

Da Incipiência, Preponderância, Abrangência, Qualidade e Aplicação do Direito à Vida.

Guilherme da Silva Benedito

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor José Renato Amirat B. Borges de Carvalho.

Resumo.

A vida é um bem reconhecido por todos (indivíduos e Estado) como transcendental, mas falta-lhe, contudo, pernas, meios, entendimentos, concepções para garanti-lo em sua amplitude. O mesmo acontece com o direito fundamental a ele correspondente. O direito à vida é reconhecido como um direito primaz e relevantíssimo, mas não se vê na prática forense os equivalentes práticos de tal entendimento. É um direito, assim como o bem da vida por ele tutelado, sem pernas. É um direito adormecido e cuja compreensão de sua desvalorização passa pelo entendimento de sua estrutura normativa (direito fundamental do homem), de sua origem, dos elementos principais que o circundam e das complexas situações fenomenológicas que o envolvem. A abordagem feita parte de um entendimento amplo do direito em questão, com o esboço de prestar a efetiva tutela da vida, sem distorções de nomenclatura e vinculação, ou mesmo dependência, de ordem prático-conceituológica, a direitos dele decorrentes.

Palavras-Chave: Direito à Vida. Conceito Amplo de Direito à Vida. Valorização da Vida.

Sumário.

Introdução. 1 Análise das normas sobre Direitos Fundamentais à luz do direito à vida. 1.1 Direitos Fundamentais do Homem: definição, natureza e eficácia. 1.1.1 Estudo das normas veiculadoras dos direitos fundamentais do homem na Constituição a partir do pensamento de Robert Alexy: Direito à Vida. 2 Conceito Semântico de Norma: Diferença entre enunciado normativo e norma relacionadas ao Direito Constitucional à Vida. 2.1 Disposições de Direito Fundamental e Disposições Periféricas Associadas. 2.2 Da Abertura Semântica e Estrutural Dos Direitos Fundamentais do Homem. 2.2.1. Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais do Homem. 2.3 Da constitucionalização dos Direitos Fundamentais do

Homem. 2.4 Dos Fundamentos formais e materiais para a tutela constitucional dos Direitos Fundamentais do Homem. 2.4.1 Evolução histórica. 3 Início da Vida. 3.1 Orientações científico-espirituais sobre o início da Vida. 3.1.1 Orientação Natalista. 3.1.2 Orientação Conceptualista. 3.1.3 Orientação da Personalidade Condicionada. 4 Estudo da ação direta de inconstitucionalidade 3510/DF. 5 Concepções jurídicas sobre o direito à Vida. 5.1 Da relação de proximidade para a configuração da lesão ao direito à Vida. 5.2 De seu duplo objetivo – além da existência, a dignidade. 5.3 De seu terceiro objetivo. 5.4 Da natureza física e metafísica. 5.5 Do direito a nascer. 5.6 Do direito à integridade física e moral. 5.7 De sua relação com a dignidade da pessoa humana. 5.8 Para uma concepção ampla de direito à Vida. 6 Valorização da Vida. Conclusão. Bibliografia.

Introdução.

Cuida o presente estudo da análise de um direito indisponível, de amplitude incalculável e valor inestimável, mas que a todos pertence. Cuida o presente estudo de um direito cujo peso abstrato, inerente à sua capital relevância, supera qualquer interesse, não havendo preço que lhe pague, bem que o compense, nem mesmo direito com aptidão para tutelá-lo melhor do que aquele que ostenta, em sua própria denominação, vossa indicação. Cuida o presente estudo da análise de um direito carente de efetivação e aprofundamento teórico. Cuida o presente estudo da análise do direito à vida.

Tal estudo desenvolver-se-á, quanto aos fins, por meio de uma investigação descritiva, explicativa, metodológica e aplicada. Já quanto aos meios, através de uma pesquisa telematizada, bibliográfica, e experimental.

Nesses moldes, no segundo capítulo far-se-á um exame das normas sobre direitos fundamentais a luz do direito à vida, navegando pelo ideário de diversos autores, especialmente Robert Alexy.

No terceiro capítulo, viajaremos pelo processo de desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais e veremos como se deu, ao menos em linhas gerais, o tratamento do direito à vida nas Constituições históricas de nosso país e em alguns documentos internacionais.

No quarto capítulo, abordaremos a questão sobre qual momento caracterizaria o início da vida, mormente na esfera jurídica, passando por diversas orientações e visões acerca do assunto e dedicando farta atenção à Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF.

No quinto capítulo, navegaremos pela doutrina com o fito de, através das definições jurídicas do direito à vida dispostas em cada obra examinada, estabelecermos uma dinâmica de aprofundamento teórico e prático do direito em comento sob diversas vertentes, firmando, no correr do Capítulo, uma concepção ampla para o direito à vida.

Por fim, no sexto capítulo, fixaremos os olhos na necessidade de valorização do bem “vida” para a realização dos valores perseguidos pelo Direito e pela sociedade, notadamente seu paralelo jurídico, isto é, o direito objeto deste trabalho, o direito à vida.

1 Análise das normas sobre Direitos Fundamentais à luz do direito à vida.

Ao iniciar o estudo de um direito é preciso situar qual a sua posição dentro da ordem jurídica analisada. Em se tratando do direito à vida, parece notório o fato de ele estar situado no rol dos direitos fundamentais do homem. Assim sendo, como se trata do começo de um trabalho, convém analisarmos o que viria a ser um direito fundamental do homem e, na sequência, discorrer sobre as normas que os expressam.

1.1 Direitos Fundamentais do Homem: definição, natureza e eficácia.

A construção do termo *direitos fundamentais do homem* foi-nos apresentada através da leitura do Curso de Direito Constitucional Positivo de José Afonso da Silva. O mencionado autor, ao desenvolver um conceito de direitos fundamentais, deparou-se com múltiplas denominações, tais como, direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, entendendo, após a análise destas e de outras, ser a definição mais adequada aquela condensada no termo *direitos fundamentais do homem*, pelos argumentos a seguir:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. [...] Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.¹

Em outras palavras, direitos fundamentais do homem são aqueles que devem ser assegurados com o escopo de garantir a realização do homem dentro dos feixes fenomenológicos caracterizadores de seu gênero em dado momento histórico. Nesse sentido,

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182.

o direito à vida mostra-se como um direito fundamental do homem por excelência, pois busca, quando visto sob um prisma amplificativo, a realização das condições necessárias para o exercício da vida humana como tal.

Já quanto à natureza jurídica das normas que versam direitos fundamentais do homem, estando elas enxertas nos textos constitucionais, tal questão não mais desperta maiores discussões, tendo, portanto, natureza constitucional. Entretanto, sob outro enfoque, vale questionarmos se se tratam de normas de natureza supraconstitucional ou não. Para José Afonso da Silva não.²

Por nossa conta, filiamo-nos à segunda corrente – isto é, sim -, em virtude de não compactuarmos com a possibilidade de o mero silêncio de uma Constituição resultar na desobrigação do respeito e garantia à vida – Tribunal de Nuremberg. E de forma alguma isso significa afirmar ser a constitucionalização do direito à vida desnecessária. Na verdade, sua natureza transcendental justifica, ao invés de refutar, sua internalização em determinado texto constitucional, sendo este o mecanismo hábil para conferir-lhe a maior proteção possível em uma ordem jurídico-constitucional como a nossa.

Quanto à eficácia dos direitos fundamentais do homem, José Afonso da Silva assinala serem “*as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais [normas] de eficácia contida e aplicabilidade imediata.*”³ Tal característica parece apropriada para o direito à vida, principalmente quando analisamos a forma como foi redigido no *caput* do artigo 5º. da Constituição da República de 1988, isto é, como direito inviolável.

1.1.1 Estudo das normas veiculadoras dos direitos fundamentais do homem na Constituição a partir do pensamento de Robert Alexy: Direito à Vida.

Preliminarmente, oportuno colocarmos que, dentre os enunciados normativos da Constituição da República de 1988 que expressam o direito à vida, 03 (três) deles - quais sejam, o *caput* dos artigos 5º., 227 e 230⁴ -, serão tomados como parâmetro para atravessarmos o ideário filosófico de Robert Alexy acerca das normas veiculadoras dos direitos fundamentais do homem. Isso posto, prossigamos.

² SILVA, José Afonso da. op. cit, p. 184.

³ Idem, Ibidem, p. 184.

⁴ Toda referência feita à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tomou por base a codificação disponibilizada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

2 Conceito Semântico de Norma: diferença entre enunciado normativo e norma relacionadas ao Direito Constitucional à Vida.

Aquilo posto, exsurge a pergunta: o que viria a ser um enunciado normativo e uma norma? Para responder tal questionamento, Alexy cunhou o *conceito semântico de norma*, cujos contornos foram idealizados com o fito de obter um modelo “*sólido o suficiente para constituir a base das análises que se seguirão e, de outro lado, suficientemente frágil para que seja compatível com o maior número possível de decisões [...]*.”⁵

Tomando por base esses conceitos, inverteremos a lógica das proposições e exemplificaremos antes de conceituarmos. Sendo assim, apresentamos como exemplo de enunciado normativo o *caput* do artigo 5º. da Constituição de 1988, e, correlacionado à ele, a norma segundo a qual *é inviolável o direito à vida de qualquer pessoa residente no Brasil*. Portanto, em linhas gerais, a diferença entre enunciado normativo e norma consiste na afirmação de que o primeiro corresponderia ao texto positivado e o segundo às suas implicações.

A propósito, do enunciado normativa e da norma utilizada como exemplo acima conseguimos extrair o seguinte enunciado deôntico: *É garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida*.

No entanto, questiona-se: qual a utilidade de estabelecer essa noção (de norma e enunciado normativo) para o presente trabalho? A utilidade reside justamente na diversidade de enunciados normativos que por ventura possam vir a expressar uma mesma norma ou a complementar a formação de uma norma geral relacionada a algum direito. E é este justamente o caso do direito em vetor. Recordem-se: foi feita menção a 03 (três) enunciados normativos da Constituição da República de 1988 relacionados ao direito à vida e, de um deles (*caput* do artigo 5º.), foi extraído uma norma e um enunciado deôntico.

Pois bem, os demais enunciados normativos mencionados, isto é, o *caput* dos artigos 227 e 230 da Lei Maior, não foram citados apenas para fins exemplificativos, mas sim, principalmente, para, neste momento, utilizarmos-nos como meio de explicitar outras normas, inseridas no Texto Magno, relacionados ao direito à vida. Vejamos eles:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida (artigo 227) – atentem-se para o princípio da prioridade absoluta aqui enxerto e na sua ausência na norma infra. Ele revela a solução para

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 52.

um eventual conflito entre o direito à vida de uma criança ou adolescente e um idoso: o direito à vida destes deverá ser prescindido em razão do direito à vida daqueles; e

A família, a sociedade e o Estado possuem o dever de amparar as pessoas idosas, atuando para que lhes sejam garantido o direito à vida (artigo 230).

Os enunciados deônticos retro, embora específicos, acabam por expressar a norma outrora extraída, qual seja, *a inviolabilidade do direito à vida de qualquer pessoa residente no Brasil*, porquanto crianças, adolescentes, jovens e idosos inserem-se no gênero *qualquer pessoa*. No entanto, a apreciação dos últimos permite-nos revelar aspectos inerentes àquela norma, pois, se o direito à vida é um direito inviolável, (a) a abstenção das práticas com potencialidade para violá-lo não é suficiente para garantir a completude do seu exercício, devendo, para tal, (b) serem adotadas medidas positivas que lhe garantam a efetivação, as quais (c) são da incumbência de todos.

Dessa elementar e até difundida ilação sobre os direitos fundamentais do homem, decorre, ainda que imperceptivelmente a primeira vista, 03 (três) enunciados deônticos (a, b e c), os quais exprimem, na ordem indicada no parágrafo anterior, modalidades deônticas de proibição (a), de permissão (b) e de competência (c), as quais se vê abaixo:

1. O direito à vida não pode ser violado;
2. Admite-se a prática de atos no sentido de garantir o pleno exercício do direito à vida; e
3. Compete a todos a realização do direito à vida.

Aprofundando a análise em torno, especificamente, da modalidade deôntica de proibição (a), percebemos o surgimento de uma interessante questão:

Se à pergunta 'posso estacionar aqui?' alguém responde 'você pode estacionar aqui', pode ele ter feito coisas diversas. Ele pode ter informado, àquele que perguntou, sobre uma situação jurídica, isto é, sobre uma norma válida [asserção]; mas ele pode também ter criado uma norma, caso tenha dado autorização para o estacionamento em terreno de sua propriedade.⁶

Trazendo o exemplo retro para o tema aqui enfrentado, a pergunta seria: podemos violar vida alguma, seja a nossa seja a de outrem? A resposta, diferentemente da segunda

⁶ ALEXY, Robert. op. cit, p. 62.

norma apresentada na citação supra, advirá do exercício da derivação, da asserção, e não da criação de normas, pois há um enunciado deôntico de proibição (a), extraído da norma relativa ao direito à vida (1), que veda a prática de qualquer ato atentatório a este direito, tornando-o *inviolável* para todos, inclusive seu titular. Trata-se, portanto, de um direito excluído, pela norma que o versa, da esfera da autonomia da vontade.

Trocando em miúdos, vimos um enunciado deôntico relacionado à criação de normas que envolvam o direito à vida, consistindo ele na *proibição da criação de normas tendentes a atentar contra o direito à vida de qualquer pessoa*. A propósito, Alexy denomina enunciados desse tipo de “*enunciados sobre validade normativa*.”⁷

Não traduz essa noção a afirmativa segundo o qual o direito à vida seria um direito absoluto. Não é este o telo do *caput* do artigo 5º. da Constituição da República de 1988. Por oportuno, Robert Alexy aborda precisamente o tema, uma vez que a Constituição alemã prevê a dignidade da pessoa humana como um direito igualmente inviolável e, em sua análise, similarmente entende não tratar tal construção da previsão oficial de um direito absoluto.⁸

2.1 Disposições de Direito Fundamental e Disposições Periféricas Associadas.

Modificando o foco do exame, é notório, como se viu, o fato de o direito à vida ser um direito fundamental do homem, sendo os enunciados normativos constitucionais a ele correspondentes, logicamente, disposições de direito fundamental – Alexy denomina os *enunciados normativos de direitos fundamentais* de *disposições de direito fundamental*⁹, nomenclatura última por nós adotada em alguns pontos, até por um critério de congruência. Sendo assim, sempre que se falar em disposições de direito fundamental significa dizer que estamos tratando de um enunciado normativo de direito fundamental.

Isso posto, surge a seguinte indagação: como identificar um enunciado normativo constitucional como sendo de direito fundamental, ou seja, como distinguir se ele é ou não uma disposição de direito fundamental? A resposta, em vista da sistemática da Constituição de 1988, poderia ser resumida na primeira parte (1) da citação infra, contudo, diferentemente, a sua última parte (2) acaba apresentando as razões pelas quais não devemos concluir da primeira maneira e, por derradeiro, para aprofundarmos a problemática:

⁷ ALEXY, Robert. op. cit, p. 63.

⁸ Idem, Ibidem, p. 111.

⁹ Idem, Ibidem, p. 66.

[...] normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição [...]. Essa resposta apresenta dois problemas. O primeiro consiste na pressuposição da existência de um critério que permita dividir os enunciados da Constituição [...] entre aqueles que expressam normas de direitos fundamentais e aqueles que não as expressam [...]. O segundo problema consiste em saber se, de fato, aos direitos fundamentais da Constituição [...] pertencem somente aquelas normas expressas diretamente por enunciados da própria Constituição.¹⁰

Com efeito, indaga-se: o Título II do Texto Magno corresponde a fixação de um critério interno para a separação dos enunciados normativos constitucionais veiculadores dos direitos fundamentais do homem dos demais? Somente aqueles enunciados podem ser qualificados como disposições de direitos fundamentais?

Para ambos os questionamentos adotamos uma resposta negativa, principalmente em virtude do § 2º. do artigo 5º. da Constituição da República de 1988, que positivou a operacionalidade, na ordem constitucional pátria, das chamadas *disposições periféricas associadas* (Friedrich Klein)¹¹, ou seja, normas constitucionais não inseridas no rol especificamente previsto na Constituição para a positivação dos direitos fundamentais, mas cujos predicados direcionam a exegese no sentido de serem compreendidas como tais.

Destarte, o *caput* dos artigos 227 e 230, por estarem intrinsecamente relacionados com o *caput* do artigo 5º., todos da Lei Maior, e em virtude, ainda, da disposição do § 2º. do último dispositivo, podem ser considerados disposições de direitos fundamentais.

A propósito, Paulo Gustavo Gonet Branco informa a prática de o Supremo Tribunal Federal adotar, como critério para a identificação dos enunciados normativos de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional específico, o exame da existência de um vínculo entre o bem jurídico protegido e alguns dos valores essenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana, mencionando, como um desses valores, o direito à vida.¹²

2.2 Da Abertura Semântica e Estrutural Dos Direitos Fundamentais do Homem.

Seguindo a linha de raciocínio, a gama de questões enxertas em dado direito fundamental e a redação lacunosa propositalmente utilizada em suas positavações nos leva a

10 ALEXANDER, Robert. op. cit, p. 66.

11 Idem, Ibidem, p. 68.

12 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 393.

concluir pela possibilidade de se extrair deles diversas interpretações, ou mesmo enunciados deônticos.

A previsão constitucional genérica do direito à vida (artigo 5º., *caput*) não foge à regra, sendo seu arranjo positivo semântica e estruturalmente aberto: semanticamente aberto, porque seu elemento central – a vida – é extremamente indeterminado; e estruturalmente aberto, em razão da impossibilidade de se determinar se a norma ali consagrada deve ser realizada pelo Estado mediante um agir positivo e ou negativo.

Porém, já se viu que as disposições periféricas associadas (artigos 227 e 230 do Texto Magno) à norma geral (artigo 5º., *caput*, da Constituição da República de 1988) revelam um dever solidário (Estado, sociedade e família), positivo e negativo, para com a efetivação do direito à vida. Portanto, a abertura estrutural aqui não se mostra presente. Diametralmente diversa é a inferência quanto à abertura semântica do direito à vida, cuja amplitude pode ser adjetivada, inclusive, de imensa, devendo ela, por sua vez, ser “*enfrentada por meio do estabelecimento de regras semânticas*”¹³, notadamente pelo Supremo Tribunal, consistindo tal tarefa na fixação daquilo que deve ser entendido por vida e outros – o qual foi feito, ao menos em termos, na Ação Direita de Inconstitucionalidade 3510/DF.

No entanto, a implicação mais interessante da abertura semântica dos direitos fundamentais do homem não figura no meio de superá-la (superar a abertura semântica), mas sim na forma de concretizá-los (concretizar estes direitos), afinal: como realizar direitos tão genéricos? A forma de operacionalizá-los subsumi-se justamente na utilização de enunciados deônticos (permissão, proibição e competência), também conhecidos como asserções, normas derivadas ou normas atribuídas.

Porém, para uma asserção dessa natureza ser válida, ela precisa, evidentemente, manter uma relação de congruência, de compatibilidade com a norma derivante, isto é, com o enunciado normativo e a norma da qual se originou. Sobre o tema, vejamos as precisas palavras de Robert Alexy:

Se normas desse tipo não fossem aceitas, não ficaria claro o que é obrigado, proibido ou permitido de acordo com o texto constitucional [...]. Esse tipo de relação entre as normas mencionadas e o texto constitucional deve ser denominado 'relação de refinamento'. Além dessa, há uma segunda relação especial com o texto constitucional, isto é, com a norma por ele diretamente expressa. [...] Trata-se [...] de uma relação de fundamentação entre a norma a ser refinada e a norma que refina.¹⁴.

