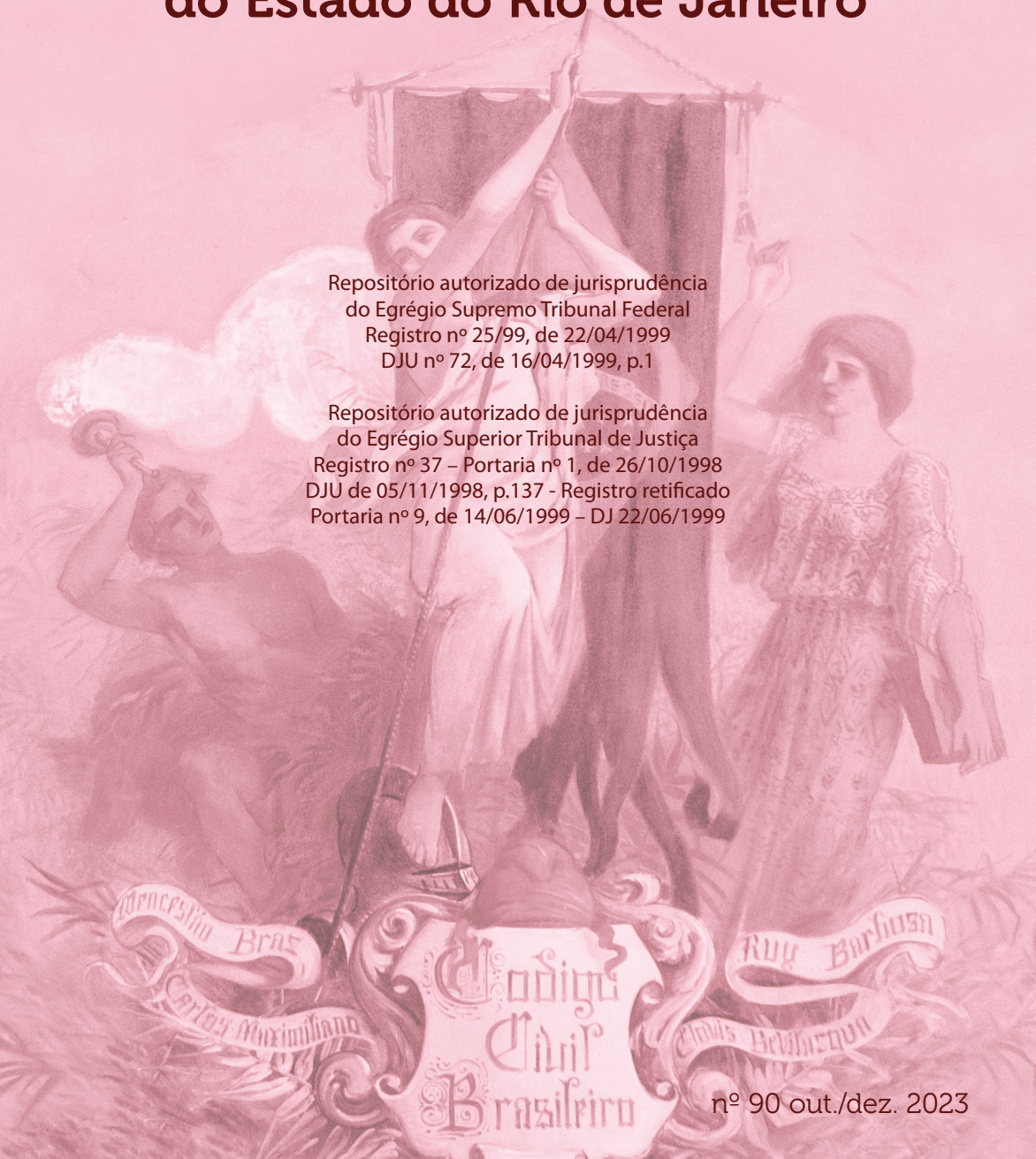


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999



A tutela penal do direito à vida frente aos novos valores da personalidade humana

Maria Fernanda Dias Mergulhão*

Sumário

1.1. O crime de aborto e as reivindicações do movimento feminista. 1.2. O crime de infanticídio e sua valoração de matiz religiosa. 1.3. A autolesão e o “direito de estar só”. 1.4. O psiquismo e as decisões de terminalidade da vida humana. 1.5. A colisão com outros direitos constitucionais: a liberdade de crença e o direito à informação.

Resumo

O debate jurídico em torno do valor jurídico da vida humana no contexto do alargamento dos direitos da personalidade e da centralidade do ser humano, como epicentro do sistema jurídico, se faz necessário. As situações que tangenciam, e mesmo fulminam o direito à vida, passam a ter novos contornos, a exemplo dos crimes de aborto, infanticídio, do direito de estar só, e mesmo dos institutos denominados distanásia e ortotanásia.

Abstract

The legal debate around the legal value of human life in context of expanding personality rights and the centrality of the legal system, is necessary. The situations that touch, and even fulminate the right to life start to have new contours, like the crimes of abortion, infanticide, the right to be alone, and even the institutes called dysthanasia and orthothanasia.

Palavras-chave: Direito à vida. Primazia. Princípios constitucionais. Preponderância. Infanticídio. Aborto. Autolesão. Direito de estar só. Distanásia e ortotanásia. Debate público e legislação superveniente.

