessoa. Independentemente da conclusão a que se chega, é preciso alertar que a tutela do sofrimento não pode ser levada a esse efeito extremo, pois conhecemos a realidade vivenciada por muitas pessoas no Brasil pelo modo de exploração capitalista adotado e diante das adversidades criadas em razão da gigante diferença de cultura e renda. Poucos tem muito! E o sofrimento de hoje, pode ser a alegria de amanhã. Entra em cena o famigerado Nick Vujicic³¹.

Por último, tem-se a pessoa que vive em estado vegetativo, ligada por aparelhos. Sabe-se que tais pessoas podem ser capazes de transpirar, reagir a mudanças de temperatura e digerir alimentos. Biologicamente, a pessoa está viva. Mas o diagnóstico é que se os aparelhos forem desligados ela morrerá, ou seja, o processo mortuário está num estágio avançado e irreversível. Os médicos atestam que essa pessoa não voltará a ter uma vida plena, como antes tinha, por exemplo. Mas não atestam, por outro lado, que ela está morta. O critério da morte encefálica mostra-se falho, pois vida há e a pessoa não deixou de ser. O fato dela não possuir condições de viver sem um suporte vital não interfere na conclusão de que ela ainda está viva. Este o critério biológico que não se combina com o critério encefálico. Talvez, o caso seja tratar a morte como a perda irreversível do funcionamento integrado do organismo como um todo³². Indiferente a isto, as pessoas antecipam a vontade de morrer quando chegarem a tal estágio de vida, num quadro irreversível. Mas, se a conclusão médica for pela morte, não haveria razão para procurar algum documento antecipatório de vontade de morrer ou de não receber tratamento de manutenção de “vida” artificial, já que vida não haveria a ser tutelada.

³¹ “Nicholas James Vujicic (Melbourne, 4 de dezembro de 1982) é um evangelista e palestrante motivacional e diretor da Life Without Limbs. Nascido sem pernas e braços devido a rara síndrome Tetra-amelia, Vujicic viveu uma vida de dificuldades e privações ao longo de sua infância. No entanto, ele conseguiu superar essas dificuldades e, aos dezessete anos, iniciou sua própria organização sem fins lucrativos chamada Life Without Limbs (em português: Vida sem Membros). Depois da escola, Vujicic frequentou a faculdade e se formou com uma bidiplomação. Deste ponto em diante, ele começou suas viagens como um palestrante motivacional e sua vida atraiu mais e mais a cobertura da mídia de massa. Atualmente, ele dá palestras regularmente sobre vários assuntos tais como a deficiência, a esperança e o sentido da vida”. Wikipedia: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Nick_Vujicic>, acesso em 21.10.2015.

³² HOLLAND, Stephen. op. cit, p. 107.

De um lado, há o direito à vida que o Estado deve proteger em todos os estágios da vida do ente humano como dever e, de outro, há um pedido de renúncia à tal vida aliada a um custo de sua manutenção. Ora, assim como no caso do Mal de Alzheimer, as pessoas em estado vegetativo não estão tutelando a sua dignidade, eis que não sentirão, dor ou prazer, e não voltarão para cobrar danos morais em razão do tratamento fornecido a ela. Pelo contrário, se ela voltar a ter uma vida normal, como pode acontecer, os motivos que antes a levaram a pedir para morrer já não mais existirão e esta pessoa nada poderá reclamar, ainda que fique com sequelas. Certo é que a manutenção de sua vida envolve um alto custo financeiro e muita vez somente pessoas abonadas conseguem prolongar a vida por muito tempo, até mesmo por haver um interesse econômico dos hospitais em torno dessa “vida”. Nesse liame de ideias, a dignidade seria daquele que vê o fato, propriamente o Estado, através das pessoas, que tem o dever de arcar com tais custos de manutenção de vida. Talvez, para o Estado, seria fácil permitir o desligamento dos aparelhos e deixar a pessoa morrer, evitando-se inúmeros gastos e adiantando o transplante de órgãos – funcionalização da dignidade do enfermo. Contudo, há um sentimento coletivo, mais forte e presente na família da pessoa, que conduz a não autorizar tal conduta. Entra em cena um personagem importante: a família. Teria esta o poder de dizer o contrário, de modo a proibir o desligamento dos aparelhos? Neste caso, qual a vida estaria sendo tutelada pela família, aquela vida já vivida, a história de vida da pessoa, ou a sua vida presente, eis que vida tem, ainda é e não deixou de ser? E por que a família poderia ir contra a própria vontade da pessoa a qual antecipou seu desejo de morrer atribuindo o fato de não se permitir viver de forma indigna? São questões que talvez não tenham respostas, mas nos conduzem a uma conclusão: a de que a vida é o bem a ser tutelado, devendo ser protegida pelo Estado, independente do estágio e do modo.

Em todos os casos exemplificados, as Resoluções médicas autorizadoras de práticas omissivas de cuidado intensivo, perdem normatividade e poder regulamentador diante das inúmeras situações de vida e de morte, uma vez que deixam para o médico o poder de escolha de determinada conduta em relação à vida de um paciente, enfermo, sem entrar na discussão dos motivos ensejadores do desejo de morrer da pessoa, da

origem da doença, do fato de poder haver falhas no diagnóstico, de qual dignidade está sendo tutelada, da existência de um dever incondicional e absoluto de salvar vida, de qualquer vida, da preocupação da família e dos custos da manutenção da vida da pessoa. Também, nem sempre o significado de estado terminal será coincidente. Em alguns casos, a ciência médica não poderá dizer que o paciente está em estado terminal, como no caso do sujeito com Mal de Alzheimer e do que perdeu os membros inferiores e superiores. Porém, nestes casos, a pessoa, ainda assim, insiste em dizer possuir determinado direito o qual a possibilita renunciar determinados tratamentos considerados indignos para ela e neste ponto entra em conflito normativo com as Resoluções médicas. Já noutros casos, onde há possibilidade de diagnosticar o estado terminal do paciente, os médicos agem com ampla deferência às Resoluções médicas, mas nem sempre é a vontade do paciente ou da família.

O fato de não haver leis infraconstitucionais tutelando os limites de tratamento médico em pessoas que desejam morrer por razões diversas, mas ligadas a um estado terminal e indigno, não autoriza o Conselho Federal de Medicina a preencher tais lacunas, pois existe normas penais protegendo o bem jurídico vida.

Assim, desde o momento em que o Estado tenha contato com a vida da pessoa, atrai para aquele o dever de proteção integral, ainda que diante da nobreza da vontade dessa pessoa, enferma, em renunciar a própria vida. A mesma regra vale para os particulares que tiverem contato com uma pessoa em situação de risco de morte. A omissão em dar tratamento adequado ou em agir para evitar a morte ou tentar salvar a vida, pois podem responder por omissão de socorro ou mesmo por crime de homicídio na modalidade omissiva. O problema é diagnosticar a morte. Uma vez diagnosticada a morte de um paciente terminal, ainda que mantido artificialmente por aparelhos, o Estado pode, através dos médicos, desligar o suporte vital, uma vez que vida não haveria para se tutelar e nem mesmo risco de ser penalizado por descumprir uma vontade de não morrer do paciente e da família. Parece claro não ser o custo da manutenção desse suporte vital, à espera de um milagre científico, o gatilho do direito de renunciar tratamentos de manutenção de vida indigna. Como visto, a densidade do direito

não para na questão da santidade da vida, na situação de indignidade ou no custo de manutenção de um suporte vital.

Por fim, independente do direito ou dever a vida, pressupor que existe algum direito de a pessoa buscar satisfação junto ao Estado para renunciar a própria vida com fundamento na indignidade dessa vida é dizer a mesma coisa que nada. A vida da pessoa não pode confrontar com sua própria dignidade, pois enquanto esta viver, digna ela será, não bastando exteriorizar seus sentimentos, casuais, ou tutelar outros modos de dignidade, para dizer que uma vida indigna é o pressuposto para a morte. E deixar para as pessoas dizer quando a vida perdeu o sentido, ou quando deixou de ser, ou quando ocorre a morte em sua vida é negar a existência do próprio direito à vida tutelado pelo Direito e protegido pelo Estado, permitindo que posições individualistas se sobreponham a um ordenamento jurídico, colocando tais pessoas acima do próprio direito.

4.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto brasileiro, a vida, em todos os estágios, tem proteção especial no ordenamento jurídico.

A escolha do momento em que a vida se encerra, ou seja, de quando ocorre a morte, se deu através da Lei nº 9.434, de 4.2.1997, tendo optado pela ausência de atividade encefálica, mas deixou em aberto qual morte, se da parte superior, inferior, quais casos, se em conjunto com outras funções vitais, quando haveria vida e qual vida está sendo protegida.

O critério de morte deixou de ser cardiorrespiratório e passou a ser o encefálico, porém, sem muita precisão. Verificou-se que o principal motivo para mudança de evidência para a caracterização da morte é o fato de ser mais prático e útil para a captação de órgãos, facilitação de transplantes e, principalmente, economia de recursos aos hospitais e ao Estado. Não adentra na questão da vitalidade de outros órgãos, que em seu conjunto, dariam condições de vida à pessoa, inclusive com respostas sensoriais.

Num Estado Democrático de Direito, a autonomia e liberdade das pessoas são mais evidenciadas e incentivadas, mas, nem por isso, permitem às pessoas abdicar do direito à vida exigindo do Estado o golpe de misericórdia, como se este

tivesse o dever de amparar o desejo das pessoas que se sentem inseridas ou preveem situações de indignidade nas quais a vida perderá completamente o sentido, deixando de ser natural, passando para uma vida artificial.

A característica relacional e intersubjetiva da dignidade humana pressupõe uma vida mais comunicativa, de tal sorte que apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade.

Há diversos exemplos de situações indignas em que as pessoas podem ser inseridas, mas constatou-se que em todas elas o que se busca tutelar, a bem da verdade, não é a própria dignidade da pessoa que antecipa seu desejo de morrer em paz ou sem sofrimento, mas sim, na maioria das vezes, a dignidade de terceiros, que com ela convive, uma vez que tais pessoas precisarão abandonar um pouco de suas vidas e dedicar um bom tempo no cuidado daquelas outras inseridas em situações indignas.

Constatou-se que a indignidade surgida na vida de uma pessoa não pode ser o pressuposto para autorização de renúncia da própria vida, já que no conflito entre indignidade e vida, sempre prevalecerá a vida. A dignidade não pode determinar a vida.

Quando as pessoas procuram reduzir algum tipo de tratamento médico intensivo ou mesmo quando pedem que os aparelhos respiratórios que as mantém numa vida artificial, prolongando de modo indigno a vida, na verdade, estão pedindo que o Estado reconheça um limite natural da existência humana, um certo determinismo biológico, sem desprezar os avanços tecnológicos, mas com a possibilidade de renuncia-los. Viu-se que em alguns casos, não haveria necessidade de pedir ao Estado o desligamento de aparelhos, pois deixaria de existir vida a ser tutelada e não haveria sofrimento a ser sentido.

Por fim, averiguou-se que, enquanto o Estado tiver contato com a pessoa em qualquer situação ou estágio da vida, mesmo que indigna, terá o dever de protege-la e garanti-la seu direito à vida, mesmo que em condições artificiais, não podendo cumprir o desejo das pessoas quando dizem possuir o direito de renunciar a própria vida.

4.4 REFERENCIAS

- ABBAGNANO, Nicola (1901-1990). **Dicionário de Filosofia**. trad. 1ª ed. Alfredo Bosi; trad. 6ª rev. e trad. Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ARIÈS, Philippe (1914-1984). **O Homem Diante da Morte**. trad. Luiza Ribeiro. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2014.
- BOBBIO, Norberto, **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acompanhamento processual, Acórdãos, 12 de abril de 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 21.10.2015.
- CAMUS, Albert. **O Mito de Sísifo**. trad. Ari Roitman e Paulina Watch. 5ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.
- HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. trad. Janaína Marcoantonio. 3. ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.
- HOLLAND, Stephen. **Bioética: enfoque filosófico**. trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2008.
- KANT, Emmanuel. **Fundamentação à Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. In: *Os Pensadores: Kant*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- LAMB, David. **Ética, Morte e Morte Encefálica**. trad. Jorge Curbelo e Rogéria Cristina Dias. São Paulo: Office, 2001.
- MENDES, Gilmar F.; FRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

- MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte geral. Tomo I. atualizado por Judith Martins-Costa [et. al.]. São Paulo: RT, 2012.
- MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. 3ª. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- PELUSO, Cezar (coord). **Código Civil Comentado**. 8. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2014.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso Livre de Ética e Filosofia do Direito**. 1 ed. Portugal: Princípiã, 2010.
- RODRIGUES, José Carlos. **Tabu da Morte**. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação**, Tomo I. Tradução, apresentação, notas e índices de Jair Barboza. São Paulo: UNESP, 2005.
- SINGER, Peter. **Ética Prática**. trad. Jefferson L. Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direito da Personalidade e sua Tutela**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005.
- VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia: humanizando a visão jurídica**. Curitiba: Juruá, 2012.
- ZENNI, Alessandro S. Vallér. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2006.

= V =

O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E O DIREITO DE VIVER: NÃO (TE)MATARÁS!

*André Vinicius Rosolen**

*Robson Aparecido Machado***

5.1 INTRODUÇÃO

O direito à vida é um direito fundamental de primeira dimensão, o qual é essencial para a existência dos demais direitos da pessoa humana. Por sua vez, o Direito Penal tutela a vida como bem jurídico de grande valor, porém, em certos casos a vida é relativizada, como a pena de morte em caso de guerra declarada, bem como pelas exclusões de ilicitude elencadas no Código Penal.

Além disso, não só o direito à vida, mas o direito de viver uma vida digna é assegurado pela Constituição Federal, através dos direitos sociais, que inclui: direito à alimentação adequada, à moradia, à saúde, à educação, ao lazer, à cultura, ao trabalho.

Este trabalho, através de pesquisas bibliográficas, busca demonstrar o valor da vida humana, da concepção à morte, perpassando pelas teorias do início e fim da vida, dimensões e evolução histórica dos direitos fundamentais e as diversas formas de abreviação da vida humana, como homicídio, aborto, eutanásia, ortotanásia, genocídio, guerra, suicídio etc.

Por fim, a dignidade da pessoa humana, núcleo dos direitos da personalidade, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, deve nortear qualquer colisão de direitos fundamentais, já que a dignidade deve prevalecer sobre os demais direitos.

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Especialização em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC); Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá; Advogado.

** Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Advogado: robsonbarretos@adv.oabsp.org.br

5.2. DIREITO À VIDA

O direito à vida é um direito fundamental do homem por excelência, já que da vida humana decorrem todos os demais direitos, como por exemplo, direito à integridade física e psíquica, direito ao corpo, direito ao nome, dentre outros. Assim, a vida é o bem jurídico maior a ser tutelado pelo ordenamento brasileiro e sem vida humana não há direitos.

A inviolabilidade do direito à vida está consagrada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, caput, da seguinte forma: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]”*.

É cediço que os direitos previstos, principalmente, no artigo 5º, da Constituição Federal são denominados de cláusulas pétreas, por se tratar de direitos e garantias individuais. Desta forma, são direitos que não podem ser abolidos e nem suprimidos, nem mesmo por emenda constitucional.

A inviolabilidade do direito à vida está também declarada em acordos internacionais sobre Direitos Humanos, tendo como um dos principais o Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 4º, dispõe: *“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”*.

Este acordo, em que pese o Brasil ter se tornado parte da convenção em 1992, não obteve o quórum exigido pela Constituição Federal, em seu §3º, do artigo 5º, incluído pela Emenda Constitucional 45/2004, portanto, tem apenas *status* de norma supralegal.

5.2.1. A vida humana

A palavra vida provém do latim *“vita”*, que significa existência. O conceito de vida não é unívoco, já que existem diversas definições, seja religiosa, filosófica, científica ou jurídica sobre o início e o fim da vida. A vida não deve ser compreendida tão somente no seu aspecto biológico, de modo simples, mas de forma dinâmica, conforme a lição de José Afonso da Silva:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*) não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante

autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transformar-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo desse fluir espontâneo e incessante contraria a vida.¹

Para os cristãos, em especial ao catolicismo, a vida se inicia com a concepção e acaba com a morte. É o ensinamento do Catecismo da Igreja Católica em seu parágrafo 2319: “Toda a vida humana, desde o momento da concepção até à morte, é sagrada, porque a pessoa humana foi querida por si mesma e criada à imagem e semelhança do Deus vivo e santo”.²

Já para a filosofia, no ensinamento de Platão e Aristóteles:

[...] A vida tem sentido amplo, ora fundado na razão ora fundado na metafísica, sempre buscando a compreensão, a razão e o sentido da existência humana. Ao falar em conceito filosófico, é necessário mencionar dois grandes filósofos gregos que existiram: Platão e Aristóteles. Platão ao discorrer sobre a vida ressalta a necessidade de se entender o sentido da alma, enquanto algo que existe e é divino. Para ele, vida é o conjunto do corpo e da alma, assim, a vida passa a existir a partir do momento em que a alma entra no corpo. Para Aristóteles, a vida é um elemento irracional da alma comum a todos os seres vivos, referindo-se à nutrição e ao crescimento, atribuindo-se aos embriões e aos recém-nascidos.³

Cientificamente, ainda não se chegou a um denominador comum quanto ao momento exato do início da vida humana. Ante esta controvérsia, destaca-se, pelo menos, cinco

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 200.

² CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. 6. ed. São Paulo: Paulinas, 1993, p. 525.

³ CHAVENCO, Arlete A.; OLIVEIRA de, José Sebastião. **Da tutela dos direitos do nascituro e a controvertida questão do início de sua personalidade**. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/2541/1762>. Acesso em: 17 Out. 2015,

correntes que respondem o momento exato que se inicia a vida humana. A teoria da fecundação; a teoria da nidação; a teoria da individualidade do ser; a teoria da autonomia humana e a teoria do início da atividade cerebral.

Os defensores da teoria da fecundação acreditam que a vida se inicia no momento em que o óvulo é fertilizado pelo espermatozoide. Essa tese possui o maior número de adeptos. Trata-se de uma visão genética.

Já para a tese da nidação, a vida se inicia quando o óvulo fecundado se fixa na parede do útero. Após a fecundação do óvulo nas trompas de Falópio ocorre uma movimentação até o endométrio. Desta forma, o futuro embrião fixa-se na parede do útero e permite uma gravidez em perfeitas condições. Essa etapa ocorre por volta de 4 a 15 dias após a fecundação.

Para os defensores da terceira corrente, a vida humana inicia-se, por volta da terceira semana de gestação, quando o embrião não pode mais se dividir. Assim, a individualidade do embrião seria definitiva. Esta é uma visão embriológica.

A quarta corrente afirma que a vida começa a partir da 24ª semana de gestação. Admite-se que o feto possui uma autonomia, já que tem condições de sobreviver fora da barriga da mãe, pois os seus pulmões já estão formados. Esta é uma visão ecológica.

Por fim, a quinta e última teoria afirma que a vida humana só tem início com a formação das primeiras terminações nervosas, ou seja, aproximadamente, a partir da segunda semana de gravidez. Como a morte é definida pelo fim da atividade cerebral, a vida também seria definida pelo início desta atividade cerebral, é o que assegura a visão neurológica.

De outro lado, para o Direito, conforme preceitua o 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”*. Nascituro é o ser já concebido no útero materno e está pronto para nascer. Existe uma expectativa de vida.

A personalidade civil da pessoa, portanto, se inicia com o nascimento com vida, o que se constata pela respiração que pode ser confirmada pela *“docimasia pulmonar hidroestática de Galeno”*, que consiste em verificar se o feto respirou ou não, já que após a respiração os pulmões estão cheios de ar e quando colocados em uma vasilha com água, eles flutuam. Do contrário,

se os pulmões afundarem é porque não houve respiração e, consequentemente, vida.

Destaca-se também que, desde a concepção, o nascituro tem seus direitos assegurados pela Lei, com a condição de que nasça com vida. A questão sobre a natureza jurídica do nascituro não restou clara na redação do Código Civil. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, três teorias foram arquitetadas: as teorias natalista, condicionalista e concepcionista:

Uma primeira parcela da doutrina (Silvio Rodrigues, por exemplo), vem entendendo que o nascituro não é, e não pode ser dotado de personalidade jurídica, abraçando, assim, a teoria natalista, pela qual a personalidade civil somente é adquirida pelos nascimento com vida. [...] Outra parte dos doutos sustenta que o nascituro é, na verdade, uma pessoa virtual, condicional, estando a sua personalidade submetida ao eventual nascimento com vida. Ou seja, disporia o nascituro de uma verdadeira personalidade jurídica condicional (teoria condicionalista), porque haveria uma condição pendente para a implementação de sua personalidade (o nascimento com vida), como defende Washington de Barros Monteiro. [...] E, finalmente, impõe-se registrar uma posição mais avançada da moderna doutrina civilista, esposando a tese de que o nascituro possui personalidade jurídica. É a teoria concepcionista. A ideia é inspirada no Direito francês e assegura que a personalidade jurídica é adquirida a partir do momento da concepção. [...] Essa teoria está alicerçada, corretamente, no próprio Código Civil brasileiro, buscando como referências as regras contidas nos arts. 1.609, parágrafo único (que permite o reconhecimento da filiação do nascituro), 1.779 (versando sobre a possibilidade de nomeação de curador ao nascituro), 542 (autorizando que se faça doação ao nascituro) e 1.798 (reconhecendo a capacidade sucessória do nascituro). Assim, vislumbra-se que a ordem jurídica, verdadeiramente, reconhece a personalidade jurídica do nascituro, conferindo-lhe personalidade concreta e não condicionada ao seu nascimento com vida.⁴

Dentre todos esses conceitos sobre a vida e o seu início é preciso ter em mente que a ciência e o direito estão em

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. vol. 1. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 261.

constante evolução, portanto, o momento exato inicial da vida humana vai se moldando aos avanços tecnológicos. O importante, talvez, não seja conceituar o início da vida, mas, ter sempre o amor e o respeito acima de todo termo e conceito.