13 ALEXY, Robert. op. cit, p. 70.

14 ALEXY, Robert. op. cit, p. 72.

Como consequência dessa relação de refinamento, situa-se a possibilidade do surgimento de um número de normas derivadas comparável à infinitude da criatividade humana. Destarte, além de determinar quais normas mantêm uma relação de congruência com a norma derivante, é preciso diferenciar aquelas que derivam efetivamente de disposições de direitos fundamentais daquelas que não derivam. Para tal, Alexy apresenta esta proposição: “[...] *uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.*”¹⁵

Nesse diapasão, o jurista alemão concluiu serem “*normas de direitos fundamentais não somente normas que são expressas diretamente pelo texto constitucional, mas também normas do tipo acima mencionado*”¹⁶, ou seja, normas atribuídas, derivadas, refinadas, asserções, desde que, como se viu, sua fundamentação refira-se à direitos fundamentais do homem e mantenham uma relação de congruência com a norma derivante.

Na mesma linha, Paulo Gustavo Gonet Branco aponta como elemento material para a caracterização de um direito fundamental do homem a realização, em dado momento histórico, do valor da dignidade da pessoa humana.¹⁷

2.2.1. Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais do Homem.

Avançando, passaremos agora para o estudo da estrutura das normas de direitos fundamentais, especialmente a diferenciação entre regras e princípios. Preliminarmente, vale estabelecer a seguinte premissa: normas são regras e ou princípios e o ponto fulcral para a distinção entre ambas é a qualidade não o grau.

Estabelecida a diferença essencial, convém questionarmos: em qual das espécies se insere o direito à vida? A resposta não carece de grandes pormenores, pois é notória: o direito à vida é uma norma-princípio. Entretanto, não se olvidando aquilo, da ilação sobre a natureza principiológica da norma veiculadora do direito à vida defluem considerações fulcrais para o estabelecimento dos contornos teóricos acerca de sua concretização, como se vê:

Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras [...].¹⁸
Se esse critério fosse correto, princípios não poderiam servir como razões diretas para decisões concretas. [...] Mas, a partir de uma análise mais

15 Idem, Ibidem, p. 74.

16 Idem, ibidem, p. 72.

17 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit, p. 271.

18 ALEXY, Robert. op. cit, p. 88.

detalhada, essa concepção mostra-se incorreta. Regras podem ser razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas.

[...]

O caminho que vai do princípio [...] até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto.¹⁹

Importante situar que a tese sobre a utilização dos princípios como razão direta para decisões concretas vem impregnada por fortes influências neoconstitucionalistas, caracterizando a chamada teoria da *força normativa dos princípios*. Esses conceitos abalam a noção, já a algum tempo combalida, de que princípios necessitariam de um ato normativo regulatório para operar seus efeitos.²⁰ Tal não é uma condição *sine qua non* (sem a qual não pode ser). O regulamento traz uma especificação recomendável, é verdade, todavia os princípios operam, tal qual todas as normas constitucionais, efeitos mínimos, quais sejam, (1) o de servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade, (2) de fonte de interpretação e (3) de recepção.

A propósito e especificamente, a simples inscrição do direito à vida no texto constitucional como um direito inviolável é mais do que suficiente para justificar a sua aplicação direta. Somado a isso, não podemos perder de vista que o direito à vida foi insculpido como uma norma constitucional de eficácia contida, cuja aplicação é imediata e independente.

Todavia, a utilização de um princípio como razão direta para uma decisão concreta carece, como apontou Alexy, do estabelecimento de uma *relação de preferência*, intimamente relacionada com a *lei de colisão*. Mas afinal, o que viria a ser *relação de preferência* e *lei de colisão*?

Havendo colisão entre dois princípios, a lógica indica a prevalência de um em prejuízo do outro. O que a lógica não revela é que sua prevalência não se dará a partir de uma relação de validade, e sim pela dimensão do peso (Ronald Dworkin)²¹, donde decorrerão consequências diagonalmente distintas. Ocorre o seguinte: em dada situação, um dos princípios colidentes terá peso maior, devendo, por esta razão, prevalecer sobre o outro. Entretanto, em outra situação, este poderá sobrepor-se àquele. Não há, com efeito, uma

¹⁹ Idem, *Ibidem*, p. 108.

²⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário no. 477554/MG. Rel. Min. Celso de Mello. J. 16.08.2011. P. 26.08.2011.

²¹ ALEXY, Robert. op. cit, p. 94.

relação de precedência pré-determinada. Pelo contrário, há uma relação de precedência condicionada.²²

Convém esclarecer, todavia, ser essa noção de peso dos princípios uma metáfora. Evidentemente que na análise de qual princípio colidente irá prevalecer não se fará uso de uma balança. Os "pesos" ora mencionados não são quantificáveis em quilos, arrobas ou toneladas. Considerar-se-á de maior peso certo princípio se, em determinado caso, sob determinadas condições, houver razões suficientes para a sua prevalência.

Contudo, o estabelecimento de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Na verdade, a própria nomenclatura *lei de colisão* denota a existência de uma lei, de uma norma, de uma norma-regra. Isso porque, “*as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.*”²³ Em outras palavras, a hipótese através da qual dado princípio possui preferência sobre outro constitui os elementos para o estabelecimento de uma regra que determinará os seus efeitos jurídicos naquela situação onde se deu o conflito – resumidamente, ponderação.

Assim, deparamo-nos com o motivo determinante para Robert Alexy apontar a *lei de colisão* como um dos elementos para que os princípios sirvam como razão para decisões concretas: a partir do conflito entre princípios é possível reverter a abstratividade do princípio prevalente através das condições em que ele, devidamente ponderado, prevaleceu, consistindo tais condições na regra mediante a qual aquela hipótese fática reger-se-á. E vejam: essa regra é fruto de um exercício hermenêutico, não da técnica formal de elaboração das leis,

Por sua vez, relação de preferência, como já se assinalou, consiste-se na fixação das condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Ela também é denominada, em terminologia, a nosso juízo, mais completa, de *relação de precedência condicionada*, porquanto, “*sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária.*”²⁴ Sendo assim, lei de colisão é a regra pela qual um princípio regerá diretamente dada situação e relação de preferência são as condições sob as quais este princípio prevalecerá quando contraposto à outro.

22 O postulado vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente nos casos de não pagamento de precatório: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Informativo no. 164. Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 13.12.2003, P. 14.11.2003; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Informativo no. 3601. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 08.05.2003, P. 22.08.2003.

23 ALEXY, Robert. op. cit, p. 99.

24 ALEXY, Robert. op. cit, p. 96.

Por fim, vale acentuar que Robert Alexy explica estes conceitos tomando como exemplo um caso onde o direito à vida era um dos princípios em choque, tendo ele, naquela situação, prevalecido (BverfGE 51²⁵).

Aproveitando a oportunidade, entendemos ser o direito à vida um princípio com peso axiológico diferenciado, podendo ser classificado, nessa sistemática de grandezas, como um princípio mais denso, com maior massa, massa valorativa. Todavia, a diferença dele para os demais princípios está na medida necessária para tutelar, com a intensidade necessária, o bem da vida por ele abarcado, não para torná-lo “*hors concours*” na relação de sopesamento. Ademais, pode ele ainda concorrer com princípios de “igual monta”, como o próprio direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Em suma, pode o direito à vida ser ponderado.

No entanto, inobstante a isso, consideramos o direito à vida um princípio com presunção relativa de precedência, em virtude de o bem da vida por ele tutelado possuir um prestígio distinto e, com efeito, carecedor de tratamento especial, sendo ele a própria vida humana, a qual não pode ser tratada pelos critérios ordinários, porquanto a vida não é ordinária.

2.3 Da constitucionalização dos Direitos Fundamentais do Homem.

Segundo Canotilho, o local exato para a positivação dos direitos fundamentais do homem é a Constituição da nação. Sem uma positivação jurídica com tal status, alega o autor, “os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política.”²⁶

Este processo de internalização constitucional dos direitos fundamentais do homem é denominado pelo doutrinador lusitano de *constitucionalização*²⁷, de cujos efeitos principais – (a) aplicação e (b) interpretação dos direitos fundamentais como normas jurídicas vinculantes - decorrem dois corolários: (1) o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais humanos independente da atuação do constituinte derivado e (2) a proteção desses direitos mediante as técnicas de controle de constitucionalidade, cujos efeitos da decisão são vinculantes, *erga omnes* e, em regra, *ex tunc*. Soma-se a essa listagem, a possibilidade do controle de constitucionalidade das omissões, notadamente em virtude da noção retro-

25 Idem, Ibidem, p. 97.

26 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

27 Idem. Ibidem, p. 498.

apresentada acerca da aplicação direta dos princípios veiculadores de direitos fundamentais e da Teoria da Eficácia Mínima das Normas Constitucionais.

Podemos citar ainda como fruto desse processo de constitucionalização, a clara demonstração dada pelo constituinte acerca de qual deve ser o papel desempenhado pelos direitos constitucionalizados no novel cenário jurídico, ou seja, um papel de destaque, proeminente, notadamente quando postos como cláusulas pétreas, cujos efeitos psicossociológicos são extremamente importantes, porquanto as pessoas possuem a tendência de internalizar e potencializar a importância dos bens jurídicos albergados na Constituição, mormente os fundamentais e especialmente os petrificados.

2.4 Dos Fundamentos formais e materiais para a tutela constitucional dos Direitos Fundamentais do Homem.

O significado dos direitos fundamentais para determinado sistema jurídico é o resultado da soma de 02 (dois) fatores: da sua fundamentabilidade formal e da sua fundamentabilidade material. Quanto à primeira, podemos conceituá-la como:

a) *“A fundamentabilidade formal das normas de direitos fundamentais decorre de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”*²⁸;

b) *“Na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais compõem a base da ordem jurídica, sendo certo que a afirmação e o asseguramento dos direitos fundamentais é condição de legitimidade do Estado de Direito”*²⁹;

c) *“A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação.”*³⁰

A propósito, a estrutura jurídico-constitucional de cada ordenamento opera forte influência sobre a fundamentabilidade formal. Por exemplo, haveria uma grande disparidade

28 ALEXY, Robert. op. cit, p. 520.

29 MORAES, Guilherme de Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 484.

30 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit, p. 300.

de tratamento de uma Constituição flexível para uma Constituição rígida, onde, na primeira, não haverá de se falar em controle de constitucionalidade, já na segunda, haverá controle, devendo ser observados não só os critérios procedimentais, como também a substância dos assuntos abordados.

Como consequência prática da fundamentabilidade formal das normas de direitos fundamentais estão (1) o reconhecimento e (2) a garantia dos direitos fundamentais do homem independentemente da atuação do constituinte derivado, (3) a proteção desses direitos mediante as técnicas atinentes ao controle de constitucionalidade, quando não inseridos no bojo de uma Constituição flexível, (4) uma visão diferenciada do bem da vida tutelado, não somente individualista, mas como um valor em si, a ser preservado e fomentado, legitimando, inclusive, restrições ao próprio direito, (5) a comunicação de uma eficácia irradiante, (6) o ensejo do dever de proteção e prevenção estatal contra agressões praticáveis contra esses direitos, bem como a necessidade de adoção de medidas positivas.

A propósito, quanto ao último, finalizando a parte da fundamentabilidade formal:

Esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física. O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais.

[...]

É conhecida a decisão do Tribunal Constitucional alemão que, a respeito do direito à vida, afirmou que ao Estado é vedado não somente intervir sobre a vida em formação, como se lhe impõe a obrigação de proteger essa vida, inclusive valendo-se de normas de direito penal, desde que não exista outro meio eficiente para preservar o bem tutelado.³¹

Em relação à fundamentabilidade material, podemos defini-la como:

a) *“Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”*³²;

b) *“Na perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais conferem aos titulares a pretensão a que se adote um determinado comportamento, positivos ou negativo, em respeito à dignidade da pessoa humana”*³³;

31 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit, p. 301.

32 ALEXY, Robert. op. cit, p. 522.

33 MORAES, Guilherme de Peña. op. cit, p. 483.

c) *“A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de [...] ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou [...] da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.”*³⁴

Para Canotilho, o motivo capital para a fundamentabilidade material situa-se no fato de os direitos fundamentais do homem servirem de constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Com efeito, a inserção de dado direito fundamental em uma ordem jurídica modifica as bases axiológicas e finalísticas da sociedade por ela regida, decorrendo na abertura da Constituição e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico para outros direitos fundamentais. Daí Canotilho extrai o *princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais*.³⁵

Assim, Canotilho desvincula-a (a fundamentabilidade material) da noção de Constituição escrita ou mesmo formal, citando como exemplo a tradição inglesa do "Common-Law" (precedentes), onde, a retórica jurídica, compatibilizada com as mudanças da sociedade, deflagraram a ampliação semântica da aplicação dos direitos fundamentais e a abertura do ordenamento para outros direitos, como se verá no histórico infra.

A fundamentabilidade material encontra terreno fértil em nosso ordenamento jurídico, pois o Supremo Tribunal Federal e a doutrina entendem unissonamente que os direitos fundamentais do homem estão espalhados por todo o corpo da Constituição de 1988, podendo, inclusive, seu campo ser ampliado externamente (artigo 5º., §2º., da CRFB/88), e passíveis, quando decorrente de Tratados Internacionais não aprovados no rito do § 3º. do artigo 5º. da CRFB/88, de operar efeitos supraleais. Ademais, admite-se, igualmente com fulcro do § 2º. do artigo 5º. da Lei Magna, a existência de direitos fundamentais implícitos, tal qual a proporcionalidade e a busca da felicidade³⁶, intimamente relacionados com o direito à vida.

Somando-se aos fundamentos formais e materiais para a inserção dos direitos fundamentais do homem na Constituição, não podemos deixar de citar os fundamentos psicossociológicos, segundo os quais a constitucionalização de determinado bem da vida termina por conotar-lhe uma importância diferenciada, superior, o que acaba influenciado toda a ordem jurídica através da irradiação desse ideal. Para o direito à vida, este viés é extremamente importante, pois trata-se de um direito cujo bem da vida tutelado, e ele próprio,

34 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit, p. 300.

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. p. 499.

36 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário no. 477554/MG. Rel. Min. Celso de Mello. J. 16.08.2011. P. 26.08.2011.

carece de valorização, figurando a imperiosidade de tal atitude estampada na situação deplorável vivenciada por não poucas pessoas.

2.4.1 *Evolução histórica.*

Os remanescentes históricos dos direitos fundamentais do homem são comumente atribuídos à “*Virgínia Bill of Rights*” (Declaração de Direitos do Cidadão de Virgínia) e à “*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*” (Declaração de Direitos do Homem e da Cidade) de, respectivamente, 1776 e 1789. Todavia, como assinala Canotilho, “*o processo histórico não é assim tão linear*”³⁷ e, considerando que o presente estudo não possui como meta traçar, com profundidade típica de um historiador, os precedentes históricos de coisa alguma, faremos, assim como o autor lusitano, uma análise dos principais momentos de consciencialização sobre os direitos fundamentais do homem.

José Afonso da Silva, filiando-se às teses defendidas por Lewis H. Morgan na obra “*La Sociedad Primitiva*”, expõe que o “*reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente.*”³⁸ Para o autor brasileiro, o reconhecimento desses direitos não se trata de uma conquista, mas sim da reconquista de algo existente antes de a sociedade passar a ser regida pelo sistema da apropriação privada:

[...] aparece uma forma social de subordinação e de opressão, pois o titular da propriedade, mormente da propriedade territorial, impõe seu domínio e subordina tantos quantos se relacionem com a coisa apropriada. Surge, assim, uma forma de poder externo à sociedade, que, por necessitar impor-se e fazer-se valer eficazmente, se torna político. E aí teve origem a escravidão sistemática, diretamente relacionada com a aquisição de bens. O Estado, então, se forma como aparato necessário para sustentar esse sistema de dominação. O homem, então, além do empecilhos da natureza, viu-se diante de opressões sociais e políticas, e sua história não é senão história das lutas para delas se libertar, e o vai conseguindo a duras penas.³⁹

Por sua vez, Alexandre de Moraes viaja até a fértil história do Egito antigo e da Mesopotâmia para situar a origem dos direitos fundamentais, rememora os direitos comuns codificados no Código de Hamurábi (1600 a.C.), dentre eles, a vida – trata-se, provavelmente, da primeira codificação do direito à vida.⁴⁰

Já na Antiguidade, os direitos fundamentais, como narra o supracitado autor, apresentaram- -se, ainda que longe da concepção atual, de forma mais organizada. José

37 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. p. 500.

38 SILVA, José Afonso da. op. cit, p. 153.

39 Idem, Ibidem, p. 154.

40 MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24.

Afonso da Silva lembra que já nessa época, em Atenas, lutava-se pelas liberdades políticas⁴¹. Porém, como acentua Canotilho, a noção de direitos fundamentais não obteve, nesse período, aplicação fática⁴², permanecendo no universo filosófico-abstrato e sufocado por crenças e conceitos de um tempo que experimentou o sabor do conhecimento de grandes pensadores, como Platão e Aristóteles, e o desgosto, por muito mantido, da escravidão, considerada, até mesmo pelos citados filósofos, como algo natural.

No Direito Romano, foi possível perceber traços dos direitos fundamentais, tais como o “*Interdicto de Homine Libero Exhibendo*”, antecedente do Habeas Corpus. Todavia, todos igualmente limitados pelos conceitos de sua época, ou seja, exclusivo para as classe mais abastadas da sociedade.

A Idade Média notabilizou-se como sendo o momento onde surgiram os antecedentes mais diretos dos direitos fundamentais do homem. Nessa época, floresceram as cartas de franquia, pactos ou forais, caracterizados por serem documentos concedidos pelos reis aos vassallos outorgantes de proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais, dos quais destacam-se a Magna Carta, de 1215, a “*Petition of Rights*”, de 1628, o “*Habeas Corpus Amendment Act*”, de 1679, e a “*Bill of Rights*”, de 1688, todas inglesas.

Canotilho explica que tais documentos não representam uma precisa manifestação dos ideais dos direitos fundamentais, pois destinavam-se a grupos específicos - a aristocracia feudal.⁴³ No entanto, as cartas de franquia forneceram abertura para a transformação dos direitos então corporativos em direitos de todos, conforme as mudanças conceituológicas iam se operando no seio da sociedade (*common law*) - por exemplo, quando a extensão do conceito de homem livre passou a se tornar mais abrangente, os direitos conferidos à homens livres necessariamente passaram a abranger um número maior de pessoas. Ainda assim, em nenhum dos citados documentos foi tutelado, de forma minimamente direita, o direito à vida.

Quanto à burguesia, Canotilho situa que no século XVII, Hobbes, analisando o contrato social, acabou por legitimar poderes absolutos ao soberano e, diferentemente, Locke, confrontando-se a este modelo centralizador, onde a burguesia acabava marginalizada e a nobreza eternizada em sua posição privilegiada, passou a defender a autonomia privada, concentrada no direito à vida, à liberdade e à propriedade⁴⁴. Vê-se aqui o porquê de o direito à

41 SILVA, José Afonso da. op. cit, p. 154.

42 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. p. 501.