A primazia da vida humana sobre todos os bens e direitos no ordenamento jurídico brasileiro se justifica não só por seu caráter jusnaturalista, de sacralidade e mesmo de direito fundamental, mas pela proteção empreendida pela Constituição da República em vigor. Afinal, tudo decorre do ser vivo.

* Pós-Doutora em Direito Civil. Doutora e Mestre em Direito. Mestre em Sociologia Política. Ex-Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Nessa linha, a dignidade também é um valor, que merece tutela jurídica, a par de sua importância hermenêutica como base fundante do Estado Democrático de Direito, também de proteção constitucional.

Quando em conflito o direito à vida e o direito à dignidade, como valores tutelados pelo ordenamento jurídico, o exegeta, não raro, soluciona o conflito pela primazia da dignidade da pessoa humana, porque a dignidade, *in casu*, também é princípio constitucional. Embora a solução se apresente de fácil compreensão, há importantes conceitos que devem ser rememorados, a exemplo da distinção entre regras e princípios, e as formas de solucioná-los.

Nessa ordem de ideias, Sarmento¹ explica que no conflito entre princípios distintos aplicáveis sobre determinado caso concreto a solução dar-se-á pela técnica da ponderação de interesses, ao passo que se o conflito for entre regras jurídicas, não se aplica a ponderação de interesses solucionando-se através dos critérios hierárquicos, cronológicos e de especialidades.

Acerca do caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, explica Sarmento² que em uma sociedade hipercomplexa, como a exemplo da brasileira, não seria viável sustentar o caráter absoluto de um princípio que tem a pretensão de disciplinar tantas questões e dimensões das relações sociais. Do contrário, os resultados práticos seriam inviáveis, o que o Direito não poderia ser indiferente. No que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, referido princípio sujeita-se ao processo de ponderação quanto em conflito com outro princípio constitucional, já que a dignidade humana tende a assumir peso muito elevado, mas não sempre prevalente nos processos ponderativos.

Na esteira dos fervorosos debates doutrinários, há de se ressaltar que há lacunas sensíveis no contexto médico-hospitalar, principalmente nas hipóteses relacionadas à ortotanásia e distanásia, respectivamente, morte natural no decurso de uma doença e prolongamento artificial da vida humana, também em decorrência de uma patologia ou falência orgânica, que culminam na finitude humana.

O debate público é por demais necessário em questões tão sensíveis e diretamente relacionadas à finitude humana, a exemplo dos limites da recusa terapêutica, a distanásia e mesmo a já admitida ortotanásia. É necessário ingressar nas inúmeras situações que cada instituto se refere e, de forma genérica e ampla, a edição de norma legal de âmbito nacional.

A instituição da ortotanásia, ainda que de forma transversa (via ato administrativo e chancelada por Tribunal distinto do STF em grau de recurso) impede a tipificação de crime culposo por negligência do médico ou mesmo a modalidade de crime omissivo por comissão, já que se insere na condição de garantidor.

1.1. O crime de aborto e as reivindicações do movimento feminista

Incluir questão da desigualdade social e realidade do Brasil, considerando o número de habitantes e IDH de todas as regiões do país, sobre o qual a abordagem

¹ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000. p. 45.

² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016. p. 304.

da temática é feita. Reflita-se sobre a narrativa da médica Julia Rocha, cuja praxe nas periferias brasileiras justifica o deslince em tom de desabafo, *in literis*:

Tenho encontrado mulheres com enorme desejo de colocar DIU, mas que nem sabiam que ele está disponível na nossa unidade. Homens com desejo de fazer vasectomia, mas que não podem vir em consultas agendadas por conta do trabalho. Mulheres hipertensas, diabéticas, com mais de 40 anos, usando pílulas inadequadas para pessoas com essas condições de saúde. Mulheres que desejam ter filhos, mas que nunca conseguiram engravidar e jamais foram avaliadas nesse sentido. Pessoas com múltiplos parceiros a quem o sistema de saúde nunca ofereceu testes rápidos para diagnóstico precoce de infecções sexualmente transmissíveis. São pessoas muito pobres, sem acesso à informação de qualidade sobre planejamento familiar, sem tempo para cuidado de si, trabalhadores exauridos da rotina, a quem *o Estado só se dirige para dizer a eles que o aborto é proibido*. (...) De algum modo, esquecemos que, nas periferias, a maior parte das famílias não tem acesso à informação de qualidade. *E, suspeito que isso não seja uma falha do Estado, mas um projeto. Um projeto de perpetuação da pobreza.*³ (grifos nossos)

A partir do Código de Nuremberg (1946), ninguém contesta que a obrigação de submeter os protocolos de pesquisa a uma avaliação ética seja uma necessidade fundamental do direito das pessoas, uma obrigação tanto jurídica quanto moral. Desde então, todos aqueles que pretendem realizar esse tipo de pesquisa nos países em desenvolvimento devem igualmente submeter-se a essa obrigação, independentemente da existência ou não, no país considerado, de disposições legislativas ou regulamentares nesse sentido.

De longa data é o debate sobre a admissão do aborto, que sempre foi tema multidisciplinar, apesar da maior valoração religiosa na grande maioria dos países. Em território brasileiro, desde o início da colonização portuguesa, a Igreja Católica exerceu forte influência nos assuntos relacionados ao Estado.