5.2.2 Evolução histórica e dimensões dos direitos fundamentais

O direito à vida é um direito fundamental, um direito humano e um direito personalíssimo e, como tal, teve sua evolução no tempo. A humanidade, desde os tempos remotos até os dias atuais, tem passado por mudanças, transformações, evoluções, isto no campo social, político, religioso etc.

Da mesma forma, os direitos fundamentais, mais precisamente os direitos humanos centrados na dignidade da pessoa humana teve grandes avanços, porém, por vezes, sofrem também com o retrocesso, principalmente, diante de governos ditatoriais e regimes totalitários. No sentido de um estudo histórico para a plena compreensão da evolução dos direitos fundamentais, Norberto Bobbio afirma:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁵

Com efeito, os direitos fundamentais nascem de lutas contra a opressão, contra as arbitrariedades impostas por governos déspotas, portanto, os direitos fundamentais são um produto da história.

Na Inglaterra, a pátria da liberdade, ao longo dos séculos foi se construindo, através de documentos jurídico-normativos, a tutela dos direitos fundamentais em favor da pessoa humana. Na Idade Média, surgiu a Magna Carta, em 1215, na Modernidade, antes do século XVIII, foram editadas a Petição de Direitos, em 1628; a Lei do Habeas Corpus, em 1679 e a Declaração de Direitos, em 1689.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

A partir do século XVIII, na construção histórica dos direitos fundamentais, tem-se a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia – nos Estados Unidos da América, no ano de 1776, bem como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789.

Com relação a este período histórico, o ensinamento de José Francisco de Assis Dias, citando Norberto Bobbio:

Bobbio observou que desde a primeira declaração dos direitos dos Estados Unidos da América, 1776, e daquela da Revolução francesa, 1789, às Cartas dos direitos das Constituições contemporâneas; o escopo principal dos primeiros artigos é sempre aquele de reconhecer ao Indivíduo-cidadão o poder de apropriar-se de novos espaços vitais de liberdade em relação aos poderes constituídos.⁶

Ademais, na construção dos direitos fundamentais, tem-se como evento marcante o pós-segunda guerra mundial, diante das atrocidades do Nazismo e a derrocada do Positivismo jurídico. Em razão do holocausto nazista, vários documentos surgiram na defesa dos direitos humanos fundamentais, a saber: a Declaração de Direito do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia, em 1918; a Carta das Nações Unidas, em 1945; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948; Pactos Internacionais de Direitos Humanos, em 1966; Declaração de Teerã, em 1968; Declaração e Programa de Ação de Viena, em 1993 e o Estatuto de Roma, em 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional.

Os direitos fundamentais, como visto alhures, sofrem evoluções históricas, as quais são denominadas de dimensões dos direitos fundamentais, já que uma não sobrepõe à outra e sim se complementam.

As três primeiras dimensões dos direitos fundamentais remetem ao lema da Revolução francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Os direitos fundamentais de primeira dimensão estão vinculados ao princípio da liberdade, são direitos civis e políticos, conquistados contra a força do poder exercido arbitrariamente. São direitos de cunho negativo, já que destinam-se a uma abstenção, um não fazer por parte do

⁶ DIAS, José Francisco de Assis. **Não matará!**: a vida humana como valor primordial no pensamento de Norberto Bobbio (1909-2004). Maringá-PR: Humanitas Vivens, 2011, p. 50-51.

Estado. Surgiu no final do século XVIII, como fruto das revoluções liberais francesas e norte-americanas, as quais insurgiram contra o absolutismo do Estado em reivindicação ao respeito às liberdades individuais e à limitação dos poderes estatais. Nesse sentido, a doutrina de Paulo Bonavides:

[...] os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões.⁷

Já os direitos fundamentais da segunda dimensão estão vinculados ao princípio da igualdade e são direitos econômicos, sociais e culturais. A Revolução industrial foi o grande marco desta dimensão, a partir do século XIX, na defesa dos direitos sociais, exigindo, agora, direitos a prestações sociais estatais, tais como: alimentação, saúde, educação e trabalho.

Como evolução desta dimensão, destaca-se também as liberdades sociais, tais como: liberdade de sindicalização e direito de greve; bem como direitos fundamentais do indivíduo trabalhador – férias, garantia do salário mínimo. Em arremate ao direito fundamental de segunda dimensão, o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.⁸

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão são aqueles vinculados à solidariedade ou fraternidade. São direitos à paz, ao desenvolvimento, à comunicação, ao ambiente

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 517.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 50.

ecologicamente equilibrado e ao patrimônio comum da humanidade e foram consagrados na segunda metade do século XX. Portanto, são garantias destinadas à proteção de direitos difusos e coletivos.

Nessa linha, o ensinamento de Paulo Bonavides:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.⁹

Atualmente, existem doutrinadores que defendem a existência de direitos fundamentais de quarta, quinta e quiçá de sexta dimensão. A título de exemplificação, Paulo Bonavides, Marcelo Novelino e Norberto Bobbio vêm promovendo o reconhecimento do direito fundamental de quarta geração.

Esta quarta dimensão dos direitos fundamentais estaria relacionada à democracia, à informação, ao pluralismo, tudo isto em razão da globalização política, conforme entendimento de José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior, citando o constitucionalista Paulo Bonavides:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro,

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 569.

em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.¹⁰

Norberto Bobbio tem uma visão um pouco diferente de Paulo Bonavides, com relação à quarta dimensão dos direitos fundamentais. Bobbio comenta sobre proteção ao patrimônio genético do Homem do amanhã. Para ele, o primeiro grande documento que visa proteger o genoma humano, como base da família humana, é a resolução adotada pela Conferência Geral da UNESCO, em 16/11/1999, com a aprovação da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.

Desta forma, Bobbio não pensa somente na proteção da vida do homem de hoje, mas na proteção intergeracional, ou seja, nas gerações futuras, conforme entendimento de José Francisco de Assis Dias:

À quarta geração dos direitos pertence o novíssimo direito que pretende proteger o patrimônio genético do Homem do amanhã. Não se pensa somente à vida do Homem de hoje, mas procura-se proteger e promover os direitos à vida e a viver das futuras gerações humanas, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmedido de armas sempre mais destrutivas. [...] Segundo Bobbio, os direitos que foram exclusivamente humanos, por exemplo, o direito fundamental a viver sem maus tratos, será estendido a novos sujeitos não-humanos, como já o foram aos animais; antigamente considerados pela moralidade comum como sujeitos passivos sem direitos.¹¹

Com relação aos direitos fundamentais de quinta dimensão, o próprio Paulo Bonavides, já defende que a Paz é um direito fundamental de quinta dimensão, isto em razão dos ataques terroristas aos Estados Unidos da América, em 11 de

¹⁰ DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750#_ftn17.

Acesso em: 17 Out. 2015.

¹¹ Op. Cit. p. 54.

setembro de 2001. De outro lado, José Adércio Leite Sampaio, visualiza como direito fundamental de quinta dimensão o respeito ao cuidado, à compaixão, ao amor por todas as formas de vida, pois concebem ao indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado.¹²

Hodiernamente, afirma-se a existência de uma sexta dimensão de direitos fundamentais: a água potável. Nota-se que a água potável faz parte do meio ambiente equilibrado mencionado como direito fundamental de terceira dimensão, porém, diante dos graves problemas ambientais no mundo, principalmente, a escassez de água potável, salienta-se que deve ser alçada a direito fundamental para a vida humana.

Este é o entendimento de Boaventura de Sousa Santos: *“A desertificação e a falta de água são os problemas que mais vão afetar os países do Terceiro Mundo na próxima década. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso à água potável”*.

¹³ A água potável, como direito fundamental, exige mudanças de atitudes do Estado e da sociedade, conforme ensinamento de Zulmar Fachin e Deise Marcelino Silva:

O direito fundamental à água potável, como direito de sexta dimensão, significa um acréscimo ao acervo de direitos fundamentais, nascidos, a cada passo, no longo caminhar da Humanidade. Esse direito fundamental, necessário à existência humana e a outras formas de vida, necessita de tratamento prioritário das instituições sociais e estatais, bem como por parte de cada pessoa humana.¹⁴

Com essa evolução histórica, fundamentada em documentos jurídico-normativos, os direitos fundamentais passam a ter mais garantias e efetividade, sendo certo que a doutrina apresenta a existência de quatro dimensões, porém, alguns doutrinadores apresentam fundamentos para a

¹² SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 302.

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001, p 24.

¹⁴ FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Direito fundamental de acesso à água potável**: uma proposta de constitucionalização. Disponível em <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2215369/direito-fundamental-de-acesso-a-agua-potavel-uma-proposta-de-constitucionalizacao-zulmar-fachin-e-deise-marcelino-silva>. Acesso em: 17 Out. 2015.

existência de uma quinta e sexta dimensão dos direitos fundamentais da pessoa humana.

5.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade possui origens remotas. O termo “*Dignitas*” foi utilizado por Tomás de Aquino na Idade Média, para representar o valor da pessoa perante a sociedade e o Estado. Ingo Wolfgang Sarlet comenta que a dignidade mantinha suas raízes no cristianismo, embora seu conteúdo fosse diferente da atual concepção.

Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. Se, por um lado, a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana no âmbito do pensamento clássico significava a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau reconhecimento pelos demais membros da comunidade, de tal sorte que é possível falar-se em uma dignidade maior ou menor, por outro lado, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, concluindo-se, neste sentido, que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade.¹⁵

Este é o ensinamento bíblico, “*Deus criou o homem à sua imagem; criou-o à imagem de Deus, criou o homem e a mulher*”¹⁶, bem como é também o ensinamento do Catecismo da Igreja Católica, em seu parágrafo 2334:

Ao criar o ser humano homem e mulher, Deus dá a dignidade pessoal de modo igual ao homem e à mulher. O homem é uma pessoa, e isto na mesma medida para o homem e para a mulher, pois ambos são criados à imagem e à semelhança de um Deus pessoal.¹⁷

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 103.

¹⁶ BÍBLIA SAGRADA. 108. ed. São Paulo: Ave-Maria Ltda, 1997, p. 49.

¹⁷ Op. cit., p. 526.

Muitos foram os estudiosos que tornaram a dignidade o objeto central de estudo, a exemplo de Kant, Marx e Pufendorf, todos com suas teorias e concepções. No entanto, ainda hoje, a doutrina e jurisprudência não possuem definição unânime para o termo, pois os contornos são vagos e imprecisos. Enfim, o princípio da dignidade humana é uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista.¹⁸

5.3.1 Dignidade como direito humano fundamental

Os ordenamentos jurídicos costumam adotar a concepção antropológica como objeto de proteção e sujeito de direitos, inserindo o ser humano como o centro e fim do direito. Tanto é verdade que o princípio da dignidade da pessoa humana está previsto em várias partes do texto constitucional brasileiro e de outros países.

A pessoa carrega valores que lhe são inerentes, capazes de promover seu desenvolvimento na sociedade, e a dignidade integra um desses valores, que merece destaque, pois ela conduz e centraliza a personalidade de cada indivíduo. Luiz Alberto David Araújo entende que a dignidade é um meio de preservar a individualidade da pessoa, conforme entendimento abaixo transcrito:

Quando se fala na ideia de “dignidade da pessoa humana”, um dos componentes básicos e essenciais desse princípio é a capacidade de exigir que o indivíduo seja considerado em si, como fonte de aspirações, desejos e formas de manifestações individuais e inconfundíveis. Apenas tratando do ser humano desta forma, estaremos preservando a sua individualidade, manifestação decorrente do tratamento digno de sua pessoa.¹⁹

O conteúdo da dignidade já foi suscitado séculos atrás por Immanuel Kant. Para este filósofo, existem duas categorias de valores no mundo social, sendo elas o preço e a dignidade.²⁰

¹⁸ Op. cit., p. 105.

¹⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Diferenças Individuais e Concurso Público: reflexões iniciais sobre os critérios de seleção do estado para as carreiras jurídicas.** In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira et al (Org). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 226.

²⁰ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 3 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 101

O preço representa “coisa”, um valor de mercado, limitado aos interesses particulares, enquanto a dignidade refere-se à moral, sendo um valor de interesse geral, encontrado no homem.

A dignidade, por ser um direito fundamentador do Estado de Direito, representa um valor que inspira os demais direitos fundamentais, guardando com eles um conteúdo comum.

A dignidade possui dimensão intrínseca, pois constrói a identidade de cada pessoa, permitindo que ela oriente sua vida de acordo com o que acredita ser digno, a fim de desenvolver sua personalidade livremente.

5.3.2 Dignidade Humana como direito fundamental a prestações positivas e negativas

A dignidade não pode ser encarada apenas do ponto de vista formal e abstrato, mas sim no plano concreto, exigindo aplicação na vida real e cotidiana. É um ideal que deve ser concretizado pelo Estado ou pelo próprio indivíduo, desde que ele tenha condições para tanto.

Na época de Aristóteles e Platão já existia a concepção de que a missão primordial do Estado era assegurar e promover o bem-estar social. Helena Regina Lobo da Costa, fazendo referência à teoria formulada por Niklas Luhmann, leciona:

A dignidade seria construída pelo indivíduo e resultado de uma função representativa e de cooperação social. A partir daí, Luhmann conclui que o Estado não está na posição de garantir a dignidade da pessoa humana, mas tem obrigação de estabelecer condições para que os indivíduos possam criar sua identidade e, a partir daí, desenvolver sua dignidade. Uma vez que a dignidade humana seria resultado de um processo funcional, nem todas as pessoas possuiriam-na.²¹

O Brasil é um Estado tanto liberal quanto social e, por isso, deve proporcionar a concretização dos direitos fundamentais definidos na Constituição, fazendo valer suas normas principiológicas e programáticas.

²¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção penal positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 31.

No entanto, no Estado Social, a vida digna não é dirigida para todos ou acontece em níveis distintos.²² As políticas públicas são necessárias para a afirmação e concretização dos direitos fundamentais. Sobre o tema, Andréia Sofia Esteves Gomes preleciona:

O fato de o princípio ter que se abrir às novas exigências da pessoa humana, pode exigir ou justificar a necessidade de prestações – públicas ou privadas – que adornem as dimensões física e espiritual da pessoa, de forma a assegurar a possibilidade de uma vida digna, criando condições que permitam a plena fruição da dignidade.²³

Luiz Edson Fachin afirma que os direitos fundamentais possuem uma feição prestacional, como os direitos sociais, representados pela saúde, educação, cultura, lazer, etc. Com escudo na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, ele define que o princípio da dignidade possui dupla dimensão, sendo a negativa e a prestacional, ambas dirigidas ao Estado e cidadãos, bem como nas relações inter-privadas. Além disso, ele comenta que a tutela e promoção da dignidade humana são fundamentos de toda a ordem jurídica e não só do Direito Público.²⁴ É a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais ancorados na dignidade.

É dever do Estado efetivar o princípio da dignidade, para, então, ser considerado um Estado de Direito em sentido material. Este, por seu turno, fica subordinado à lei e, notadamente, a determinados valores fundamentais direcionados à dignidade da pessoa humana.

O ser humano, sendo o fim da sociedade e do Estado, deve ter sua dignidade amplamente preservada, por lei ou por

²² MORAIS, Jose Luis Bolzan. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira et al (Org). **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 190.

²³ GOMES, Andréia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 27.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Constituição e Relações Privadas**: questões de efetividade no tríptico vértice entre o texto e o contexto. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira et al (Org). **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 249.

prestações de políticas públicas, pois o princípio consagrado na Constituição Federal possui primazia axiológica sobre os demais direitos fundamentais. Assim, o Estado deve não só protegê-lo, mas também realizá-lo, promovendo, por exemplo, ações afirmativas que procurem fornecer condições adequadas da vida material, dispensando o mínimo de dignidade para que o sujeito possa se desenvolver e integrar no meio social, aumentando sobremaneira sua qualidade de vida.

5.4 DIREITO DE VIVER

O direito à vida como direito fundamental da pessoa humana, positivado na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais, implica por parte do Estado uma abstenção, ou seja, um comportamento negativo, um não fazer, com relação a não matar a pessoa humana, já que nem o Estado, nem ninguém tem o direito de matar.

Todavia, além desta prestação negativa, o Estado tem o dever de um comportamento positivo, ou seja, exige a intervenção estatal com relação aos direitos sociais, tais como: saúde, trabalho, educação, lazer (descanso semanal remunerado), direito ao mínimo existencial, para que a pessoa humana viva com dignidade.

Este é também o entendimento de Norberto Bobbio, narrado pelo professor José Francisco de Assis Dias:

Bobbio, escrevendo em 1981, afirmou que no estado atual da consciência ética da Humanidade, tende-se a reconhecer ao indivíduo não somente o direito de viver – que é um direito elementar e primordial do Homem – mas também o direito de ter o mínimo indispensável para viver. O direito à vida é um direito que implica da parte do Estado, pura e simplesmente, um comportamento negativo: Não matar! Já o direito a viver implica da parte do Estado também um comportamento positivo, isto é, implica intervenção de políticas econômicas inspirados em princípios de justiça distributiva; e da parte dos “outros” também um comportamento positivo de sustentação, promoção e proteção solidária da vida, como valor primordial. Em outras palavras, hoje, reconhece-se ao indivíduo-cidadão

não somente o direito de não ser morto por nenhuma razão “não-natural”, mas também o direito de não morrer de fome.²⁵

Desta forma, o direito fundamental à vida humana deve ser garantido pela Constituição Federal com todas as condições mínimas de uma vida digna, não sendo permitido nenhum tipo de desigualdade, seja social, econômica ou cultural. O Poder Público tem o dever de garantir equidade, justiça social, humanidade, desenvolvimento físico, intelectual e emocional da pessoa humana, pois somente assim o direito fundamental à vida terá eficácia e efetividade.

5.5 NÃO MATARÁS!

Como visto alhures, o Estado tem o dever de garantir de forma negativa – abster-se de não matar a pessoa humana – bem como de forma positiva, no sentido de garantir os direitos sociais como forma de vida digna.

Norberto Bobbio, conforme o professor José Francisco de Assis Dias, em seu livro *“Não matarás”*, ressalta que o imperativo “não matar”, tanto no campo moral-religioso quanto no campo ético-racional, dispõe de uma norma primária e outra secundária. Em ambos os casos, a norma primária estabelece a ordem: Não matar! Porém, com relação à norma secundária, no campo moral-religioso, quem determina a pena é Deus, o Justo Juiz. Já no campo ético-racional, a pena já vem pré-estabelecida na norma secundária da Lei e o juiz, através da subsunção, aplica a pena ao delinquente.²⁶ Além disso, o professor José Francisco de Assis Dias, acrescenta o pensamento de Norberto Bobbio:

[...] afirmou que o princípio ético “Não matar!” é válido em sentido absoluto, como um imperativo categórico, porque a vida humana é o valor primordial enquanto condição para todos os valores.²⁷

²⁵ DIAS, José Francisco de Assis. **Aborto? Sou contra!**: os argumentos anti-abortistas de Norberto Bobbio (1909-2004). Maringá-PR: Humanitas Vivens, 2011, 43.

²⁶ Op. cit., p. 62-63.

²⁷ Op. cit., p. 61.

Todavia, existem muitas formas de morte “*não-natural*” para a pessoa humana. Entre estas formas estão: homicídio, aborto, eutanásia, distanásia, ortotanásia, genocídio e guerra.

5.5.1 Morte: Conceito

Morte é a ausência de vida, ou seja, o termo final das atividades vitais de um organismo vivo.

O conceito de morte, ao longo da história, tem sofrido uma série de mudanças, já que outrora se determinava o óbito através da ausência de respiração e de atividade cardíaca. Com o avanço da ciência e o surgimento de aparelho de ventilação mecânica, o qual mantém a pessoa respirando quando ligadas a tal aparelho, fez-se necessário estabelecer critérios mais exatos para se determinar o momento da morte, já que esta não estava reduzida mais a um evento isolado, mas a um fenômeno progressivo.

Com relação ao fenômeno progressivo, destaca-se o ensinamento de Léo Pessini:

[...] Em primeiro lugar morrem os tecidos mais dependentes de oxigênio, sendo o mais sensível de todos o cérebro. De três a cinco minutos de falta de oxigenação são suficientes para comprometer irreversivelmente o córtex do paciente, que daí em diante terá apenas vida vegetativa, ou seja, estará inconsciente mas respirando e com o coração batendo.²⁸

Desta forma, a Lei 9.434 de 04/02/1997, a qual dispõe sobre transplante de órgãos, em seu artigo 3º, para tentar resolver o problema com relação ao momento da morte, estabelece o critério da morte encefálica, ou seja, “a ausência total e irreversível de todas as funções cerebrais, incluindo as do tronco cerebral”.²⁹ Nesse sentido, colaciona-se o entendimento de Mônica Silveira Vieira, com relação ao conceito de morte encefálica:

²⁸ PESSINI, Léo. **Eutanásia**: por que abreviar a vida?. São Paulo: Loyola, 2004, p. 52.

²⁹ KIPPER, Délio. O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade. **Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 61, 1999.

O conceito de morte encefálica é importante para que se defina quando se devem utilizar meios de manutenção artificial da vida, especialmente aqueles que somente mantêm a vida em estado vegetativo, “prolongando um penoso processo do morrer (distanásia)”, e quando apenas devem ser dispensados ao paciente cuidados que proporcionarão conforto no final da vida.³⁰

Nesta mesma linha de entendimento estão as considerações iniciais da Resolução 1.480 do Conselho Federal de Medicina, que entrou em vigor em 21/08/1997, trazidas à baila por Mônica Silveira Vieira:

[...] “a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial” e que é imenso “o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica”³¹

Desta forma, resta claro que a legislação brasileira estabeleceu como critério para a definição do momento do óbito, a morte encefálica.