43 Idem, Ibidem, p. 502.

44 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. p. 503.

vida ser qualificado como um direito cuja origem remonta, na clássica divisão de Bobbio, à 1ª. (primeira) geração dos direitos fundamentais do homem.

Já no século XVIII, como fora apontado no começo, surgem as primeiras Declarações de Direitos Fundamentais modernas, sendo a Declaração de Virgínia, de 1776, a responsável por inaugurar esse rol. Traz ela, já em seu artigo 1º., a previsão do direito à vida:

I. Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.⁴⁵

As Declarações de Direitos do século XVIII importaram os ideais de limitação de poder do soberano e de supremacia do Parlamento de períodos anteriores, mas inspiram-se, para tal, como se viu na citação supra, na existência de direitos naturais do homem (jusnaturalismo), primando, portanto, pela igualdade, e inaugurando, com efeito, a 2ª. (segunda) geração ou dimensão dos direitos fundamentais. Corolário dessa noção é o presente trecho da Declaração de Independência Estadunidense, onde novamente encontramos a previsão do direito à vida:

Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre eles, estão a vida, a liberdade e busca da felicidade; que, a fim de assegurar esses direitos, instituem-se entre os homens os governos, que derivam seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para lhe realizar a conveniência e felicidade.⁴⁶

No mesmo século desponta, juntamente com os documentos de origem estadunidense, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Vejam, juntamente, não como decorrência das obras estadunidenses, porquanto adotamos o mesmo entendimento de José Afonso da Silva, o qual, citando Boris Mirkine-Guetzévitch⁴⁷, defende que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não foi diretamente influenciada pela Declaração de Virgínia, mas sim pautada nos mesmos elementos fundamentantes desta,

45 Estados Unidos. Declaração de Virgínia, de 1776. 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/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

46 Estados Unidos. Declaração de Independência. Disponível em: <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/independencia_eua.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

47 SILVA, José Afonso da. op. cit, p. 161.

quais sejam, a reação ao Estado absolutista e feudal. Na verdade, aponta o autor brasileiro, a Declaração de Direitos francesa tomou por base as técnicas da Declaração de Virgínia, não suas fontes.

Desembarcando no início do século XX, encontramos as lutas do proletariado e o nascimento das teorias socialistas e das primeiras Declarações Universais dos Direitos do Homem. A propósito, a seguinte passagem de José Afonso da Silva sintetiza esse novo momento histórico e a mudança de enfoque, bem como de titularidade, dos movimentos impulsionadores dos direitos fundamentais do homem:

Isso se explica no fato de que a burguesia, que desencadeara a revolução liberal, estava oprimida apenas politicamente, não economicamente. Daí por que as liberdades da burguesia liberal se caracterizam como liberdades-resistência ou como meio de limitar o poder, que, então, era absoluto. No entanto, o desenvolvimento industrial e a consequente formação de uma classe operária logo demonstraram insuficiência daquelas garantias formais [...]. Pois a opressão não era, em relação a ela, apenas de caráter político formal, mas basicamente econômico. Não vinha apenas do poder político do Estado, mas do poder econômico capitalista. De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe, de condições materiais para exercê-las.⁴⁸

No século XVIII e XIX o homem era visto abstratamente, desvinculado da realidade de vida, despojado das características diferenciadoras de seu eu no plano social, econômico, jurídico. Todavia, curiosamente, as críticas a este sistema de liberdade e igualdade segregador não foram inauguradas no século XX, porquanto já eram reconhecidas anteriormente, sendo o grande mérito deste novo século o rompimento efetivo com tal modelo.

Contudo, a característica mais marcante das Declarações de Direitos Fundamentais do século XX não foi o socialismo, mas sim o universalismo, já presente na Declaração francesa, de 1789. O objetivo desse conceito é estender a defesa dos direitos humanos à todos os indivíduos em todos os países. Nesses pilares foi que a Declaração Internacional dos Direitos do Homem, de 1929, previu o direito à vida:

Artigo 1º. É dever de todo Estado reconhecer a todo indivíduo o igual direito à vida, à liberdade, e à propriedade, e dar a todos que vivem em seu território, plena e inteira proteção destes direitos, sem distinção de nacionalidade, de sexo, de raça, de língua ou de religião.⁴⁹

A partir da década de 60 começa a tomar forma a categoria de direitos posteriormente denominada de 3ª. (terceira) geração. Também a partir da década de 60 verificou-se a

48 SILVA, José Afonso da. op. cit, p. 163.

49 Organização das Nações Unidas. Declaração Internacional dos Direitos do Homem, de 1929. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/mandato-sobre-a-palestina-1922.html>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

massificação da previsão do direito à vida nas Declarações de Direitos Fundamentais, dentre elas a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, de 1981, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, a Encíclica "*Pacem in Terris*", de 1963. A propósito, a previsão sobre o direito à vida enxerta no último texto merece transcrição, em virtude de sua abrangência:

11. E, ao nos dispormos a tratar dos direitos do homem, advertimos, de início, que o ser humano tem direito à existência, à integridade física, aos recursos correspondentes a um digno padrão de vida: tais são especialmente o alimento, o vestuário, a moradia, o repouso, a assistência sanitária, os serviços sociais indispensáveis. Segue-se daí que a pessoa tem também o direito de ser amparada em caso de doença, de invalidez, de viuvez, de velhice, de desemprego forçado, e em qualquer outro caso de privação dos meios de sustento por circunstâncias independentes de sua vontade.⁵⁰

Não podemos deixar de citar, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto São José da Costa Rica), que também traz consigo a previsão do direito à vida:

Artigo 4º. Direito à vida

§1. Toda pessoa tem o 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.⁵¹

Portanto, a massificação do direito à vida nas Declarações de Direitos Fundamentais constitui fato recente, tendo ganhado maior monta a partir da década de 60. Com relação ao processo de evolução dos direitos fundamentais, atualmente podemos afirmar ser a nova tendência a integração dos textos normativos internacionais veiculadores desses direitos com os nacionais, no afã de se levar ao extremo o universalismo.

Na viagem pela história do constitucionalismo brasileiro, a primeira parada obrigatória, ao menos em uma análise perfunctória, deve se operar na Constituição do Império de 1824. Entretanto, com relação ao direito à vida, nesse texto constitucional não figura qualquer disposição expressa, pois a Constituição de 1824 era eminentemente privatista, centrada no direito à propriedade e à liberdade, e mesmo contando com um rol de 35 (trinta e

50 Vaticano. Encíclica do Papa João Paulo XXIII: "*Pacem in Terris*", de 1993. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/enciclica-do-papa-joao-xxiii-qpacem-in-terrisq.html>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

51 Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

cinco) direitos civis e políticos em seu artigo 179⁵², os quais, em alguns pontos, em muito se assemelham aos contemporâneos direitos fundamentais do homem, a nomenclatura atribuída não deixam dúvidas quanto à sua intenção.

Igualmente, a Constituição da República de 1891, onde a palavra vida só se mostra presente no artigo 7º. das Disposições Transitórias⁵³, com o fito de garantir ao ex-Imperador do Brasil uma pensão, a ser fixada pelo Congresso Nacional em sua primeira reunião, que lhe possibilitasse subsistência decente, a perdurar por toda a sua vida. Pena que o mesmo não foi garantido para o restante da população.

Na verdade, a primeira enunciação constitucional do direito à vida aparece na Constituição de 1934, quando da previsão, em seu artigo 115⁵⁴, que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos uma existência digna. O dispositivo, embora antigo, já apresentava a noção qualitativa mínima para a caracterização da vida humana, porquanto se refere, ao invés da simples existência, à existência digna.

Da Constituição de 1934 em diante, o direito à vida figura presente em todos os textos constitucionais pátrios. Nessa linha, na Constituição de 1937 consta a previsão do direito à vida atrelado aos direitos da infância e do adolescente em seu artigo 127⁵⁵, visando assegurar a essas pessoas condições de vida sã.

Contudo, foi a partir da Constituição de 1946 que a previsão do direito à vida passou a ser feita nos moldes em que figura atualmente na sua previsão geral, qual seja, no *caput* do artigo 5º. da Constituição de 1988. Dessarte, vejamos o que diz o artigo 141 da Constituição de 1946:

Artigo 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 à propriedade, nos termos seguintes:⁵⁶

52 Toda referência feita à Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, tomou por base a codificação disponibilizada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>.

53 Toda referência feita à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, tomou por base a codificação disponibilizada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>.

54 Toda referência feita à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, tomou por base a codificação disponibilizada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>.

55 Toda referência feita à Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, tomou por base a codificação disponibilizada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao37.htm>.

56 Toda referência feita à Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, tomou por base a codificação disponibilizada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>.

Igual é a redação do artigo 150⁵⁷ da Constituição de 1967 e o texto do artigo 153⁵⁸ da Emenda Constitucional 01, de 17 de outubro de 1969, que alterou substancialmente a Constituição de 1967.

Passando, finalmente, para a análise do texto constitucional de 1988, constata-se, após uma leitura geral, ter ele abarcado todas as disposições das Constituições anteriores relacionadas ao direito em vetor, tendo, ademais, inovado em alguns aspectos. Senão vejamos: correspondente ao disposto no artigo 115 da Constituição de 1934, temos o artigo 170 da atual Constituição da República de 1988, onde figura, inclusive, igualmente ao texto histórico, a garantia da existência digna; paralelo ao disposto no artigo 127 da Constituição de 1937, vemos o artigo 227 da Lei Magna vigente; já para os artigos 141 da Constituição de 1946, 150 da Constituição de 1967 e 153 da Emenda Constitucional 01/69, que alterou a Constituição de 1967, encontramos a redação do *caput* do artigo 5º. da do Texto Magno de 1988.

Por outro lado, como se disse, a atual ordem constitucional inovou quando estabeleceu no seu artigo 227 a essencialidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado para uma sadia qualidade de vida, bem como quando erigiu em seu artigo 230 a responsabilidade solidária (Estado, sociedade e família) para a garantia do direito à vida das pessoas idosas.

Do descrito infere-se, primeiramente, a valorização da positivação jurídico-constitucional do direito à vida; secundamente, a especificação de sua previsão, haja vista ser ele prescrito em face dos direitos da criança e do adolescente, dos idosos, do meio ambiente, da ordem econômica e financeira; e, silogisticamente, a valorização de sua quantia como um todo, a intenção de se adotar maior deferência ao bem da vida por ele tutelado, o desejo de ampliar a sua efetivação e a previsão de sua aplicação a partir de critérios específicos.

A última ilação - de sua aplicação a partir dos critérios específicos - se dá em virtude de a própria Constituição da República de 1988 estabelecer formas distintas de se aplicar o direito à vida. Por exemplo, como norma geral, foi insculpido o *caput* do artigo 5º., onde a vida foi posta como um bem da vida inviolável, a ser garantido à qualquer pessoa residente no país – deve ser interpretado de forma ampliativa. Já no *caput* do artigo 170 o direito à vida, sob a denominação de *existência digna*, foi colocado como um dos objetivos a serem alcançados pela ordem econômica.

57 Toda referência feita à Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967, tomou por base a codificação disponibilizada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o67.htm>.

58 Toda referência feita à Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969, tomou por base a codificação disponibilizada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>.

A diferença desta construção para aquela é sensível, pois ali a garantia do direito à vida foi tratada por uma norma programática e acolá como uma norma de direito fundamental. A principal consequência advinda dessa dicotomia situa-se no tratamento jurídico dispensado para ambas as modalidades de normas constitucionais, pois princípios programáticos são vistos como normas de eficácia limitada, enquanto direitos fundamentais do homem são considerados normas de eficácia contida.

Prosseguindo na guisa ilustrativa, diferente das disposições constitucionais acima (*caput* dos artigos 5º. e 170), no artigo 225 erigiu-se uma condição para a realização do direito à vida, qual seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, donde decorre a necessidade de a vida desenvolver-se em um cenário com água potável, ar salubre, saneamento básico, dentre outros. Essa concepção acaba sendo tomada como parâmetro para estender à outros direitos o status de condição para a realização do direito à vida sob seu prisma mais amplo e, para nós, mais correto, tais como a saúde, a educação, a segurança pública.

Já no artigo 227 da Constituição de 1988, foi estabelecida a responsabilidade solidária de se garantir, com absoluta prioridade, o direito à vida às crianças e adolescentes. Semelhante é a redação do artigo 230 – fala-se apenas em prioridade –, aqui se referindo às pessoas idosas.

3 Início da Vida.

Sem resquício de dúvida, o tema “quando se inicia a vida?” é, no que tange ao direito à vida, a grande vedete. Supera, atualmente, as famigeradas e importantes discussões acerca da legalização do aborto, da eutanásia e assemelhados. Quando se fala de vida, os juristas logo questionam: afinal, para o direito, quando ela começa?

Essa pergunta vem sendo repetida há milênios, sem se ter alcançado um posicionamento pacífico:

Saber onde começa a vida é uma pergunta antiga. Tão velha quanto a arte de perguntar – a questão despertou o interesse, por exemplo, do grego Platão, um dos pais da filosofia. [...] Ele acreditava que a alma entrava no corpo apenas no momento do nascimento.

[...]

Contemporâneo e pupilo de Platão, Aristóteles afirmava que o feto tinha, sim, vida. E estabelecia até a data do início: o primeiro movimento no útero materno. No feto do sexo masculino, essa manifestação aconteceria no 40º dia de gestação. No feminino, apenas no 90º dia – Aristóteles acreditava que as mulheres eram física e intelectualmente inferiores aos homens e, por isso, se desenvolviam mais lentamente. Como naquela época não era possível determinar o sexo do feto, o

pensamento aristotélico defendia que o aborto deveria ser permitido apenas até o 40º dia da gestação.

A teoria do grego Aristóteles sobreviveu cristianismo adentro. Foi encampada por teólogos fundamentais do catolicismo, como São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, e acabou alçada a tese oficial da Igreja para o surgimento da vida. E assim foi por um bom tempo – até o ano de 1588, quando o papa Sixto 5º condenou a interrupção da gravidez, sob pena de excomunhão. Nascia aí a condenação do Vaticano ao aborto, você deve estar pensando. Errado. O sucessor de Sixto, Gregório 9º, voltou atrás na lei e determinou que o embrião não formado não poderia ser considerado ser humano e, portanto, abortar era diferente de cometer um homicídio. Essa visão perdurou até 1869, no papado de Pio 9º, quando a Igreja novamente mudou de posição. Foi a solução encontrada para responder à pergunta que até hoje perturba: quando começa a vida? Como cientistas e teólogos não conseguiam concordar sobre o momento exato, Pio 9º decidiu que o correto seria não correr riscos e proteger o ser humano a partir da hipótese mais precoce, ou seja, a da concepção na união do óvulo com o espermatozoide.⁵⁹

Mas a dificuldade de sua conceituação em nada abala sua utilidade e importância, talvez, até mesmo, reforce-as: “Em que instante começa a unidade primeira da vida humana? A resposta a esta pergunta é muito importante, pois esclarece a partir de que momento esse valor supremo é protegido pelo Direito.”⁶⁰

Para a pergunta não há uma resposta uníssona nem mesmo na biomedicina, quiçá no direito. Contudo, quando o tema se insere na seara jurídica, o local onde a discussão se desenvolverá é que atribuirá quais parâmetros deverão ser adotados.

Como se viu em Robert Alexy, a abertura semântica de determinada disposição de direito fundamental deve ser superada através do estabelecimento de regras semânticas pela Corte Constitucional. No Brasil, onde impera o povo, regido e regendo uma Constituição Republicana escrita e rígida - características das quais decorre a Supremacia Formal da Constituição -, estando a vida albergada pela Constituição Federal, caberá ao órgão imbuído da guarda e interpretação do Texto Magno delimitar a partir de quando o ordenamento pátrio deverá considerar a vida como existente. E o Supremo Tribunal Federal o fez, como se verá.

Na verdade, a Lei Magna seguiu a tradição global de não especificar no texto constitucional o momento inicial da vida, como bem constatou Gilmar Ferreira Mendes:

O fato é que os textos constitucionais, e, em geral, no mundo todo [...], não tratam claramente da questão. São raros os textos que eventualmente falam no momento inicial da vida. Talvez a Constituição da Irlanda, uma ou outra referência. Em geral, fala-se no direito à vida.⁶¹

59 MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. *O primeiro instante*. Superinteressante. ed. 219. São Paulo: Abril, nov. 2005. Disponível em: <http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/conteudo_414153.shtml> Acesso em 27 ago. 2011.

60 SILVA, José Carlos Souza. *Direito à Vida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 20.

61 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 3510/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. J. 29.05.2008. P. 28.05.2010.

Inobstante a isso, houve na última constituinte a tentativa, formalizada por meio da Sugestão 421 de Carlos Virgílio, de se inserir no texto constitucional de 1998 a definição explícita do prelúdio da vida para o ordenamento jurídico, como se vê:

Sugere normas de proteção à vida desde a concepção, garantidoras dos direitos da criança como, saúde, alimentação, educação inclusive religiosa; normas que obriguem o estado a investigar a paternidade irresponsável, a fim de assegurar os direitos da criança e vedem a experiência genética, da qual possa resultar degenerescência da raça humana.⁶²

Entretanto, a árdua tarefa de se demarcar o prelúdio da vida, mais do que a busca por um dado inequívoco, é um juízo de pactuação. Nesse passo, o direito positivo surge como meio de conferir legitimidade impositiva ao momento ajustado:

Não se trata propriamente do momento do 'início da vida individual', mas sim em que momento do ciclo vital a sociedade decide dar ao ente biológico o 'status' de indivíduo (pleno ou potencial), que passa então a merecer do Estado a proteção de sua integridade. Essa não é uma questão científica biológica, mas sim filosófica e moral, definida arbitrariamente pela legislação de cada país em consonância com os costumes (cultura) da população. É de esperar, pois, que seja variável segundo o local e o tempo.⁶³

Porém, diferentemente do que possa ter aparentado, o engajamento desse momento (início da vida) não compete eminentemente a um ou outro ramo da ciência, não estando, com efeito, sob a batuta exclusiva do Direito. O caráter plurissubjetivo da vida requer um estudo abrangente, onde sejam considerados seus aspectos biológicos, filosóficos, teológicos, axiológicos, históricos, culturais. A propósito: “A vida humana tem uma grande dimensão. Está dentro e fora da pessoa, nas suas ações e omissões. Não se esgota no direito e/ou com o direito. [...] Não é apenas objeto de uma ciência, mas de várias ciências.”⁶⁴

Nosso ordenamento positivo contemplou, como já fora assinalado, o direito à vida em diversos momentos. Como peça central, está a disposição do caput do artigo 5º. da Constituição da República de 1988, no qual a vida foi posta como a ponta da flecha intitulada Direitos e Garantias Fundamentais (Título II). Contudo, esse tratamento solene não é suficiente para sabermos, afinal, para o Direito, quando ela (a vida) começa. Nem mesmo a análise dos dispositivos infraconstitucionais fornece elementos hábeis para afirmarmos, de

62 Brasil. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/BasesHist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=5&codDocumento=418&sgBase=SGCO&q=Carlos+Virg%EDlio>>. Acesso em 15 ago. 2011.

63 Mayana Zatz; Antonio Carlos Campos de Carvalho apud MELLO, Celso, Voto. In: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 3510/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. J. 29.05.2008. P. 28.05.2010. p. 13.

64 SILVA, José Carlos Souza. *Direito à Vida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 13.

maneira categórica, quando, para a ordem jurídica, se dá o estopim da vida.