Os jesuítas, portanto, desde o século XVI, não só catequizavam índios, como também opinavam sobre diversos aspectos da vida civil com regras de condutas próprias, muitas incorporadas em texto legislativo, as Ordenações.

Paralelamente às ideologias que giram em torno do aborto, paulatinamente as mulheres obtiveram importantes conquistas sociais em vários continentes do globo, principalmente após a segunda metade do século XX, o denominado feminista.

A tensão seria inevitável diante das antagônicas valorações em torno da mesma temática e dois grandes grupos se apresentaram: os favoráveis ao aborto e os contrários

³ ROCHA, Júlia. *Pacientes que curam*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2021. p. 138-139.

à sua admissão. No primeiro grupo a ideologia feminista se filia, ao passo que no segundo, a vertente católica é a de maior expressão.

O início da vida humana consubstanciado no nascimento com vida através do primeiro respirar, credita-se estar em vias de superação nos tempos atuais diante do avanço tecnológico e inúmeras formas de reprodução humana artificial, onde se constata, também, o início da vida humana. Entretanto, há dissenso quanto ao início da vida humana, apesar de a tutela penal contra o aborto no Brasil tipificar a conduta como crime, apenas, no início de vida intrauterina.

Ultrapassadas essas questões, impõe-se o enfrentamento da autonomia da vontade da mulher quanto ao tratamento da própria saúde e, também, do ser humano em fase gestacional. Invariavelmente, o embrião/feto será afetado pelas decisões maternas.

Curioso que, juridicamente, no direito brasileiro há punição para o crime de aborto considerado como a morte do ser em formação com vida intrauterina, independentemente do período gestacional, na forma dolosa, salvo nas hipóteses de sacrifício para salvar a vida da parturiente ou quando a gravidez for proveniente de crime.

Mas e quanto às hipóteses de ausência ou irregular acompanhamento médico durante a gestação, o denominado “pré-natal”, intencionalmente, pela parturiente que acarrete malformação ou morte da criança, qual punição imposta à mulher? Nessa hipótese, no entanto, em que o aborto é atingido por via reflexa, não há tipificação e, portanto, não há crime na legislação brasileira.

A *mens legislatoris* é, de fato, atendida quando não enfrentados os limites da autonomia da vontade da gestante que pode importar, concretamente, riscos ao feto/embrião?

Esse debate objetiva discutir questões periféricas atinentes ao aborto e aos limites da autonomia da paciente, gestante, sem ingressar no âmago dos aspectos culturais, sociais, religiosos inerentes à sua admissão.⁴ Não são questões relacionadas ao “aborto culposo”, fato atípico, mas da sua prática através do dolo alternativo ou eventual.

Registre-se o recente exemplo norte americano sobre o aborto, em fins de junho de 2022, que após décadas de admissão do aborto em todo o país, a Suprema Corte decidiu que cada Estado daquela federação tem autonomia para legislar favoravelmente ou não à sua admissão.

A legislação sobre o aborto é um indicativo das legislações supervenientes quanto aos limites da vontade da mulher gestante. Referida legislação não deixa de ser, em última

⁴ O Ministério da Saúde estima que cada ano ocorre um milhão de abortos no Brasil, estima ainda que o abortamento é a quinta causa de mortalidade materna no país. Infere-se que: se um milhão de abortos são feitos, pensemos na aberração jurídica que seria o Tribunal do Júri julgar essa mesma quantidade de mulheres na prática do aborto. Necessita-se tirar da abrangência do Estado a vigilância e a punição sobre os corpos femininos, permitindo, assim, que o debate sobre o aborto saia do campo da legalidade e entre no campo social. Precisam-se de políticas públicas, de programas de educação sexual e da defesa da autonomia reprodutiva da mulher, com base em princípios da bioética, erigidos por Beauchampe e Childress. A questão do aborto não pode ser vista sob o prisma do dogmatismo e da intolerância, conforme denunciam Diniz e Ribeiro, como também a instituição do Tribunal do Júri não pode suportar ser o agente punitivo na encenação forçada pela ficcional legislação dissonante da realidade social.

análise, legislação restritiva à autonomia da vontade da mulher quanto à ingerência do próprio corpo, ainda que se argumente que há em formação uma vida humana intrauterina.

1.2. O crime de infanticídio e sua valoração de matiz religiosa

Infanticídio deriva do latim *infanticidium* – assassinio de criança:

Costuma-se confundir o estado puerperal com outros distúrbios decorrentes e/ou manifestados pela gravidez/parto/puerpério, como a depressão pós-parto, psicoses, neuroses, febre puerperal, infecção puerperal etc. Todavia, esse é um grande equívoco, pois esses males são passíveis de diagnóstico bem definido, não se enquadrando no artigo 123 do Código Penal, mas sim no artigo 26 ou parágrafo único, conforme o caso. O tratamento benigno dispensado à infanticida acarreta pesos diferentes a um mesmo bem jurídico, o que contraria a ordem do sistema, pois, enquanto se agrava a pena daquele que mata descendente, despreza-se essa condição de parentesco nas hipóteses de infanticídio, a mesma crítica podendo ser feita em relação ao motivo torpe.⁵

Examinar o crime de infanticídio sob o viés sociológico impõe analisar o Código Penal vigente como um de seus objetos, já que a análise sociológica não guarda semelhança com o discurso jurídico em que parâmetros relacionados à análise da conduta, configuração da tentativa, dolo e suas espécies, atenuantes, agravantes, causas de aumento ou diminuição de pena não cabem aqui.