5.5.2 Homicídio

Homicídio é o ato de matar uma pessoa, de forma voluntária ou involuntária. É sinônimo de assassinato.

A legislação brasileira, no artigo 121 do Código Penal, dispõe como preceito primário: matar alguém. Assim, se um indivíduo abrevia a vida de outro, de forma dolosa ou culposa, ele estará infringindo uma disposição legal e estará sujeito a uma punição, após o devido processo legal.

A vida humana é o bem jurídico por excelência a ser tutelado pela lei, já que os demais direitos só terão sentido se houver vida. O respeito à vida humana é um direito fundamental que tem como núcleo a dignidade da pessoa humana.

³⁰ VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia: humanizado a visão jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 96.

³¹ Op. cit., p. 96-97.

Sobre a vida humana, o Catecismo da Igreja Católica, em seu parágrafo 2258, assim leciona:

A vida humana é sagrada porque desde a sua origem ela encerra a ação criadora de Deus, e permanece para sempre numa relação especial com o Criador, seu único fim. Só Deus é o dono da vida, do começo ao fim; ninguém em nenhuma circunstância pode reivindicar para si o direito de destruir diretamente um ser humano inocente.³²

Na doutrina judaico-cristã, dentre os dez mandamentos escritos por Deus e entregues a Moisés está presente o mandamento: Não assassinar. Assim, para os seguidores desta doutrina, o homicídio é um pecado gravíssimo, conforme o Catecismo da Igreja Católica, parágrafos 2268 e 2269:

O quinto mandamento proscreve como gravemente pecaminoso o homicídio direto e voluntário. O assassino e os que cooperam voluntariamente com o assassinato cometem um pecado que clama ao céu por vingança. O infanticídio, o fratricídio, o parricídio e o assassinato do cônjuge são crimes particularmente graves devido aos laços naturais que rompem. Preocupações de eugenismo ou de higiene pública não podem justificar nenhum assassinato, mesmo a mando dos poderes públicos. O quinto mandamento proíbe que se faça algo com a intenção de provocar indiretamente a morte de uma pessoa. A lei moral proíbe expor alguém a um risco mortal sem razão grave, bem como recusar ajuda a uma pessoa em perigo.³³

Conclui-se que o homicídio voluntário, desde que não esteja sob a excludente da legítima defesa, é gravemente contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja no campo moral, religioso ou jurídico.

5.5.3 Aborto

Aborto é a interrupção do desenvolvimento do feto, mediante a expulsão, durante a gravidez, desde que a gestação ainda não tenha chegado a vinte semanas e que ainda não seja

³² Op. cit., p. 512.

³³ Op. cit., p. 514.

capaz de viver fora do útero. Caso ocorra após este tempo denomina-se parto prematuro ou aceleração do parto.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, o aborto “*é a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião*”.³⁴

Existem vários tipos de aborto, tais como: aborto terapêutico ou necessário; aborto de gravidez resultante de estupro; aborto eugênico e aborto econômico.

O aborto terapêutico ou necessário é dividido em duas modalidades: o aborto necessário, propriamente dito, para salvar a vida da gestante e o aborto com a finalidade de salvar a gestante de grave enfermidade. Apenas o aborto necessário pode ser praticado por médico, em caso de risco de morte para a gestante. O aborto em caso de estupro, chamado de aborto sentimental, também é permitido pela legislação brasileira. O aborto eugênico interrompe a gravidez em caso de suspeita de anomalias graves do feto e o aborto econômico é no caso da pobreza dos pais e em razão de já possuírem muitos filhos, o que prejudicaria a condição de vida de todos.³⁵

De acordo com o Código Penal Brasileiro, não se pune o aborto praticado por médico nas seguintes ocasiões: a) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, é o chamado aborto necessário; b) quando a gravidez é resultado de estupro e há o consentimento da gestante, caso seja incapaz, com o consentimento de seu representante legal, é o chamado aborto no caso de gravidez resultante de estupro ou aborto sentimental.

Insta ressaltar que a doutrina da Igreja Católica proíbe o aborto sob qualquer pretexto:

No momento em que uma lei positiva priva uma categoria de seres humanos da proteção que a legislação civil lhes deve dar, o Estado nega a igualdade de todos perante a lei. Quando o Estado não coloca sua força a serviço dos direitos de todos os cidadãos, particularmente dos mais fracos, os próprios fundamentos de um estado de direito estão ameaçados... Como consequência do respeito e da proteção que devem ser

34 NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 658.

35 EÇA, Antonio José. O aborto. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito Fundamental à Vida**. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 544-547.

garantidos à criança desde o momento de sua concepção, a lei deverá prever sanções penais apropriadas para toda violação deliberada dos seus direitos.³⁶

Assim, com exceção dos casos acima mencionados onde não há punição para o aborto praticado, a lei brasileira determina que o aborto é crime contra a vida, independentemente do período gestacional ou da pessoa que pratique o aborto e a punição é agravada se em razão do aborto a gestante sofrer lesões corporais de natureza grave ou a morte.

5.5.3.1 Interrupção de gravidez de anencefálicos

Os direitos fundamentais não são absolutos, portanto, a colisão de direitos fundamentais, conforme a doutrina e a jurisprudência, resolve-se pelo princípio da proporcionalidade. Assim, diante da colisão de dois direitos fundamentais, faz-se um sopesamento, uma ponderação, ou seja, uma cedência recíproca. Ora um direito fundamental prevalece, ora outro prevalece, a depender do caso concreto. Existem casos que um direito fundamental precisa se sacrificar em detrimento do outro, sempre diante de um caso concreto.

Como já mencionado, da dignidade da pessoa humana decorre todos os demais direitos, sendo a dignidade da pessoa humana o mais importante que a própria vida. Um exemplo disto é que na execução da pena de morte, a pessoa deve ser executada com respeito à sua dignidade.

Nesse sentido, a corte máxima brasileira, o Supremo Tribunal Federal, decidiu acerca da permissão da interrupção da gravidez de feto anencefálico. A decisão ocorreu em 12 de abril de 2012, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, onde se declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico seria conduta tipificada como crime.

A votação, que descriminalizou este tipo de aborto, teve o placar de oito votos a dois, tendo a maioria dos ministros, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello, acompanhado o voto do relator, ministro Marco Aurélio.

³⁶ CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. Op. cit. p. 516.

Assim, diante da colisão dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, com relação à mulher e do direito à vida, com relação ao feto, no caso concreto do feto anencéfalo, o STF ponderou pela dignidade da pessoa humana da mulher e descriminalizou este tipo de aborto, já que está compreendido entre as duas excludentes de ilicitude prevista no Código Penal e comentadas anteriormente.

5.5.4 Eutanásia; Distanásia e Ortotanásia.

Eutanásia é o ato de se abreviar a vida de um paciente incurável, com o objetivo de colocar fim ao seu sofrimento. No Brasil, a eutanásia é tratada como um ilícito penal e pode ser caracterizada como homicídio privilegiado ou auxílio ao suicídio. O primeiro caso pode ser retratado quando o médico, um terceiro ou um familiar do doente terminal lhe dá a morte. Já o segundo caso ocorre quando um terceiro auxilia o doente para que este lhe tire a própria vida.

O anteprojeto da reforma do Código Penal brasileiro tramita no Senado Federal desde 2012 e dispõe em seu artigo 122, o crime de eutanásia e no parágrafo 2º a exclusão de ilicitude:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

§2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que esta circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.³⁷

³⁷

Conforme apontamento de Renato Marcão, citando Nelson Hungria,

segundo um conceito generalizado, o homicídio eutanásico deve ser entendido como aquele que é praticado para abreviar piedosamente o irremediável sofrimento da vítima, e a pedido ou com o assentimento desta".³⁸

Já a distanásia é o prolongamento artificial, insistente, exagerado do processo de morte de um paciente terminal. Não prolonga a vida, prolonga a agonia e o processo de morte. Portanto, a distanásia é o oposto da eutanásia.

Por fim, a ortotanásia, tem por objetivo aliviar o sofrimento de um paciente terminal através da suspensão de tratamentos que tão somente prolongam o sofrimento, sem, contudo, melhorar ou curar a enfermidade. Portanto, não há um prolongamento artificial com aparelhos tecnológicos ou interferência ativa de nenhum agente.

A ortotanásia é considerada pela doutrina a única prática aplicada ao paciente terminal que garante o respeito à sua dignidade, bem como o amor pelo paciente, tanto por parte da família, quanto da equipe médica.³⁹

5.5.5 Genocídio e Guerra

Este termo genocídio foi criado após 1944, para conceituar os crimes que têm como objetivo a eliminação de um determinado grupo, seja por razões nacionais, étnicas, raciais ou religiosas.

O advogado judeu, Raphael Lemkin, em 1944, apresenta em sua obra *Axis Rule in occupied Europe*, pela primeira vez, o termo genocídio ao descrever o assassinato sistemático nazista dos judeus.

O professor Geraldo Miniuci leciona acerca do genocídio:

O genocídio é um processo destrutivo, uma atividade social, que envolve identificação do inimigo, formulação de objetivo

³⁸ MARCÃO, Renato. **Eutanásia e Ortotanásia no Anteprojeto de Código Penal Brasileiro**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 31, Abr/mai 2005.

³⁹ VIEIRA, Monica Silveira. Op. cit., 245-246.

de destruição e desenvolvimento de meios para atingir esse objetivo. Por esse aspecto, o genocídio tem semelhanças com a guerra. [...] Em suma, o genocídio é um conflito social violento, na forma de uma guerra perpetrado por organizações de poder armado contra grupos sociais civis desarmados, com o objetivo de destruir o poder social desse grupo na economia, na política e na cultura.⁴⁰

Insta ressaltar que em 9 de dezembro de 1948, a ONU aprovou a Convenção para a Prevenção e Punição de Crimes de Genocídio, em vigor no Brasil desde 1952, estabelecendo o genocídio como crime internacional, como crime contra a humanidade.

Art. II – Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

A guerra, ao contrário do genocídio, é um confronto que envolve interesses de disputa entre dois ou mais países, porém, todos armados com o objetivo de um interesse nacional. As intervenções armadas, com a criação da ONU em 1945, passaram a ser proibidas. Desta forma, a guerra ou as intervenções armadas somente são permitidas em caso de legítima defesa ou por meio de resoluções do Conselho de Segurança, responsável pela manutenção da paz e da segurança internacional.

5.6 NÃO TE MATARÁS!

O suicídio significar tirar voluntariamente a própria vida. Conforme a Revista Galileu, “a taxa de suicídio de adolescentes com idades entre 10 e 14 anos aumentou 40% nos últimos anos e 33% entre aqueles com idades entre 15 e 19 anos, segundo o Mapa da Violência 2014”.⁴¹

⁴⁰ MINIUCI, Geraldo. **O genocídio e o crime de genocídio**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 83, Mar/Dez 2010.

⁴¹ Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2014/10/6-sinais-de-comportamento-suicida.html>. Acesso em: 23 Out. 2015.

O suicídio não é punido pela legislação brasileira, somente se pune o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio.

Todavia, a Doutrina Católica é contrária ao suicídio, conforme o ensinamento do Catecismo da Igreja Católica, nos parágrafos 2280 e 2281:

Cada um é responsável por sua vida diante de Deus que lha deu e que dela é sempre o único e soberano Senhor. Devemos receber a vida com reconhecimento e preservá-la para sua honra e salvação de nossas almas. Somos os administradores e não os proprietários da vida que Deus nos confiou. Não podemos dispor dela. O suicídio contradiz a inclinação natural do ser humano a conservar e perpetuar a própria vida. É gravemente contrário ao justo amor de si mesmo. Ofende igualmente o amor do próximo porque rompe injustamente os vínculos de solidariedade com as sociedades familiar, nacional e humana, às quais nos ligam muitas obrigações. O suicídio é contrário ao amor do Deus vivo.⁴²

Conforme o ensinamento de Xavier Hurtado Oliver, citado por Mônica Silveira Vieira; *“a morte não deve ser considerada um direito, mas, sim, consequência natural da vida, eis que todos os seres humanos são mortais”*.⁴³

A vida é o primeiro direito fundamental humano e condição para que todos os demais direitos sejam exercidos e tutelados.

5.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental à vida, que tem como supedâneo a dignidade da pessoa humana, não implica por parte do Estado tão somente uma abstenção de não matar a pessoa humana, implica também um dever positivo do Estado referente ao direito de uma vida digna da pessoa humana, através da efetividade dos direitos sociais, como saúde, educação, trabalho, assistência à gestante, lazer, bem como direito ao mínimo existencial.

A pessoa humana tem direito não somente à vida, mas a uma vida digna, desde a sua concepção até a sua morte. A

⁴² Op. cit., p. 217.

⁴³ Op. cit., p. 220.

vida humana, como bem jurídico tutelado pelo direito penal, tem um altíssimo valor.

O direito à vida é o direito fundamental por excelência, já que é condição essencial para os demais direitos da pessoa humana, porém, hodiernamente, o direito fundamental tem sofrido certa relativização e a vida tem sido colocada em xeque diante de projetos de lei para a descriminalização do aborto e da eutanásia.

Ademais, o número de suicídios tem aumentado significativamente, principalmente, levando-se em conta o número de crianças e jovens que tiram a própria vida.

É mister que no mundo atual haja um redescobrimento do valor da vida, já que a humanidade é um fim em si mesma e não um meio, razão pela qual a dignidade da pessoa humana é o núcleo dos direitos de toda a humanidade.

5.8 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Diferenças Individuais e**

Concurso Público: reflexões iniciais sobre os critérios de seleção do estado para as carreiras jurídicas. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira et al (Org). **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

BÍBLIA SAGRADA. 108. ed. São Paulo: Ave-Maria Ltda, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. 6. ed. São Paulo: Paulinas, 1993.

CHAVENCO, Arlete A.; OLIVEIRA de, José Sebastião. **Da tutela dos direitos do nascituro e a controvertida questão do início de sua personalidade.** Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/2541/1762>>. Acesso em: 17 Out. 2015.

- COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana:** teorias de prevenção penal positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIAS, José Francisco de Assis. **Não matará!:** a vida humana como valor primordial no pensamento de Norberto Bobbio (1909-2004). Maringá-PR: Humanitas Vivens, 2011.
- _____. **Aborto? Sou contra!:** os argumentos anti-abortistas de Norberto Bobbio (1909-2004). Maringá-PR: Humanitas Vivens, 2011.
- DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750#_ftn17>. Acesso em: 17 Out. 2015.
- EÇA, Antonio José. O aborto. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito Fundamental à Vida**. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. Constituição e Relações Privadas: questões de efetividade no tríplice vértice entre o texto e o contexto. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira et al (Org). **Constituição e Estado Social:** os obstáculos à concretização da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.
- _____; SILVA, Deise M. **Direito fundamental de acesso à água potável:** uma proposta de constitucionalização. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2215369/direito-fundamental-de-acesso-a-agua-potavel-uma-proposta-de-constitucionalizacao-zulmar-fachin-e-deise-marcelino-silva>>. Acesso em: 17 Out. 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. vol. 1. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- GOMES, Andréia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

- KIPPER, Délio. **O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade**. Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 61, 1999.
- MARCÃO, Renato. **Eutanásia e Ortotanásia no Anteprojeto de Código Penal Brasileiro**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 31, Abr/mai 2005.
- MINIUCI, Geraldo. **O genocídio e o crime de genocídio**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 83, Mar/Dez 2010.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira et al (Org). **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.
- PESSINI, Léo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?**. São Paulo: Loyola, 2004.
- REVISTA GALILEU. Disponível em:
<<http://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2014/10/6-sinais-de-comportamento-suicida.html>>. Acesso em: 23 Out. 2015.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SENADO FEDERAL. Disponível em:
<<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 22 de outubro de 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia: humanizado a visão jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

A PENA DE MORTE E OS ASPECTOS ONTOLÓGICOS DA VIDA COMO IMPERATIVOS PARA PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

*Rafael Altoé**

*Rodrigo Róger Saldanha***

6.1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem início com a apresentação de algumas das teorias que legitimaram a formação do Direito contemporâneo. Em primeiro plano, passa-se pelo desenvolvido do jusnaturalismo, que foi o que imperou na idade média, representado, por exemplo, nas lições de Tomás de Aquino e Hugo Grócio, além de ser possível citar jusnaturalistas modernos, como Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau. Posteriormente, no fim do século XX, Hans Kelsen, por meio de sua teoria pura, extremou a concepção do positivismo jurídico, apresentando o Direito como uma norma pura sem a influência divina ou de qualquer elemento metajurídico, apresentando-o como ciência autônoma e levando a norma a ser devidamente imposta e produzida conforme as regras de um ordenamento.

Abordou-se também a história das penas e a influência iluminista para a formação das sanções humanitárias onde Cesare Beccaria, ao investigar o direito de punir, buscou a razão pela qual o indivíduo abre mão de parte da sua liberdade para colaborar com a sociedade. Nesta perspectiva, se forem

* Graduado em Direito pela UEM – Universidade Estadual de Maringá – PR. Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho. Mestrando em Ciências Jurídicas pela UniCesumar – Centro Universitário de Maringá-PR, com concentração na área de Direitos da Personalidade. Professor da Escola da Magistratura do Paraná nas disciplinas de prática penal e Direito Constitucional. Juiz de Direito na Comarca da Região Metropolitana de Maringá-PR. Endereço eletrônico: rafaelaltoe@hotmail.com

** Formado em Direito com Ênfase em Políticas Públicas pela Faculdade Metropolitana de Maringá – FAMMA; Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Especialista em educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Mestrando em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade – UNICESUMAR. Contato: rodrigorogersaldanha@bol.com.br

verificados os objetivos e sentidos da pena, chega-se à conclusão de que parte de sua legitimação, ainda hoje, está no caráter retributivo que carrega. Ademais, nota-se que as penas hoje entendidas como cruéis acompanharam a humanidade desde os primórdios (v.g tortura e pena pública), e por muito tempo, com base em referenciais próprios de cada época, chegaram a ser consideradas justas pela sociedade que ainda tinha influência maior do jusnaturalismo.

Após essa breve análise, tratou-se sobre a pena de morte no direito comparado, mais precisamente sobre aplicação da pena em alguns outros países, com levantamentos recentes de execuções no mundo. Ao final deste tópico apresenta-se uma breve ligação entre a filosofia contratualista e a pena de morte, em especial a respeito de algumas objeções à pena capital que ainda hoje se mostram aplicáveis.

Por fim, como objeto pontual de estudo, destacou-se a pena aplicada a Marco Archer, que foi o primeiro brasileiro executado pela pena de morte por uma sentença em outro país em tempos recentes, ocorrendo nos primeiros dias do ano de 2015. Assim, destaca-se o cotejo de tal punição com as bases teóricas da proteção aos direitos de personalidade, seus conceitos e características, mas que, ao final, destaca-se como imperativo o direito à vida, e a necessidade de proteção da existência humana.

6.2 BREVES FRAGMENTOS TEÓRICOS SOBRE AS BASES DO POSITIVISMO, DO JUSNATURALISMO E DO PÓS-POSITIVISMO: A INFLUÊNCIA NA (DES) LEGITIMAÇÃO DA PENA DE MORTE

Ao longo do século XVI a filosofia, por intermédio da maior parte de seus representantes, percorreu por variadas formas sobre as liberdades individuais e coletivas, como o direito à propriedade privada, e sobre a natureza do homem. Entretanto, nos séculos seguintes (XVII e XVIII) o jusnaturalismo começou a ser desenvolvido com bases mais concretas e logo se traduziu em domínio ideológico, sobretudo pela influência que a sociedade exercia sobre o Direito através da moral, considerada preponderante para formação da norma.

Nessa lógica, durante a idade média o campo jurídico foi substancialmente representado pelo jusnaturalismo,

precisamente de referencial teológico, sendo a vontade divina preponderante para a criação e interpretação do Direito. A vontade dos Deuses, por assim dizer, era a fonte principal da ordem jurídica, e era essa mesma vontade – transportada e legitimada pela fé – que indicava, naquela época, o que prevalecia na sociedade (inclusive em termos culturais).

Até o fim da idade média a teoria naturalista permaneceu forte e com identidade semelhante, mantendo-se o referencial teológico da religião monoteísta, representada, por exemplo, por Tomás de Aquino. Na sequência, como um novo referencial, pensadores como Hugo Grócio representaram um novo aspecto para o jusnaturalismo, baseando-se, agora, na razão humana e não mais na vontade de Deus. Com isso, tendo esse marco como um ponto de modificação, passou-se a reconhecer, ainda que de forma tímida, o vestígio de que o homem era autossuficiente para poder discernir o que era justo para si mesmo, sendo este um passo importante para o surgimento, no futuro, dos pensamentos característicos do iluminismo.

Em avanço, cabe observar que jusnaturalistas, como Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau, também reconheciam o direito natural como referencial da compreensão das múltiplas manifestações do Direito, ainda que tenham defendido centralmente a existência de contratos sociais. A índole contratualista não retira dos aludidos pensadores a posição de defensores da teoria natural, fundamentalmente porque questionavam, de formas distintas, inúmeros aspectos inatos ao Homem e fatores externos à obra humana como interventores da realidade coletiva.