Portanto, diante da carência de uma posição legislativa, em que pese a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, como se verá, far-se-á a explanação das teorias mais conhecidas sobre o tema em comento. E o motivo de efetuarmos um estudo concentrado – preferimos concentrado a limitado - se baseia, em linhas gerais, nestes dois argumentos:

Para o primeiro, utilizamos as preciosas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

Ao longo dos séculos, exsurgiram numerosas teorias, apostadas em decifrar o aparente enigma. Ora se recorreu à idéia de ficção jurídica, ora se falou de direito sem sujeito, de direitos com sujeito indeterminado, de personalidade submetida a condição, de sujeito despersonalizado, e assim por diante. As teorias chegaram por vezes a extremos de sutileza, sem que lograssem evitar sempre a queda em mal disfarçado artificialismo. Não parece arbitrário observar que, em mais de um caso, se instilou no tratamento do tema uma dose de complexidade bem superior à que lhe era inerente. Talvez se consigam resultados mais significativos mirando a realidade normativa com olhar menos pretensioso e menos turvado por névoas dogmáticas.⁶⁵

Em outras palavras, cunhar teorias na medida do infindável horizonte das possibilidades, mais do que contribuir para o aprofundamento do tema, retira-lhe o norte. Os lados devem se restringir ao número de vértices que o assunto comporta: aquém disso estar-se-á falando menos, além mais.

Como segundo e derradeiro argumento, apontamos o fato de as teses infra-analisadas – em diferentes medidas - serem as de menção mais corriqueira na comunidade científico-jurídica, não configurando despotismo a afirmação segundo a qual elas configuram as orientações de melhor laia. Todavia, ressaltamos: o fato de estas teses representarem, para nós, as personagens principais na obra “Quem Vai Ficar Com o Início da Vida?”, não significa estarem as demais necessariamente erradas. Evidentemente que acreditamos estar entre as citadas a saída mais adequada, caso contrário seria insipiente abordá-las, entretanto não fechamos as portas para as restantes, apenas concentramos o estudo.

3.1 Orientações científico-espirituais sobre o início da Vida.

Primando a análise, faremos uma abordagem geral das visões e posições científico-espirituais sobre o início da vida, por meio de dois alicerces, sendo o primeiro o artigo supracitado de Eliza Mutu e Leandro Narloch, tomado, inclusive, como base pelo Ministro Celso de Mello para proferir seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF, e o segundo a manifestação prestada pelo Senado Federal na referida ação.

65 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Parecer. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al., op. cit., p. 114 e 115.

Com efeito, no primeiro foram apontadas as seguintes visões:

1. Visão genética

A vida humana começa na fertilização, quando espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da Igreja Católica.

2. Visão embriológica

A vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez.

3. Visão neurológica

O mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª semana. Outros, na 20ª.

4. Visão ecológica

A capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto.

5. Visão metabólica

Afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural.

1. Catolicismo

A vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não é um ser humano em potencial. Por mais de uma vez, o papa Bento 16 reafirmou a posição da Igreja contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o papa, o ato de 'negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano.'

2. Judaísmo

'A vida começa apenas no 40º dia, quando acreditamos que o feto começa a adquirir forma humana', diz o rabino Shamaï, de São Paulo. 'Antes disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio.' Dessa forma, o judaísmo permite a pesquisa com células-tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou resulta de estupro.

3. Islamismo

O início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, cerca de 120 dias após a fecundação. Mas há estudiosos que acreditam que a vida tem início na concepção. Os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática principalmente quando há risco para a vida da mãe. E tendem a apoiar o estudo com células-tronco embrionárias.

4. Budismo

A vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozóide, mas está presente em tudo o que existe – nossos pais e avós, as plantas, os animais e até a água. No budismo, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras. Entre as correntes budistas, não há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões.

5. Hinduísmo

Alma e matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. E como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: a mãe, o pai, o feto

e a sociedade. Assim, em geral se opõem à interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida da mãe.⁶⁶

Por sua vez, no segundo, foram indicadas estas posições:

01.2. Posição da ciência genética tradicional

Tese: a vida começa com a primeira divisão natural do zigoto, o que ocorre cerca de 01 (uma) hora após a fecundação (a fecundação, por sua vez, ocorre cerca de 02 (duas) horas após o ato sexual).

01.3. Posição da ciência genética modernamente

Tese: a vida começa com a nidação. A nidação é a fixação do zigoto (embrião) no útero materno [...], adquirindo a necessária estabilidade e sustentabilidade para o desenvolvimento. Ocorre de seis a sete dias após a fecundação.

Posição da ciência biológica

Tese: a vida começa a partir da 15^a. (décima quinta) semana de gestação, pois até então ocorrem casos de aborto espontâneo.

01.4. Posição da dependência temporal

Tese: a vida começa a partir de determinado tempo de gestação, por se considerar que, até então, a vida do feto, como um ser dependente, estaria em poder da mãe. Adotada na legislação dos Estados Unidos (onde o tempo estipulado é de 21 semanas), da Inglaterra, França, Suécia e Itália (onde o tempo estipulado é de 03 meses).⁶⁷

3.1.1 Orientação Natalista.

Aqui abordaremos as orientações sobre o prelúdio da vida notabilizadas na esfera do Direito. Essas orientações são frutos dos estudos acerca do momento em que se materializaria a personalidade civil, ou seja, advieram de uma análise eminentemente civilista, embora hoje já tenham transcendido como parâmetro para o Direito em geral. Sobre seu aspecto civilista:

A doutrina apresenta três teorias a respeito do tema. A (1) natalista, adquirindo o nascituro personalidade civil (aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações) somente com o nascimento, quando o feto passa a ter existência própria. Os defensores dessa teoria consideram que antes desse momento existiria apenas uma expectativa de personalidade, razão pela qual a lei resguardaria direitos ao nascituro. Assim o natimorto não adquiriria personalidade, uma vez que não houve o nascimento com vida (Vicente Ráo, Sílvio Rodrigues, Eduardo Espínola, Sílvio Venosa). (2) Teoria da personalidade condicional, em que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva, vale dizer, se a condição não for alcançada, será como se esses direitos nunca tivessem existido, implicando concluir pela existência de mera expectativa de direitos. (3) Teoria concepcionista, a personalidade começa a partir da concepção, sendo certo que o nascituro deve ser considerado pessoa. Saliente-se que poderá, portanto, contrair direitos, porque possui personalidade, ou seja, detém todos os direitos do estado de filho. Conforme esta teoria, a personalidade independe do nascimento com vida (Teixeira de Freitas, Anacleto de Oliveira Faria, André

⁶⁶ MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. op. cit.

⁶⁷ Senado Federal. Informação. In: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 3510/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. J. 29.05.2008. P. 28.05.2010. p. 04.

Franco Montoro, Francisco dos Santos Amaral, Clóvis Beviláqua, Silmara Chinelato, Maria Helena Diniz, etc).⁶⁸

Também chamada de teoria negativa, é apontada como a teoria mais antiga dentre aquelas que buscam definir o momento do surgimento da vida. Encontra-se aparentemente agasalhada pelo artigo 2º. do Código Civil, tendo como âmago a fixação da personalidade civil a partir do nascimento com vida.

Segundo essa doutrina, o nascituro não é considerado pessoa, possuindo, tão-somente, expectativa de direito, porquanto a lei apenas protege os direitos que possivelmente ele (o nascituro) terá caso (1) nasça (2) com vida, tais como o direito a posse, a herança, a adoção, a curatela.

Nessa linha, o mestre Caio Mário da Silva Pereira:

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.⁶⁹

Em suma, para a orientação em comento faz-se mister o nascimento com vida de mulher, bastando, para tal, que a criança “*dê sinais inequívocos de vida [...] Entre os sinais apreciáveis estão o vagidos e os movimentos característicos do ser vivo; mas, particularmente, perante a fisiologia, é a inalação do ar [...] que denota ter o recém-nascido iniciado a sua vida independente.*”⁷⁰

3.1.2 Orientação Conceptualista.

Em reação diametralmente oposta, engendrou-se a segunda teoria, intitulada afirmativa, concepcionista ou conceptualista. Ao contrário da anterior, ela sustenta ser o nascituro detentor da natureza jurídica de sujeito de direito, pessoa no seu sentido técnico, pois a personalidade é plenamente adquirida, sem qualquer distinção, no momento da concepção.

68 Brasil. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Comarca de Campo Grande. Apelação Cível no. 2007. 030592-5/0000-00. Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. J. 26.11.2007. P. 08.01.2008.

69 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil - Alguns Aspectos de Sua Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.79.

70 SILVEIRA, Neri da. Parecer. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Direito Fundamental à Vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 69.

Seu âmago gira em torno da máxima de que todos os seres surgem da junção dos elementos deflagradores do feixe vital, que, nos animais, na maioria dos casos, ocorre através do encontro microscópico do elemento fecundador masculino com o feminino, caracterizado, conosco, pela penetração do espermatozoide no óvulo, formando-se o zigoto.

Defendendo essa tese, Ives Gandra da Silva Martins fez esta interessante correlação:

Se admitíssemos que ainda não fosse um ser humano, apesar de toda a carga genética e seu mapa definitivo de ser humano já estar plasmado no zigoto, teríamos que admitir que todos nós teríamos sido animais nos primeiros anos de vida e só depois nos transformado em seres humanos. Teríamos que declarar que os 11 ínclitos Ministros da Suprema Corte do Brasil, tiveram duas naturezas, ou seja, foram, no início de suas vidas, onze animais, para depois se tornarem 11 seres humanos.⁷¹

Igualmente, Néri da Silveira, para o qual “*desde a concepção, há ser humano, amparado pelo direito à vida e com prerrogativa da dignidade da pessoa humana, qualquer seja o prognóstico de seu futuro*”⁷², e Diego Leon Rábago, que defende haver uma “*identidade absoluta entre o zigoto e o preembrião, o embrião, o feto, a criança, o adulto e o velho.*”⁷³

Portanto, não caberia a discussão acerca da titularidade dos direitos patrimoniais do nascituro, mas, tão somente, dos efeitos que por ventura gerariam, sendo necessário, em alguns casos, a configuração do nascimento e, em outros, não. A propósito, Silmara Chinelato e Almeida:

A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.⁷⁴

Dentre os defensores da presente orientação podemos citar, ainda, Teixeira de Freitas, que preconizou, em seu famigerado *Esboço de Código Civil*, a concepção como o início da personalidade jurídica, bem como Clóvis Beviláqua, ao insculpir, no art. 3º. do seu Projeto de Código Civil, a corrente em vetor.

Na guisa de conclusão, a doutrina conceptualista tem como diretriz o fato de que, ao se proteger legalmente os direitos do nascituro, o ordenamento já o considera pessoa, na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são

71 MARTINS, Ives Gandra da Silva et al., op. cit., p. 24.

72 Idem, Ibidem, p. 67.

73 Diego Leon Rábago apud MARTINS, Ives Gandra da Silva et al., op. cit., p. 68.

74 ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 81.

consideradas sujeitos de direito. Por conseguinte, o nascituro seria necessariamente titular da personalidade jurídica, sob pena de haver um contrassenso intrínseco à norma.

3.1.3 Orientação da Personalidade Condicionada.

A teoria da personalidade condicional sustenta a aquisição plena da personalidade do nascituro sob a condição dupla de que (1) nasça (2) com vida. Sendo assim, ao nascituro estariam asseguradas à proteção e o gozo dos direitos da personalidade, estando os demais direitos, mormente os patrimoniais, submetidos à condição de que nasça com vida.

Com efeito, a imputação de uma personalidade condicionada não equivale à afirmativa de ser o nascituro sujeito de direito. Durante a gestação, lhe seriam imputados direitos personalíssimos e patrimoniais, contudo, os últimos sujeitos àquelas condições suspensivas, isto é, nascer com vida. Nesse sentido, Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Mesmo não havendo nascido com vida, ou seja, não tendo adquirido personalidade jurídica, o natimorto tem humanidade e por isso recebe proteção jurídica do sistema de direito privado, pois a proteção da norma ora comentada a esse se estende, relativamente aos direitos de personalidade (nome, imagem, sepultura etc.).⁷⁵

4 Estudo da ação direta de inconstitucionalidade 3510/DF.

Diante da ausência de uma definição legislativa, o Supremo Tribunal Federal, após algumas décadas, fixou seu entendimento acerca de qual momento caracterizaria o início da vida mediante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF, no dia 25 de maio de 2008. Naquela oportunidade, sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, foi julgada a constitucionalidade do artigo 5º. da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), a qual versa sobre a possibilidade de realização de pesquisas com células tronco-embrionárias.

A Ação Direta em epígrafe foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, e teve como pedra de toque a configuração ou não da lesão ao direito à vida pelo sobredito diploma legal, tendo como fundamento a orientação concepcionista. A importância dessa ação foi tamanha que o Ministro Celso de Mello considerou-a, em seu voto, como o julgamento mais importante da história do Supremo Tribunal Federal.⁷⁶

A Presidência da República, instada a prestar informações sobre o caso, posicionou-se, em geral, a favor de uma visão neurológica sobre o prelúdio da vida, baseada em uma

⁷⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. São Paulo: Forense, 2008, p. 144.

⁷⁶ MELLO, Celso. Voto. In: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 3510/DF. Tribu-nal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. J. 29.05.2008. P. 28.05.2010. p. 02.

interpretação a *contrário senso* da Lei 9.434/97 e cujos contornos beneficiam o aborto do feto anencéfalo:

É de se destacar que a linha primitiva do sistema nervoso surge, tão-somente, a partir do décimo quarto dia de desenvolvimento, fase conhecida como neurulação. Tal fato adquire relevância a partir do momento em que se aceita, inquestionavelmente, que a vida humana cessa quando não há mais atividade cerebral, ou seja, quando o sistema nervoso não apresenta mais sua atividade principal. Esse entendimento, aliás, é adotado pela Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que autoriza o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano 'post mortem'.

(...)

Do mesmo modo, a pessoa vitimada por um acidente, que tenha obliterado suas atividades cerebrais, não está mais viva para fins da tutela jurisdicional da 'vida', ainda que todos os demais órgãos estejam vivos [...].⁷⁷

Diferentemente, a Conectas Direitos Humanos, associação civil ingressante na ação em vetor como *Amicus Curiae*, quedou-se, com base em Parecer capitaneado pela professora Flávia Piovesan, favorável à orientação natalista, através da ilação segundo a qual o ordenamento jurídico nacional empregou uma gradação entre a vida intra e extrauterina, ou, para eles, a segunda, vida em si:

Pela simples leitura dos artigos vê-se que o legislador ordinário, no Código Penal, optou por proteger a vida intra-uterina, mas em grau inferior à vida de uma pessoa já nascida. Percebe-se, claramente, uma gradação na proteção jurídica do direito à vida. [...]

Tal relativização [refere-se à suposta relativização não só do Código Penal, como também da lei objeto da ADI] [...] é cabível frente à proteção do direito à vida previsto na Constituição, que não explicita o momento em que se inicia ou o grau de proteção da vida, em seus diversos estágios. [...]

Não há que se falar, ademais, em proteção da dignidade de embrião. Tratando-se de células em fase absolutamente inicial de existência, não há como conferir a elas o mesmo valor moral conferido a uma pessoa adulta [...].⁷⁸

Prosseguiu a associação civil supracitada no sentido de o constituinte originário ter deixado propositalmente de conceber no texto constitucional o momento pelo qual a vida se iniciaria, ponto este com o qual ousamos discordar, porquanto entendemos que o início da vida não deixou de constar estampado na Constituição da República de 1988, propositalmente, mas sim em virtude da tradição do constitucionalismo mundial de não o contemplar. Não houve, por conseguinte, a intenção de se deixar ao legislador ordinário a conformação de tal dado, mas sim a inação clássica no que tange a esse assunto.

77 Presidência da República. Informação. In: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 3510/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. J. 29.05.2008. P. 28.05.2010. p. 06.

78 Conectas Direitos Humanos. Informação. In: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 3510/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. J. 29.05.2008. P. 28.05.2010. p. 18.

Seguindo, também o Senado Federal, instado a se manifestar assim como o foi a Presidência da República, prestou suas informações, destacando, justamente, a atuação conformadora do legislador, bem como o caráter especial do direito à vida:

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais [...] não afasta por si só a mediação legislativa. Muitos deles, por serem vagos, abstratos ou abertos, precisam de uma densificação normativa que lhes assegure maior grau de efetividade [...].⁷⁹

[...]

No presente caso, é bem verdade que se deve agir com extrema cautela ao falar em conformação [...] do direito à vida, pois, como dito, é este o direito primaz que deve merecer a especialíssima proteção do Estado, e seu valor e magnitude constituem razão maior da ordem jurídica.

Entretanto, a legislação brasileira sempre conviveu pacificamente com tal conformação/concretização. Dentre vários, destacamos dois exemplos mais significativos:

a) o direito do Estado em retirar a vida de cidadãos nacionais ou estrangeiros em caso de guerra declarada;

[...]

b) o direito da gestante em retirar a vida do feto [...] em caso de estupro;⁸⁰

Reparem que, logo no início da citação, foi abordada a questão da abertura semântica das disposições de direitos fundamentais, tema examinado quando do estudo do pensamento de Robert Alexy. Posposta essa referência, observamos ter o Senado Federal adotado uma posição pautada na visão da ciência genética moderna, segundo a qual a vida se iniciaria a partir da nidação (fenômeno consistente na fixação do embrião na parede uterina e que ocorre entre o quarto e décimo quarto dia após a fertilização):

Sem uma estrutura que possibilite a estabilidade e o desenvolvimento do embrião, não existe chance de vida. O embrião, antes da nidação, resume-se [...] a um conjunto de células sem autodeterminação, sem sistema nervoso, sem distinção entre si, sem individualidade.⁸¹

Por sua vez, o relator da Ação Direta em vetor, Ministro Carlos Ayres Britto, quedou-se favorável a tese natalista e, portanto, ao revés da orientação adotada na inicial da Ação Direta em comento. Visando explicitar o âmago do valoroso voto proferido pelo sábio relator, cuja grandiosidade somente pode ser transmitida através de suas próprias palavras, transcrevemos, desde já recomendando a leitura de seu inteiro teor, alguns extratos do mesmo, pertinentemente comentados, a começar por este:

Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão biográfica [conforme preceitua José Afonso da Silva], penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já

79 Sazena de Toledo Barros apud Senado Federal. Informações. op. cit., p. 06.

80 Idem. Ibidem, p. 09.

81 Sazena de Toledo Barros apud Senado Federal. Informações. op. cit., p. 23.

contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. [...] O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida [...].

[...]

[...] essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativo em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da 'dignidade da pessoa humana' (inciso III do art. 1º.), é da pessoa humana naquele sentido [...]. E quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' (alínea b do inciso VII do art. 34), 'livre exercício dos direitos (...) individuais' e até dos 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º. do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. [...] tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo 'residentes' no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em 'placa de Petri') [...].

[...]