No entanto, a análise sociológica é bem mais ampla e não impõe fronteiras, já que a natureza humana e suas opressões são os maiores objetos de análise. Nesse caso, ainda que existam diversos ordenamentos jurídicos que punam de forma muito semelhante ao Direito Penal brasileiro, serão apenas citados, a fim de que possa se extrair das culturas não tão distintas à brasileira (processo de colonização, desigualdade social acentuada, patriarcalismo, Igreja intimamente afeta às questões do Estado por longo período), a problemática aqui trazida pode ser muito semelhante a outras sociedades. A análise, portanto, do crime de infanticídio no Brasil será o recorte de pesquisa, momento em que o Direito e todas as leis subjacentes se constituirão em um dos objetos de pesquisa, relativamente, ao aparelho estatal repressor apto a coibir aquela espécie de conduta, que erige ao patamar de conduta criminosa.

É muito comum afirmações no sentido de que o crime de infanticídio e o crime de homicídio são os mais antigos da humanidade, já que comprovação bíblica do infanticídio existiria na Bíblia, em Gênesis, segundo o qual Abraão iria matar o próprio filho Isaque e fora impedido por um anjo, já que Deus comprovara sua devoção. Da

⁵ MUAKAD, Irene Batista. *O Infanticídio*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2001. p. 170-171.

mesma forma, haveria comprovação desse crime na Lei das XII Tábuas (tábua 4ª), quando o pai estaria autorizado a matar o próprio filho que padecesse de deformidade física ou mental. Na Antiguidade, também há registros do crime de infanticídio ao serem citados os crimes em que o pai era autorizado a cometer contra seu próprio filho, nas hipóteses de deformidade ou pela frustração em não ter um filho (varão) ou por insuficiência de recursos materiais que garantam à subsistência, não raro, adotando-se os mesmos critérios os soldados e outras autoridades em cumprimento à ordem superior de um monarca, imperador ou ditador.

Importante apresentar essas definições de crime de infanticídio para apresentar que não serão essas formas de condutas incriminadas as que serão aqui examinadas porque o crime de infanticídio, desde o primeiro Código Penal brasileiro – 1830, e os demais (1890, 1940 vigente após reformas), nunca adotou essa forma de incriminar condutas, já que considera o crime de infanticídio o praticado pela mãe contra seu filho em estado puerperal durante ou logo após o parto (artigo 123 CP).

Embora o critério vigente para aferir a prática do crime seja a ocorrência do estado puerperal, houve códigos penais em que a “desonra própria” era considerada como motivo para a prática do crime pela mãe parturiente.

O que é o discurso jurídico oculto? Esse será o objeto principal da análise, ponto central da análise sociológica, segundo a qual a primeira análise, que não raro se faz presente no Brasil, apesar de a Democracia ser a espécie de Estado estruturado, são as leis editadas sem qualquer consulta popular, plebiscitos, raríssimos e, nessa retórica, oculta-se a verticalidade do discurso punindo severamente pessoas estigmatizadas pela desigualdade social, credo ou raça.

Não se discute que os números de crimes de infanticídio, comparados a outros crimes intencionais contra à vida humana, são de estatística baixa, mas nem por isso o objeto de estudo sociológico perde sua importância, já que há fatores importantes a serem discutidos nessa espécie de debate.

Nesse tópico, a título de ilustração, destaca-se a estatística colhida no Conselho Nacional de Justiça - CNJ, sendo ali apontados que nos anos de 2016 a 2019, o número de novos casos anuais de infanticídio que ingressaram na Justiça havia subido de 165 casos em 2016 para 1.723 em 2019. Fatores intrínsecos à coleta desses dados também não constitui objeto de pesquisa, já que a sua menção se esgota para, tão somente, corroborar a importância da análise sociológica, ainda que a estatística dos crimes de infanticídio seja considerada baixa.

O crime de infanticídio no atual Código Penal, bem como nos anteriores, confirma a cultura de opressão e estigma no sistema penal brasileiro contra as mulheres. A sanha punitivista é clara e o discurso é invertido para que a sociedade acredite que a suposta “malfeitora”, que “a mãe desnaturada e perversa” merece a punição de 02 a 06 anos de pena reclusiva⁶ por ter matado o filho, o próprio filho, em estado puerperal, durante ou

⁶ Exposição de Motivos da parte especial do Código Penal – DL nº 2848, de 07/12/1940: 40. O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevivido em consequência daquele, de

logo após o parto. Percebe-se que o pleonasma utilizado – “o próprio filho”, impõe caráter interpretativo tendencioso à sanha punitivista opressora ao gênero mulher.

As relações de poder subjacentes ao tipo penal em exame revelam o interesse em manter o mesmo modelo patriarcal e as mesmas opressões às mulheres, que por muitas décadas, foram naturalizadas na sociedade brasileira.