Neste ponto, para fins da presente investigação, cabe destacar a visão Hobbes. Aludido contratualista deu outra roupagem ao jusnaturalismo, em sua principal obra “O Leviatã”, que desenforma o homem, buscando demonstrar seus limites, sua fragilidade.¹ Conforme apresentava John Locke, a lei natural seria mais clara que o direito positivo, porque para ele:

[...] a lei natural, cada homem tem, sem recorrer ao Poder Judiciário e o Executivo, o direito de punir qualquer ofensa a

¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006, p. 36 – 38.

um direito natural a bem da humanidade e o direito de ressarcir-se dos prejuízos que lhe foram causados.²

Para Thomas Hobbes o Homem naturalmente seria livre, de modo a não estar sujeito a nenhuma limitação natural em seu agir. Por essa razão entende que a liberdade em contraponto com a pretensão social de igualdade provocaria, de maneira inevitável, uma guerra de todos contra todos, o que passaria a exigir, para a sobrevivência do corpo coletivo, um contrato social limitando a inata pretensão da guerra natural (que seria inevitável).

Como se vê, Hobbes defende o pensamento de que “o homem é lobo do homem”³, de maneira que somente um Estado forte, delimitador das vontades destrutivas inatas, poderia conter essa agressividade. Embora *prima facie* essa afirmação possa soar contraditória, é exatamente esta forma de pensar que faz prova de Hobbes lastreava seu pensar em bases próprias do jusnaturalismo. Observa-se, para tanto, que ao reconhecer que o ser humano tem a propensão inata à autodestruição (guerra de todos contra todos), reconhece, também, a necessidade natural de formação de um contrato social que busque assegurar uma ordem político-social garantida por um poder absoluto, de modo que a própria legitimidade do Estado delimitador dos comportamentos deriva, acima de tudo, de razões diversas do positivismo.⁴

Por sua vez, conquanto também compartilhe de uma base jusnaturalista, Rousseau toma referencial diametralmente oposto ao de Hobbes ao defender que “o homem é naturalmente bom”⁵, negando a lógica de que possui a propensão inata à realização da guerra de todos contra todos. Para o aludido pensador, é a influência negativa que a sociedade descarrega sobre o homem que resultará, em variadas medidas, em “uma educação negativa como a melhor, ou antes, como a única

² DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

³ HOBBS, Thomas, 1588-1679. *Do cidadão* 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (Clássicos), p.03.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.40.

⁵ ROUSSEAU, Jean - Jacques. *Discurso sobre a origem e fundamentos da desigualdade entre os homens*. trad. Maria Lacerda de Moura. Edição eletrônica disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/>. Ridendo Castigat Mores, p.08.

boa.”⁶ A destruição coletiva ocorreria, então, como fruto de uma construção social que deturpa a bondade originária do ser humano.

Como consequência, Rosseau entende que a maldade do Homem é fruto de uma corrupção é levada a efeito pelas relações sociais mantidas no curso da vida, de modo que sempre seria viável, em seu entender, promover a recuperação do indivíduo em busca de sua bondade natural (inata), ainda que para essa finalidade se exija a reconstrução ou a reformulação dos referenciais sociais que induziram o estágio (provocado) do desvio da bondade.

Veja-se que é possível concluir, ainda que por conexões indiretas, que a Constituição Federal da República Federativa de 1988 defende, ao menos na essência, algumas das linhas traçadas por Rousseau. A demonstração da ideia de que o ser humano é por natureza o bom selvagem vem manifestada, de forma proeminente, nos princípios fundamentais, indicando-se, por exemplo, que a presunção da boa conduta (v.g a presunção de inocência) é um traço individualizante da pessoa humana.

A ideia de que o ser humano se apresenta como fundamento e finalidade de toda atuação, inclusive jurídica, tem parte de sua origem no otimismo próprio do imperativo categórico de Kant⁷. Ao elevar o ser humano a uma finalidade não condicional, exigindo de todos, por imperativo, um agir adequado na preservação da vida como lei universal⁸, é possível entender, de antemão, parte dos relevantes argumentos que ainda hoje promovem objeção aos múltiplos discursos legitimadores da pena de morte.

Avançando-se na análise dessa breve digressão, insta mencionar, a exemplo de todos os demais fluxos históricos (que se sucedem ciclicamente no tempo), que as críticas formuladas

⁶ *Ibidem*.

⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70 LDA, 2007, p. 60.

⁸ De acordo com Kant, não basta apenas o querer de cada pessoa individualizada quanto ao bom comportamento, é preciso que essa vontade possa ser transformada em uma lei universal (poder-querer), sendo este o postulado maior da moral. Daí se dizer que por vezes são criadas exceções de caráter pessoal para transgredir o dever, e essas transgressões são excepcionais por não encontrarem fundamento na lei universal e na razão. É por essa afirmação que o dever – a todos – precisa ter um significado aferível desde já por qualquer pessoa (notas do imperativo categórico), repelindo-se por completo as incertezas do imperativo hipotético, que derivariam das vontades peculiares e próprias de cada ser racional. (*Ibidem*, p. 62-64).

às supostas imprecisões dos referenciais jusnaturalistas conduziram o pensamento do Direito a um novo referencial. As fortes influências teóricas do fim do século XIX, baseadas no pensar naturalista, conduziram a diversos questionamentos sobre a utilidade e a viabilidade da organização jurídica da época, inclusive sobre possibilidade ou não do Direito ser considerado como ciência (dada sua imprecisão quanto ao objeto).

Enfim, a ideia de que o convívio social e os demais fatores naturais seriam suficientes para delimitação do Direito sofre profundo impacto ao final do século XIX, notadamente porque a imprecisão extremada, tal qual todo exagero, conduziu a abusos que legitimaram ainda mais o surgimento de discursos que propugnavam pelo caminho diametralmente oposto. As objeções ao direito natural sempre existiram, mas foi século XX que esse questionamento atingiu parte do seu ápice (e ao final do mesmo século uma parte de seu declínio) com a defesa de uma teoria pura do direito, completamente alheia aos fatores metajurídicos, defendida por Hans Kelsen.

Sobre as diferenças entre as escolas baseadas no jusnaturalistas e as características do positivismo que se fortaleceu na sequência, vale citar Ana Lúcia Sabadell:

As escolas moralistas fundamentam o direito em uma autoridade bem determinada (Deus, natureza, razão humana) que não tem um caráter histórico, e não um produto político. Para tais escolas o direito é imutável, estável e permanente. As escolas positivistas consideram o direito como um produto histórico de uma determinada sociedade, resultado de uma vontade política.⁹

Foi nesta conjuntura, por exemplo, que se legitimou o surgimento da escola da exegese¹⁰ e outros exemplos de um Direito mais voltado ao positivismo. Esclareça-se, por ser salutar,

⁹ SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

¹⁰ A Escola Exegese surgiu pós-revolução francesa com a promulgação do Código Napoleônico. Essa revolução foi fruto da razão humana, havendo afastamento da religião e do antigo regime. Nessa fase o homem é pensador e, com base na razão humana, a sociedade francesa consegue codificar parte de seus ideais. O código de Napoleão é, em um primeiro momento, visto como um código perfeito porque abrangeu todas as fases da vida humana (não havia, no pensamento de seus criadores, nenhuma lacuna). A escola da exegese é fruto dessa positivação do direito (codificação).

que o positivismo jurídico remonta a períodos anteriores a Hans Kelsen (apenas a quem coube a responsabilidade de muito tempo depois defender uma teoria que sustenta, de forma mais extrema, o referencial positivista). A distinção entre Direito positivo e natural, em verdade, marcou toda a tradição do pensamento jurídico ocidental.

Retomando a análise da teoria positivista extremada de Hans Kelsen, nota-se que defende o aludido jurista que o Direito pode ser racionalidade como uma ciência própria, sustentada internamente por suas próprias regras, sem qualquer influência naturalista (seja divina, racional ou outra). Na teoria pura do Direito Kelsen ainda expulsa a moral como critério de validade das normas (agora a validade é encontrada apenas no pressuposto de uma norma superior com que a norma inferior preserve compatibilidade). A moral e outros aspectos naturalistas, quando muito, atuam na fase anterior à criação da norma positiva.

Ressalta-se que a importância da análise da teoria de Kelsen, para os fins do presente trabalho, reside no questionamento da legitimidade ou não de determinado ato jurídico, tal qual pode ser considerada a pena de morte. Veja-se que a partir do instante em que são rejeitados os elementos metajurídicos para a legitimação da norma (v.g como a moral), o Direito se apresenta, como atuação válida e inquestionável, como fruto da autoridade política que, legitimada dentro dos aspectos formais vigentes, insere no ordenamento uma norma positiva que, por tal característica, não sofrerá qualquer possibilidade de controle a não ser a compatibilidade com a norma formal superior (de acordo com a lógica piramidal de estruturação do sistema).¹¹

A teoria de Kelsen defende o Direito como uma ciência autônoma, afastada da dependência de outros ramos do saber. As demais esferas do conhecimento podem, em verdade, ter papel atuante no período anterior à criação da norma, mas uma vez criada é sua estrutura formal, e sua inserção em uma escala hierárquica, que determinam sua validade. Neste sentido, Kelsen cita que:

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p, 59.

Quando a si própria se designa como “Pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isso quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.¹²

Assim, pela perspectiva de um positivismo puro, a pena de morte seria validada se viesse traduzida na regra positiva inserida dentro da pirâmide, e desde que respeitada sua compatibilidade – exclusivamente formal – com a norma hierarquicamente superior.

Dada a forte influência exercida pelo positivismo puro na metade do século passado, foi possível encontrar defensores que, em nome da lei, buscavam referendar múltiplas violações aos mais elementares direitos humanos. Foi nessa conjuntura, com a descoberta das grandes violações operadas no curso da segunda guerra mundial (praticadas sob o véu da norma positiva), que o positivismo puro passou a ruir e a dar espaço para um novo período que buscasse um equilíbrio entre os exageros das fases anteriores.

Com esses aspectos, operou-se uma ruptura entre um sistema puramente formal para a abertura a um sistema filosófico-jurídico, novamente permitindo a influência de valores na norma, notadamente com o reconhecimento de regras naturais elementares de proteção ao ser humano que não comportam flexibilização pela norma positiva.

Ainda que alguns elementos importantes passem à margem de tal análise, é possível sintetizar o pós-positivismo em três pilares essenciais: a) princípios passam a ser equiparados a diretrizes, estando na órbita do ordenamento indicando a conduta do intérprete; b) revela-se, ainda, a força normativa dos princípios como delimitadores de comportamentos e controle de legitimidade; c) por fim, ganha importância a ideia de proporcionalidade ou ponderação de valores. Esses referenciais, como se nota, implicam em importante fundamento atual de objeção à pena de morte, já que de um lado reconhece-se o valor supremo da vida humana como norma-princípio, ao

¹² *Ibidem*, p. 1.

tempo em que também se indica que a resposta à infração penal jamais encontrará proporcionalidade com a eliminação da vida.

Observa-se, por imperativo lógico das afirmações até aqui feitas, que recentemente floresceu no cenário jurídico a afirmação *normativa* dos princípios essenciais ao Homem, fator que incentivou a criação de Constituições principiológicas em boa parte do mundo, como exemplo na Espanha e no Brasil em 1988¹³. Por via de consequência, reconhecendo a regra superior de que o ser humano é finalidade e não meio para o Direito, passa-se a banir, ainda que em caráter principiológico, a legitimidade outrora defendida da pena de morte.

6.3 BREVES CONSIDERAÇÕES DAS PENAS E A INFLUÊNCIA ILUMINISTA PARA FORMAÇÃO DAS PENAS HUMANITÁRIAS

Ao longo do século V, a também chamada a sociedade da guerra, os povos começaram a se apoderar do direito de punir, época em que também surgiu um sistema inquisitório que posteriormente muito se assemelha ao da inquisição. Tal modelo foi apresentado por Foucault em sua obra *A verdade e as formas das normas jurídicas* como: “do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores, de julgar aqueles que os governam”.¹⁴

Assim, Cesare Beccaria, com a finalidade de investigar o direito de punir do Estado, buscou através de cada indivíduo o porquê ele abre mão de parte de sua liberdade para colaborar com a ordem da sociedade. Entretanto conclui que a adesão ao contrato social é uma atitude levada pelo instinto de sobrevivência, pois cada indivíduo sacrifica uma pequena parte de sua liberdade para sobreviver em sociedade:

A reunião de todas essas pequenas porções de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não

¹³ ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid, Taurus, 1974, p. 185 – 192.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p.54.

justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.¹⁵

Verifica-se que na metade do século XVIII, as penas eram fundadas como uma espécie de vingança coletiva na qual as punições tinham consequências terríveis, sendo por vezes pior que do que o próprio delito cometido pelo indivíduo. A ideia de humanização e de ressocialização ainda não tinha aderência, estando a pena lastreada na ideia de intimidar a sociedade para que não cometesse tal delito.

A *grosso modo*, se forem verificados os objetivos e sentidos da pena em tal período, ter-se-ia a ideia de que ela tem caráter estritamente retributivo ou punitivo ao autor, relacionando com o crime praticado. Também seria possível apontar outro aspecto relacionado à visão social sobre a pena e sobre o crime praticado, onde o objetivo é inibir a reincidência do crime por outro cidadão (prevenção geral).¹⁶

As penas cruéis davam ênfase, então, ao caráter preventivo da pena pela perspectiva geral (embora não se ignorasse a ideia de retribuição), pois era muito mais importante que a sociedade fosse inibida de cometer o crime, devido à pena, do que a relação entre o crime e o “peso” da pena em caráter punitivo ao autor.

Segundo a lição de Gilberto Ferreira, fazendo comentário sobre Kant:

[...] para se ter uma ideia do que pregam os integrantes destas teorias basta tomar por base a hipótese de Kant, para quem se a sociedade se dissolvesse, ainda assim o último assassino deveria ser punido a fim de pagar pelo mal cometido.¹⁷

No entanto, a lei que não estava firmada sobre a moral política sempre encontrava certa relutância que seria obrigada a concordar. Fez-se necessário proteger a lei de alguns sujeitos que não se contentavam somente com a sua liberdade e queriam sempre usurpar da liberdade alheia. A sociedade, todavia, com medo de seus inimigos acabava sacrificando uma

¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 19.

¹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2006, p. 79 – 83.

¹⁷ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.25.

parte de sua liberdade, para poder viver com segurança. Partindo então dessa convicção, a pena teve sua origem a partir do momento em que foram necessários meios para reprimir os infratores das leis.

Portanto, as penas mais cruéis aplicadas ao homem, tiveram origem com o surgimento da humanidade; entretanto, conforme já destacado, com a idade média ganharam maior importância as formas mais cruéis de tortura e pena pública (tratadas como justas pela sociedade ainda influenciada pelo posicionamento jusnaturalista até o século XVIII).

Neste sentido, destaca-se que o Direito, enquanto apresentado como Direito Penal na idade média, possuía penas que hoje seriam consideradas bárbaras, sendo salutar consignar que a privação da liberdade sequer era vista como sanção propriamente dita, mas apenas ferramenta utilizada a fim de afiançar que o acusado não fugisse, além de ser utilizada como mecanismo a assegurar a produção de provas por meio de torturas (oficialmente autorizadas em muitos locais naquela oportunidade). Deste modo, a pessoa que sofria uma acusação necessariamente aguardava o julgamento encarcerado, onde essa privação da liberdade era vista como exclusivamente como um meio, não o fim da punição.¹⁸

Existem várias teorias defendendo que a finalidade do cárcere era apenas aguardar para a pena definitiva, voltada à integridade física do réu, e que somente na idade média, com a ideia principal de penitência do clero, é que se transferiu o cárcere para o patamar de uma pena em si mesma, trazendo à tona doravante a noção penitenciária.

Em avanço, quando o Direito Penal entra na sua fase conhecida como *humanitária*, passa a se apregoar a reforma das leis e a administração da justiça penal, entre eles: a abolição da tortura; a abolição ou imitação da pena de morte; a acentuação do fim estatal da pena, com afastamento das exigências formuladas pela igreja.¹⁹ As ideias básicas do Iluminismo influenciaram fortemente este período, pois trazia à baila a proteção da liberdade. Um dos textos base para entender esta

¹⁸ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002, p. 21.

¹⁹ DUARTE, Maércio Falcão. A evolução histórica do Direito Penal. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal>>. Acessado em 19 mar. 2014.

fase, está sedimentado em uma das obras basilares de Cesare Beccaria:

O tratado Dos Delitos e Das Penas é a filosofia francesa aplicada à legislação penal: contra a tradição jurídica invoca a razão e o sentimento; faz-se porta-voz dos protestos da consciência pública contra os julgamentos secretos, o juramento imposto aos acusados, à tortura, a confiscação, as penas infamantes, a desigualdade ante o castigo, a atrocidade dos suplicios [...] ²⁰

Ressalta-se, por ser oportuno, que aparece na Filadélfia – fim do século XVIII e início do XIX – os primeiros presídios em sistema celular. Este preceito tem como conceito a reclusão total, ficando o preso isolado do mundo externo, bem como dos outros encarcerados. Já nos Estados Unidos surge o sistema *Aubun* ou sistema de Nova Iorque, onde também havia reclusão e isolamento absoluto, contudo, a reclusão era apenas noturna, pois durante o dia aconteciam as refeições e trabalhos coletivos – respeitando-se a regra de silêncio. ²¹

Foi com a criação do sistema prisional da colônia inglesa Norfolk, combinando os dois sistemas anteriormente citados, que se origina a progressão da pena. Em princípio o encarcerado ficava recluso, e após, passava a se submeter apenas ao isolamento noturno. No terceiro estágio, o preso era submetido a regime análogo ao da liberdade condicional, e depois de cumprida a pena, obtinha a liberdade definitiva. ²²

Tinha como objetivo todo esse desenvolvimento, destacar o homem no centro das relações jurídicas, e fortalecer que ser humano, em sua essência, é um ser em várias dimensões, e uma dessas dimensões, que se coaduna com a dignidade humana, é a ontológica. Neste sentido, destaca-se o posicionamento de Fernanda Cantali:

[...] o próprio conceito de dignidade está sempre em processo de construção e desenvolvimento, já que, para além de sua

²⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.11.

²¹ Revista Liberdades- nº 11 - setembro/dezembro de 2012. I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 162.

²² DI SANTIS, Bruno Moraes; ENGBRUCH, Werner; D'ELIA, Fábio Suardi. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Revista Liberdades- nº 11 - setembro/dezembro de 2012. IBICICRIM, p. 146.

dimensão ontológica ou natural, que é considerada como qualidade inata da pessoa humana, a dignidade conta com uma dimensão histórico-cultural.²³

Portanto, as penas tiveram um progressivo avanço ao longo da história da humanidade, mais precisamente entre os séculos VII ao século IX, pois as penas se justificavam primeiramente como uma forma de retribuição ao crime praticado, e posteriormente, com as grandes cidades, ou reinos, para manter a ordem social, as penas ganharam um segundo sentido, qual seja, o de prevenção, onde tornaram-se públicas para que o cidadão pudesse observar a aplicação e esse fato inibisse a criminalidade. Ao final, tem-se as recentes modificações nas penas por força dos ideais iluministas que garantiram que o Direito fosse considerado ciência, trazendo o homem como centro do ordenamento jurídico, o que abriu espaço para discutir se a finalidade da pena deve servir à recuperação da pessoa condenada, e sobretudo a inutilidade da adoção de penas cruéis.

6.4 AS TEORIAS PARA A FINALIDADE DA PENA E BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

6.4.1 Teoria absoluta ou retributiva

Na teoria absoluta, a pena se vincula à ideia da retribuição ao delituoso pelo ato ilícito realizado. É uma ferramenta da qual o Estado se utiliza como contrapeso ao mal causado à uma pessoa específica, ou à toda sociedade. Esta teoria possui o escopo de punir o condenado, lhe causando um prejuízo decorrente de sua própria conduta, pois castiga a infrator, devido à falta de cumprimento dos parâmetros legais e o desrespeito com a sociedade. A teoria absoluta ou retributiva não possui uma finalidade externa, mas sim um fim em si mesmo, pois sua peculiaridade é a retribuição de um mal causado com outro mal.²⁴

²³ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2009. p. 228.

²⁴ ANTUNES, Ricardo Oliveira. *As teorias que justificam a pena*. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acessado em: 17 de jan de 2014.

Para Mirabete, esta teoria tem por fundamento a justiça, e o castigo empregado ao condenado compensa o mal e dá reparação à moral.

As teorias absolutas (de retribuição ou retribucionista) têm como fundamentos da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime (*punitur quia peccatum est*). Dizia Kant que a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral.²⁵

Ou seja, a teoria absoluta ou retributiva, tem por objetivo punir o condenado retribuindo o mal causado. A aplicação da pena desenvolve-se com outro mal, fazendo com que o apenado colha as consequências de seus atos.

6.4.2 Teoria relativa ou preventiva

No tocante à teoria relativa ou preventiva, observa-se que diversamente da anterior esta se volta à prevenção de novos delitos. Não busca apenas solucionar um problema momentâneo, mas presume que o condenado irá cometer novas condutas ilícitas caso não seja punido. A teoria relativa busca manter a paz e o equilíbrio social, pois presume que as pessoas criminosas não estejam mais compondo a sociedade, dificultando novos atos ilícitos.²⁶

A teoria relativa ou preventiva prevê dois tipos de funções quanto a pena, sendo estas a prevenção geral e a especial. Quanto a preventiva geral, busca atingir os cidadãos em sua totalidade, ou seja, o resultado da ameaça de uma pena, sua imposição, e execução, intimidarão todos os infratores em potencial, e também buscará fortalecer a consciência jurídica dos cidadãos.²⁷

²⁵ FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte Geral*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 244.

²⁶ ENGBRUCH, Werner; SANTOS, BRUNO MARAIS. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Revista das Liberdades nº. 11. São Paulo, 2012, p. 154.

²⁷ *Ibidem*.