[...] a inviolabilidade [da vida] de que trata o artigo 5º. é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida.⁸²

Quanto ao trecho supra, primeiramente, o nobre relator fez clara referência à José Afonso da Silva ao mencionar a *dimensão biográfica do ser humano*, pois é do saudoso mestre a mencionada terminologia, cujos contornos são claros ao definir a vida sob um viés mais amplo, ou como ele mesmo diz, compreensivo. Entretanto, José Afonso da Silva não adota a tese natalista, pelo contrário, filia-se, explicitamente, à orientação conceptualista:

Vida, no contexto 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. [...] 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 morte.⁸³

Segundamente, o já adiantado desfecho de seu voto, isto é, o fato de o relator ter adotado a orientação natalista, permite-nos constatar um aparente conflito interno em seu voto. Isso porque, embora tenha sido adotada a orientação natalista, o relator concentrou-se não no estabelecimento de qual orientação seria a correta em termos genéricos, mas sim no descobrimento de quais momentos da vida estariam protegidos pelo direito infraconstitucional, do qual resultou como compatível, segundo ele, a orientação natalista.

Contudo, o Ministro Ayres Britto considerou ser a fecundação um momento da vida, e, como a lógica determina, tudo aquilo que é momento de algo forma, na soma das demais

82 AYRES, Britto, op. cit., p. 10.

83 SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 48.

partes, o próprio “algo”. Contudo, mesmo compreendendo ser a fecundação um momento da vida, ela, segundo o relator, não estaria albergada como tal em sede da legislação subconstitucional:

Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino [...].

Não pode ser diferente. Não outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercuro sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do homínido.⁸⁴

Vemos, enfim, a confirmação da construção interpretativa acima: de fato, o Ministro Ayres Britto considerou, reconhecendo a aporia da matéria, como o exórdio da vida, em um análise extrapositiva, podemos afirmar, o momento da fecundação. Ainda assim, o voto quedou-se na direção da orientação natalista, e por um motivo simples:

Sem embargo, esse insubstituível início da vida [a fecundação] é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica [...], mas porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro.⁸⁵

Chegamos, enfim, ao sustentáculo do voto do Ministro Ayres Britto: ele não adotou uma ou outra teoria, visão ou orientação sobre a iniciação da vida. Pelo contrário. Ele extraiu do ordenamento jurídico vigente indícios pelos quais excogitou estar o orientação natalista contemplada na atual ordem jurídica brasileira.⁸⁶

Perfunctoriamente, essa ilação pode parecer simplória. Entretanto, se observada sob o ângulo correto, permiti-nos depreender que caso o relator e a decisão do Supremo Tribunal tivessem adotado, na guisa da correção, uma ou outra teoria sobre o início da vida, tal ato condicionaria a interpretação de todo o ordenamento jurídico àquela concepção sobre o início da vida, erguendo-a a posição de tese adequada, irrefutável, e qualificando as demais como errôneas.

Por outra via, correta por sinal, se entendermos que a Suprema Corte não adotou uma ou outra orientação, mas sim identificou, com a imparcialidade que nossa parcialidade permite, qual tese está sendo sussurrada pelo ordenamento vigente, decorrerão efeitos opostos àqueles, onde das normas, interpretadas é verdade, foi que se extraiu qual tese sobre o

⁸⁴ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 21.

⁸⁵ Idem. Ibidem, p. 22.

⁸⁶ Recomendamos a leitura do HC 82.424/RS, para uma melhor compreensão da noção segundo a qual, sendo o Direito uma ciência autônoma, ele pode conceber suas próprias “verdades”, desvinculadas das demais ciências na medida das especificidades científicas que expressa

prelúdio da vida está em vigor, não impondo qualquer delas como “correta” e muito menos engessando a discussão com a qualificação das demais como inadequadas.

Tal entendimento assemelha-se as experiências histórico-constituintes apontados por Canotilho⁸⁷, onde, para a doutrina inglesa, o poder constituinte revelaria as normas constitucionais, para a doutrina norte-americana falaria as normas constitucionais e para a doutrina francesa criaria as normas constitucionais. Por certo, pelo segundo entendimento, a decisão da Suprema Corte não disse e muito menos criou os elementos jurídicos através dos quais considerar-se-á a partir de qual momento se dá o prelúdio da vida, mas sim revelou-os.

Chegando ao desfecho do julgamento, concordando substancialmente com o voto do relator, ou seja, declarando a improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade em vetor, a então Ministra Ellen Gracie, a Ministra Cármen Lúcia, o então Ministro Eros Grau, os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Em sentido diverso, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, julgando em parte procedente a ação para declarar inconstitucional, sem redução do texto, o *caput* do artigo 5º., seus incisos I, II, seus §§ 1º. e 2º., todos da Lei 11.105/05.

5 Concepções jurídicas sobre o direito à Vida.

Nesta etapa do estudo, promoveremos a análise de algumas das definições jurídicas sobre o direito à vida, extraindo delas, oportunamente, questões perpendiculares e relevantes. Até poderíamos, liminarmente, conceituar o direito à vida como o direito de viver dos vivos. A definição, apesar de simplória, é precisa. Contudo, inúmeras questões a orbitam, tais como: o que é vida? Quando começa a vida? Quando termina? Quem são seus titulares? Qual a forma de usufruí-la? E, a depender da resposta de cada uma dessas perguntas, o resultado prático daquela definição será drasticamente distinto.

Com relação às indagações retro, a primeira pode ser respondida com a afirmação de que vida é aquilo que vos estão a fazer agora: ler este trabalho, estar na banca avaliadora desta monografia, escrevê-la, apresentá-la; tudo isto é vida e somente se tornou possível graças a ela. Em termos morfológicos, vida vem do latim *vita*, de *vivere*⁸⁸, e significa, para nós, a força substancial que anima, ou dá ação própria aos seres.

E viver? O que significa viver? Será que viver é o simples exercício ou manutenção da vida? A resposta para estes questionamentos coincide com o esclarecimento da questão “Qual a forma de usufruí-la (a vida)?” e será apresentada no bojo deste capítulo.

87 José Joaquim Gomes Canotilho apud MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., p. 08.

88 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 490.

Por fim, quanto à segunda e terceira indagações, acreditamos já terem elas sido suficientemente respondidas em sede do capítulo antecedente.

5.1 Da relação de proximidade para a configuração da lesão ao direito à Vida.

Encabeçando a lista das obras doutrinárias examinadas, temos o Curso de Direito Constitucional escrito, em coautoria, por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, onde encontra-se: “A Constituição assegurou o direito à vida. Em outras palavras, o texto constitucional proibiu a adoção de qualquer mecanismo que, em última análise, resulte na solução não espontânea do processo vital.”⁸⁹

Como se denota do excerto, os autores analisaram o direito à vida apenas sob um de seus aspectos, sendo ele, inclusive, o mais conhecido: a garantia da existência. Entretanto, somaram a esse exame perfunctório um conceito interessante, expresso a partir do termo “em última análise”, de onde, inclusive, podemos extrair a seguinte norma: *é vedada a adoção de quaisquer medidas, positivas ou negativas, donde resulte, ainda que indiretamente, mas guardando certo grau de proximidade, morte.*

Como se viu, foi estabelecida uma *relação de proximidade* - não somente de causa imediata – entre o resultado morte e o seu possível deflagrador. De fato, a morte – aqui analisando o direito à vida apenas sob um de seus enfoques – pode resultar de atos diretos e ou indiretos, devendo haver, logicamente, uma relação de causalidade mínima entre esses atos e o fatídico. Todavia, ao termo *certo grau de proximidade* conota-se uma quase infinitude de níveis de interação, devendo ele ser ponderado para alcançar o resultado pretendido. Assim faremos.

Para ficar caracterizada uma lesão ao direito à vida, deve haver uma relação de causa e efeito onde se conclua que determinada ação e ou omissão formou o elemento determinante para o resultado morte. Eis o grau de proximidade a ser considerado. Vejamos, a propósito, o seguinte exemplo: uma mulher, encontrada na rua, não sendo possível identificar parentes ou afins, é encaminhada para um hospital público, autarquia no caso, em estado grave, necessitando de atendimento imediato com a aplicação de um medicamento caro. A administração do hospital nega-se a fornecer tal medicamento – para o exemplo, não importa o motivo -, ensejando uma denúncia anônima para o Ministério Público Estadual. O *Parquet* Estadual demora para efetuar a análise da denúncia e quando resolve propor a medida judicial cabível já não há mais tempo e configurasse o sinistro. O Ministério Público Estadual violou o

89 ARAÚJO, Luiz Alberto D.; JÚNIOR, Vidal Serrano N. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: 1999.

direito à vida da mulher? Entendo que não; violou outros direitos, mas não o direito à vida. Já a administração do hospital, *prima facie*, sim.

Sendo certo que até aqui falou-se do direito à vida apenas sob a sua vertente de “direito de não morrer”, é igualmente correto estender essa noção de *relação de proximidade* para as suas demais concepções, afastando, portanto, um conceito de imediatidade para configurar a sua transgressão. Como será demonstrado no desenrolar deste capítulo, adotamos um conceito amplo para a compreensão do direito à vida, um conceito que contempla todas as nuances da vida humana contemporânea, pois se se trata de um direito à vida, depreende-se um direito de viver, de viver como uma pessoa, uma pessoa contemporânea, não um direito de não morrer.

5.2 De seu duplo objetivo – além da existência, a dignidade.

Seguindo na análise doutrinária, teremos agora o prazer de desfrutar uma vez mais do vigor das sempre precisas palavras do mestre José Afonso da Silva, para o qual:

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.⁹⁰

O mestre emprestou ao direito à vida um sentido mais amplo do que aquele visto anteriormente, composto por dois aspectos, consistindo o primeiro no direito de permanecer vivo, ou, como preferimos, de não morrer, e o segundo no direito a uma vida digna, ou seja, o direito de viver e desenvolver sua personalidade no gozo da potencialidade humana.

A propósito, é perfeitamente cabível colocar o segundo sentido como uma decorrência do primeiro, porquanto só possui vida digna quem a detêm. Com feito, podemos estabelecer que o direito à vida teria um objetivo duplo e escalonado: primeiramente visaria garantir a permanência da vida e, secundamente, objetivaria assegurar os traços mínimos para o seu desenvolvimento autoafirmativo. Sendo assim, em uma situação onde o direito à vida encontre-se ameaçado, inicialmente deverá logra-se a sua permanência e, na sequência, o oferecimento das condições mínimas para o seu desenvolvimento plural, afinal só há de se falar em vida digna se houver vida.

Como é de se imaginar, subsistir dignamente é algo mais do que simplesmente subsistir ou existir. Constitui não só o mínimo existencial para o ser biológico, como também

⁹⁰ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 197.

os traços para o desenvolvimento dos atributos humanos, sendo imanente ao direito à vida um certo grau qualitativo.

Gostamos do posicionamento de José Afonso da Silva, pois compartilhamos a ideia de o direito à vida ser mais do que um simples direito tendente a garantir a subsistência. Mais correto ao se falar de vida humana é conotar-lhe os atributos necessários para o seu exercício como tal e, viver como pessoa, é bem mais do que ter meras condições de subsistir.

A vida humana não deve ser vista apenas em “*seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva*”⁹¹; é preciso transcender na proporção da transcendentalidade de ser humano. Do contrário, consideraremos plenamente atendido o direito à vida ao disponibilizarmos para uma pessoa o mínimo para existir, pouco importando se ela terá forças para exercer seus atributos físicos e mentais de modo a desenvolver sua vida e não tão-somente mantê-la.

Não se trata, contudo, de atribuir ao direito à vida um aspecto qualitativo propriamente dito – paradoxal? Não é. O que se está a propor significa, na verdade, o reconhecimento da internalidade dos plexos para o exercício e desenvolvimento da vida humana hodierna no direito à vida, não a imputação de determinado atributo. Manter-se vivo é o elemento mínimo – requisito, portanto - do complexo fenomenológico do viver.

E sendo o objeto do direito à vida a vida humana, sendo a vida humana uma autodeterminação, um ser biológico, espiritual, intelectual, biográfico, um viver, não configura exagero afirmarmos serem estes frutos do dessecamento daquele objeto, pois nele inseridos, logo, incluídos em seu bojo e igualmente objetos do direito à vida.

A propósito, a mera vida biológica, compartilhada por todos os seres terrenos, quando vista individualmente, para nós, seria objeto do direito à existência, o qual, é verdade, encontra-se inserido no bojo semântico-normativo do direito à vida, mais especificamente no primeiro aspecto apontado por José Afonso da Silva, cuja explanação pertine nesse momento: “*consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo.*”⁹²

Em posicionamento muito semelhante, com uma breve alteração terminológica – onde se lê em José Afonso “aspectos” aqui se lerá “desdobramentos” -, Pedro Lenza:

O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º., caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.
[...]

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

92 Idem. Ibidem, p. 197.

O segundo desdobramento, ou seja, o direito a uma vida digna, [garante] as necessidades vitais básicas do ser humano e [proíbe] qualquer tratamento indigno, como a tortura, penas de caráter perpétuo [...]⁹³

Como se vê, o celebrado autor fala em direito à vida digna para exprimir um sentido mais completo sobre o direito à vida. Para nós, esta técnica parece desnecessária, porquanto é elementar em um Estado cujo um dos fundamentos é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CRFB/88), estar aquele atributo (dignidade) inserido em todas as normas, rol no qual se insere, evidentemente, o direito à vida. Do contrário, teríamos de passar a falar em direito à saúde digna, à moradia digna, à segurança digna e daí por diante.

Porém, não nego a utilidade da utilização do adjetivo em questão, pois não raras vezes, para não dizer na maioria, o direito à vida é confundido com o direito à existência, que lhe é decorrente e não coincidente.

Com relação à segunda parte da transcrição de Lenza, aprioristicamente, entendemos haver uma contradição implícita na proposição do autor: garantir tão-somente as necessidades vitais básicas conflitaria com a proibição a qualquer tratamento indigno. Ora, se está sendo garantido a uma pessoa somente as necessidades vitais básicas, ou seja, os elementos suficientes para que ela mantenha a sua vida, evidente que não lhe está sendo dado tratamento digno, salvo de subvertermos dignidade em subsistência.

À uma criança de 10 (dez) anos de idade, que contou com alimentação suficiente para manter-se com metade de seu desenvolvimento físico, sem saber ler e pesando 25 (vinte e cinco) quilos, você teria coragem de olhar nos olhos e afirmar: lhe está sendo garantido o direito à vida digna! Nós não teríamos. Pois este é o significado costumeiramente atribuído ao termo *necessidades vitais básicas*. Mas terá sido este o sentido utilizado pelo autor?

Supomos que não. Como se tratam de necessidades vitais *do ser humano* – nos parece que toda necessidade vital é básica, configurando tautologia o termo necessidade vital básica – e como a vida humana caracteriza-se por elementos que ultrapassam a mera subsistência, razoável concluir no sentido de as necessidades vitais do ser humano transcenderem a estas. Na verdade, o termo *necessidades vitais do ser humano* seria, pressupomos, uma representação terminológica do próprio direito à vida digna.

E mais: se as necessidades vitais dos seres em geral variam de acordo com suas peculiaridades, não poderia ser diferente com o ser humano. Por exemplo, um animal cujo habitat natural seja uma região fria necessita dessas condições climáticas para sobreviver, constituindo tal elemento uma necessidade básica para sua vida. Com o ser humano ocorre o

93 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 748.

mesmo. Não necessitamos de condições climáticas tão frias quanto os ursos polares, mas necessitamos, de educação; não precisamos de condições naturais tão ajustadas quanto os recifes de corais, mas precisamos de um meio ambiente equilibrado, de saneamento básico. Soma-se a isso, para finalizar, o fato de nossas necessidades vitais variarem ainda a depender do local onde nos encontramos.

5.3 De seu terceiro objetivo.

Prosseguindo no ensaio, passaremos a discorrer sobre a definição atribuída ao direito à vida na obra escrita por Ricardo Cunha Chimentí, Fernando Capez, Márcio Fernando Elias Rosa e Marisa Pereira dos Santos, da qual, na guisa da doutrina já citada, foi possível extrair este valioso material:

O direito à vida abrange o direito de não ser morto (direito de não ser privado da vida de maneira artificial; direito de continuar vivo), o direito a condições mínimas de sobrevivência e o direito a tratamento digno por parte do Estado.

São decorrências do direito de não ser morto (ou de continuar vivo):

- a) proibição da pena de morte (art. 5º., XLVII, a);
- b) proibição do aborto;

[...]

Decorrem do direito às condições mínimas de sobrevivência:

- a) a garantia do salário mínimo (art. 7º., IV);
- b) a irredutibilidade do salário (art. 7º., VI);
- c) os direitos à saúde, à previdência e à educação.

Podemos citar como decorrências do direito a tratamento digno por parte do Estado a garantia à integridade física, a proibição da tortura, das penas cruéis ou degradantes (art. 5º., III, XLIII, LIX).⁹⁴

A novidade trazida pelos autores, quando comparada às construções doutrinárias já vistas e vindouras, foi a apresentação de um terceiro aspecto ou, como preferimos, objetivo do direito à vida, que pode ser resumido no dever de o Estado para com a tutela efetiva deste direito.

Contudo, antes de iniciarmos a sua abordagem, interessante destacar os assuntos colocados pelos autores para ilustrar os temas decorrentes da amplitude do direito à vida e que necessariamente devem ser garantidos, na medida e do modo cabível, para possibilitar o exercício da vida humana. Além das questões famigeradas envolvendo o tema, como a proibição do aborto, da eutanásia, da pena de morte, foram trazidos à tona a garantia do salário mínimo, da educação, da previdência.

94 CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60 e 61.

Feito esse adendo, observamos, como elemento central da citação supra, a imperiosidade de, além de se garantir o direito à vida, promover atos, ações e mecanismos com o telo de efetivá-lo. Tal atribuição é do Estado, da sociedade, da família, mas, neste momento, focaremos na responsabilidade estatal.

A afirmação de que o Estado deve atuar organizadamente com o fito de garantir o direito à vida, de um lado é óbvia e de outro imaginária. Algum de vocês já ouviu falar do lançamento de uma política pública ou programa cujo fim fosse garantir o direito à vida de 20 (vinte) milhões de pessoas? Nunca foi feito, pois, além do desconhecimento acerca da acepção mais ampla do direito à vida, tal significaria a ausência anterior da garantia do abarcado direito para essas 20 (vinte) milhões de pessoas, configuraria o risco de o programa não lograr êxito, decorrendo na conclusão óbvia de que o direito à vida não está sendo garantido à essas milhões de pessoas - o que politicamente seria terrível -, e, por derradeiro, representaria a possibilidade desastrosa de o dinheiro desse hipotético programa ser desviado e ser veiculada a seguinte manchete: “Desvio de 300 Milhões de Reais 'Mata' 20 Milhões de Pessoas”.

E nesse momento deparamo-nos com a válvula de escape preferida da administração pública: a reserva do possível (*Numerus Clausus*), isto é, o limite financeiro para o Estado fazer ou deixar de fazer algo e da razoabilidade da pretensão deduzida, tendo no Brasil prosperado a primeira vertente, motivo pelo qual nos concentraremos nela.

A reserva do possível, importante que se diga, é um limite existente, real, válido, onde as possibilidades financeiras de o Estado prestar determinado serviço sem comprometer a higidez da máquina pública confrontam-se com a necessidade de prestação de certas demandas. Evidentemente que, não sendo possível prestar um dado serviço sem comprometer efetivamente a saúde financeira estatal, ele não poderá ser prestado. Mas vejamos, deve comprometer efetivamente.

A reserva do possível não pode servir de subterfúgio para a inércia estatal. Para a sua caracterização, pelo contrário, sempre se fará mister a atuação da Administração Pública no sentido de comprovar a real impossibilidade financeira.