O apelo midiático reforça a suposta legitimidade do discurso penal, autoritário, opressor e discriminatório, ao não admitir a condição emocional, física e psíquica da genitora como causa absolutamente suficiente para não incriminar a conduta!

O interesse estatal em incutir a figura materna como figura santa, ou às vias de uma suposta santificação, singela, serena e com amor infinito ao gerar uma vida humana em seu próprio ventre, jamais poderia se coadunar com tamanha monstruosidade, que seria ceifar um pequeno ser, ainda que sob o denominado “estado puerperal”. O Estado utiliza seu braço repressor para expurgar da sociedade as “genitoras criminosas” que foram agraciadas com o dom de dar à luz, com o pesado fardo de uma punição criminal rígida, e seu processo criminal antecedente não menos cruel. A sociedade brasileira, ou os que elaboraram a norma, são os que não toleram a alegação do estado puerperal como motivo justificante para a não incriminação desse delito?

Seria razoável conceber, numa visão de sistema, que o mesmo diploma repressivo, que usualmente é idealizado para ser utilizado como a “última *ratio*”, preveja esse crime como um dos que o Estado deve se desincumbir em processar e condenar, se confirmada a realização da conduta indesejada, quando esse mesmo diploma normativo prevê que em todos os crimes, desde a parte especial do referido Código, alcançando todas as leis especiais (todo o ordenamento jurídico penal), não haverá crime se o sujeito ativo comprovar que o praticou, por exemplo, quando comprovado estar alcoolizado ou que tenha suprimido sua consciência por substâncias entorpecentes, desde que comprovado o motivo de força maior ou caso fortuito (artigo 28 do Código Penal), isto é, desde que comprovado que o agente, deliberadamente, não se colocou naqueles estados anímicos, o que é absolutamente razoável e justo não serem aplicadas penas, ainda que crimes gravíssimos tenham sido praticados por pessoas nessas condições.

E o que dizer das mulheres que praticaram crime de infanticídio? O estado puerperal é idealizado, é controlado, é previsto? Qual distinção do estado puerperal, que acomete algumas parturientes durante ou logo após o parto, com o estado etílico ou entorpecida de pessoas que se encontram nessas condições por força de um atuar externo?

Não há distinção entre os dois casos, mas, não restam dúvidas que o alcoolismo, na redação primitiva do Código Penal, e a substância entorpecente, por força da interpretação dos Tribunais, hoje considerada pacífica, pretenderam alcançar o gênero

modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de autoinibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra a *honoris causa* (considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento da pena), a pena aplicável é a de homicídio.

masculino. Ainda que subjacente se conclua dessa forma, fato é que não há distinção para que, também, sejam alcançadas mulheres nessas condições.

E o estado puerperal? O estado puerperal, que não deve ser confundido com puerpério, que é inato a qualquer gestante, acomete em torno de 10 a 15% das puérperas⁷ e os sintomas associados incluem perturbação do apetite, do sono, decréscimo de energia, sentimento de desvalia ou culpa excessiva, pensamentos recorrentes de morte, rejeição do bebê, até culminar com atos mais graves contra o neonato, o qual seria configurado o crime de infanticídio. A opressão é clara quando se percebe que não há qualquer interesse estatal, qualquer projeto de lei, qualquer movimento social ou bandeira feminista que critique a inversão de valores que ultrapassa as legislações, com sutileza, decorrendo décadas de novas conquistas de gênero com a abominável e cruel incriminação contra a mulher parturiente, segundo o crime de infanticídio da legislação brasileira.

Com efeito, esclarece Muakad⁸ que autores clássicos do campo médico-legal consideram que o estado puerperal dura alguns minutos, não podendo ultrapassar 48 horas e que regride sem tratamento, não deixa sequelas, o que dificulta o diagnóstico. Alerta, também, que por essas razões não é possível serem encontrados sinais de estado puerperal progresso dificultando, sobremaneira, a prova pericial.

A título de registro histórico, importante citar que os primeiro e segundo Códigos Penais brasileiros previam a conduta da “infanticida” motivada para ocultar “a própria desonra”, a fim de reafirmar a condição de pessoa excluída da sociedade dominante de homens, cujas regras eram traçadas por eles e para eles. Não havia espaço público para as mulheres que, diante do estágio de evolução social daquele período histórico, não havia muita força para a irresignação feminina. Assim, nos Códigos de 1830 havia pena de reclusão de até 12 anos e no de 1890 penas que chegavam ao limite de 24 anos de reclusão!

O estado puerperal foi novidade trazida no Código Penal de 1940, que ainda vige, já que sobreviveu às reformas penais, e ainda é aplicado em tempos atuais. O critério impõe a comprovação biológica e psíquica, próprios do denominado estado puerperal, aferível por perícia médica, que, à primeira vista se conclui como uma conquista feminina... Conquista?

Não foi conquista, não foi emancipação e muito menos a idealizada igualdade de gêneros na política, no fruto da política, que são as Leis. Ao contrário, houve retrocesso porque se nos Códigos anteriores bastasse comprovar a “desonra”, sem comprovar o “estado puerperal”, aqui a desonra dissociada desse estado anímico não impõe a configuração do crime de infanticídio (como era), mas crime de homicídio, cujas penas são duas ou três vezes maiores, quando, não raro, configurando, também, a qualidade de crime hediondo!