Já no que tange à preventiva especial, destaca-se que se volta ao delinquente atingido pelo castigo de uma pena, sendo uma de suas funções a ressocialização do condenado, para que este possa voltar a habitar no meio da sociedade. Por tal abordagem a pena é como um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do próprio infrator, pressupondo que o atingido por ela, ao se inserir em um contexto de ressocialização, não volte a cometer o ato ilícito.²⁸

6.4.3 Teoria mista, unificadora ou eclética

A teoria mista une os conceitos das teorias absoluta e relativa, pois para ela a pena possui duas finalidades. A pena será tanto uma retribuição ao condenado pelo ilícito cometido, quanto uma forma de prevenção para a realização de novos delitos. Bitencourt (2012) denomina as teorias mistas como unificadoras, buscando um único conceito de pena, retribuição do delito cometido, e a prevenção geral e especial.²⁹

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena.³⁰

Por fim, a teoria mista, unificadora ou eclética englobou as outras duas teorias, tendo como objetivo dois interesses: primeiro retribuir ao condenado pelo mal causado, e segundo, prevenir que o condenado e a sociedade busquem cometer novas condutas criminosas. Ao final, após o cumprimento da pena, o resultado terá que ser a ressocialização, ou seja, a reforma humana sobre o modo de agir, para que esse condenado, não venha praticar novamente novos delitos,

²⁸ *Ibidem*, p. 155.

²⁹ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 2008, São Paulo, Saraiva, p. 88.

³⁰ *Ibidem*.

embora hoje se saiba que o atual contexto penitenciário nacional impede, de maneira notória, a plenitude dessa intenção.

6.4.4 Breves considerações sobre o sistema prisional brasileiro

Dentro do sistema prisional brasileiro encontra-se uma superpopulação, o que por si só, em termos de obrigações públicas, afronta a ideia de ressocialização anteriormente defendida. O cenário brasileiro atual é retrato de um sistema que muitas das vezes, até mesmo reconhecendo as condições subumanas, está engessado por uma questão administrativa, financeira e de gestão.

A própria Lei de Execução Penal em seu art. 88, prevê que o cumprimento da pena deve ser em cela individual – com área mínima de 6m², e em seu art. 85, ainda diz que deve haver compatibilidade entre a estrutura física do presídio e sua capacidade de lotação. Isto demonstra que a superlotação das celas, a precariedade em que os presos vivem, e a insalubridade posta, tornam as prisões um ambiente que podem muitas vezes legitimar a proliferação de epidemias e doenças. Eis a previsão legal:

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União.

Igualmente, vale ressaltar as condições de higiene e médicas nos presídios. O mesmo diploma legal, nos art. 12 e 14 dispõe que o preso ou internato, terá assistência material – quanto as questões de higiene – instalações higiênicas, bem como atendimento médico, o que não ocorre de maneira satisfatória pela estrutura das penitenciárias e cadeias públicas nacionais (situação que deve ser exigida do Poder Executivo, a quem incumbe tal estruturação). Tais condições são precárias, como é cediço, ademais não há acompanhamento médico em todos os locais, o que se agrava com as mulheres recolhidas ao

cárcere, uma vez que necessitam, por exemplo, de acompanhamento ginecológico.

Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia, também é alto o índice de hepatite e de doenças venéreas em geral, AIDS por excelência [...]. Além dessas doenças, há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, de câncer, hanseníase e com deficiências físicas (paralíticos e semiparalíticos). Quanto à saúde dentária, o tratamento odontológico na prisão resume-se à extração de dentes. Não há tratamento médico-hospitalar dentro da maioria das prisões.³¹

O tratamento carcerário também deve ser aqui mencionado. Em alguns presídios, dada a precária estrutura, são desrespeitadas as garantias constitucionais, pois os detentos sofrem sobremaneira com a prática da tortura e agressões físicas, muitas vezes entre eles próprios.³²³³

Parte desse problema está no fato de que em alguns locais, em detrimento do que prega a norma abstrata, não há separação entre os réus primários, dos que estão sentenciados a longas penas, sem se olvidar de presos provisórios.

Como exemplo não se pode deixar de destacar o caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Estado do Maranhão³⁴, que foi notícia nacional e internacionais no ano de 2013, onde o Governo do Estado do Maranhão teve que pedir intervenção da força nacional para tomar a ordem.³⁵

Destaca-se que não é a primeira vez que o presídio de pedrinhas protagoniza uma cena de barbárie. Quando questionados, os detentos têm sempre as reivindicações mais

³¹ ASSIS, Rafael Damasceno. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ nº. 39. Brasília, 2007, p. 75.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, p. 76.

³⁴ A crise no sistema penitenciário maranhense chocou o país no final do ano passado pelas cenas de selvageria, com execuções por esquadramento, decapitação e enforcamento. Desde janeiro de 2013, o número de mortos chega a 65. Este ano, cinco detentos foram mortos no sistema penitenciário do Maranhão.

³⁵ GONÇALVES, Eduardo. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/barbarie-em-pedrinhas/>>. Acessado em 17 mar 2014.

básicas, como qualidade na alimentação, superlotação, maus tratos, dentre outros.

Olhando para esta realidade exposta acima, pode-se concluir que o próprio sistema carcerário, sem adentrar nos perigos das generalizações, é muitas vezes a razão da reincidência do egresso. A ineficácia do sistema, em tais casos, não garante a ressocialização do réu, e ao voltar ao convívio não possui condições de se estabelecer. De acordo com Assis, aproximadamente 90% dos detentos, após cumprirem a pena, retornam à sociedade voltam a delinquir, e conseqüentemente, retornam a prisão.³⁶

Este ciclo é e será sempre constante, enquanto o Estado não providenciar a legítima reforma nesse sistema (inclusive estrutural), tanto para o detento, quanto para a sociedade. As reformas normativas, muitas vezes restritas ao campo abstrato, não podem mais se restringir à uma promessa formal que não se traduz em realidade. É preciso, o quanto antes, prever mecanismos mais eficazes de exigir que o poder público cumpra com a obrigação legal de melhor estrutura os aludidos estabelecimentos prisionais, permitindo que ali se implemente a política de ressocialização que foi defendida, ainda que timidamente, pela lei de execução penal.

6.4 A PENA DE MORTE NO DIREITO COMPARADO

Conforme destacado anteriormente, após o avanço iluminista, o Direito foi reformulado através de suas escolas, em especial sobre a pena de morte, quando o homem passou a ser reconhecido como centro de legitimação do próprio Direito. Especialmente após a revolução francesa, a pena de morte perdeu força no ordenamento jurídico de alguns países, conquanto ainda seja adotada em muitas localidades, e é utilizada como um meio para intimidar o criminoso, diminuindo assim os índices de criminalidade.

Bobbio, em sua obra “A Era dos Direitos”, dedicou um capítulo com o título “Contra a Pena de Morte,” em que defende a ideia que deveria existir certa suavidade nas penas (evitando-se a pena capital), mas sem deixar de punir o criminoso:

36 ASSIS, Rafael Damasceno. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ nº. 39. Brasília, 2007, p. 76.

Não é necessário que as penas sejam cruéis para serem dissuasórias. Basta que sejam certas. O que constitui uma razão (aliás, a razão principal) para não se cometer o delito não é tanto a severidade da pena quanto a certeza de que de algum modo será punido.³⁷

Conforme destacou Cesare Beccaria, seguindo os mesmos pensamentos de Bobbio, diz que o legislador deveria impor limites nas penas, pois para uma sanção ser considerada justa, deve ser dado apenas o grau de rigor necessário para desviar o homem de cometer um crime. A pena de morte segundo Beccaria não se apoia em nenhum direito.³⁸ Entretanto, esse entendimento não era majoritário, pois até quebrar esse paradigma, consideravam que a pena capital era exemplar:

[...] era mais fácil a eliminação física do delinquente do que sua manutenção nas prisões, se considerarmos que em razão da ausência dos princípios que se consolidaram com o advento do cristianismo, a vida humana possuía pouco valor.³⁹

A pena de morte vem diminuindo gradativamente, e conforme o último dado da Anistia internacional, em 2013 constata-se que houve 778 execuções no mundo em 22 países, e que 1925 pessoas foram condenadas à morte em 57 países.⁴⁰

Portanto, pode-se observar que pena de morte teve um declínio com o passar do tempo, e entende-se, por tudo que até aqui foi exposto, que esse tipo de pena poderá ser abolido de uma vez. Ademais, tem-se que a humanidade está se conscientizando que os resultados da pena são majoritariamente apenas em relação ao condenado, pouco inibindo a prática de outras pessoas, além de colocar em xeque, de forma desproporcional, o próprio bem-jurídico vida como mecanismo de retribuição.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: El Sevier, 2004. p. 68 e 69.

³⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 33.

³⁹ REIS, Clayton. *Pena de morte: violência institucionalizada*. Londrina: Unopar, 2001, p. 33.

⁴⁰ ANISTIA INTERNACIONAL. *Penas de morte e Execuções em 2013*. Disponível em: <<https://www.anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/pena-de-morte-e-execucoes-em-2013/>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

Nota-se que o Japão e os Estados Unidos da América são alguns dos poucos países desenvolvidos que ainda aplicam a pena de morte. Nos Estados Unidos, por exemplo, em alguns Estados, a pena é aplicada para os crimes de homicídio que são cometidos com certa crueldade (sendo a pena aplicada com o objetivo de evitar que tais crimes tornem a ocorrer)⁴¹. Contudo, no ano de 2014, os Estados Unidos da América registraram um número menor de execuções prisioneiros em relação ao ano de 2013, caindo de 39 para 35, e o Centro de Informação sobre a Pena de Morte (CIPM), apontou que é o índice mais baixo em 25 anos.⁴²

Fazendo uma análise específica dos Estados Unidos da América, muito se questiona sobre os resultados de prevenção da sociedade, pois há quem defenda que o poder intimidativo da pena de morte é fraco, e não representa nenhuma diminuição nos crimes cometidos nas estatísticas comparadas com outros países que não adotam a pena capital.

Além dos países já citados, existem outros países que ainda utilizam a pena de morte, como exemplo: Arábia Saudita, Afeganistão, Bangladesh, Índia, Irã, Iraque, Kuwait, Malásia, Nigéria, China, Vietnã, Indonésia, Coreia do Norte, Somália, Taiwan entre outros. Dentre esses países os que condenam à morte por tráfico de drogas, estão a China, Indonésia, Irã, Malásia, Paquistão, Qatar, Arábia Saudita, Tailândia, Emirados Árabes e Iêmen.⁴³

Desses países que praticam a pena de morte, várias são suas formas de execução, na Arábia Saudita, por exemplo, é realizada a prática a decapitação, de modo que e a Anistia Internacional registrou execuções por esse método. Já o enforcamento é ainda praticado atualmente em países como Afeganistão, Bangladesh, Botsuana, Cingapura, Egito, Irã, Iraque, Malásia, Coreia do Norte, Japão, Gaza, Síria, Sudão e Sudão do Sul. O fuzilamento ocorre em países como China, Indonésia, Coreia do Norte, Arábia Saudita, Somália, Taiwan e

⁴¹ JACINTO, TANIA. Pena de Morte. Nada pode justificar tirar a vida a um ser humano. Revista Portuguesa. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7B5030619c-83bf-4077-b084-8ea372b061bb%7D.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2015.

⁴² BACHEGA, HUGO. Pena de Morte na Indonésia. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150618_indonesia_mae_hb>. Acesso em: 05 fev. 2015.

⁴³ *Ibidem*.

lêmen. Já os Estados Unidos da América, opta pela eletrocussão, porém há penas variadas de conforme cada Estado. Na maioria dos casos o período entre a condenação e a execução pode superar 10 anos.⁴⁴

Portanto, vê-se em tais casos, ainda que sob o manto do multiculturalismo, um resquício de práticas legitimadoras das penas cruéis, onde o cárcere privado não era considerado uma pena, mas apenas uma “sala de espera” para aplicação da sanção, que no caso em comento é a morte.

Já no Brasil, de acordo com o artigo 5º inciso XLVII, da Constituição Federal, não há pena de morte, salvo nos casos em que haver guerra declarada. O Código Penal Militar dispõe que a aplicação da lei penal militar começa com a declaração ou reconhecimento do estado de guerra.

A pena de morte no Brasil só pode ser imposta pela Justiça Militar, e o CPM ainda define que a pena de morte será por fuzilamento, e será efetivada sete dias depois de comunicado que a sentença for transitada em julgado ao Presidente da República. Porém, se a pena de morte for imposta em zona de guerra, poderá imediatamente ser executada.⁴⁵

Contudo, podemos observar que os países que optam pela pena de morte como atuação do Direito Penal comum, atribuindo-a o caráter de solução geral de boa parte dos litígios (o que não incluir o Brasil), seguem o pensamento moldado por Thomas Hobbes, em que só um Estado forte pode conter a agressividade que para eles é inata ao ser humano. Em tais casos, o poder deve ser exercido de uma forma absoluta para ser eficaz. Entretanto, países como o Brasil, que não aplicam a pena de morte em seu cotidiano, seguem o pensamento moldado por Rousseau em que sempre seria possível recuperar de alguma forma o indivíduo, já que a própria sociedade impõe uma desigualdade que acaba estragando as pessoas de certa forma.

Ademais, verifica-se que o modelo atual de pena de morte, muito se assemelha ao modelo de cárcere privado adotado no início da idade média, onde a prisão era apenas um local para aguardar a pena de morte. Devemos questionar se

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *ONU condena execução de brasileiro*. Disponível em: <www.nacoesunidas.org/onu-condena-execucao-de-brasileiro-na-indonesia-e-pede-moratoria-a-pena-de-morte/>. Acesso em 23 fev. 2015.

isso é um conservadorismo irracional e desnecessário de um modelo de Estado que não visava o homem como centro das atenções em sua legislação, ou seria um retrocesso ao modelo de pena adotado na idade média, com o objetivo de inibir o crime pela perplexidade da pena.

6.4.1 Da execução do brasileiro marco archer na indonésia

Nos primeiros dias do ano de 2015, o Brasil acompanhou o caso do primeiro brasileiro a ser executado por uma pena de morte, devido ao crime de tráfico de drogas.

Marco Archer Cardoso Moreira era brasileiro, carioca de 53 anos que viveu 17 anos em Ipanema, era instrutor de voo livre e passou 25 anos traficando drogas pelo mundo. Entretanto, não teve sucesso na prática do crime em 2004, onde foi preso tentando entrar na Indonésia com drogas, ficando 11 anos na penitenciária aguardando sua execução.

Marco sabia as regras da Indonésia, e mesmo assim assumiu os riscos, sendo preso com 13,4 quilos de cocaínas escondidos dentro de tubos na sua asa delta, e no momento do flagrante conseguiu fugir, mas acabou sendo preso 15 dias depois. Contudo, Marcos foi processado e condenado, embora se dizia arrependido e pediu clemência através do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a Presidente Dilma Rousseff, Anistia Internacional e até do papa Francisco, mas sem sucesso.⁴⁶

Conforme destacado, governo brasileiro realizou várias tentativas para impedir a execução. Dentre elas, a Presidente Dilma conversou por telefone com o presidente indonésio Joko Widodo, e apesar dele compreender o apelo da Presidente brasileira, ressaltou que não poderia reverter a sentença de morte imposta a Archer, pois todos os trâmites jurídicos foram seguidos.⁴⁷

Sem sucesso, todos os esforços não foram suficientes para livrar o brasileiro da pena capital, sendo executado por fuzilamento por volta das 00h30min do domingo, na Indonésia,

⁴⁶ Globo Notícias G1. *Quem era Marco Archer?* Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/01/brasileiro-marco-archer-e-executado-na-indonesia-diz-tv.html>>. Acesso em 26 jan. 2015.

⁴⁷ BACHEGA, HUGO. Pena de Morte na Indonésia. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150618_indonesia_mae_hb>. Acesso em: 05 fev. 2015.

e às 15 horas e 30 minutos do sábado (18 de janeiro), no horário de Brasília.⁴⁸

Assim, o escritório da ONU de Direitos Humanos (ACNUDH), diante de várias execuções na indonésia, incluindo a do brasileiro, se manifestou e condenou o uso contínuo da pena capital em alguns países do Sudeste Asiático.⁴⁹

Conforme diz a jurisprudência dos direitos humanos internacionais, a pena capital só poderia ser aplicada para crimes de homicídios ou assassinato internacional. Entretanto, vale citar que no Sudeste Asiático ainda existe a punição com morte para crimes relacionados a drogas. O ACNUDH renovou seu pedido para suspender as execuções e reiterou que é necessário reprimir essa forma de punição para crimes que estão relacionados com drogas.

Ademais, quando o presidente da Indonésia se manifestou, dizendo que rejeitaria *qualquer* tipo de pedido de indulto, levantou questionamentos sobre a eficácia das normas internacionais a respeito do tema. No pacto internacional que a Indonésia ratificou, consta que o condenado à morte terá o direito de pedir indulto. Portanto a anistia, o indulto e a comutação da pena poderiam ser concedidos, em tese, em qualquer caso, embora a generalização da negativa tenha sido uma tônica clara da mensagem passada pelo chefe de Estado.⁵⁰

Neste caso, entende-se como crítico o posicionamento do presidente da Indonésia, pois considerando a Convenção Americana de Direitos Humanos, tem-se que a pena de morte é um retrocesso ao Direito Penal do início do Século VXIII. Ainda que a Indonésia não tenha relação com a Convenção Americana, e ainda que aplique a sanção capital sob o manto da proteção à sociedade contra os males do tráfico, não se vislumbra, pelos padrões atuais do Direito, a proporcionalidade adequada na resposta materializada na pena de morte.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *ONU condena execução de brasileiro*. Disponível em: <www.nacoesunidas.org/onu-condena-execucao-de-brasileiro-na-indonesia-e-pede-moratoria-a-pena-de-morte/> Acesso em 23 fev. 2015.

⁵⁰ *Ibidem*.

6.4.2 Dos direitos de personalidade e um breve paralelo com a pena de morte

De início cabe observar, por envolver uma essencial distinção, que o conceito de personalidade não se confunde com o conteúdo dos direitos que o acompanham. Maria Helena Diniz, ao citar Professor Goffredo Telles Jr., aprofunda o conceito de personalidade da seguinte maneira:

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, sendo o primeiro bem da pessoa, pertencendo-lhe como primeira utilidade para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. [...] ⁵¹

Por seu turno, pode-se dizer que por característica os direitos da personalidade representam, em última análise, a tutela da pessoa humana em suas múltiplas projeções ⁵². Dada essa especial importância, relevante parte da Doutrina defende que intrinsecamente carregam as seguintes características: são irrenunciáveis, inalienáveis, essenciais, intransmissíveis e extrapatrimoniais, integrados nas relações privadas ⁵³.

Referidas características, embora contem com substancial anuência da Doutrina, podem ser encaradas de uma forma não absoluta. Cite-se, em caráter ilustrativo, que o Direito contempla hipóteses em que a imagem – que é uma projeção da personalidade – pode ser comercializada, vedando-se, entretanto, que essa disposição se dê de forma perpétua. Outro exemplo (sendo possível citar inúmeros outros) reside no fato de que embora sejam direitos classificados como extrapatrimoniais, a solução jurídica para lesão a um direito da personalidade redunde, em regra, na retribuição de um dano moral, traduzido em uma quantia financeira arbitrada ou acordada.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. 1. Teoria geral do direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117 e 118.

⁵² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 80.

⁵³ *Ibidem*, p. 78.

Essas indagações sobre a própria complexidade das características indicam que o tema ora abordado, por si só, justificaria um aprofundado trabalho por intrinsecamente trazer uma infinidade de questões (muitas ainda pendente de respostas). Nota-se, em acréscimo, que diversas classificações internas podem ser feitas em relação aos direitos da personalidade, revestindo-os de categorias próprias, tomando-se por amostragem a proposição de Rabindranath Capelo de Sousa. Para o aludido autor os direitos da personalidade podem ser divididos primeiramente pelo relacionamento em sociedade do homem (dimensão relacional do “eu” - mundo da personalidade humana), além de ser possível classificar os referidos direitos a partir da consideração do ser em si mesmo (“complexo unitário somático-psíquico da personalidade humana”)⁵⁴.

Além disso, embora ainda existam divergências sobre o momento em que ocorre a aquisição dos direitos da personalidade (se desde a concepção, ou apenas depois do nascimento com vida), é mais tranquila a conclusão de que a morte põe fim aos direitos da personalidade, com exceção, para aqueles que assim entendem, de algumas projeções (v.g tutela da honra), que na verdade se traduzem na tutela de direitos de familiares em ver a honra do falecido preservada.

A pena de morte, neste viés, implica na retirada da vida alheia como retribuição ao ilícito penal praticado. Em sentido geral, se apresenta como resposta ao ilícito praticado que, pondo fim à vida do réu, extirpa sua personalidade.

Fixadas essas premissas, logo se vê que a pena de morte tem por lastro, ainda que indireta, a extinção de todos os direitos da personalidade do condenado. Pouco há mais o que se investigar sobre isso, sendo um dado lógico que os direitos da personalidade não convivem, por qualquer perspectiva, com a chamada *pena capital*. A pena de morte, em outras palavras, é fruto de caminho que redundou em conteúdo inverso tomado pelo reconhecimento dos direitos da personalidade. Como a água e óleo, não se misturam.

Mas remanescem ainda questões a serem debatidas, dentre elas se na iminência da execução, já no processo de retirada da vida do condenado, os direitos da personalidade

⁵⁴ SOUSA. Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 203 a 209.

podem sofrer alguma mitigação. Deve-se investigar, por exemplo, se a publicidade de uma execução violaria projeções da personalidade como a honra e a imagem, ou se o estágio de execução em curso, por si só, já autorizaria, ainda que em menor medida, a mitigação desses valores.