E quando a pretensão envolver o direito à vida, o Estado deverá utilizar todos os meios de realocação e maximização dos recursos financeiros para garantir a sua realização e, se após, somente após, dessa engenharia contábil ficar caracterizada a impossibilidade de disposição financeira do Estado, aí sim estará caracterizado a exceção da reserva do possível.

Com efeito, a reserva do possível possui o condão de relativizar o direito à vida. Contudo, para tal, deve restar patente o inevitável prejuízo ao exercício das atribuições precípua da Administração Pública com a disposição da verba necessária para a garantia do direito à vida, rol no qual, com certeza, não se enquadram um quadro de funcionalismo público inchado e caracterizador do famoso “cabide de emprego”, cifras generosas com publicidade e aptas a configurar a utilização da máquina pública para promoção pessoal, colocação de piso personalizado em calçadas com boa condição de circulação, troca de postes comuns para postes temáticos, dentre outros.

Nessa guisa de estudo, o direito à vida, a propósito, figura excluído da discricionariedade estatal, pois encontra-se insculpido em uma norma constitucional de eficácia contida (artigo 5º., *caput*, do Texto Magno):

São elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram [...]⁹⁵

Ademais, quando em choque o direito à vida (interesse público primário) e o interesse da administração pública (interesse público secundário), “o Estado, concebido que é para a realização dos interesses públicos [...], só poderá defender seus próprios interesses privados quando [...] coincidam com a realização deles.”⁹⁶

Há também aquilo que se convencionou chamar de limite dos limites (*Schranken-Schranken*), consubstanciado em “determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão”⁹⁷, operacionalizável através da fixação de parâmetros segundo os quais o núcleo essencial de dado direito fundamental não seja ceifado, sob pena de ele ser fundamental, mas impraticado.

Assim, tomando de assalto a sapiência de Ingo Wolfgang Sarlet, podemos dizer que o Estado e a sociedade deverão ter como meta permanente a “proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos”.⁹⁸

95 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 116.

96 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 66.

97 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op cit., p. 120.

98 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 111.

5.4 Da natureza física e metafísica.

Carlos Aurélio Mota de Souza apresenta uma definição fortemente influenciada pelo catolicismo, sem, contudo, esta característica, devemos ressaltar, pesar contra a qualidade de sua proposição. Senão vejamos:

Nós todos aqui, a grande maioria com certeza, acreditamos na infinitude do ser humano, características de sua dignidade.
Reduzir esta dimensão a uma coisa, a um ser de natureza animal ou vegetal, é relativizar este conceito.
[...]
Enquanto a natureza dos seres é uma realidade concreta, uma Física, a natureza do homem é Física e Metafísica, pois a dignidade da pessoa humana é valor supremo
[...].⁹⁹

Dar às pessoas o mínimo para subsistir, ou seja, oferecer-lhes comida na estrita medida para que permaneçam vivas, não é lhes garantir o direito à vida. Talvez seja garantir o direito à existência, à vida não. Viver é mais e diferente de subsistir. Viver é ultraexistir. O direito à vida deve ter como objeto a garantia de que as pessoas vivam como tais, aptas a desenvolver-se física e intelectualmente, a exercerem sua liberdade, sua autoafirmação, a terem escolhas.

Evidentemente, fazendo a análise inversa, garantir a subsistência de alguém é tutelar seu direito à vida, porquanto se o direito à existência é uma derivação do direito à vida, como se viu em outro momento, naturalmente ele faz parte deste. Na verdade, o que não pode ocorrer é confundir um com o outro. O direito à vida é o direito à existência e muitos outros: é o direito a uma vestimenta descente, a educação que proporcione o desenvolvimento intelectual, a saúde que possibilite a maturação física, ao meio ambiente sadio, a higidez mental.

Por oportuno, talvez a característica mais relevante do ser humano não seja o seu corpo, mas sim sua mente. Somos duas realidades, física e metafísica, que interagem para formar uma só ser, o ser humano individualizado com quem falamos indiretamente agora. O provérbio diz “corpo são, mente sã”, e a recíproca é verdadeira. Corpo e mente, físico e metafísico, vivem em uma simbiose, donde um depende e termina por caracterizar o outro. Contudo, entre ambos, a mente, no ser humano, entendemos, é preponderante.

Não se trata de discutir questões como a eutanásia; não é nosso objetivo. Trata-se, na verdade, de enxergar a importância da mente para o desenvolvimento sadio de uma pessoa. A

99 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Células Tronco – Aspectos Éticos e Jurídicos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. Rio de Janeiro: América Jurídica, v. XXIII, p. 03.

experiência comprova: um ser humano pode ter suas funções motoras comprometidas e existir em sua plenitude mental de modo a realizar-se pessoal e coletivamente e ser feliz – a recíproca também é verdadeira, mas aqui não estamos analisando-a. Isso é exercer o direito à vida.

Vejam o caso de Stevens Ranking, portador da doença rara chamada “ELA” (causa a degeneração gradual dos músculos do corpo, sem afetar o cérebro) e considerado o maior física teórico da atualidade. Sua condição corporal não foi determinante, óbvio, para ele adquirir tal status e escrever diversos livros, mas, dentre outros, e como o mais determinante, sua condição mental sim. A ele foi garantido o direito à vida.

Isso termina por revelar a importância de se compreender os aspectos imateriais, de ordem abstrata, metafísica, caracterizadas pelos plexos das atividades ocorridas em nossa mente e espírito, para a configuração do direito à vida em sua plenitude. Exsurge, enfim, a importância da liberdade de crença, de opinião, de manifestação ou, em resumo, da exteriorização dos pulsos e proposições internas de nosso ser.

Direito à vida humana significa lutar pela garantia das condições que possibilitem viver e desenvolver-se como homem, na amplitude de nossa existência. Daí a complexidade desse tão belo quanto grandioso direito, bem como a necessidade de o enxergarmos na sua dimensão mais compreensiva.

5.5 Do direito a nascer.

Examinaremos agora o posicionamento de Alexandre de Moraes: “*cabe ao Estado assegurar o direito à vida sob duplo aspecto: direito de nascer e direito de subsistir ou sobreviver.*”¹⁰⁰

O afamado autor não reconhece todas as qualidades íncultas ao direito à vida, mas tão-somente o direito de subsistir, sobreviver, o que é, como já visto incessantemente, insuficiente - pergunto: um idoso vivendo com uma alimentação diária precária e sem a presença de seus parentes está vivendo como pessoa, está tendo a possibilidade de exercer os atributos caracterizadores de sua espécie, ou está somente permanecendo vivo, subsistindo? – e o direito de nascer.

Entrementes, quanto ao último (direito de nascer), o autor trouxe um dado interessante. Ininteligível proteger o direito à vida se o direito ao nascimento também não for alcançado, porquanto não há vida sem nascimento. No entanto, consideramos incorreto tratar

100 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36.

o direito de nascer como um direito autônomo, pois ele encontra-se especialmente inserido na latitude do direito à vida, mais do que outros tantos.

Em todas as orientações abordadas sobre o início da vida, o nascimento é uma fase desta, variando apenas sua posição, já que ora é visto como seu prelúdio e ora como fase intermediária. Com efeito, fazendo parte da vida, sintomática sua inclusão no bojo normativo do direito à vida, até porque não haveria que se falar em direito à vida se não houvesse o nascimento e, igualmente, não haveria direito ao nascimento se não houvesse vida. Só nasce quem está vivo e só vive quem nasce.

Assim, constatamos a derivação de mais um direito da vastidão fenomenológica abarcada pelo direito à vida, qual seja, o direito ao nascimento. Por certo, este direito vem amparado pelo valor da dignidade da pessoa humana e pelos elementos implícitos de se viver como humano, de modo a parecer-nos correto atribuir-lhe automaticamente tais conotações, propiciando, com efeito, as condições primazes para o desenvolvimento da vida humana, tais como: realização do pré-natal, execução do parto em um local apto e com o meios necessários, realização de todos os exames recomendáveis após o parto, dentre outros.

5.6 Do direito à integridade física e moral.

Segundo Guilherme Peña de Moraes, em afirmação um tanto quanto óbvia, o direito à vida é um dos direitos cujo objeto imediato reside na vida, ao lado dos direitos à integridade física e moral, como se vê:

[...] os direitos individuais cujo objeto imediato é a vida comportam: i) o direito à vida, à luz do art. 5º., caput, II) os direito à integridade física, englobando o direito ao próprio corpo e direito às partes separadas do corpo, a teor do art. 5º., inc. III, e III) os direitos à integridade moral, encerrando o direito à intimidade, direito à privacidade, direito à honra e direito à imagem, à vista do art. 5º., incs. V e X, da CRFB.¹⁰¹

Concordamos com a afirmativa do autor, como não poderia ser diferente, quanto ao direito à vida, mas discordamos quanto aos demais. Não negamos o fato de os direitos à integridade física e moral, em algum momento, relacionarem-se com o direito à vida. Porém, não nos parece ser a vida o seu objeto imediato, o seu núcleo normatizado, mas sim a integridade em si – elementar.

101 MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., p. 504.

Sem dúvida, a integridade física de uma pessoa pode interferir, a depender da medida, na continuação ou não de sua vida. Mais, a integridade física e moral, quando não garantidas em certos contornos, certamente prejudicam o exercício da vida humana em sentido amplo.

Todavia, o fato de elas intervirem na vida humana não significa ser este o seu objeto central. Na verdade, a garantia da integridade física e moral, na medida necessária para o exercício da vida humana, estão contempladas no âmbito normativo do próprio direito à vida. Aos direitos à integridade física e moral, quando vistos autonomamente, compete tutelar a integridade física e moral em si, sem esbarrar no plexo significativo do direito à vida, porquanto, se assim o for, estará extrapolando a sua seara normativa.

O direito à vida, como se verá, é um direito que possui posição de destaque dentro do ordenamento jurídico cunhado pelo constituinte originário, encabeçando o rol de direitos fundamentais do artigo 5º. da Constituição de 1988. Seu valor, reflexo da própria essencialidade dos seres, e sua necessidade, condição genérica para que existamos, denotam a primazia de sua garantia. Com efeito, em se tratando de um direito com tão elevada estima, intuitivo dedicar-lhe meios de proteção compatíveis com sua estirpe, isto é, enérgicos, eficazes, ágeis – é o que deveria ocorrer.

Já o direito à integridade física e moral, embora de imensa importância, obviamente estão abaixo, em uma escala axiológica e por um critério lógico, do direito à vida – este é um direito embrionário, restando inútil garantir a proteção à integridade física e moral de um ser cuja existência, como tal, não é protegida.

Dessarte, ocorrendo lesões à integridade física e moral de forma a se colocar em risco a vida, dentro do critério da proximidade supra-analisado, e sendo tais lesões albergadas no bojo dos direitos à integridade ao invés de no direito à vida, sintomático estar a vida menos protegidas do que deveria. Tal hipótese criaria uma descompatibilidade no sistema jurídico em virtude da transgressão ao princípio da igualdade, uma vez que outras lesões à vida contariam com a tutela normativa do direito à vida, necessariamente mais enérgica, e outras, igualmente atentatórias à vida humana, não gozariam desta condição.

Ademais, acobertar essas espécies de lesões à vida sob o manto dos direitos à integridade, termina por esvaziar algumas das hipóteses de aplicação do direito à vida, deixando-o ao relento da mera posituação ou como subsídio para o exercício de outros direitos.

Tal prática – de esvaziamento prático do direito à vida – tornou-se tradicional em nosso ordenamento e talvez em todos. Diversos assuntos que deveriam ser abarcados pelo direito à vida acabam sendo albergados por outros direitos, decorrendo, como se viu, em um

tratamento inapropriado para a matéria, resultando, e sendo resultado, na desvalorização da própria vida, porquanto, ao invés de constatarmos a sua transgressão, acabamos enquadrando-a em outros direitos.

Por exemplo: deixar de fornecer um medicamento vital para uma pessoa fere, precipuamente, o direito à vida ou à saúde? Precipuamente, a vida. Então, por qual razão a ação para pleiteá-lo denomina-se “Ação de Remédio”? Trata-se de mera pactuação para a utilização de determinada nomenclatura, diriam. E nós responderíamos que esta pactuação termina por assinalar o quão o direito à vida é levado a cabo na órbita jurídico-processual. Por que não pactuarmos, já que se trata de um mero exercício de pactuação, a nomenclatura “Ação Para a Manutenção da Vida” e, para os demais, onde se pleiteie remédios por motivos outros, “Ação de Remédio”. Daí perguntariam: qual a utilidade em adotar tal dicotomia? E responderíamos que a utilidade resulta justamente da necessidade de separar os casos onde o direito à vida está envolvido daqueles em que não esteja, porquanto, quando estiver, deverá ser objeto de tratamento enfático, preferencial.

Nesse sentido, discordamos de Paulo Gustavo Gonet Branco:

O direito à vida é por vezes referido sob um modo qualificado, num sentido amplo, a abranger não apenas a preservação da existência física, mas designando, além disso, um direito a uma vida digna. Essa expressão abarcaria o direito à alimentação, a habitação, a vestuário, a educação elementar, entre outras pretensões. [...] Muitos desses direitos, porém, são tratados pelo constituinte autonomamente, podendo, para melhor equacionamento técnico dos problemas surgidos, ser invocados, eles mesmos, com preferência do recurso exclusivo, direto e imediato do direito à vida, que no seu núcleo básico protege mesmo a existência física.¹⁰²

Provavelmente, a construção intelectual do competente autor decorre justamente da prática fortemente cultivada de não enxergar o direito à vida como o é, em sua verdadeira amplitude. A propósito, complexa a tarefa de afirmar se foi a desvalorização da vida que causou a inefetividade do direito à vida, ou o oposto. O tema será mais bem aprofundado em tópico específico. No entanto, desde já, vale a seguinte indagação: o quão confortável é para todos não enxergar a real abrangência do direito à vida? De quantos problemas a Administração Pública se livrou e se livra em decorrência disso? Quantas decisões judiciais deixaram de carregar o peso de ter negligenciado o direito à vida de outrem? Quantas vezes nos livramos de sentir o fardo da omissão para com a vida de alguém? É confortável, oportuno e conveniente manter o direito à vida adormecido.

102 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 400.

5.7 De sua relação com a dignidade da pessoa humana.

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, o direito à vida:

Não se resume [...], entretanto, ao mero direito à sobrevivência física. Lembrando que o Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, resulta claro que o direito fundamental em apreço abrange o direito a uma existência digna, tanto sob o aspecto espiritual, quanto material (garantia do mínimo necessário a existência digna, corolário do Estado Social Democrático).¹⁰³

A definição dos autores observa o direito à vida em conjunto com a dignidade da pessoa humana. Na verdade, trata-se de uma ilação elementar, pois se a dignidade da pessoa humana é um valor que se irradia por todo o ordenamento jurídico, consequentemente ela irá alcançar o direito à vida. Todavia, a correlação entre ambos os institutos vai além dessa simples percepção.

Meditem sobre o conceito por nós, por outros e agora por vocês, acreditamos, construído para o direito à vida: ele abarca a vida humana em si, cotidiana, reflete os seus elementos caracterizadores, tutela o seu exercício, não somente a sua existência, podendo ser resumido na garantia dos atributos necessários para desenvolver a vida como um de sua espécie em dado momento histórico.

A amplitude desse conceito, em uma representação mental, alcança tamanho vulto que o direito por ele representado passa a se aproximar do valor da dignidade da pessoa humana, sem com ele, entretanto, em momento algum se confundir: se a dignidade da pessoa humana é um atributo da pessoa humana, viver como pessoa humana é um requisito indispensável para exercer a dignidade que nos é própria.

Portanto, podemos afirmar haver um considerável paralelismo entre o direito à vida, em sentido amplo, e o valor da dignidade da pessoa humana, de modo a tornar-se possível, e em muito justificável, utilizar parte das construções jurídico-científicas do valor mestre de nosso ordenamento para o direito à vida, respeitadas as peculiaridades de cada um.

Os diversos e profundos estudos efetuados com base na dignidade da pessoa, maximizados após a Segunda Guerra, possibilitaram um aprofundamento significativo dos entendimentos acerca de seus contornos. A dignidade da pessoa humana foi elevada, com razão, ao estandarte de pilar dos ordenamentos jurídicos, ao menos dos ocidentais. Mas ninguém terá dignidade senão tiver vida, senão viver como pessoa; mas viver como pessoa é justamente exercer a dignidade da pessoa humana. Aqui se encontra a pedra de toque entre

103 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 1. ed. Niterói: Impetus. p. 111.

ambos os institutos e a razão pela qual podem e até mesmo devem ser desenvolvidos em paralelo.

Na Constituição de 1988 a dignidade da pessoa humana foi elevada ao status de fundamento da República (artigo 1º, III). Contudo, tratamento privilegiado também foi concedido ao direito à vida, tendo ele sido escolhido para primar a lista dos direitos e deveres individuais e coletivos, sendo o primeiro dos direitos indisponíveis do *caput* do artigo 5º. da Constituição, de 1988. Ademais, um e outro estão intimamente relacionados ao cumprimento dos objetivos fundamentais da República.

Sendo assim, estando ambos nos pilares mais elevados de nosso ordenamento jurídico, por qual razão há uma discrepância tão grande entre a dignidade da pessoa humana e o direito à vida? Por que obras paradigmáticas, como a Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, falam, em diversos momentos, sobre a dignidade da pessoa humana e nem mesmo cita como exemplo o direito à vida? Por que o aprofundamento teórico entre ambos os direitos é tão diferente? Por que as faculdades se esquecem de um e revisitam semestralmente o outro?

Resulta como uma das respostas para essas perguntas a afirmativa segundo a qual o direito à vida estaria adormecido, subordinado, escravizado pelos direitos dele decorrentes e, por conseguinte, condicionado a aprofundar-se teoricamente em torno e na dependência destes – tanto que a discussão mais aprofundada tomada em sede do Supremo Tribunal Federal sobre o direito à vida foi travada em torno da análise sobre a permissão para a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias.

Outra resposta poderia ser a de que o processo histórico de não valorização da vida – lembremos da escravidão, da inquisição, das tantas guerras, dos campos de concentração – causou, através de um fenômeno enquadrável como um típico “círculo vicioso”, o atrofiamento do direito a ela (vida) correspondente.

Alternativa viável seria, ainda, a da desutilidade, para muitos, da valorização da vida, principalmente da progressiva maximização da importância e aplicabilidade do direito à vida daí decorrente. Uma quarta possibilidade seria optar pela junção das três anteriores e de outras tantas, parecendo esta a mais adequada.

5.8 Para uma concepção ampla de direito à Vida

Por derradeiro, apreciaremos a proposta de Paulo Gustavo Gonet Branco, em obra escrita em coautoria com Gilmar Mendes e Inocência Mártires Coelho:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. [...] O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte [...].

O constituinte brasileiro, coerentemente, proclama o direito à vida, mencionando-o como o primeiro dos valores básicos que inspiram a lista dos direitos fundamentais enumerados no art. 5º. do texto constitucional. [...]

[...]

A expressão direito à vida está particularmente ligada, hoje, à discussão sobre a legitimidade da interrupção do processo de gestação e ao debate sobre a liceidade da interrupção voluntária da existência em certas circunstâncias dramáticas e peculiares. O direito à vida, porém, não tem a sua abrangência restrita a essas questões. [...] Em outros contextos, o direito à vida aparece vinculado aos direitos a integridade física, a alimentação adequada, a se vestir com dignidade, a serviços médicos, ao descanso e aos serviços sociais indispensáveis.¹⁰⁴

O autor coloca o direito à vida, acertadamente, em estandarte diferenciado, nobre, solene em comparação aos direitos em geral. Isso em virtude de uma construção lógica, pois a vida humana, objeto de tutela do direito à vida, é, para o homem, e, conseqüentemente, para o Direito, uma condição inafastável de existência.