O discurso feminista passa ao largo dessa abordagem, a produção dos Tribunais é completamente dissociada dos seus próprios termos, já que se reconhece o estado puerperal e se pune, com certeza de que se faz Justiça diante do direito positivo vigente no país, quando não se atenta que o requisito basilar é ter consciência e vontade para a prática de qualquer delito! Nesse caso, a mulher parturiente não tem consciência e sua vontade é completamente viciada!

⁷ *American Psychiatric Association* – Associação Americana de Psiquiatria.

⁸ MUAKAD, Irene Batista. *O infanticídio*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2002. p. 142.

Punir a mulher, nessas condições, interessa a quais atores? O que se quer preservar nessa insensatez autoritária? Qual viés religioso que se oculta no discurso jurídico-legal?

Para finalizar, citem-se os sistemas penais da Bolívia, Chile, Colômbia, Cuba, Equador, Guatemala, Nicarágua, Peru, República Dominicana, Uruguai, Argentina, El Salvador, Costa Rica, Cuba, México, Panamá, Paraguai, Venezuela, Alemanha, França, Espanha, Itália e Portugal, na mesma esteira que caminha e se perpetua a legislação penal brasileira: em silêncio, observando todas as conquistas sociais das mulheres em diversos setores produtivos do país, mas firme na sanha positivista de embasamento legal apócrifo, discriminatório e opressivo.

Ressalte-se, por fim, quem pratica uma conduta em estado puerperal não tem vontade livre e consciente, mas, sobretudo, está doente e não pode sofrer a repressão estatal e o estigma de criminosa!

1.3. A autolesão e o “direito de estar só”

O direito de estar só é amplo e desafia a discussão de uma série de direitos a ele intrinsecamente relacionado, como o direito ao esquecimento, mormente na era digital. Como consectário do direito à liberdade assegurada constitucionalmente⁹ a todas as pessoas em território brasileiro, o direito de estar só não está dissociado dos outros valores assegurados na mesma Carta política. Na linha kantiana, examinando a liberdade, ressalta Fernandes que:

Segundo a doutrina filosófica de Kant, a liberdade constitui o maior direito do ser humano, sendo o único direito inato daquele. Aqui, liberdade é compreendida como autonomia (capacidade de autodirigir sua vida e suas escolhas a partir da razão). Nesse aspecto, o direito no pensamento do filósofo prussiano tem um papel fundamental, que é de limitar arbítrios por meio do conceito de legalidade. Sendo assim, o direito demarcaria um espaço dentro do qual diversas ações são lícitas – o que não quer dizer que seja impossível a prática do ilícito, mas que tal conduta é inaceitável socialmente e por isso mesmo punível pelo Estado.¹⁰

Na linha de Schreiber,¹¹ o direito de estar só ou o direito à privacidade requer ponderação quando em conflito com outros direitos de personalidade, também constitucionalizados. Entende que o legislador de 2002 – do Código Civil vigente – falhou ao declarar a tão solene e irreal inviolabilidade do direito à privacidade, quando melhor figura faria ocupando das múltiplas manifestações da privacidade, dos fatores relevantes para sua ponderação com outros interesses, ou ainda dos remédios específicos disponíveis à sua tutela.

⁹ Artigo 5º, inciso II, da Constituição da República: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

¹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Bahia: E. Juspodivm. 13ª edição. 2021. p. 487.

¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 142.

O direito de estar só abarcaria o direito a estabelecer termo à própria vida? Relembre-se que quanto à finitude humana, o Brasil não pune o suicida, mas pune o que auxilia, ínsita ou induz a pessoa que pretende dar cabo à sua própria vida. Nesse ponto, seria coerente admitir que o direito brasileiro admitiria um direito à morte própria? Importante o registro:

Retomando ao questionamento apresentado no início da presente conclusão, a dificuldade em aceitar uma autonomia para morrer respalda na hipocrisia em tratar a morte como se fosse uma aversão do direito à vida. Em uma perspectiva normativa, se a morte figurar como uma possibilidade no processo de construção da personalidade, ela deve ser levada em consideração não como afronta ao direito à vida, mas como uma realização de um projeto de vida boa de um destinatário ou coautor do Direito que busca a realização da sua própria individualidade.¹²

A Constituição da República em vigor, Lei Maior no Estado Democrático de Direito, não proclama o direito à morte, mas, ao revés, o direito à vida e à sua inviolabilidade. Reafirme-se, outrossim, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não pode extirpar direitos consagrados, numa suposta hierarquia topográfica que justificasse essa construção hermenêutica. Direitos consagrados, principalmente direitos invioláveis, a exemplo do direito à vida, não podem ser anulados, salvo a instituição de uma nova forma de Estado, através de uma nova Constituição.

Frise-se: norma ou regra constitucional não podem ser anuladas por Princípio, do contrário estar-se-ia legislando paralelamente, ao alvedrio do intérprete. Se o direito à vida é assegurado constitucionalmente, com o reforço enfático de ser inviolável, não podem subsistir tentativas de diminuir o que fora assegurado, na vigência desse texto constitucional.

