



REFLEXÕES SOBRE A MORTE E O LAICISMO NO DIREITO BRASILEIRO

REFLECTIONS ON DEATH AND LAICISM IN BRAZILIAN LAW

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo¹
Matheus Bento Costa²

RESUMO

O aborto é tema gerador das mais apaixonadas discussões sobre o direito à vida e o princípio da dignidade humana. Buscando contribuir para o debate, que volta a implicar o Poder Judiciário em razão da ADPF 442, o artigo se propõe a tratar do assunto sob uma perspectiva interdisciplinar e holística do tratamento dispensado à tutela da vida e da morte no ordenamento jurídico pátrio para, sem ignorar completamente outros fatos sociais relevantes como a eutanásia e a pena capital, discutir os limites da ação do juiz, considerando que este deve assumir um posicionamento laico, garantindo a supremacia e a harmonia do sistema legal.

Palavras-chave: Aborto. Laicismo. Direitos fundamentais. Direito à vida. Dignidade humana.

ABSTRACT

Abortion is a subject for the most passionate discussions regarding the right to live and the human dignity principle. To contribute for the debate, which again implicates the Judiciary because of the ADPF 442, this article proposes to debate the subject from an interdisciplinary and holistic perspective in regards to the treatment provided for the matters of life and death in the legal system of Brazil for, without completely ignoring other relevant social facts such as euthanasia and the use of capital punishment, to discuss the limits of a judge's action, considering that he must assume a secular position, guaranteeing the supremacy and harmony of the legal system.

Keywords: Abortion. Laicism. Fundamental rights. Right to life. Human dignity.

INTRODUÇÃO

Casos envolvendo situações extremas, extremas aqui entendidas como aquelas que envolvem os limites, ou antes, a construção de limites, de definições sobre a vida, vêm sendo julgados pelo judiciário brasileiro, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, que tratou da autorização jurídica para abortamento de fetos anencéfalos, assumindo posição de destaque no âmbito nacional.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo-SP), onde leciona Introdução à Ciência do Direito, Direito Civil e Biodireito desde 2002.

² Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo-SP).

A mera menção da figura do aborto levanta dúvidas nos mais variados campos do conhecimento humano, e, no direito, especificamente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à vida, ambos presentes no texto da atual Constituição. Dito isto, é preciso lembrar que o aborto não é o único fato social que lida com a tutela jurídica da vida.

Fatos como o suicídio e a eutanásia também envolvem situações extremas, mas recebem tratamento diferenciado, seja da legislação, seja dos juristas, especialistas e da população em geral. Justificar tal divergência, e justificar de forma leiga, ou seja, sem recorrer à metafísica, à teologia ou ao subjetivismo moral individualista, constitui, quiçá, o mais interessante problema filosófico para o direito contemporâneo, marcado pela obrigação de neutralidade, ou seja, pela *inviolabilidade e proteção* das liberdades de consciência e de crença (art. 5º, inc. VI da Carta Constitucional).

É possível argumentar tratar-se de fatos distintos, a eutanásia e o suicídio, diferindo dos casos de aborto por lidarem com a vontade de morrer ao invés da de viver ou de gestar e nascer, contudo, tal argumento não se sustenta diante do inescapável denominador comum que une todas as situações atinentes à tutela da vida, seja o aborto, o suicídio, a eutanásia e, inclusive, a pena de morte, pois, independentemente do caso concreto, a iminência da morte é intrínseca aos casos citados.

Não é apenas a questão da vida, do direito de viver, mas, igualmente, da morte, do fim da vida, que é apresentada aos julgadores das diversas instâncias do país, e o fim alcança, necessariamente, o significado da cessação e o significado da vida. Obviamente, o significado dos direitos fundamentais é importante para a resolução do problema jus filosófico apresentado pelas questões extremas, entretanto, imbricada na discussão está a forma como o Estado pondera e decide sobre o fim da vida.

Da análise de trechos da ADPF nº 54 restará claro que o laicismo, enquanto afastamento do julgador em relação às crenças morais e religiosas, representa um elemento tão importante quanto a dignidade humana e o direito à vida na resolução deste tipo de demanda (extrema - que lida com o fim da vida). Como a matéria do aborto voltou à arena política com a ADPF 442, é oportuno discorrer sobre o valor atribuído à vida e à morte dentro do ordenamento jurídico pátrio para, através de uma visão holística do fenômeno morte, tecer ponderações sobre a possibilidade de um julgamento isento da questão. É o que pretendemos fazer, ainda que sem pretensões de esgotar o problema em vista da sua complexidade.