Todavia, acreditamos ter o autor cometido uma imprecisão: quando ele fala que o direito à vida deve ser visto como a premissa dos direitos proclamados, deve-se ler no lugar do “direito à vida” somente “vida”. A vida, não o direito à vida, que, a propósito, também lhe é decorrente, constitui a premissa para a existência de qualquer construção humana. Portanto, o direito à vida deve ser visto como um direito essencial sim, mas não por ser ele o requisito originário do Direito, mas por tê-lo como objeto imediato.

O direito à vida, tal qual os demais direitos, é um mecanismo inserido no conjunto de mecanismos a que se denomina ordenamento jurídico. Ele está igualmente localizado no rol de conseqüências da existência fática, e não jurídica, da vida. Um exemplo ilustrativo dessa situação é a história da escravidão, onde os escravos existiram efetivamente, mesmo sem ter lhes sido reconhecido o direito à vida humana.

Superada essa questão, outra observação importante, agora tendo por foco o segundo parágrafo da citação supra, há de ser efetuada. Consiste ela na percepção de que, além de o direito à vida encabeçar o catálogo dos valores inspiradores dos direitos fundamentais do homem, ele também inaugura a própria relação dos direitos fundamentais humanos, incluindo-se, portanto, neste gênero.

Transpostos os temas supra, resta-nos examinar o último parágrafo da citação em comento. Mas não se enganem com o aparente desânimo transmitido pela fala: aborda essa última parte da citação um tema interessantíssimo. Reparem bem em seu conteúdo: nele, ao

104 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 393.

mesmo tempo, estão estampadas a desvalorização da vida, a limitação prática do direito à vida e a exposição do conceito amplo do referido direito.

A fim de alinhavar e ilustrar uma vez mais essa revisitada conceituação ampla do direito à vida, pode-se dizer que, em virtude de seu significado constitucional amplo, ele acaba “conectando-se com outros [direitos], a exemplo do direito à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”¹⁰⁵

Entretanto, paradoxalmente, o direito à vida é um direito apequenado por uma prática pautada em vícios antigos e com tendência a se tornarem perenes, contando ele, em decorrência, com pouco espaço nos Cursos de Direito Constitucional, não gozando, em regra, de estralado nas demais produções bibliográficas, esquecido pelos concursos públicos, não aprofundado nas salas de aula.

O cenário só não é pior porque os sintomas de seu menosprezo acabam evitando seu esquecimento completo. O espaço tomado do direito à vida por alguns dos direitos decorrentes de sua amplitude normativa, como o aborto, a eutanásia, o feto anencéfalo, a pena de morte, a legítima defesa, o estado de necessidade evitam o seu esquecimento, pois mesmo pondo-o em segundo plano, acabam, indiretamente, aprofundando minimamente o seu conteúdo.

Essa constatação não corresponde, ressalte-se, a afirmativa de que aqueles direitos decorrentes devem ser esquecidos ou ignorados. Se assim fosse, estaria errado. Apenas não podemos perder de foco que eles são temas oriundos do direito à vida; não envolvem temáticas próprias, mas sim inerentes a este direito, tais como: quando a vida começa e acaba? O que caracteriza a existência da vida? Quem possui a titularidade do direito à vida? Trata-se de um direito absoluto?

Sintoma dessa subvalorização do direito à vida é falta de um aprofundamento prático-teórico nos moldes dos experimentados por institutos com relevância análoga – por exemplo, a dignidade da pessoa humana -, bem como o fato de a dúvida sobre o início da vida ter sido enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal 02 (duas) décadas após a promulgação do atual texto constitucional, não constando precedente histórico do gênero.

105 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 110.

6 Valorização da Vida.

A valorização da vida é um mister que vai além da órbita jurídica: deve constituir objetivo-mor da humanidade e compromisso supremo dos indivíduos. É verdade que o direito representa um papel de destaque nesse contexto, mas não pode ser, e nem conseguirá caso seja, o único instrumento a atuar nesse sentido. A valorização da vida há de ser promovida em todas as searas, consistindo, inicialmente, em uma tarefa intersubjetiva de enxergar o mundo com os próprios olhos, ponderar os valores, refletir sobre a realidade, colocar a pessoa humana em seu devido estandarte e desenvolver um ideal fraterno. Superada esta etapa de ordem eminentemente meditativa, deve-se visar a exteriorização daquele ideal, de modo a efetivar-lhe e disseminá-lo.

Certamente, valorizar a vida não é meramente escrever páginas de jornal e revista escorrendo sangue ou proclamar o fracasso humano - a humanidade não fracassou. Valorizar a vida é enxergar no outro a si próprio, é compreender seus erros da maneira como tão bem justificamos as nossas próprias falhas.

Valorizar a vida não é achincalhar o seu povo, a sua história e o seu presente. Valorizar a vida é compreender, sem vícios, o cenário histórico, pois somente partindo dessa compreensão poderão ser assentados caminhos seguros para se chegar a objetivos maiores - nem sempre a solução de um é o melhor caminho para o outro; é a partir da compreensão sobre as características de um povo que se obtêm as melhores soluções para ele.

Valorizar a vida não é opor-se ao seu adversário somente pelo motivo de ele ser seu adversário, ou inclinar-se a favor de seu aliado pela única razão de ele assim o ser. Valorizar a vida é, na medida de nossas parcialidades e no exercício de nossas escolhas e crenças, opor-se a tudo aquilo que lese a dignidade da pessoa humana, que atravanque o exercício do direito à vida, que prejudique o bem estar social e a moralidade objetiva, independentemente de quem seja seu deflagrador.

Valorizar a vida não é manter o modelo até então utilizado e que diuturnamente comprova sua insuficiência, porquanto enraizado com ditames burocráticos e desprovido de uma essência básica, qual seja, a qualidade de vida e o equilíbrio do todo com o seu fim maior, a pessoa, individual e coletivamente considerada.

Valorizar a vida não é justificar os fins com os meios, e muito menos utilizar os meios para nada fazer ou atravancar qualquer atitude. Não basta querer e atuar razoavelmente para a realização de algo: é preciso proceder multiplamente de determina forma, forma esta cunhada por alguém inominado e ou impalpável, cuja realidade, senão diferente da nossa, estava

distorcida, mas cujo brilhantismo impede que seja superada pela reles constatação cotidiana de alguns milhões de mortais acerca de sua inoperabilidade e de que a paz é contra a lei e a lei é contra a paz.

Valorizar a vida não é apenas se indignar com pensamentos no sentido de uma pessoa frear seu carro não para deixar de atropelar a criança que corria irresponsavelmente atrás de uma bola, e sim para, tão-somente, não atropelar a bola, que parecia nova.

Valorizar a vida não é criticar a tudo e a todos – exceto a nós mesmo, claro –, como se fosse culpa do Estado um alcoólatra esfaquear o dono de um bar que não vendia pinga fiado, ou uma senhora, que por excesso de cerveja, atropelou um padre e os noivos na porta da Igreja. Valorizar a vida é perceber que não adianta ter muita fé e pouca luta; não adianta olhar para o chão e virar a cara para não ver; não adianta se revoltar com o Estado e cruzar os braços; não adianta criticar para destruir, pois você vai viver nesses destroços.

Valorizar a vida é, antes de qualquer coisa, uma tarefa para ser realizada internamente, afinal, quanto vale a sua vida no meio dos recentes 07 (sete) bilhões de individualidades que compõem o gênero humano? Hoje, você vivo é um voto e morto um objeto para uma reportagem sensacionalista ou uma estatística. Evidentemente que para a sua mãe não, mas para o mundo sim. Se você deseja modificar essa realidade, se você pretende que a vida de seus descendentes seja vista como algo diferente, como uma realidade individualiza e distinta de todas as demais, cujos contornos formam um mundo e um ser único, irrepetível, somente desdobrável por meio do exercício do estágio da vida humana, está na hora de mudar.

Paulo Otero, professor lusitano da Universidade de Coimbra, em sua proposta para a criação de uma disciplina no Curso de Direito na sobredita Instituição de Ensino intitulada “*Direito da Vida*”, elaborou interessantes conceitos sobre o tema em vetor. Seu estudo gira em torno das características da sociedade contemporânea, mormente dos avanços tecnológicos, e da necessidade de se preservar o homem como tal:

Se a história constitucional do século XIX se resume na afirmação da liberdade e da propriedade e a do século XX na luta pela ampliação da participação política e pela implementação das condições sociais, econômicas e culturais de vida, o século XXI pode bem ficar conhecido pela necessidade de uma afirmação constitucional dos direitos do homem como ser humano.¹⁰⁶

Essa afirmação se faz necessária, aponta o autor, principalmente em razão do desenvolvimento de áreas como a genética, pois de um “*saber acerca da vida [se passou*

106 OTERO, Paulo. *Direito da Vida – Relatório Sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*. Coimbra: Almedi- na, 2004. p. 21.

para um] poder sobre a vida.”¹⁰⁷ Não se trata, contudo, de pensar esses avanços como realidades negativas, mas sim como objetos de discussões a serem travadas de forma abrangente, envolvendo não só médicos, biólogos e teólogos, mas também juristas e outros.

E a opinião sobre o elemento central do direito do século XXI ser *a afirmação constitucional dos direitos do homem como ser humano*, justifica-se em virtude do espaço normativo e científico alcançado pelo valor da dignidade da pessoa humana e da desconformidade do Direito contemporâneo, mormente em países com raízes do Direito Romano, como o Brasil, sabidamente cunhado sobre bases patrimonialistas, em tutelar as necessidades de uma sociedade onde a soberania sobre seu corpo caminha para ser substituída pela soberania sobre sua essência biológica.

Com efeito, diante dos avanços tecnológicos, que trazem à tona novas questões e, conseqüentemente, novos problemas e a necessidade de novas soluções, a ciência jurídica e, porquanto, o Direito e os profissionais jurídicos, não devem se omitir, pelo contrário, devem reagir:

[O] relativismo axiológico e uma ausência de postulados éticos [da sociedade em diversos aspectos], um entendimento totalmente individualista da liberdade [traduzida na] mentalidade hipervalorizada da permissividade egoísta, visando tornar legítimo tudo aquilo que dá prazer ou é [nos levará ao extremo de postularmos] direitos contra natura.¹⁰⁸

Com efeito, o Direito, em seu duplo aspecto, qual seja, o de ser, ao mesmo tempo, reflexo e fonte para a sociedade, deve, tendo em vista as mudanças ocorridas, o que termina por caracterizar o primeiro aspecto (reflexo), abordar o tema vida e exercer, por conseguinte, sua segunda vertente, isto é, direcionar a sociedade para uma vivência mais fraterna, primando pela felicidade e valorização da pessoa.

Ser fonte para a sociedade significa não ser apenas um reflexo das aspirações sociais, mas também inspiração do cenário em que está inserido; significa atuar não como mero elemento de consolidação das aspirações políticas, e sim como marco regulatório da sociedade. Portanto, não raras vezes, o Direito deve sobressair, assumindo o cargo de condutor, a partir e limitado, evidentemente, por uma bússola que aponte, necessariamente, para a sociedade que o rege.

Não se está propondo, porém, o congelamento ou mesmo o engessamento dos avanços científico-tecnológicos. Pelo contrário. Trata-se da imperiosidade de estabelecer

¹⁰⁷ Idem. Ibidem, p. 16.

¹⁰⁸ Idem, Ibidem, p. 19.

marcos; marcos despidos de um puritanismo demagógico-religioso; marcos que conservem o homem como homem e, para tal, a vida é um componente central.

O que se objetiva é a evolução da representação do conceito vida, desde sempre subjugado, perfeitamente operacionalizável por meio da utilização, como se viu, dos contornos conceituológicos dos fenômenos experimentados, principalmente no pós-Segunda Guerra, em sede da dignidade da pessoa humana.

Contudo, não basta a densificação da compreensão de institutos como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Mostra-se imprescindível transcender os paradigmas atuais, de modo a transpor a horizontalização desses institutos para alcançar um novo patamar, a sua internalização:

O desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, se até agora tem assumido uma principal projeção vertical, estabelecendo vinculações no relacionamento do ser humano com o Estado que não exigem sempre uma postura neutra ou abstencionista, a verdade é que ganha hoje duas novas áreas de incidência: observa-se uma horizontalização da dignidade da pessoa humana, vinculando cada pessoa perante as demais, e uma incidência pessoal, obrigando cada um perante si próprio e, neste sentido, estabelecendo uma regra de indisponibilidade. Registrou-se aqui uma ampliação do campo de operatividade vinculativa do princípio da dignidade da pessoa humana: a dignidade é um valor, é um bem, é também um direito inalienável de cada um de nós, enquanto pessoa humana concreta, perante o Estado, perante todos e perante nós próprios.¹⁰⁹

Se do direito à vida decorrem direitos à sua proteção, respeito e promoção, seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais específicos seja de modo autônomo, igualmente haverá de se ter presente a circunstância de que o direito à vida implica também, por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos os integrantes da comunidade para com os demais e, para além disso, um dever das pessoas para com consigo mesmas.

A morte por circunstâncias não naturais é vista, em regra, como algo trivial – salvo quando o defunto possui alguma espécie de vínculo afetivo conosco: aí a falta de hospital é um absurdo, a insegurança pública é uma vergonha, a fome é uma aberração, a falta de escolas é uma incompetência, vestimos camisas com o rosto do “*de cujus*” para defendermos causas egoístas e efêmeras, que não raras vezes provocam reações atabalhoadas da Administração Pública, e terminamos, nas eleições seguintes, votando em um amigo ou em alguém popular, não em um administrador.

109 OTERO, Paulo, op. cit., p. 21.

A valorização da vida passa pela humanização de nossos atos e pensamentos: mas não humanização no sentido antropocêntrico egoísta, e sim no sentido de atribuir ao homem os elementos inerentes a sua dignidade histórico-geográfica.

Um passo fundamental para isso é conferir concretamente à vida um sentido amplo, mormente na esfera jurídica. Trata-se, na verdade, além de reconhecê-lo, de compreendê-lo; de vê-lo e enxergá-lo. A maior parte de nós admite a importância desse bem da vida e do direito que a tutela, apenas não percebe a sua superficialidade e carência por efetividade. Se o homem do século XVI não dependia da alfabetização para desenvolver-se como os demais à época, o de hoje necessita não só da alfabetização, como também do ensino continuado. A mera subsistência não basta para garantir o exercício da vida humana. Viver é diferente de existir.

E é justamente da falta de efetivação do direito à vida que decorre o pretexto para o Direito atuar no exercício de seu segundo aspecto, qual seja, o de ser fonte para a sociedade, primando uma cadeia de eventos, a qual cremos ser virtuosa, a desaguar na necessária e gradual valorização da vida, se e em medida suficiente, não podemos prever. Dentro dessa cadeia de eventos insere-se a mudança da mentalidade dos indivíduos, a qual promoverá mudanças na sociedade e, conseqüentemente, novas alterações no Estado. Eis o Direito se realizando.

Nesse contexto, não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao direito à vida, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias ao direito à vida humana, quanto no dever de protegê-la contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência. Assim, desde logo, percebe-se que o direito à vida não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivá-lo e protegê-lo. Nessa linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do direito à vida incube aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências deste direito. Em outras palavras, o direito à vida impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. Para além dessa vinculação estatal, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo direito à vida, o qual termina por vincular, igualmente, o âmbito das relações entre os particulares. Tal dimensão assume particular relevância em tempos de globalização econômica,

privatizações, altos níveis de exclusão e, para além disso, aumento do poder exercido pelas grandes corporações.¹¹⁰

E a quem competiria a tarefa de primar esse processo de valorização da vida? Se você imaginou que responderíamos “ao Direito”, enganou-se. Essa é uma tarefa de todos! O impulso pode partir dos Tribunais, do Legislativo, das bancas universitárias, das ruas; não importa de onde, se legítimo, valerá, mas não percam isto de foco: para uma construção de tal espécie ser efetiva, todos precisam estar engajados.

O efeito dessa mudança poderia muito bem ser, dentre outros, o da aplicação do direito à vida em sua real dimensão pelos Tribunais, provocando o aumento do número de decisões utilizando-o como pedra de toque, terminando por causar o despertar de advogados, defensores, promotores e procuradores acerca da sua utilização e a multiplicação no número de demandas em que o direito à vida figuraria como ator fundamentante principal, decorrendo na observação das pessoas acerca dessa nova tendência e, provavelmente, na sua estreia como objeto de inquirição em concursos públicos, o que deflagraria a necessidade de as Faculdades de Direito incluírem-no em seu programa, causando a sua internalização, já na formação, dos novos juristas e, conseqüentemente, em sua utilização ainda maior, donde adviria a necessidade, tomara, de se pensar em técnicas processuais próprias.

Em que pese a universalidade da iniciativa de valorização vista acima, uma forma óbvia de primar todo esse ciclo seria promover a inserção, no corpo constitucional, de uma previsão mais discorrida sobre os contornos do direito à vida. É verdade que tal prática quebraria o padrão da listagem histórica dos direitos fundamentais humanos nas Constituições, haja vista haver a tradição de não pormenorizá-los. Entrementes, por se tratar de um direito diferenciado, plenamente justificável e, em grande medida, necessário, a adoção de um tratamento distinto, nos moldes daquele previsto na Encíclica “*Pacem in Terris*”, de 1963:

11. E, ao nos dispormos a tratar dos direitos do homem, advertimos, de início, que o ser humano tem direito à existência, à integridade física, aos recursos correspondentes a um digno padrão de vida: tais são especialmente o alimento, o vestuário, a moradia, o repouso, a assistência sanitária, os serviços sociais indispensáveis. Segue-se daí que a pessoa tem também o direito de ser amparada em caso de doença, de invalidez, de viuvez, de velhice, de desemprego forçado, e em qualquer outro caso de privação dos meios de sustento por circunstâncias independentes de sua vontade.¹¹¹

110 Esta é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit., p. 112 e 113.

111 Vaticano. Encíclica do Papa João Paulo XXIII: “*Pacem in Terris*”, de 1993. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/enciclica-do-papa-joao-xxiii-qpacem-in-terrisq.html>>. Acesso em 22 ago. 2011.

Isso porque, a vultuosidade do direito à vida requer, aos menos no que tange aos traços indicativos de sua acepção mais compreensiva, seu disciplinamento no palco jurídico principal, ou seja, na Constituição. A propósito, não cabe a discussão acerca da promoção de sua proteção ou não; cabe, tão somente, a sua realização, em termos e moldes suficientes, de modo a contemplar todos os sítios caracterizadores do exercício contemporâneo da vida humana. O direito à vida está acima e além da ilimitação do constituinte originário, porquanto a vida é um bem indisponível, independentemente da disposição constitucional, notadamente em face do princípio da proibição do retrocesso social.

Tampouco cabe subordinar esse direito fundamental a opções do legislador infraconstitucional sobre atribuições de personalidade jurídica para atos da vida civil. O direito à vida não pode ter seu núcleo essencial apequenado pelo legislador infraconstitucional [...]. Havendo vida humana, não importa em que etapa de desenvolvimento e não importa o que o legislador infraconstitucional dispôs sobre a personalidade jurídica, há direito à vida.¹¹²

O Estado-hostil deve ceder lugar para o Estado-amigo; o Estado-desconfiança deve ser substituído pelo Estado-confiança; a sociedade-egoísta deve evoluir para uma sociedade-fraterna; e essa transformação compete a cada um de nós.