Na busca dessa resposta é preciso ressaltar que a tutela dos direitos da personalidade tem por objetivo final a preservação dos valores essenciais à pessoa humana. Sobre o tema, vale transcrever a seguinte observação da Doutrina:

Nessa ordem de ideias, é possível asseverar serem os direitos da personalidade aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica. Os direitos da personalidade, portanto, possibilitam a atuação na defesa da própria pessoa, considerada em seus múltiplos aspectos (físico, psíquico, intelectual). Compõem, em verdade, um conjunto de prerrogativas jurídicas reconhecidas à pessoa, atinentes aos seus diferentes aspectos em si mesma e às projeções e aos seus prolongamentos⁵⁵.

Diante das características apresentadas, é forçoso concluir que qualquer discurso de mitigação dos direitos da personalidade de pessoas condenadas à morte deve ser rechaçado de plano.

Em primeiro lugar porque, como já adiantado, a lógica que embasa os direitos da personalidade impossibilita que eles coexistam com qualquer discurso legitimador da pena capital, de modo que se a própria execução em si já deveria encontrar óbice nos inúmeros aspectos normativos existentes quanto a tutela humana (inclusive no âmbito internacional), com maior razão, ante a irrenunciabilidade e inalienabilidade que carregam, os direitos da personalidade deveriam ser preservados antes ou durante o curso da atacada execução.

Em segundo lugar a exposição de imagens de pessoas executadas (ou sendo executadas) não contribui com qualquer

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 10ª ed. Salvador: Juspodvim, 2012, p. 173.

aspecto referente ao já combatido processo de morte do condenado. Em verdade se resume em indevida exposição do ser com propósitos vexatórios, o que implicaria, sem qualquer resquício de dúvida, em recrudescimento dos avanços jurídicos no campo da proteção da pessoa humana, onde estão inseridos, sem qualquer margem para retrocessos, os direitos da personalidade.

Enfim, a importância de se questionar um paralelo entre a pena de morte e os direitos da personalidade está em concluir, ainda que por imperativos que se apresentam como conclusões evidentes, que nem mesmo a iminência de uma execução – caracterizando a proximidade do marco final da personalidade – é apta a flexibilizar a proteção dos direitos da personalidade. Essa afirmação deriva, inclusive, da conclusão de que a pena de morte em si é insustentável pela perspectiva jurídica da tutela humana.

6.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste sentido, conclui-se que a realização da justiça tem como base a ideia de ver o Direito como uma norma válida e que se materializa em regras e princípios de um ordenamento voltado à proteção da pessoa humana, seja na visão de um sistema normativo estático (que determina a conduta do indivíduo) ou dinâmico (que diz como devem ser criadas as normas gerais de um ordenamento). Outrossim, destaca-se que a norma vale porque foi apropriadamente imposta pela autoridade qualificada para atender alguma finalidade, mas desde que contemple, atualmente, a irrenunciável lógica de tutela dos direitos do Homem, e todos os acessórios que os circundam.

Com isso, tem-se que as penas tiveram um avanço ao longo da história da humanidade entre os séculos VII e IX, pois antes se justificavam, primeiramente, na forma de retribuição ao crime praticado como característica pura de vingança. Posteriormente, com a formação de grandes cidades, as penas ganharam um segundo sentido de prevenção para manter a ordem social (onde se tornaram públicas). Assim, com os novos ideais positivistas, destacou-se um grande avanço nas penas, pois o período iluminista garantiu uma breve dicotomia com a ideia da vontade divina, trazendo o homem como centro do

ordenamento jurídico, com ideais positivistas, possibilitando discutir a finalidade da pena.

Entretanto, mesmo com esse avanço, vê-se que ainda existem países que optam pela pena de morte, seguindo uma pequena linha apontada por Thomas Hobbes.

Ainda que exista a soberania do país, a essência humana, como dignidade, deveria ser respeitada em plano universal, garantindo que as penas que foram praticadas ao estrangeiro, não fossem violar a garantia das garantias do homem: o direito à vida.

A pena de morte afronta o fastígio das garantias fundamentais do homem, que é o direito à vida.

6.6 REFERÊNCIAS

- ANISTIA INTERNACIONAL. Penas de morte e Execuções em 2013. Disponível em: <<https://www.anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/pena-de-morte-e-execucoes-em-2013/>>. Acesso em: 05 fev 2015.
- ANTUNES, Ricardo Oliveira. *As teorias que justificam a pena*. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acessado em: 17 de jan de 2014.
- ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid, Taurus, 1974.
- ASSIS, Rafael Damasceno. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ nº. 39. Brasília, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 2008, São Paulo, Saraiva.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: El Sevier, 2004.
- BACHEGA, HUGO. Pena de Morte na Indonésia. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150618_indonesia_mae_hb>. Acesso em: 05 fev2015.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2009.
- CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002.

- DI SANTIS, Bruno Moraes; ENGBRUCH, Werner; D'ELIA, Fábio Suardi. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Revista Liberdades- nº 11 - setembro/dezembro de 2012. IBICICRIM.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 1. Teoria geral do direito civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DUARTE, Maércio Falcão. A evolução histórica do Direito Penal. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal>>. Acessado em 19 mar. 2014.
- ENGBRUCH, Werner; SANTOS, BRUNO MARAIS. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Revista das Liberdades nº. 11. São Paulo, 2012.
- FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte Geral*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 10ª ed. Salvador: Juspodvim, 2012.
- FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.
- GONÇALVES, Eduardo. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/barbarie-em-pedrinhas/>>. Acessado em 17 mar 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2006.
- HOBBS, Thomas, 1588-1679. *Do cidadão*. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (Clássicos).
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.
- JACINTO, TANIA. Pena de Morte. Nada pode justificar tirar a vida a um ser humano. Revista Portuguesa. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7B5030619c-83bf-4077-b084-8ea372b061bb%7D.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70 LDA, 2007.

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *ONU condena execução de brasileiro*. Disponível em: <www.nacoesunidas.org/onu-condena-execucao-de-brasileiro-na-indonesia-e-pede-moratoria-a-pena-de-morte/>. Acesso em 23 fev 2015.
- Globo Notícias G1. *Quem era Marco Archer?* Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/01/brasileiro-marco-archer-e-executado-na-indonesia-diz-tv.html>>. Acesso em 26 jan 2015.
- REIS, Clayton. *Pena de morte: violência institucionalizada*. Londrina: Unopar, 2001.
- Revista Liberdades- nº 11 - setembro/dezembro de 2012. I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.
- ROUSSEAU, Jean- Jacques. *Discurso sobre a origem e fundamentos da desigualdade entre os homens*. trad. Maria Lacerda de Moura. Edição eletrônica disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/>. Ridendo Castigat Mores.
- SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

A LIBERDADE DE DISPOSIÇÃO DE IMAGEM ÍNTIMA E OS REFLEXOS NO DIREITO À VIDA

*Guilherme Francisco Seara Aranega**

*Muriana Carrilho Bernardineli***

*Thais Seravali Munhoz Arroyo Busiquia****

7.1 INTRODUÇÃO

O trabalho em análise pretende estudar a liberdade e a prerrogativa de disposição da própria imagem, em seu aspecto íntimo, e como essa liberalidade, muitas vezes, acaba sendo extrapolada para além do *animus* do consentido.

A escolha do tema justifica-se pela expansão, na contemporaneidade, dos meios de comunicação, especialmente os virtuais, e pela extrema facilidade e rapidez com que uma imagem pode ser absorvida e transmitida a milhares de pessoas em questão de minutos.

Diante da realidade de um mundo globalizado, a imagem e outros direitos inerentes à personalidade, como a intimidade, a privacidade, a honra e a própria vida, são cotidianamente

* Mestrando em Ciências Jurídicas pela UniCesumar – Centro Universitário de Maringá-PR, com concentração na área de Direitos da Personalidade. Especialista em Direito Civil, Direito Processual Civil e Docência no Ensino Superior pelo IPE – Instituto Paranaense de Ensino. Docente na Faculdade Alvorada de Tecnologia e Informação de Maringá-PR. Graduado em Direito pela Faculdade Maringá – CESPAP. Advogado. Endereço eletrônico: <aranega.adv@hotmail.com>

** Mestranda em Ciências Jurídicas pela UniCesumar – Centro Universitário de Maringá-PR, com concentração na área de Direitos da Personalidade. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo IDCC – Instituto de Direito e Cidadania em parceria com UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Graduada em Direito pela UEM – Universidade Estadual de Maringá. Docente na Faculdade Alvorada de Tecnologia e Informação de Maringá-PR. Advogada. Endereço eletrônico: <muriana_bernardineli@hotmail.com>

*** Mestranda em Ciências Jurídicas pela UniCesumar – Centro Universitário de Maringá-PR, com concentração na área de Direitos da Personalidade. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela UEM – Universidade Estadual de Maringá. Advogada. Endereço eletrônico: <thaiseraivali@hotmail.com>

violados, acarretando consequências indesejáveis e muitas vezes irreparáveis.

Em especial, pretende-se demonstrar os reflexos no direito à vida que a exposição de conteúdo íntimo, sem autorização, pode ocasionar. Daí a se falar em um tamanho abalo psíquico, emocional e moral suficientes a levar a vítima ou seus familiares a atentarem contra a própria existência ou contra a existência de terceiros. A esse respeito, citar-se-ão casos reais de suicídios e homicídios levados à cabo em decorrência dessa indesejada divulgação.

Assim, a despeito dos inúmeros direitos sujeitos de violação, deseja-se aqui focar apenas as consequências e os reflexos relacionados à perda do bem da vida em si.

Por fim, objetiva-se explanar alguns instrumentos e atitudes positivas encontradas para prevenção ou solução dos problemas e casos a serem abordados.

7.2 DO DIREITO DE LIBERDADE E DO DIREITO À IMAGEM

A princípio, o direito de liberdade e o direito à imagem não possuem conexão ou semelhanças aparentes entre si. Todavia, em algumas situações, a liberdade e a capacidade de se autodeterminar, podendo realizar as próprias escolhas individuais, tais como a de dispor de imagens íntimas próprias, acabam sofrendo violação conjunta, pois, mediante aspectos externos e indesejáveis, o limite de abrangência da liberdade concedida é ultrapassado, e a imagem, transmitida ou divulgada a quem não se queria.

Neste sentido, passa-se a demonstrar o conceito de cada um desses direitos, bem como os seus aspectos, para, ao fim, trazer a relação entre eles e os reflexos que uma possível violação pode causar a pessoa.

7.2.1 Do conceito de liberdade e seus aspectos

É certo que todo ser racional deve ser livre e capaz de autodeterminar sua própria conduta. Em razão disso, deve-se assegurar aos indivíduos ampla liberdade de autodeterminação dos seus interesses, de modo a haver a realização da dignidade humana, através da promoção e manifestação da personalidade. Neste sentido, a liberdade consiste na

possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade e satisfação pessoal.

Segundo Carlos Alberto Bittar, a liberdade, bem juridicamente protegido, pode ser definida como a faculdade de fazer ou deixar de fazer aquilo que a ordem jurídica coaduna. Isto é, é a prerrogativa que a pessoa tem de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo das relações. Para tanto, o ordenamento confere a necessária proteção em diversos pontos essenciais à personalidade humana, tais como locomoção, pensamento, expressão, culto, comunicação, entre outros.¹

Sob um aspecto mais religioso, Pico Della Mirandola afirma que a liberdade não é meramente um “dom” dado por Deus ao homem, mas a capacidade de escolher dentre diversas possibilidades. Cada homem, ao decidir seu destino, decidirá também o que é. Poderá degenerar e se tornar semelhante aos animais ou regenerar-se e tornar-se como os anjos. Afastar-se ou aproximar-se da perfeição, eis as possibilidades que estão diante do ser humano.²

Acerca de sua previsão legal, sabe-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já previa a liberdade como um dos seus direitos primordiais, dispondo, em seu artigo 4º, que “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo”. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Em nossa Constituição, além do enfoque a diversos direitos específicos da liberdade, a mesma restou assegurada como cláusula geral, prevista no *caput* do art. 5º.³

Neste momento, cumpre destacar algumas diferenciações que são realizadas sobre o assunto.

¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. rev. atualizada e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 105.

² PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução e introdução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001, p.30

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).

Bobbio ensina que a liberdade pode ser classificada em positiva e negativa. Por aquela se entende a situação em que o sujeito tem a possibilidade de orientar sua vontade a um objetivo e de tomar decisões, sem estar determinado pela vontade de outros. Essa forma de liberdade também é conhecida por autodeterminação ou autonomia. É uma liberdade de qualificação da vontade. Por outro lado, a liberdade negativa é uma qualificação da ação.⁴

Quando se diz que é livre no sentido negativo, quer-se dizer que uma ação não pode ser obstaculizada, isto é, “uma pessoa seria considerada como livre em sentido negativo na medida em que suas alternativas de ação não sejam bloqueadas por obstáculos a essas ações”.⁵ Já quando se diz que é livre no sentido positivo, quer-se dizer que o meu querer é livre e não está determinado pelo querer de outros, ou seja, por forças estranhas ao meu próprio querer.⁶

Há ainda outra distinção fundamental realizada pela doutrina entre dois elementos: liberdade e livre-arbítrio. O primeiro é a vontade livre, mediada e reconhecida. Não é fazer o que se quer, pois assim se desconhecera certas instâncias a ela atreladas como, por exemplo, a moralidade, a eticidade e o direito. Já o segundo, caracteriza-se pela vontade livre imediata, ou seja, sem mediação, sendo apenas um momento da liberdade.

Hegel afirma que a representação mais vulgar que se faz da liberdade é a do livre-arbítrio, sendo um meio termo entre a vontade simplesmente determinada pelos instintos naturais e a vontade livre em si e para si.⁷

Ter arbítrio significa poder escolher, ou seja, poder determinar-se. E por ser vontade imediata é preciso reconhecimento, por isso que, como arbítrio ela não é liberdade, mas apenas um momento dela.

Sobre essa diferenciação, a doutrina ensina que:

⁴ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 100/102.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 351.

⁶ BOBBIO, op. cit., p. 103.

⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução Orlando Vitorino – São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 22.

Liberdade interna (chamada também liberdade subjetiva, liberdade psicológica ou moral e especialmente liberdade de indiferença) é o livre arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso é chamada igualmente liberdade do querer. Já a liberdade externa, também denominada de liberdade objetiva, consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculos ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente. Por isso é que também se fala em liberdade de fazer [...].⁸

Assim, pode-se afirmar que a vontade subjetiva é livre moralmente, já que as determinações de uma pessoa são inteiramente postas como suas e queridas por ela. Do ponto de vista da responsabilização, duas condições são exigidas, quais sejam, o saber e o querer. E é isso que, sob a perspectiva da moral, constitui a liberdade da vontade.

Ora, se a pessoa possui o conhecimento e o querer, ela é livre para determinar inclusive atos de agressões, violações e invasões contra a sua própria integridade ou privacidade. É verdade que há limitações impostas pelo ordenamento jurídico, contudo, o que não for por ele proibido, estará permitido.

Sobre o assunto, Pedro Pais de Vasconcelos ensina que:

[...] o titular do direito de personalidade pode auto-vincular-se à limitação ou à compreensão de seu direito. Pode negocialmente sujeitar-se a sofrer agressões à sua integridade física ou moral, por exemplo através de experiências com novas drogas farmacêuticas, equipamentos médicos, experiências psicológicas, testes de máquinas perigosas, e outros riscos assumidos voluntariamente. Pode também contratar com terceiros a concessão de autorizações para o uso, por exemplo, da sua imagem, para invasão da sua privacidade, e têm-se visto até, em manifestações de péssimo gosto, o aviltamento público da sua dignidade.⁹

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 233.

⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 153.

Assim, um indivíduo possui a liberdade ou liberalidade de atos que atentem contra os seus direitos, tais como a de dispor de sua imagem através de fotos íntimas ou reveladoras.

Ocorre que, se todas as ações têm consequências, cumpre ressaltar que algumas, no entanto, estão ligadas a outras forças exteriores, que podem levar a consequências estranhas e indesejadas. Assim, existem consequências necessárias e contingentes. Aquelas são imanentes à ação e estas são elementos exteriores que se agregam à primeira, mas não pertencem a elas.

Neste caso, o titular da imagem, ainda que tenha consentido com a sua captação e visualização por determinadas pessoas, pode ter essa liberalidade extrapolada para além do seu *animus*, sofrendo consequências e condições não desejadas.

A esse respeito, tratando da proteção da imagem em si, passa-se para a análise do próximo tópico.

7.2.2 Do conceito de imagem e seus aspectos

No tocante à imagem, sua proteção é preocupação recente dos juristas. É certo que, enquanto sua captação só podia ser realizada através de retratos desenhados, esculpidos ou pintados, não se cogitava, ou raros eram os casos, em que uma imagem pudesse ser captada e repassada sem o consentimento do retratado. Com o advento da fotografia, a imagem passou a ser produzida com mais facilidade, o que exigiu estudos mais atentos acerca do tema.

Contudo, foi com o desenvolvimento tecnológico a partir do século XX que a imagem se tornou tema relevante, passando a ensejar uma maior proteção pelo Estado. Ela passou a ser objeto de constantes ameaças pelas redes televisivas e transmissões via satélite, que, em segundos, era transmitida a todo o mundo. A internet, como se sabe, só tratou de potencializar referidas ameaças.

Neste sentido:

A ameaça da violação da imagem pela tecnologia, que se desenvolve a cada dia, fez com que ela passasse a ser objeto de estudos mais avançados, não só pelo ângulo contratual (direito civil), mas sob o da proteção constitucional, decorrente

do direito à vida, no princípio, e, posteriormente, como bem autonomamente protegido.¹⁰

Referido desenvolvimento tecnológico, bem como social, fez surgir um novo conceito de imagem, que se distingue daquele inicialmente protegido. Ao conjunto de características físicas da pessoa (imagem-retrato), acrescenta-se também um atributo social da imagem (imagem-atributo). Ora, um indivíduo possui um certo conceito perante a sociedade e age no sentido de o proteger e defender. Pode-se destacar, como exemplo, a imagem de um bom advogado, de um bom pai ou de um bom professor. Assim, o conceito amplo de imagem deve conter não só a reprodução visual e aspectos físicos da pessoa, mas também ser extensão de sua personalidade.

A proteção à imagem passa, então, a ter proteção reforçada, sendo inclusive abrangida pelo direito positivado e pela tutela constitucional, além de receber tratamento explícito e privilegiado. A Constituição protege não só o primeiro tipo de imagem, decorrente da expressão física do indivíduo, como também o segundo, representado pelas características socialmente representadas e determinadas.

Acerca dessa evolução, Norberto Bobbio ensina que:

Além de processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização, aos quais me referi no início, manifestou-se nestes últimos anos uma nova linha de tendência, que se pode chamar de especificação; ela consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. Ocorreu, com relação aos sujeitos, o que desde o início ocorrera com relação à ideia abstrata de liberdade, que se foi progressivamente determinando em liberdades singulares e concretas (de consciência, de opinião, de imprensa, de reunião, de associação), numa progressão ininterrupta que prossegue até hoje: basta pensar na tutela da própria imagem diante da invasão dos meios de reprodução e difusão de coisas do mundo exterior, ou na tutela da privacidade diante do aumento da capacidade dos poderes públicos de memorizar

¹⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 20.

nos próprios arquivos os dados privados da vida de cada pessoa.¹¹

E, considerando que a tecnologia deve evoluir cada vez mais, tornando-se ainda mais rápida a circulação de imagens, essa regulação, ainda a ser feita, deve ser moderna e voltada ao futuro, de forma a tentar prever, mesmo que de uma forma geral, novas situações e conflitos.

Referido avanço, aliás, influenciou inclusive no direito à imagem-atributo. Com a facilidade de acesso às informações e o interesse do público em estar atualizado e bem informado, diversos profissionais e empresas buscam de meios de divulgação para promover esse lado de sua imagem. Sem mencionar o valor do dano, que foi consideravelmente aumentado, especialmente em se tratando de imagem-atributo.

Neste momento, até para demonstrar a importância da matéria, faz-se relevante explicitar a localização do direito à imagem dentro do texto constitucional.

É certo que as Constituições relegavam os direitos fundamentais e individuais para os capítulos finais do texto. Com a Constituição de 1988, o constituinte inseriu o direito à imagem logo no segundo Título (“Dos Direitos e Garantias Constitucionais”), ou seja, após o Título I, que dispõe sobre os princípios fundamentais.

Referida alteração não foi por acaso. O objetivo foi justamente privilegiar tais direitos, antecipando a sua colocação no conjunto dos dispositivos fundamentais.

Neste diapasão, destacam-se os dispositivos acerca do direito à imagem que foram previstos pela Constituição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 58-59.

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
[...]

XXVIII - São assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas.

A Constituição atual também pôs fim a uma discussão bastante controversa na doutrina nacional, pois conferiu autonomia ao direito à imagem, acabando com o entendimento de que estaria inserido no direito à intimidade ou à honra.