REFLEXÕES SOBRE A MORTE E O LAICISMO NO DIREITO BRASILEIRO

O direito à vida voltou a ganhar proeminência no debate público nacional, com o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) reacendendo o debate sobre o aborto com o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 (ADPF nº 442), apresentando tese de que

as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam, porque violam os preceitos fundamentais **da dignidade da pessoa humana**, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, Caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º).³

Partindo para o plano internacional, o atual papa, o papa Francisco, alterou o posicionamento da Igreja Católica sobre o uso da pena de morte, declarando que "A Igreja ensina, à luz do Evangelho, que a pena de morte é inadmissível, **porque atenta contra a inviolabilidade e a dignidade da pessoa**, e se compromete com determinação por sua abolição em todo o mundo"⁴. Ambos os fatos têm como denominador comum o direito à vida e o princípio da dignidade humana, apresentando os mesmos paradigmas sob espectros sociológicos e jurídicos diametralmente opostos.

Pesquisa do Instituto Datafolha, realizada em 2017, por exemplo, constatou, além de um aumento no apoio do brasileiro ao uso da pena de morte, que tal apoio "é mais alto entre os católicos do que entre os evangélicos (63% ante 50%)"⁵. A mesma pesquisa teria concluído por um arrefecimento da hostilidade contra as mulheres que buscam o abortamento, com 57% dos entrevistados expressando que estas deveriam ser processadas e presas, contra 64% em 2016⁶.

³ Trecho da Exordial, fls. 01, disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865> – Acessado em 18/08/2018 às 18:45 – Grifo nosso.

⁴<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,vaticano-modifica-catecismo-e-declara-pena-de-morte-como-inadmissivel,70002426798> – Acessado em 18/08/2018 às 18:04 – Grifo nosso.

⁵Disponível em

<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/01/08/b29e802ac9aa4689aa7d66fbc24a52e045d6de.pdf> - p. 05 – Acessado em 18/08/2018 às 19:18

⁶ Ibid. p. 04 - Acessado em 18/08/2018 às 19:18.

O Código Civil prescreve que a personalidade civil tem início a partir do nascimento com vida, mas que o nascituro tem os seus direitos resguardados desde a concepção (art. 2º). Segundo Silvio de Salvo Venosa, nosso Código Civil teria adotado o nascimento com vida para determinar o início da personalidade, resguardando, contudo, os direitos dos nascituros, aqueles concebidos, mas ainda não nascidos (2015, p. 128). Igualmente, Maria Helena Diniz ensina que a personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida, com a lei colocando a salvo os direitos do nascituro (2015, p. 225), afirmando, ainda, que os direitos de personalidade são *necessários e inexpropriáveis*, pois inatos à qualidade humana e adquiridos desde a concepção (2015, p.136).

Outrossim, vale dizer que a própria Constituição Federal põe a vida a salvo, sem fazer qualquer distinção entre os nascidos e os a nascer (art. 5º, *caput*), o que, em tese, afastaria a possibilidade de o legislador infraconstitucional impor qualquer diferenciação. Entretanto, os entendimentos aqui colacionados, e mesmo a letra expressa da lei, não impediram o PSOL de arguir que a criminalização do aborto, como está colocado nos arts. 124 a 126 do Código Penal, implica gravidez compulsória, que termina por aviltar a cidadania e a dignidade da mulher⁷, requerendo ao Supremo Tribunal Federal (STF) que

[...] declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.⁸

Já no tocante à pena de morte, esta é rechaçada pela atual Constituição Federal, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, inc. XLVII, alínea “a”). Para Hélio Bicudo, a vida seria o pressuposto de todos os direitos, um bem supremo sobre o qual a nenhum homem poderia ser concedido o poder de suprimir, independentemente do pretexto utilizado, não havendo sequer possibilidade de emenda constitucional no sentido de se ampliar as possibilidades de incidência da pena de morte, seja por esbarrar na vedação do art. 60 § 4º da própria Lei Maior, seja por

⁷ Fls. 08 da Inicial.

⁸ Fls. 61 da Inicial.

contrariar acordos internacionais ratificados pelo governo brasileiro, tais como o Pacto de São José da Costa Rica (1997, p.78-81).