Se não for assim, a Constituição de 1988 jamais se tornará uma Constituição normativa, isto é, uma Constituição cujas normas estejam em consonância com a realidade política, pois, em que pese a escolha por uma redação econômica para representar constitucionalmente o direito à vida, a Constituição da República de 1988, quando interpretada de maneira sistemática e teleológica, professa a necessidade de se “*estabelecer o conceito de vida na acepção em foi empregada no caput do artigo 5º. da Constituição Federal*”¹¹³, pois:

Ora, a Constituição Federal relacionou entre os objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (artigo 3º., IV) e determinou que mesmo nas suas relações internacionais o Brasil rege-se pela prevalência dos Direitos Humanos (artigo 4º., II). A Constituição Federal foi além: reconheceu expressamente que '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...' (artigo 5º., caput) e dispôs que os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (artigo 5º., parágrafo 2º.).

A Carta Política constituiu um Estado Democrático de Direitos que tem entre seus fundamentos a própria dignidade da pessoa humana (artigo 1º., III).¹¹⁴

112 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 396.

113 MELLO, Gustavo Miguez. Direito Fundamental à Vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al., op. cit., p. 265 e 266.

114 Idem. Ibidem, p. 265.

E a definição jurídica justa do direito à vida, alcançando todos os seus desdobramentos contemporâneos, surge como elemento fulcral para a valorização da vida, senão:

Ora, se pudesse se considerar o conceito de vida como sendo indeterminado, o direito à vida tornar-se-ia vazio, chegando-se ao absurdo de o Legislador ou a Autoridade Administrativa poder na prática recusar tal direito a quem tenha vida humana.¹¹⁵

E quem seria objeto dessa valorização da vida? Em linhas gerais, todos os seres vivos e, em termos específicos, todo e qualquer ser humano, sendo este aquele proveniente da fusão entre o gameta masculino e feminino humanos, não mais se afigurando entre nós a figura do monstro ou da pessoa-coisa:

Excluir alguns seres humanos, como os pré-embriões ou afro descendente, os brancos, ou os judeus do conceito de homem é discriminar, é o homem não conhecer a si mesmo, é fazer do homem um desconhecido, é dele fazer um problema para si próprio, é o homem se insurgir contra ele mesmo e lhe negar os direitos à vida [...]. Retirado o direito à vida nenhum outro poderá ser exercido.¹¹⁶

Trata-se de um direito que resulta da compreensão generalizada, que inspira os ordenamentos jurídicos atuais, de que todo ser humano deve ser tratado com igual respeito à sua dignidade, que se expressa, em primeiro lugar, pelo respeito à sua existência mesma.

O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória com relação aos seus titulares. Se todo o ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única [...]. A idéia de igual dignidade de todos os seres humanos ficaria ferida se fosse possível graduar o direito à vida segundo aspectos acidentais que marcam a existência de cada pessoa.

[...] Onde, pois, houver um ser humano, há aí um indivíduo com o direito de viver, mesmo que o ordenamento jurídico não se dê ao trabalho de o proclamar explicitamente. Se o ordenamento jurídico reconhece como seu valor básico o princípio da dignidade da pessoa humana e se afirma a igualdade como consequência precisamente dessa dignidade, o direito à vida está necessariamente aí pressuposto.¹¹⁷

Por derradeiro, observamos entendimentos jurisprudências inspirados na realização do bem estar mesurado das pessoas, de onde podemos extrair esperanças e, principalmente, indicativos de que é possível mudar; mudar no sentido colocarmos a pessoa como fim, tal qual se deu, por exemplo, na adoção de uma orientação concretualista pelo Supremo Tribunal

115 Idem. Ibidem, p. 266.

116 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 273.

117 Idem. Ibidem, p. 395 e 396.

com relação aos Mandados de Injunção¹¹⁸, no tratamento adotado em sede das famigeradas “Ações de Remédio”¹¹⁹ e a extensão desse entendimento para tratamentos médicos diversos¹²⁰, ao reconhecimento da união estável homoafetiva¹²¹, dentre outros.

E, sob essa perspectiva, destacamos o fato de o direito à vida ser considerado o direito fundamental humano mais relevante, condição para a realização dos demais direitos, como se vê: *“é considerado o direito fundamental mais importante, condição para o exercício dos demais direitos. Observe que sem vida, não há de se falar em liberdade, propriedade, segurança, etc.”*¹²²; *“O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”*¹²³; *“Expresso no caput do art. 5º., o direito à vida é o mais elementar dos direitos fundamentais; sem vida, nenhum outro direito pode ser fruído, ou sequer cogitado.”*¹²⁴ E, sintetizando todos os demais:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. [...] 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 interesse.¹²⁵

Aproveitando, a propósito, a deixa jurisprudencial-doutrinária, lançaremos mão das sábias palavras da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Senhora Cármen Lúcia Antunes Rocha, cujo tamanho do texto produzido fica muito aquém da profundidade axiológica e qualidade intelectual:

Contou, certa vez, um poeta que ficara toda uma noite a buscar palavras para dizer a vida. No final da madrugada insone, na qual não lhe tinha vindo à pena o dito mais perfeito, uma pequena formiga atravessou a sua página em branco. Com o seu olhar indormido, o poeta observou a passagem livre do inseto até que ele sumisse nas bordas da folha de papel. Então, ele largou a caneta e buscou o sono: a vida tinha se mostrado em movimento melhor que qualquer palavra sua pudera jamais descrever. O direito é como o poeta que observa e age sobre a realidade, como se fora a sua folha de papel. Mas o direito não apenas observa e cuida da vida, mas faz-se debruçar sobre a dor do viver. Se a vida não tivesse dores, se a indignidade não lhe tocasse a face, o ventre, se não lhe atingisse a alma, nem seria preciso o direito. Se

118 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção no. 1169/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 01.08.11. P. 22.08.11.

119 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no. 607381/SC. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. J. 31.05.11. P. 17.06.11.

120 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança no. 24197/PR. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. J. 04.05.10. P. 24.08.10.

121 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 4277/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. J. 05.05.11. P. 14.10.11.

122 CHIMENTI, Ricardo Cunha et al., op. cit., p. 50.

123 MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 35.

124 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, op. cit., p. 110.

125 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 393.

viver não machucasse algumas vidas (quem sabe todas de uma ou de outra forma...), se a história do homem pudesse sempre atravessar sem percalços o caminhar do homem, o direito não se teria institucionalizado. Não se constroem diques ou barragens para as águas que correm segundo o destino natural das águas servindo às suas margens e aos que delas se servem. Mas o destino dos homens em sua experiência com os outros não se faz sempre (ou quase nunca) como aquela travessia breve e calma sobre a qual pousou o poeta seu olhar noturno. Antes, ele se faz com paixões sobre as quais se litigam, com interesses que se entrecrocaram, com buscas que têm o mesmo objeto e não comportam senão o toque de uma mão ou de mãos entrecruzadas. Por isso, a vida é o objeto do direito maior do homem: aquele do qual e para o qual todos os outros direitos se constroem, se somam e em torno do qual todos os cuidados jurídicos se somam.

A gente nasce, cresce, envelhece e morre. Às vezes nem chega a envelhecer. A mão de parca toca a face do destino antes da chegada das rugas. O direito é o instrumento criado pelo homem para que o curso dessa jornada seja tão natural que a caminhada não pese como um gravoso encargo, mas se cumpra como um benfazejo milagre.

Por isso se declara, no direito dos direitos, que Todo homem tem direito à vida. Mas não a qualquer existência, não a mera sobrevivência, definitivamente não a qualquer sobreexistência.

O direito à vida não é só a garantia da “batida de um coração” ou uma “doce ilusão”. É o direito a realizar o eterno projeto humano de ser dignamente feliz. É a entrega a si mesmo no espaço de todos e o encontro mais profundo de cada um com todos os outros convertidos em fraternos elos da experiência transcendente e transposta no movimento entrecruzado de mãos que se conjugam para a superação de si mesmo e para a construção permanente do viver mais justo com o outro.

O direito à vida guarda e resguarda a oportunidade justa de o homem tornar-se inteiro em sua individualidade pela certeza da solidariedade de todos. Nele se contém a segurança da dignidade, posta a florescer na experiência plural. O direito à vida concede ao homem não a certeza da vida, que a vida é sempre uma incerteza, mas a certeza de que a solidão do seu ser pode converter-se na solidariedade do permanente tornar-se.

A vida é da natureza; a vida digna, transformada pela construção de cada dia, é da razão essencial do homem. A vida põe-se pela natureza e impõe-se pela mão do homem. Por isso o direito à vida é obra construída com todos; é a arte de fazer brotar na realidade o que é próprio e inato ao homem, mas que jaz apenas semente no reconhecimento da palavra-norma declarada.

Direito à vida não é retórica ou sugestão, senão que contingência do que se dá a ser para que convivam dignamente todas as pessoas. Esse direito está na base e na essência de todos os direitos, pois o próprio sistema de normas jurídicas mais não é que uma criação do homem para tornar facilitada, aperfeiçoada, fraternizada a convivência em praça pública. O direito é isto e só isto: um instrumento político criado pelo homem para assegurar-se uma vida digna e melhor com todos. Não fossem as indignidades que se têm nos limites humanos naturais e naqueles que se põem pelo passo entrecruzado no caminho, desnecessários seriam os traçados normativos para limitar andanças que machucam e coartam o mais breve atalho para o bem viver. O sistema de direito é, assim, tão-somente um desdobramento do direito à vida; uma construção que se elabora para que o homem se projete no momento breve de uma existência e realize a sua vocação para a eternidade.

Nenhum direito é mais proximamente marcado pela temática da justiça concretamente realizável que o da vida. Até porque o direito é uma manifestação da vida. Não há direito para a morte, nem ou um “direito dos mortos”. O que se protege quando se fala em morte ou na segurança do corpo para depois da morte é uma projeção do direito à vida, a proteção da dignidade e da integridade, mesmo quando não há mais a resposta material do viver.

A vida com justiça é que é o objeto do direito. E a vida é justa quando garantida a dignidade da experiência humana. Vida com fome não é justa nem digna. Vida com dor também não, seja qualquer a espécie de dor que acometa o homem. A vida tocada pelo medo e pela angústia é experiência malsã, mais ainda se o desequilíbrio vem de fora.

O direito à vida calça o homem com a esperança de que a experiência política (na pólis) é segura, mesmo que o incerto se traduza em sua certeza maior, quando não única, que perpassa todo o incrível ensaio humano. Essa esperança põe-se quanto à própria condição da existência e traduz-se em segurança formal quando o conteúdo e o continente desse direito se positivam e dão ao homem o saber possível de como prosseguir em sua jornada humana. Se a insegurança assinala o turbilhão que a cada qual é dado viver, a certeza da e na convivência torna-o mais generoso quando o direito se oferece como esteio garantidor da presença respeitosa, digna e solidária do outro.

A vida é um fazer eterno do homem, o qual não se dá à eternidade. Neste não ser eterno o homem busca, apesar de todos os limites, não se entregar e não se dar a morrer. O direito à vida é uma construção permanente para a perpetuação do homem que busca a sua não-morte. Por isso, a vida não é um dado cultural que se converte em direito. Mas o conteúdo do direito à vida é fruto de cada cultura e de cada povo em cada momento histórico. Daí porque a Constituição deixa em aberto a dimensão desse direito fundamental e do qual e para o qual todos os outros se voltam. O conteúdo desse direito é, pois, dinamizado segundo o conceito de justiça havido em cada sociedade. E os conceitos mudam, como a vida muda. A valorização do direito à vida digna preserva as duas faces do homem: a do indivíduo e a do ser político; a do ser em si e a do ser com o outro. O homem é inteiro em sua dimensão plural e faz-se único em sua condição social. Igual em sua humanidade, o homem desiguala-se, singulariza-se em sua individualidade. E o direito à vida contempla a unidade e a pluralidade do homem, feito persona em todas as suas presenças e até mesmo em suas ausências. Assim, a preservação jurídica da intimidade é uma projeção do direito à vida, contido seu universo singular em sua alma não partilhável com os outros; o homem preserva-se em sua individualidade para garantir-se em sua socialidade. A persona política apresenta o homem em sua qualidade fraterna do que convive para viver, do que se une para se desenvolver, do que se funde ao outro para se preservar íntegro. E certo que a praça revela tanto o abraço quanto o açoite, tanto o alento quanto o desamparo daquele que se vê só junto com os outros. O homem não é só o amigo; pior, é também o inimigo, o que falseia e trai a sua própria imagem oferecida ao outro. O direito é o instrumento da fraternização racional e rigorosa.

O direito à vida é a substância em torno da qual todos os direitos se conjugam, se desdobram, se somam para que o sistema fique mais e mais próximo da idéia concretizável de justiça social. Mais valeria que a vida atravessasse as páginas da Lei Maior a traduzir-se em palavras que fossem apenas a revelação da justiça. Mas quando os descaminhos não conduzirem a isso, compete ao homem transformar a lei na vida mais digna para que a convivência política seja mais fecunda e humana.

Afinal, se a vida não atravessa a página da lei, seja possível a lei atravessar a vida política com o condão de concretizar os ideais que fazem da eternização do sonho de cada homem o seu projeto mais certo, mesmo em todas as suas incertezas.¹²⁶

Eis o âmago deste trabalho. Mais do que discussões técnico-jurídicas, trata-se de uma reflexão sobre o valor de nossas vidas e de seu correspondente jurídico; de refletir sobre o nível de aplicação do direito à vida; a forma como é empregado e compreendido; a ineficácia dos meios ordinários para tutelá-lo efetivamente e o erro de subordinar situações que o envolvam à outros direitos; de compreender o direito à vida de forma compreensiva; de enxergar a vida como um viver e não como um simples existir – cadeiras existem, pessoas

126 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Comentário Feito ao Artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Notícias do Supremo Tribunal. Brasília, 09 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100449&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

vivem. Trata-se de colocar o homem como fim e, nesse sentido, a evolução do modo de pensar o direito à vida é fundamental.

Conclusão.

Para a efetivação do direito à vida é fundamental a compreensão do que viria a ser direito à vida no sentido técnico-jurídico, ou seja, compreender melhor a natureza e os contornos do enunciado normativo que o consagra. Assim, viu-se que o direito à vida é um direito fundamental do homem, cujo regramento geral encontra-se insculpido do *caput* do artigo 5º. da Constituição da República de 1988.

Ao lado disso, é preciso conhecer as origens, bem como os fatos históricos que circundam o desenvolvimento dos direitos fundamentais e do próprio direito à vida. Nesse diapasão, constatamos que os direitos fundamentais, em moldes mais próximos daqueles como são enxergados atualmente, remontam do final do século XVIII, bem como que o direito à vida já era previsto no Código de Hamurábi e a massificação de sua previsão na Declarações de Direitos deu-se a partir da década de 60, datando a sua primeira positivação constitucional pátria de 1934.

Faz-se mister, ainda, compreender o marco inicial da tutela da vida, isto é, a partir de qual momento o direito à vida começa a operar o seus efeitos. Para tal, foram estudadas múltiplas visões e orientações, de modo a possibilitar uma percepção macro do tema, bem como empregou-se farta atenção ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF.

Compreendida a natureza da norma que veicula o direito à vida, estabelecidos seus marcos históricos e estudado as teorias acerca de qual momento ele começa a operar os seus efeitos, falta aprofundar o seu bojo em si. Nessa guisa, por meio de um aprofundamento teórico realizado em sede de obras doutrinárias diversas, foram estabelecidas noções diversas sobre o direito à vida, destacando-se, de todas elas, sua concepção ampla, tendente a abarcar a vida nos plexos fenomenológicos do viver, do autoafirmar-se, do autodeterminar-se, da possibilidade de desenvolver-se como um de sua espécie, não somente do existir.

A partir dessa concepção ampla do direito à vida, escancarou-se a falta de sua efetivação, que não conseguem ser satisfeitas minimamente nem mesmo quando observamos o direito à vida sob o primas da existência. Constatou-se a falta de meios enérgicos o suficiente para realizá-lo na medida de sua volúpia e de seu valor transcendental, bem como a

inversão da ordem da natural das coisa, estando ele dependente dos assuntos e direitos que dele derivam. Afigurou-se, enfim, a necessidade de uma evolução conceitual.

E evolução conceitual passa pela valorização da vida. Sim, da vida; da vida, esta entidade que nos permite realizar tudo na medida da capacidade e criatividade humana; da vida, este desfrute da beleza do mundo; da vida, esta complexidade que mostra a nossa finitude e limitações; da vida, esta maravilha que nos permite vivenciar o momento em que somos o mundo suficiente para aquele que nos ama; da vida, este meio que nos possibilita sentir a energia da existência; da vida, que devia ser bem melhor e será; da vida, que afinal, o que é? Não é nem luxo nem prazer; não é nem sofrimento nem lamento; não é nem um nada nem um mistério profundo; não é nem amar nem sofrer; somos nós que fazemos a vida, nossas vidas, e devemos fazê-la com dignidade, dignidade a ser dada por todos, inclusive nós mesmos, pois a vida é, simplesmente, o verbo viver. É bonita, é bonita e é bonita.

Bibliografia.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>.

_____. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

_____. *Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>.

_____. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/BasesHist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=5&codDocumento=418&sgBase=SGCO&q=Carlos+Virg%C3%A9lio>>. Acesso em 15 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. J. 29.05.2008. P. 28.05.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. J. 05.05.11. P. 14.10.11.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 164*. Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 13.12.2003, P. 14.11.2003;

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 3601*. Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 08.05.2003, P. 22.08.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 1169/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 01.08.11. P. 22.08.11.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança n. 24197/PR*. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. J. 04.05.10. P. 24.08.10.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 477554/MG*. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. J. 16.08.2011. P. 26.08.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 607381/SC*. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. J. 31.05.11. P. 17.06.11.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Comarca de Campo Grande. *Apelação Cível no. 2007.030592-5/0000-00*. Rel. Des. Oswaldo Rogrigues de Melo. J. 26.11.2007. P. 08.01.2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTADOS UNIDOS. *Declaração de Independência*. Disponível em: <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/independencia_eua.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. *Declaração de Virgínia, de 1776*. 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/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-irg%C3%A9nia-1776.html>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. São Paulo: Forense, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Direito Fundamental à Vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. Rio de Janeiro: América Jurídica, v. XXIII.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Guilherme de Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 484.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. *O primeiro instante*. Superinteressante. ed. 219. São Paulo: Abril, nov. 2005. Disponível em: <http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/conteudo_414153.shtml>. Acesso em 27 ago. 2011.

ONU. *Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

_____. *Declaração Internacional dos Direitos do Homem, de 1929*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/mandato-sobre-a-palestina-1922.html>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

OTERO, Paulo. *Direito da Vida – Relatório Sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*. Coimbra: Almedina, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 1. ed. Niterói: Impetus.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil - Alguns Aspectos de Sua Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Comentário Feito ao Artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Notícias do Supremo Tribunal. Brasília, 09 set. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100449&caixaBusca=N> Acesso em: 20 jun. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Carlos Souza. *Direito à Vida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

VATICANO. *Encíclica do Papa João Paulo XXIII: “Pacem in Terris”, de 1993*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/enciclica-do-papa-joao-xxiii-qpacem-in-errisq.html>> Acesso em: 22 ago. 2011.