De fato, o inc. X, do art. 5º elenca diversos direitos, quais sejam, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Esses direitos foram tratados de forma distinta e autônoma, de tal forma que a imagem é diferente da intimidade, da honra e da vida privada, devendo, portanto, possuir disciplina própria. Diante disso, qualquer posicionamento contrário a isso, deve ser rejeitado. Sobre o assunto, destaca-se:

A Constituição de 1988 deu passo decisivo com o fim de consagrar o direito à imagem no sistema positivo brasileiro. O que antes era preocupação quase que exclusiva da doutrina e da jurisprudência, agora é norma jurídica escrita. E, mais do que isso, listada no rol dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. É cláusula pétrea. Sua abolição está constitucionalmente interdita.¹²

Neste sentido, transcreve-se trechos do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Recurso Especial n. 46.420-0, que versou sobre a questão:

[...] Deixando de lado as teorias que procuram de algum modo vincular o direito à imagem a algum outro direito de natureza personalíssima, como à intimidade, à honra, à privacidade, etc., a doutrina brasileira e a jurisprudência que lentamente se afirma nos tribunais é no sentido de atribuir-lhe caráter de direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se concretiza com o simples uso não consentido ou autorizado,

¹² FACHIN, Antônio Zulmar. *Informação, imagem e princípio da proporcionalidade*. Unopar Cient., Ciênc., Juríd., Empres., Londrina, v. 2, n. 1, p. 189-195, mar. 2001, p. 190.

com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a da figura que aparece numa fotografia coletiva, a reprodução da imagem de personalidades notórias, a que é feita para atender a um interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter a ordem pública ou necessária à administração da justiça.¹³

Em razão desse novo ordenamento constitucional, pode-se afirmar, com tranquilidade, que a imagem é bem distintamente protegido, merecendo regulamentação própria. É direito fundamental e autônomo, pois existe por si só, independentemente de outros direitos da personalidade.

Inegável, portanto, a sua colocação dentre os direitos da personalidade, o que é visualizado inclusive através de obras clássicas, tais como a de Adriano De Cupis, para quem esses direitos “são os bens mais preciosos relativos à pessoa”.¹⁴

O jurista Álvaro Rodrigues Júnior assente ser o direito à imagem como o direito da pessoa em não ver a sua imagem usada ou mercantilizada, sem o seu consentimento, em proveito de outros interesses que não os próprios.¹⁵

Há ainda outra diferenciação apresentada por Regina Sahm, segundo a qual “o direito à imagem corresponde a uma proteção contra a divulgação indesejada e o direito sobre a imagem diz respeito à faculdade de exploração exclusiva do bem da imagem pelo titular”.¹⁶

Sendo tal direito de inteira disponibilidade do seu titular, a sua violação se concretiza com o simples uso não-consentido ou não-autorizado, independentemente de qualquer repercussão no tocante a honra da pessoa atingida.

Neste íterim, cumpre esclarecer que a despeito de ser autônomo e de poder ser violado sem qualquer repercussão à honra, o direito à imagem pode sim estar a ela interligado (o que, aliás, ocorre na maior parte dos casos), e essa ligação pode se

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 46.420-0-SP. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 68, abr. 1995.

¹⁴ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende – São Paulo: Quórum, 2008, p. 29.

¹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 126.

¹⁶ SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo Código Civil, Lei n. 10.406 de 10-1-2002*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 255.

dar não apenas em relação à honra, mas também à intimidade, vida privada e identidade.¹⁷

Ademais vale ressaltar que “a utilização da imagem se transformou num bem econômico, que ninguém pode ilicitamente explorar sem o consentimento da pessoa, pois do contrário configura ilícita usurpação”.¹⁸

Assim, dependendo da natureza da exploração da imagem, sua violação pode acarretar a violação de outros direitos, tais como a honra. E este, como se sabe, refere-se ao respeito da pessoa, no sentido de coibir a prática de acusações contrárias à sua boa-fama objetiva ou subjetivamente considerada, relacionando-se ao conjunto de qualidades que, socialmente consideradas, moralmente dignificam uma pessoa, sendo crimes contra a honra, a calúnia, difamação e injúria.¹⁹

Para a violação da honra “requer-se que o fato imputado exponha o lesado ao desprezo público seja desonroso, enquanto a simples divulgação de fatos íntimos ou embaraçosos é ilícita de acordo com o direito à intimidade”.²⁰ Em outros casos, no entanto, pode-se falar de violação tão somente à imagem, sem qualquer relação com outro bem da personalidade.

Numa primeira dimensão, mais facilmente solucionável, as imagens produzidas em ambientes privados, íntimos da pessoa retratada, somente podem ser utilizadas para fins diversos se houver a devida autorização do interessado, inclusive tratando-se de pessoas públicas.

Ora, a esse respeito, se uma pessoa, consciente e de livre vontade, quis dispor de sua imagem íntima, mas para que estivesse acessível apenas a certas pessoas ou ambientes, qualquer atividade que exceda o limite consentido resultará em violação a esse direito personalíssimo.

¹⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 28

¹⁸ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*. 2. ed. rev. atual e ampl. Com pesquisa ampla da jurisprudência. São Paulo: J de Oliveira, 2003, p. 82.

¹⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 413.

²⁰ SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo Código Civil, Lei n. 10.406 de 10-1-2002*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 184.

Atualmente, referidas violações são observadas principalmente no âmbito virtual. Não são poucos os casos em que imagens íntimas contidas em computadores, celulares ou em arquivos virtuais, também conhecidos por “nuvens”, são indevidamente acessados, adquiridos e transmitidos virtualmente a inúmeras pessoas.

Os exemplos são vários e o número de vítimas de tais violações aumenta diariamente, trazendo consequências e reflexos muitas vezes irremediáveis, tal como se verá adiante.

7.3 DA VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM NO ÂMBITO VIRTUAL

A violação ao direito à imagem torna-se cada vez mais recorrente em consequência da globalização e avanços tecnológicos que promovem um fluxo de informações em grande velocidade e, por isso quando das transgressões no âmbito virtual são imensuráveis os danos perpetrados.

De acordo com Clayton Reis e Horácio Monteschio:

Até a criação do processo fotográfico, não havia outro meio de reprodução da pessoa que não fosse a pintura do representado. Indo um pouco além, com o advento de meios de reprodução digital e seus desenvolvimentos, aliado a enorme facilidade de divulgação da imagem humana, o homem passou a ficar cada vez mais refém de sua criação, bem como, exposto ao outrem sem o seu expresso consentimento.²¹

No atual contexto, marcado pelo excesso de equipamentos e instrumentos tecnológicos (comunicação via satélite, internet, “Facebook”, celulares e demais aparelhos “smarts”) a violação à imagem, tornou-se ainda mais evidente e descontrolada. E esse fato se deu não só pela facilitação de captação da imagem, como também pela sua reprodução, causando grande preocupação e necessidade em buscar a efetivação na tutela deste direito.

Para Victor Drummond:

²¹ REIS, Clayton. MONTESCHIO, Horácio. Liberdade de expressão, direito ao esquecimento e direitos da personalidade. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c590b9faf2b899f2>>. Acesso em: 28 set. 2015, p. 294.

A Internet traz um grande problema no que se refere à privacidade, qual seja, a tênue divisão entre o que vem a ser ambiente público e o ambiente privado e, por conseguinte, defrontamo-nos com a dificuldade em definir quando cada uma destas realidades estará presente.²²

Não bastassem os diversos meios de reprodução de informação e fatos, tais como os jornais, revistas, televisão, atualmente a remessa de imagens, especialmente com o avanço da internet, permite que elas sejam multiplicadas, espantosamente, em questão de segundos. Ou seja, um tema que, há quatro décadas era tratado sob o enfoque da publicidade, através de imprensa escrita, atualmente tem novas preocupações.²³

As violações advindas do uso indevido da imagem da pessoa no âmbito virtual podem ocorrer de inúmeras formas, dentre os quais ressalta-se a publicação de fotografias e vídeos não autorizados, o que consequentemente também ofende o direito autônomo da pessoa humana²⁴ em dispor de sua própria imagem.

No mundo globalizado, a disseminação de fotografias e vídeos não autorizados, que por muitas vezes possuem conteúdos de nudez e práticas libidinosas, inclusive com imagens infantis, tornou-se contumaz, considerando que a divulgação ocorre para um número indeterminado de pessoas, não sendo possível avaliar as proporções de tal exibição.

A exposição e divulgação de fotos e vídeos íntimos de terceiros, via internet, por celulares ou computadores é denominado por alguns autores como *sexting*, prática esta que tem acontecido reiteradamente e por consequência vem causando danos à vida das vítimas e preocupação à comunidade como um todo, considerando que cada vez mais a intimidade das pessoas tem sido alvo da curiosidade alheia e de

²² DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 22.

²³ ARAÚJO, op. cit., p. 46.

²⁴ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*. 2. ed. rev. atual e ampl. Com pesquisa ampla da jurisprudência. São Paulo: J de Oliveira, 2003, p. 81.

atitudes levianas por parte daqueles que sequer refletem sobre as próprias atitudes e o que advém delas. Por isso, o *sexting* tem sido considerado como uma prática extremamente danosa e prejudicial à imagem das vítimas, dispondo inclusive de algumas características semelhantes às práticas criminosas como o *cyberbullying*, visto que denigrem a imagem das pessoas no mundo virtual, incitando até mesmo a pornografia infantil a depender do material divulgado.²⁵

O *cyberbullying* é um termo mais abrangente que o *sexting*, pois está diretamente relacionado à utilização dos meios eletrônicos como instrumento de agressão para a prática do *bullying*, uma violência velada considerada uma patologia social e até mesmo problema de ordem pública quanto aos danos causados às vítimas²⁶, enquanto o *sexting* refere-se especificamente à disseminação de imagens íntimas.

A prática do *cyberbullying* e *sexting* também estão intimamente relacionadas ao *revenge porn*, o qual refere-se ao uso de materiais íntimos divulgados na internet sem o consentimento do indivíduo, com o propósito de humilhar e vingar-se da vítima,²⁷ o que rotineiramente vem ocorrendo entre casais que ao findarem um relacionamento difundem fotos íntimas dos ex-companheiros com o objetivo de denigrir a imagem e até mesmo mostrar superioridade em contrapartida a humilhação do outro.

Assim, “uma foto erótica, um vídeo mais íntimo ou até mesmo uma sonorização que indique alguma privacidade tem enorme importância no universo jurídico e, devem, de fato, ser preservados diante da sociedade tecno-comunicacional”,²⁸ uma vez que ofende os direitos da pessoa humana.

²⁵ ALVES, Vanessa Audrey. *Responsabilidade civil por dano à imagem-atributo: a prática do sexting e a violação à intimidade*. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=50806d9f6a9a340b>>. Acesso em: 26 set. 2015, p. 359.

²⁶ CUNHA, Juliana Frei. *A justiça restaurativa como alternativa ao sistema penal convencional no combate ao bullying*. <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2051bd70fc110a22>> . Acesso em: 26 out. 2015, p. 55-63.

²⁷ OTONI, Isadora. *Pornografia de revanche, em 10 dias duas jovens se suicidam*. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2013/11/revenge-porn-divulgacao-de-fotos-intimas-culmina-com-suicidio-de-duas-jovens/>> Acesso em: 23 out. 2015.

²⁸ DRUMMOND, Víctor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 129.

As imagens de conhecidos e desconhecidos são “viralizados” em redes sociais, sem qualquer preocupação com o ser humano, sendo esta exposição tão crucial que pessoas até então desconhecidas, ao serem expostas no meio virtual tornam-se rostos familiares, o que nem sempre é positivo, pois há pessoas que prezam pelo anonimato, ainda mais quando se trata de sua vida íntima.

O direito à imagem numa concepção negativa dos direitos da personalidade visa a impedir que terceiros, sem autorização da pessoa, registrem sua imagem ou a reproduzam por qualquer meio como fotos e vídeos, sendo que a proibição da reprodução não autorizada da imagem alcança sua publicação ou exposição pública.²⁹

Assim, o direito à imagem está diretamente relacionado ao direito ao resguardo, que consiste na exclusão do conhecimento de outrem, do que se refere à própria pessoa, pois que o ser humano tem direito a conservar descrição de atos da sua vida.³⁰ Do mesmo modo, a pessoa tem ainda direito à privacidade, a qual refere-se à distância confortável que uma pessoa mantém, espontaneamente, desde a sua mais profunda individualidade até o mundo exterior.³¹

A imagem deve ainda ser protegida de forma mais incessante contra aqueles que em decorrência de relações pessoais baseados na confiança tiveram acesso a algo exclusivo sobre a privacidade de uma pessoa. Nesse sentido, leciona Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

O direito à privacidade proíbe, também, que uma pessoa que, por motivos familiares, negociais ou de amizade, teve acesso à vida privada de outra divulgue essas informações a terceiros sem autorização. Mesmo que os acessos à informação da vida privada tenha sido lícito, sua divulgação não é, pois o acesso se baseou nas relações de confiança, com caráter de exclusividade.³²

²⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e autonomia privada*. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 157.

³⁰ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 2008, p. 155-156.

³¹ DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 18.

³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e autonomia privada*. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 163.

A violação ao direito à imagem também pode ocorrer quando da violação da intimidade, visto que diretamente relacionados, conforme expressamente consignado por Regina Sahm:

O direito à imagem pode ser ofendido mediante violação da intimidade pessoal e talvez seja esta a mais comum das situações de fato. A proteção da imagem como tutela da vida privada justifica-se quando a difusão é consequência direta de uma imissão na intimidade [...].³³

Desta forma, é nítido que em momento algum a pessoa pode ter sua imagem exposta sem sua autorização, pois que ofende não apenas seu direito à imagem, mas também o direito à honra, privacidade, intimidade, resguardo, segredo, entre outros.

No entanto, no atual contexto tecnológico, o que era fadado ao esquecimento, com a internet passou a ser eterno, pois a “memória pessoal foi transferida para a memória digital ou virtual, com um agravante, esta não possui lapsos de memória nem tão pouco é facilmente apagada”.³⁴ Assim, o avanço da tecnologia tornou o direito à imagem vulnerável, pois a todo tempo, as pessoas encontram-se expostas à captação de sua imagem e exposição na rede mundial de computadores ou outras vias, não contando com meios eficazes para evitar o alastramento de informações pessoais.

É direito da pessoa humana, a tutela de segredo no âmbito do resguardo pessoal, mas também a divulgação e a reavivamento da memória de fatos ou episódios que interessam ser esquecidos,³⁵ não podendo haver a reprodução, publicação ou exposição da imagem da pessoa sem a devida autorização

³³ SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo Código Civil, Lei n. 10.406 de 10-1-2002*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 180.

³⁴ REIS, Clayton. MONTESCHIO, Horácio. *Liberdade de expressão, direito ao esquecimento e direitos da personalidade*. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c590b9faf2b899f2>>. Acesso em: 28 set. 2015, p. 294.

³⁵ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*. 2. ed. rev. atual e ampl. Com pesquisa ampla da jurisprudência. São Paulo: J de Oliveira, 2003, p. 75.

da pessoa retratada, pois a imagem é direito exclusivo da pessoa, o qual é tutelado pelo Estado Democrático de Direito.

E mais, quando da divulgação deve ser considerada a utilidade pública da informação, não se confundindo com curiosidade do público em saber da vida privada, mazelas ou aspectos pitorescos da vida das pessoas, devendo-se sopesar o grau de utilidade geral da informação com o sofrimento da pessoa a quem a informação concerne e aferir se a utilidade é tal que justifique a imposição desse sofrimento, conciliando o interesse geral e interesse individual pelo resguardo.³⁶

Nesse diapasão, deve-se sopesar o Princípio da Proporcionalidade quando da análise daquilo que deve ser exposto com o objetivo de informar e aquilo que é publicado somente para ofensa e degradação da imagem humana, não esquecendo-se da posição central do ser humano na sociedade.

Nas palavras de Immanuel Kant “todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”, tanto nas suas ações em que se dirige a si mesmo como nas que dirigem outrem.³⁷

Ao considerar a concepção kantiana, a pessoa não pode ser usada no ambiente social, assim como sua imagem não pode ser exposta ao alvedrio de outrem, pois que todo ser humano é sujeito de direito e merece respeito em sua condição.

E mais, pela própria natureza do direito à imagem a pessoa tem a permissão para escolher o momento e os modos pelo quais quer aparecer em público,³⁸ razão pelo qual sua imagem não pode ser captada em qualquer circunstância e muito menos ser exposta a um número indefinido de pessoas.

A autonomia da pessoa humana e a liberdade de tomar decisões sobre assuntos íntimos e revela-se como garantia de independência e inviolabilidade da pessoa, da sua casa e de suas correspondências, refletindo no direito à vida.³⁹

Por isso, o consentimento é elemento essencial intrínseco e estrutural, suporte básico ou fundamental do negócio jurídico, sendo que o consentimento do lesado faz

³⁶ *Ibidem*, p. 84-88.

³⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 68.

³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. rev. atualizada e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 89-90.

³⁹ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 129.

desaparecer o caráter ilícito do ato danoso, pois em decorrência do bem jurídico imagem, não há como se pressupor que o titular expresse consentimento tácito para sua utilização, prevalecendo a pressuposição do não-consentimento.⁴⁰

Insta lembrar que, a proteção à imagem é garantida constitucionalmente no art. 5º, V, X, XXVIII assim como encontra respaldo na Lei 9.610/1988, a qual consolida os direitos autorais, estando tutelada a intimidade e a vida privada, no Código Civil 2002, enfaticamente art. 21, que garante a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, contudo ainda não há a efetivação almejada na aplicação de tais direitos.

Neste contexto circundado pela tecnologia e informações rápidas, cada vez mais, as pessoas veem seu direito à imagem ser tolhido por qualquer pessoa e em qualquer circunstância, com a disseminação de informações em âmbito virtual, as quais a vítima não tinha interesse que fossem divulgadas, sendo que tal exposição claramente provoca danos sem precedentes àquele que teve seu direito violado e por isso, necessário buscar a efetivação do direito à imagem que reflete diretamente na proteção a outros direitos interrelacionados.

7.4 OS REFLEXOS NO DIREITO À VIDA

As liberdades imanentes no ser humano, ou até mesmo se assim puder se dizer as sensações de liberdade e de disposição de valores e direitos, encontram-se postas de forma a viabilizar a prática de atos com efeitos jurídicos de montas diversas.

De um simples ato de *body modification* à uma complexa cirurgia médica de alteração de sexo, ou de um mero ato contratual de disposição de imagem para fins publicitários até os cinco minutos de fama da filmagem íntima do ator já esquecido, o Direito e a Lei, com a esperança daquele que possui em si o sentimento da mais cristalina justiça, se acham convergentes na reflexão do tutelar do ser humano, seja na prevenção ou em amparo ao ofendido, seja o Direito na sensação de proteção aos valores humanos e a Lei na garantia formal destes.

⁴⁰ SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo Código Civil, Lei n. 10.406 de 10-1-2002*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 197-199.

A história monta que o Estado fora lá incrustado pelo próprio povo, que através de sua característica gregária percebe com o passar dos tempos que a convivência mútua necessita de regulamentação, sendo que tal regulamentação vem diretamente a tolher direitos como a liberdade, seja a fim de garantir a ordem ou imperar. Entretanto, por mais limitado que seja, encontra-se presente tal direito de forma a garantir, que seja, a permissão de locomover-se, a mínima possibilidade da tomada de atitudes por conta, manifestações de pensamento, escolhas pessoais, decisões profissionais, escolhas amorosas, divergências de opinião política e, entre tantas outras, finalmente a disposição da própria imagem.

É possível dizer até mesmo que a liberdade vem a garantir inúmeros outros direitos, direta e imperceptivelmente, posto por sentir-se o ser humano livre considera-se honroso e confiante, que sente ainda que é livre para preservar sua intimidade ou até mesmo que pode ir além.

Neste íterim o direito à imagem vem à tona para garantir que os efeitos da liberdade não sejam manipulados por aqueles que não a detém. A disposição de imagem é livre, e o resguardo da limitação do alcance de tal disposição indevida é garantido.

Ressaltados tais aspectos vale dizer que, o analisar jurídico contemporâneo é voltado às evoluções tecnológicas, que apresentam-se necessárias para a evolução da raça humana, com pontos positivos e negativos, com soluções e complicações, fornecendo conhecimento e vícios, agilizando a troca e compartilhamento de informações e como toda evolução da sociedade exigindo a adaptação da Lei e do Direito para o bem estar social e garantia de direitos.

As praticidades e quantidades de meios de comunicação e transferência de arquivos virtuais são incontáveis quando se trata da rede mundial de computadores ou de tecnologias de informática em geral. A celeridade do envio de conteúdo é em algumas situações de meros milésimos de segundos, viabilizando assim a comunicação intercontinental e a proliferação de informações em massa em um tempo consideravelmente muito curto.

Além disso, a iniciativa privada, através de colossais empresas da área de tecnologia da informação, presta-se cada vez mais a modernizar, acelerar, facilitar e aperfeiçoar seus produtos tecnológicos através da descoberta de novos materiais

e compostos químicos, bem como desenvolvimento de *softwares* com interfaces cada vez mais simplificadas, autoexplicativas e interativas, aprimorando assim os meios com o qual a troca de informações é realizada, e mais especificamente o conteúdo de imagens íntimas facilitando assim a ofensa ao direito em questão através da simplificação da interação do ser humano com a máquina.⁴¹

Desta forma, o que se extrai da contemporaneidade em razão do direito de imagem é que a viabilização da ofensa deste encontra-se cada vez mais crescente. Até mesmo a discrição de determinados produtos captadores de imagens pode ser considerado um fator relevante, como por exemplo, uma pequena caneta em um bolso de camisa contendo uma micro câmera no topo.

Isto posto, é incontestável a ampliação das formas de violação e seus efeitos. Há não muito tempo discutia-se com maior destaque as violações ao direito de imagem em âmbito jornalístico em transmissão impressa ou televisionada, por exemplo. Em tempos atuais a pauta é ampliada a ponto de as reflexões jurídicas abarcarem em larga escala o ato de míseros dez segundos de um adolescente qualquer praticar, diretamente de seu lar, o compartilhamento com colegas de escola as fotos íntimas que realizou da companheira.

Tais implicações, como a acima exposta, possuem reflexos de inúmeras classificações, posto que, quando se pensa em liberdade e direito de imagem é possível trazer à tona questões relacionadas à honra, privacidade, imagem-atributo, abalos psicológicos, emocionais, financeiros, além de uma marca social que pode ser eterna.