A admissão da ortotanásia, de certa forma, flexibiliza, mas nesse caso o entendimento é pela não vida diante do estágio da Ciência não ser capaz de reestabelecer aquela vida humana. A análise se prende puramente a aspectos orgânicos inerentes ao corpo e saúde humana, o que não é o caso dos que defendem o direito à morte por convicções religiosas ou pela dignidade da pessoa humana como corolário do direito à liberdade de escolhas existenciais.

1.4. O psiquismo e as decisões de terminalidade da vida humana

Após a Reforma Psiquiátrica, em fins dos anos de 1990, grande parte das pessoas com doenças mentais, e mesmo depressões agudas, deixaram de ser internadas por longo período em hospitais psiquiátricos para serem tratadas em Centros de Atenção

¹² FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2015. p. 201.

Psicossocial - CAPS. Relativamente ao suicídio e a necessidade de cuidados de enfermidades mentais – acredita-se que a grande maioria das pessoas que querem dar cabo à própria vida estejam passando por transtorno mental ou depressão.¹³

Interessante o pensamento do filósofo alemão Schopenhauer já asseverava que, nascido no século XVI, acerca da finitude e psiquismo humano:

Apenas o homem carrega consigo a certeza de sua morte em conceitos abstratos, não obstante, o que é muito estranho é que essa certeza só consegue afligi-lo em momentos isolados, quando alguma ocasião a evoca na imaginação. Pouco pode a reflexão contra a poderosa voz da natureza. Também no homem, como no animal, que não pensa, o que predomina como estado duradouro é aquela segurança que nasce da consciência mais íntima dessa segurança, o pensamento da morte certa e que nunca está distante, não perturba sensivelmente nenhum homem; ao contrário, todos vivem como se a vida tivesse de durar eternamente.¹⁴

Sobre decisões de terminalidade e consciência, o registro:

Contudo, muitos pacientes em estado de inconsciência não estão necessariamente à beira da morte. Alguns acidentes e doenças deixam suas vítimas em coma ou no estado que os médicos chamam de “vegetativo persistente.” Em quaisquer dos casos, estão inconscientes – ainda que muitos pacientes em estado vegetativo persistente consigam abrir e movimentar os olhos e os centros superiores de seus cérebros foram permanentemente danificados, tornando-se impossível qualquer retorno à consciência. São incapazes de qualquer sensação ou pensamento. Devem ser cuidados e virados na cama, o que é difícil uma vez que têm espasmos frequentes. Contudo, se forem alimentado e receberem água por meio de sondas, podem continuar vivos por muitos anos.¹⁵

¹³ “Pensar uma rede de atenção às pessoas que sofrem por transtornos mentais é um desafio que mexe com nossos desejos e utopias de enfrentar injustiça, iniquidade e exclusão social, transformando-os em ajuda, equipes e serviços decentes, que melhorem as chances de boa qualidade de vida das pessoas. Os transtornos mentais e suas intervenções de promoção, prevenção e tratamento implicam uma pluralidade de necessidades que requerem uma riqueza de iniciativas intersetoriais não habituais em países como o nosso. A pálida presença de dispositivos sanitários e sociais nos territórios prejudica a construção mental de uma rede regular nos seus nós e espaços intersticiais, com malhas pouco flexíveis para reter os “miúdos” com chances menores de vida em sociedade pelos seus déficits e desvantagens. Por isso, estamos utilizando a imagem de “teia” sanitária, pequena ou grande, conforme a existência de recursos maiores ou menores, respeitando a flutuação dos mesmos nos distritos, nos bairros, nos municípios, nas regiões, no país. Bom seria se para cada demanda ou necessidade novas redes setoriais se estabelecessem articulando-se entre si”. VENÂNCIO, Ana Teresa A.; CAVALCANTI, Maria Tavares. Organizadoras. *Saúde Mental*. Rio de Janeiro: Editora IPUB-CUCA, 2001. fls. 277-278.

¹⁴ SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a Morte*. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2020. p. 46.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2019. p. 263-264.

E ainda sobre eutanásia:

Essa distinção – entre o valor intrínseco da vida e seu valor pessoal para o paciente – explica por que tantas pessoas acham que a eutanásia é condenável em todas as circunstâncias. Elas pensam que uma pessoa deve tolerar o sofrimento e receber a assistência devida caso se torne inconsciente, até que a vida chegue a seu fim natural – com o que se pretendi dizer que tudo, menos uma decisão humana por ser o agente de tal fim –, porque acreditam que o fato de eliminar deliberadamente uma vida humana nega seu valor cósmico inerente.¹⁶

Não é razoável que uma norma genérica e abstrata, que deve ter por base fundante a sua perenidade, incorpore regras isoladas, de mínima ocorrência, que seria a decisão consciente pela terminalidade da própria vida humana por pessoa que não tenha qualquer abalo psíquico. A regra não é essa. Pessoas que querem decidir pela própria finitude têm graves transtornos, problemas de várias complexidades e, nada incomum, também terem depressão.

Um novo olhar, um olhar mais humanizante, em prol do ser humano deve ser lançado, principalmente com vistas ao real cumprimento do Princípio da Solidariedade Humana, que deve incidir em todos os Direitos, muito mais em Direito dessa magnitude, que é o direito à vida. Ademais, relembre-se que o Princípio da Solidariedade se constitui num dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na forma do artigo 3º, inciso I da Constituição da República em vigor.

1.5. A colisão com outros direitos constitucionais: a liberdade de crença e o direito à informação

Nenhum direito aprioristicamente é absoluto e, no eventual conflito, a técnica da ponderação de interesses, segundo interesse maior a ser adotado no caso em concreto, será o resguardado.

Portanto, ainda que seja consectário do direito constitucional à liberdade, o direito à liberdade de crença não pode se sobrepor ao direito à vida, pena de inversão completa do sistema constitucional que assegura, apenas, a inviolabilidade do direito à vida e não à inviolabilidade da liberdade de crença.

Sublinhe-se: ambos são direitos materialmente constitucionais protegidos por cláusula pétrea, mas não há inviolabilidade para o direito de crença. O selo de proteção maior, a toda evidência, foi estabelecido quanto ao direito à vida.

Registre-se o testemunho do médico Derek:

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2019. p. 275.

A nenhum de nós foi ensinado que os pacientes usualmente sabem o quanto de informação eles podem dirigir de uma só vez. Sim, eles querem saber – na verdade, eles têm o direito de saber –, mas a maioria das pessoas tem um sistema de segurança íntimo que lhes avisa que sofrerão uma sobrecarga de informação se obtiverem fatos além do próprio limite. Isso é óbvio – você pode pensar –, mas está longe de ser óbvio para os médicos. Muitas vezes sentimos que se dissermos tudo o que há para dizer aos pacientes a respeito de sua condição, eles ficarão bem melhor e, esperamos, agradecidos. Disse-me uma vez um sábio idoso após seu médico ter-lhe dado uma longa e elegante descrição (tipo compêndio médico) de sua doença: “Se você me perguntar, doutor, eu acho que ele estava apenas tentando me mostrar como era inteligente”. Precisei de muitos anos de trabalho em hospedaria para aprender que o que os pacientes querem não é necessariamente o que os médicos supõem que eles queiram ou o que precisa ser efetivamente dito. Não é o diagnóstico de uma doença mortal o que mais assusta as pessoas, mas o sofrimento que a doença pode trazer. A rigor não é nem o sofrimento o que de fato os preocupa, mas a incerteza sobre o interesse ou não do médico e se eles se preocuparão o suficiente para fazer alguma coisa em ralação a isso. Uma das maiores tragédias da Medicina moderna – me parece – não é a qualidade de sofrimento que presenciamos, mas o fato de que muito desse sofrimento é desnecessário porque temos armas para controlá-lo. Suponho que outra tragédia que se apresenta é como nós, cuidadores profissionais, escutamos pouco ou o que nossos pacientes querem nos dizer sobre sofrimento. Por vezes parecemos assumir que se eles não mencionam alguma coisa está tudo bem ou então enganamos a nós mesmos ao pensar que seus piores problemas devem ser os físicos: dor, náuseas ou qualquer outro que sintam nesse plano. De fato, eles ficam mais perturbados pela perda da família ou pelo futuro incerto de suas crianças. No entanto, enquanto profissionais bem treinados que somos, focamos nossa atenção nas coisas que nos ensinaram a tratar, preferindo ignorar aquelas que achamos desafiadoras ou impossíveis.¹⁷

No que tange ao direito ao tratamento de saúde e a liberdade de crença, ambos tutelados pelo ordenamento jurídico, não só como integrantes do núcleo dos direitos da personalidade, como também do rol dos direitos fundamentais, há a antiga questão inerente à transfusão de sangue das pessoas integrantes da religião Testemunha de Jeová, que proclama a vedação, em quaisquer circunstâncias a todos os membros.

A prosperar o respeito ao cânone religioso, estar-se-ia proclamando morte da pessoa humana em respeito à liberdade constitucional de crença, mas, e o direito à vida acoplado à sua inviolabilidade absoluta, também de matiz constitucional?

¹⁷ DOYLE, Derek. *Bilhete de Plataforma*. São Paulo: Editora Senac, 2009. p. 170-171.

Segundo Álvaro Villaça,¹⁸ não há dúvidas de que o direito de escolha de tratamento médico sem sangue por parte das Testemunhas de Jeová tem amparo constitucional, porque não implicaria recusa a tratamento, mas escolha de tratamento médico, incorrendo conflito entre o direito à vida e o direito de liberdade religiosa. E arremata ao afirmar o que boa parte da doutrina e jurisprudência afirmam quanto a dignidade da pessoa humana se inserir no texto constitucional como uma cláusula geral a que se subordinam todos os outros direitos da personalidade, quer sejam típicos, como os previstos expressamente no texto da Constituição, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*), à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inciso VI), entre outros, quer sejam atípicos não previstos no ordenamento jurídico.

No que pertine às escolhas, se as evidências retratadas na ciência confirmarem, não há razão para negar o direito de o paciente preferir tratamento distinto do proposto, a exemplo da não transfusão de sangue aos adeptos da religião Testemunha de Jeová. Entretanto, não é o que sucede na prática, eis que em muitos casos não só o tratamento adequado se afigura o único e possível, levando em consideração as condições do paciente e a reserva do possível, e sua recusa, com efetivo e real risco de vida, não pode ser contemplada no ordenamento jurídico vigente em face da regra constitucional do direito à vida, e sua inviolabilidade (artigo 5º, *caput* da Constituição da República).

¹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012. p. 43.