Desconsiderando-se a hierarquia de valoração dos direitos e reflexos supracitados, vale dizer ser plausível considerar que a maior preocupação do Direito deve estar sempre voltada para os bens jurídicos de maior valoração ou relevância, sendo que, neste caso, em relação a todos os itens acima em comento denota-se sensata a relevância do direito à vida perante aos demais.

⁴¹ Em nota insta esclarecer que, a explanação em questão não possui o condão de atribuir dolo, culpa ou responsabilidade à iniciativa privada da área de desenvolvimento tecnológico, tecnologia da informação ou similares e equivalentes.

No íterim do tema ora apresentado é possível relacionar a violação do direito de imagem diretamente com o direito à vida, que representa direito considerado natural, inato ao ser humano, possuindo-o desde sua concepção, fazendo parte da essência da pessoa e sendo garantido tutelado através do que versa o *caput* do art. 5º da Constituição Federal Brasileira.

Quando um direito de imagem é violado, principalmente quando se trata de divulgação de imagem íntima, a implicação dos efeitos de tal violação pode gerar reflexos na existência tanto do ofendido quanto do ofensor, situação está em que aquele Estado conforme supracitado, lá colocado pelo povo, para regulamentação, proteção e garantias ao povo, deve também observar o tema deste prisma.

Neste diapasão, Flávia Piovesan, ao comentar as considerações da Corte Interamericana de Direitos Humanos ressalta:

[...] a Corte afirma que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Introduce a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito não pode ser privado da vida arbitrariamente -, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – “o direito a criar e desenvolver um projeto de vida.”⁴²

Posto tal entendimento nota-se que, a amplitude da situação é tamanha a ponto de demandar do Estado a devida tutela, que extrapola ainda mero direito à vida em si, mas também o de vida digna, que englobam todos os outros aspectos já anteriormente colocados como reflexos da violação do direito de imagem.

Mais precisamente quanto ao direito à vida em si, vale dizer que as atitudes dos seres humanos são diversas a ponto de serem consideradas incontroláveis em sua grande maioria, imprevisíveis, inenarráveis por muitas vezes, e ainda desnecessárias e não condizentes com a situação de fato que lhe contorna.

⁴² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional; um estudo comparativo entre os sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 4 ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184.

Coloca-se o posicionamento desta maneira em razão das possibilidades que podem advir da violação ao direito à imagem com reflexos no direito à vida.

O que se impende girar é que, a partir de violado o direito à imagem as consequências como já colocadas, relacionadas à honra, privacidade, imagem-atributo, abalos psicológicos, emocionais, financeiros, e taxatividade social, em inúmeros casos vêm a ter resultado diretamente no direito à vida.

O grande abalo gerado através da publicação de um conteúdo virtual ofensivo, principalmente quando dotado de caráter íntimo, pode gerar atitudes que venham a resultar na ocorrência de homicídios e suicídios por motivos diversos, mas principalmente relacionado ao sentimento de perda de integridade ou de ideal próprio.

Como bem se sabe, bastante comum vem sendo o compartilhamento de imagens de cunho íntimo, sexual ou pessoal, por meio de redes sociais e aplicativos de troca de informações virtuais, o que como conclusão do que fora exposto até o presente momento, nota-se o quanto rápido e danoso pode ser tal atitude.

Vale traçar, reflexivamente, algumas possibilidades de ocorrência advindas do compartilhamento de conteúdo virtual íntimo, como por exemplo:

- a) suicídio do ofendido: quando o abalo psicológico e emocional é tamanho que leva à impossibilidade da pessoa conviver com os efeitos da divulgação do conteúdo;
- b) homicídio do ofensor: quando o autor do ato de divulgação da imagem é assassinado como forma de vingança;
- c) homicídio do ofendido por parte de familiar: este caso, aparentemente mais remoto, pode ocorrer quando um familiar sente sua honra abalada em razão do ato cometido por seu familiar e como forma de punição, por exemplo à filhos, comete homicídio contra a pessoa que teve a imagem divulgada;
- d) suicídio de familiares: quando o abalo encontra-se relacionado à familiares que sofrem colateralmente os efeitos da ofensa ao direito de imagem de parente.

Entre outras possibilidades, vale dizer ainda, obviamente, que os efeitos que se encontram relacionados ao direito à vida não se limitam à perda do bem da vida em si, entretanto, o enfoque do presente trabalho propõe-se em analisar a morte em razão dos efeitos da ofensa ao direito de

imagem através da publicação ou compartilhamento de conteúdo íntimo.

Para melhor visualização da ocorrência deste tipo de situação é edificante trazer à tona alguns casos de notoriedade relacionados ao tema em questão.

Para o caso de *revenge porn*, que representa a pornografia de vingança muitas vezes praticada por ex-namorados em razão de términos de namoros mal resolvidos ou dificuldades de aceitação, alguns casos de suicídio são os de J. R., de dezessete anos, residente na Parnaíba-PI, que teve vídeos vazados através do aplicativo “What’s App”⁴³, neste caso, em que pese após o suicídio ter-se verificado a retirada de algumas informações virtuais sobre os vídeos, estes já constavam em famosos sites de pornografia.

Em Veranópolis-RS, G. F., de dezesseis anos, que não resistiu em ter suas fotos publicadas direto no site “Facebook”, sendo que alega a família a inexistência de qualquer quadro de depressão ou uso de drogas prévio ao ocorrido⁴⁴.

Já em New Brunswick, Nova Jersey, nos Estados Unidos da América, T. C., cometeu suicídio em razão de um vídeo seu que fora gravado indevidamente, por uma terceira pessoa, enquanto este praticava atos sexuais com um colega. T. C. solicitou ao colega de quarto que pudesse ficar sozinho durante certo período, sendo que o colega possuía informações dos interesses de T. C. e agindo de má-fé realizou as filmagens secretamente.⁴⁵

Um caso bastante polêmico foi o de A. T., no Canadá, que após viabilizar sua imagem *on line* para um estranho este a chantageou com os arquivos, sendo que até mesmo um perfil em rede social fora criado com suas fotos, o que resultou em uma série de ocorrências de *bullying*, até mesmo com agressão física de colegas de escola mesmo após ter trocado de colégio

⁴³ OTONI, Isadora. *Pornografia de revanche, em 10 dias duas jovens se suicidam*. Disponível em:

<<http://www.revistaforum.com.br/blog/2013/11/revenge-porn-divulgacao-de-fotos-intimas-culmina-com-suicidio-de-duas-jovens/>> Acesso em: 23 out. 2015.

⁴⁴ PORTELA, Graça. Cyberbullying e casos de suicídio aumentam entre jovens. Disponível em: <<http://www.agencia.fiocruz.br/cyberbullying-e-casos-de-suic%C3%ADdio-aumentam-entre-jovens>> Acesso em: 25 out. 2015.

⁴⁵ Espaço Vital. *Invasão de privacidade leva a suicídio de estudante nos EUA*. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2403226/invasao-de-privacidade-leva-a-suicidio-de-estudante-nos-eua>> Acesso em: 23 out. 2015.

algumas vezes, sendo que em sequência ingeriu alvejante visando que resultou em tentativa frustrada de suicídio. Posteriormente ao ocorrido, a garota de apenas quinze anos, adoeceu, e após ataques de ansiedade, depressão, pânico e inúmeras suplicas por ajuda cometeu suicídio.⁴⁶

Também com suspeita de suicídio em razão de divulgação de conteúdo similar, de acordo com o site Nossa Anadia, a jovem C. S. teria sido encontrada morta por auto enforcamento em seu quarto na cidade de Anadia, em Alagoas. As investigações policiais indicam o suicídio após a divulgação de filmagens da garota de dezenove anos praticando relações sexuais com seu suposto namorado.⁴⁷

Outros casos, até mesmo não envolvendo divulgação de imagem íntima, mas conteúdos diversos, já demonstraram-se suficientes em resultar na consequência maior ao direito à vida, como a situação de I.L., em Tacoma, Washington, nos Estados Unidos da América, que cometeu suicídio, atirando-se de uma ponte, em razão do *bullying* posterior a um vídeo seu divulgado por seu pai onde este cortava seu cabelo como forma de punição.⁴⁸

Postos tais casos, nota-se o quão corriqueiro vem se tornando os casos de fornecimento de imagens de conteúdo íntimo com posterior publicação, divulgação ou compartilhamento destes.

Conforme se colaciona abaixo, percebe-se o quão assustador são os dados fornecidos pela organização não-governamental SaferNet, que atua contra crimes e violação de direitos humanos na internet, demonstrando a quantificação percentual estimada da prática:

A pesquisa, que foi feita entre o segundo semestre de 2012 e o primeiro semestre de 2013, aponta que, dos entrevistados, 60% partilham dados pessoais e 68% já conheceram amigos

⁴⁶ *Suicídio de garota vítima de cyberbullying comove Canadá*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/suicidio-de-vitima-de-cyberbullying-comove-canada/>> Acesso em: 25 out. 2015.

⁴⁷ *Jovem comete suicídio por enforcamento em Anadia*. Disponível em: <<http://www.nossaanadia.com.br/noticia.php?i=827>> Acesso em: 25 out. 2015.

⁴⁸ *Jovem que teve castigo divulgado na internet se mata nos EUA*. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/gravidez-e-filhos/noticias/redacao/2015/06/12/jovem-que-teve-castigo-divulgado-na-internet-se-mata-nos-eua.htm>> Acesso em: 25 out. 2015.

pela internet. Cerca de um em cada quatro jovens já namorou pela internet, sendo esse um hábito entre 35% dos jovens de 18 a 23 anos. O sexting – envio e divulgação de conteúdos eróticos, sensuais e sexuais com imagens pessoais pela internet, via computadores ou celulares - é praticado por 6% dos jovens entrevistados e, desses, 63% já enviaram mais de cinco vezes as imagens. Dos mais de 2.800 entrevistados, 20% receberam textos ou imagens sensuais e eróticas. Os baixos números surpreendem, mas segundo análise dos especialistas da GVT e da SaferNet, a hipótese é que haja uma subnotificação desses casos, ou seja, os jovens temem dizer que enviam ou recebem esse tipo de imagem. O jovem N.L., de 22 anos, confirma: “Sexting? Quem nunca fez isso?”, afirma as gargalhadas, ao explicar que o envio das imagens é algo corriqueiro entre os jovens.⁴⁹

Ainda, é essencial comentar que, a origem da divulgação da imagem comporta situações diversas, como por exemplo, o próprio fotografado enviar sua imagem para compartilhamento, invasão de privacidade virtual como acesso não autorizado de e-mails, contas de redes sociais e sites de armazenamento de informações (“nuvens”), e também muitas vezes advém de funcionários de empresas de manutenção e reparo de aparelhos eletrônicos relativos que necessariamente possuem acesso ao equipamento a ser reparado e vale-se de má-fé.

A veiculação inicial de imagens próprias por jovens, ou seja, o primeiro envio realizado por aquele que produziu a imagem e nela se encontra fotografado, na maioria das vezes, encontra-se relacionada com a necessidade de atenção, tentativa majoração de popularidade entre amigos - o que acaba sendo por fim uma tentativa frustrada - e agrados à companheiros e namorados – o que resulta no denominado *revenge porn* - , sendo que quase sempre sem a noção da amplitude dos efeitos que pode tal atitude causar, nem do ofendido nem do ofensor.

Algumas atitudes positivas encontradas para prevenção ou solução relacionadas aos casos em tela, como por exemplo do site “Web 2.0 Suicide Machine”, que em que pese o nome

⁴⁹ PORTELA, Graça. *Cyberbullying e casos de suicídio aumentam entre jovens*. Disponível em: <<http://www.agencia.fiocruz.br/cyberbullying-e-casos-de-suic%C3%ADdio-aumentam-entre-jovens>> Acesso em: 25 out. 2015.

peculiar não incentiva a prática do suicídio mas viabiliza a eliminação em massa de perfis de redes sociais da pessoa que teve imagens divulgadas; outra atitude é o projeto da empresa SaferNet que recebe denúncias, ou até mesmo da parceria desta mesma empresa com a empresa GVT que disponibiliza orientações *on line* para o uso da *web*.

O senador e ex-jogador de futebol Romário possui um projeto de lei (63 de 2015) em tramitação visando a majoração da pena prevista por outro projeto, de número 6630 de 2013, que prevê a pena de três anos para o acusado de divulgação de imagem. A majoração que visa o deputado supracitado, conforme ele mesmo esclarece visa que “Se o crime for cometido por cônjuge, companheiro, noivo, namorado ou alguém que manteve relacionamento amoroso com a vítima, a pena será aumentada da metade. O mesmo acontece se a vítima for menor de 18 anos ou deficiente físico”.⁵⁰

Outros detalhamentos em projetos diversos visam a especificação de pena para determinadas condições atinentes à divulgação, como por exemplo para o caso de furto da imagem ao invés do fornecimento desta pela própria vítima.⁵¹

Destarte, nota-se que, as práticas de compartilhamento de conteúdo virtual íntimo demonstram-se cada vez mais comuns e com repercussões severas no direito à vida, onde o papel do Estado em contrapartida deve se traduzir, através de políticas públicas, na conscientização da população, principalmente crianças e adolescentes, e daqueles que não possuem o discernimento ou informação suficiente para perceber a colossal repercussão que pode o compartilhamento virtual trazer, bem como a monta dos danos advindos, seja em quantidade ou modalidades de danos conforma já comentado. A conscientização é essencial, principalmente quando se nota que grande parcela da população compreende que a culpa é da vítima que forneceu o conteúdo íntimo.

⁵⁰ *Pornografia de vingança.* Disponível em: <<http://www.romario.org/portfolio/all/pornografia-de-vinganca/>> Acesso em: 25 out. 2015.

⁵¹ Comissão aprova punição para quem divulgar vídeos e fotos íntimas na internet. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/comunicacao/477043-comissao-aprova-punicao-para-quem-divulgar-videos-e-fotos-intimas-na-internet.html>> Acesso em: 25 out. 2015.

7.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico vigente tutela o direito à imagem, intimidade, liberdade, honra, privacidade, resguardo, dentre outros, os quais encontram-se inter-relacionados, pois um único ato pode ofender inúmeros direitos.

Quanto ao direito à imagem, o avanço tecnológico com consequente facilidade na disseminação de informações, fotos e vídeos, fez que com que houvesse um crescimento exponencial na violação deste direito, e por isso, necessária tutela específica que se adequasse ao contexto atual.

A imagem que anteriormente somente era captada através de retratos desenhados ou esculpidos, passou a difundir-se instantaneamente através de redes sociais, como “Facebook” e “What’s App”, sem o consentimento do retratado, promovendo assim, a violação do direito à imagem e liberdade da pessoa em dispor de sua própria imagem.

Insta consignar, que a violação ao direito à imagem em âmbito virtual ocasiona danos imensuráveis às vítimas, as quais têm informações pessoais expostas a um número indeterminado de pessoas, sendo que a depender do caso concreto e o intuito do ofensor, a exposição e divulgação de fotos e vídeos de terceiros, via internet pode ser denominada *sexting* quando relacionada a material íntimo e pessoal, *cyberbullying* quando o fim a ser alcançado é agredir e denegrir a imagem de outrem e o *revenge porn*, o qual relaciona-se a exposição de fotos íntimas para vingar-se da vítima.

Por isso, a exposição de qualquer conteúdo íntimo sem autorização deve ser proibida, pois o direito à imagem é uma extensão da personalidade humana, de modo que a ofensa a este direito também denigre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Os abalos ocasionados às vítimas de violação ao direito à imagem no âmbito virtual são imensuráveis, sendo possível inclusive citar a ocorrência de homicídios e suicídios desencadeados pela exposição de fotos e vídeos íntimos, os quais fazem com que a pessoa sinta-se humilhada e envergonhada em meio social, quando na verdade são vítimas das perversidades humanas.

Assim, é nítida a necessidade de tutela estatal quanto ao direito à imagem, o que pode ocorrer através de políticas

públicas como a conscientização da população, enfaticamente do público infanto-juvenil, sendo ainda importante mencionar o Projeto de Lei 63 de 2015, cujo objetivo é majoração da pena se o crime for cometido por cônjuge, companheiro, noivo, namorado ou alguém que manteve relacionamento amoroso com a vítima ou se a vítima for menor de 18 anos ou deficiente físico.

Vale também ressaltar, projetos relativos a medidas preventivas como a constante no site “Web 2.0 Suicide Machine”, o qual viabiliza a eliminação em massa de perfis de redes sociais de pessoas que tiveram imagens divulgadas, assim como o projeto da SaferNet que recebe denúncias e em parceria com a GVT disponibiliza orientações *on line* para o uso da *web*.

Conclui-se que, nítida é a preocupação da sociedade e do Estado quanto ao tema, no entanto ainda há muito a se fazer para que haja a efetiva proteção do direito à imagem, enfaticamente daqueles que tem fotos e vídeos íntimos expostos em redes sociais e normalmente não recebem a tutela devida.

7.6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ALVES, Vanessa Audrey. *Responsabilidade civil por dano à imagem-atributo: a prática do sexting e a violação à intimidade*. Disponível em:

<<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=50806d9f6a9a340b>>.

Acesso em: 26 set. 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. rev. atualizada e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. *Igualdade e Liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e autonomia privada*. 2 ed. rev. São Paulo:

Saraiva, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 46.420-0-SP. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 68, abr. 1995.

CUNHA, Juliana Frei. *A justiça restaurativa como alternativa ao sistema penal convencional no combate ao bullying*.

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2051bd70fc110a22>>. Acesso em: 26 out. 2015.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende – São Paulo: Quórum, 2008. DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Espaço Vital. *Invasão de privacidade leva a suicídio de estudante nos EUA*. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2403226/invasao-de-privacidade-leva-a-suicidio-de-estudante-nos-eua>> Acesso em: 23 out. 2015.

FACHIN, Antônio Zulmar. Informação, imagem e princípio da proporcionalidade. Unopar Cient., Ciênc., Juríd., Empres., Londrina, v. 2, n. 1, p. 189-195, mar. 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução Orlando Vitorino – São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Jovem comete suicídio por enforcamento em Anadia.

Disponível em:

<<http://www.nossaanadia.com.br/noticia.php?i=827>> Acesso em: 25 out. 2015.

Jovem que teve castigo divulgado na internet se mata nos EUA. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/gravidez-e-filhos/noticias/redacao/2015/06/12/jovem-que-teve-castigo-divulgado-na-internet-se-mata-nos-eua.htm>> Acesso em: 25 out. 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OTONI, Isadora. *Pornografia de revanche, em 10 dias duas jovens se suicidam*. Disponível em:

<<http://www.revistaforum.com.br/blog/2013/11/revenge-porn-divulgacao-de-fotos-intimas-culmina-com-suicidio-de-duas>>

jovens/> Acesso em: 23 out. 2015.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. Discurso sobre a dignidade do homem. Tradução e introdução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional; um estudo comparativo entre os sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 4 ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Pornografia de vingança. Disponível em:

<<http://www.romario.org/portfolio/all/pornografia-de-vinganca/>>

Acesso em: 25 out. 2015.

PORTELA, Graça. *Cyberbullying e casos de suicídio aumentam entre jovens*. Disponível em:

<<http://www.agencia.fiocruz.br/cyberbullying-e-casos-de-suic%C3%ADdio-aumentam-entre-jovens>> Acesso em: 25 out. 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle. Curitiba: Juruá, 2008.

REIS, Clayton. MONTESCHIO, Horácio. Liberdade de expressão, direito ao esquecimento e direitos da personalidade. Disponível em:

<<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c590b9faf2b899f2>>.

Acesso em: 28 set. 2015.

SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo Código Civil, Lei n. 10.406 de 10-1-2002*. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*. 2. ed. rev. atual e ampl. Com pesquisa ampla da jurisprudência. São Paulo: J de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

Suicídio de garota vítima de cyberbullying comove Canadá.

Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/suicidio-de-vitima-de-ciberbullying-comove-canada/>> Acesso em: 25 out. 2015.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

ÉTICA E DIREITO À VIDA

VOLUME I

Esta obra é o primeiro volume da série coletânea “Ética e Direito à Vida”, nascida como “ideia” durante as aulas ministradas pelo Prof. Dias, na disciplina “Fundamentos ontológicos do direito à vida”, no programa de mestrado em ciências jurídicas do Unicesumar, no ano acadêmico de 2015. Este volume traz aos estudantes de ética, bioética e direito à vida os seguintes temas:

- no primeiro capítulo, **“Da necessária postura do homem perante sua própria vida: uma perspectiva jurídica”**, de Camila Cristina de Oliveira Dumas e Thaís Aline Mazetto Corazza;
- no segundo capítulo, **“A “vida digna” como valor primordial da pessoa humana”**, de Cleber Sanfelici Otero, Fernanda Barreto Ramos e Eduardo Augusto de Souza Massarutti;
- no terceiro capítulo, **“Da proteção penal do nascituro: a vida intrauterina como objeto de proteção do crime de aborto”**, de Humberto Luiz Carapunarla e Siladelfo Rodrigues da Silva;
- no quarto capítulo, **“O direito à vida e o “dever de viver”: existe o direito de personalidade de renunciar à vida “indigna”?”**, de Marco Aurélio Ribeiro Rafael;
- no quinto capítulo, **“O direito fundamental à vida e o direito de viver: não (te) matará!”**, de André Vinicius Rosolen e Robson Aparecido Machado;
- no sexto capítulo, **“A pena de morte e os aspectos ontológicos da vida como imperativos para proteção da pessoa humana”**, de Rafael Altoé e Rodrigo Róger Saldanha;
- no sétimo capítulo, **“A liberdade de disposição de imagem íntima e os reflexos no direito à vida”**, de Guilherme Francisco Seara Aranega, Muriana Carrilho Bernardineli e Thaís Seravali Munhoz Arroyo Busiquia.



Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-8401-052-3



9 788584 010523