Causa perplexidade que, juridicamente, ambas as situações envolvam os mesmos princípios, o direito fundamental à vida e o respeito à dignidade humana, e o tratamento dispensado tanto por leigos quanto por especialistas seja tão variado. A população é contra o aborto e favorável à pena de morte, ao passo que a classe jurídica parece dividida entre defender o direito da mulher ao aborto e o repúdio à pena de morte, sob o argumento de ser “indefensável, na ordem constitucional estabelecida, quando no art. 5º da Lei Maior assegura-se, com absoluta prevalência, o direito à vida” (BICUDO, 1997, p. 78).

Veja-se que, da mesma forma que Hélio Bicudo invoca o Pacto de São José da Costa Rica para argumentar contra a ampliação do uso da pena de morte, Ives Gandra Martins cita o art. 4º do mesmo, em conjunto com o referido art. 5º, inc. XLVII, alínea “a” da CF⁹ para negar, inclusive, o aborto em caso de estupro, hoje autorizado por força do art. 128, inc. II, do Código Penal (2009, p. 146-148).

Damásio de Jesus leciona que “O legislador protege a pessoa humana desde a sua formação”, havendo tutela penal “antes mesmo do nascimento, por intermédio da descrição legal do crime de aborto” (2015, p. 45). Contudo, tal entendimento não parece servir de empecilho para que o legislador legitime a prática circunstancial de abortamento. Como observa Delmantoet *al.*, no caso de abortamento do feto resultante do crime de estupro (também denominado de aborto sentimental, humanitário ou ético), fica reconhecida “a relevância jurídica da tutela da saúde psíquica da mãe, de sua dignidade e livre arbítrio, permitindo que ela, caso não suporte essa situação, decida não levar adiante uma gestação fruto de violência sexual, ainda que em desfavor da vida de um feto, e, portanto, de uma futura criança, saudável e que não tem culpa da forma como foi concebida” (2010, p. 470).

Desta forma, não seria errado concluir que a lei serve tanto para defender a vida quanto para justificar a morte, escolhendo entre ambos de acordo com a situação concreta. Neste sentido, Jorge Miranda fala tanto do “caráter insubstituível de todo o ser humano, antes e depois do nascimento”, do “sentido ético e não apenas histórico que possui a vida humana” e, também, de coerência, pois “Não se pode ser contra o aborto e, ao mesmo tempo, admitir a pena de morte, ou a tortura, ou a violência policial nas ruas ou nas esquadras” (2003, p. 273).

⁹ Constituição Federal

Entretanto, não obstante a lógica impecável exposta pelo mestre português, fato é que o Código Penal brasileiro, que autoriza o aborto de fetos viáveis em determinadas situações, é o mesmo que, na lição de Cezar Roberto Bitencourt, “pune toda e qualquer *participação em suicídio*, seja moral, seja material”, pois a vida seria “um bem jurídico indisponível!”, não configurando “um bem que se aceite ou se recuse simplesmente (2015, p.133-135 – itálico no original).

A adição de outros dados sociais juridicamente relevantes, como o suicídio e a eutanásia, apenas tornam a questão ainda mais complexa, não apenas por causa da questão do valor que se deve atribuir à vida, mas, também, por causa do valor que passa a ser atribuído à morte. Ronald Dworkin observa, acertadamente, que “matar deliberadamente um embrião humano em formação” (aborto) ou “matar deliberadamente uma pessoa por razões de benevolência” (eutanásia) constituem “práticas nas quais ocorre a opção pela morte” (2009, p. 01), sendo lícito ampliar este pensamento para dizer que a aplicação da pena capital e, obviamente, o suicídio, constituem, igualmente, por sua própria natureza, opções pela morte em detrimento da vida.

Neste repúdio do auxílio ao suicídio, oficializado no art. 122 do diploma penal, está inscrito que a vida é mais que um bem, é um dever, e que a morte é um mal a ser evitado pelo indivíduo e combatido quando causado por terceiros, visto que o suicídio ofenderia “interesses morais e éticos do Estado, e só não é punível pela inocuidade de tal proposição”, o que não eliminaria seu caráter ilícito, mesmo diante da ausência de tipificação, “já que a supressão de um bem jurídico indisponível caracteriza sempre um ato ilícito” (BITENCOURT, 2015, p. 134).

Não obstante a indisponibilidade da vida, este “bem supremo e primário a partir do qual todos os direitos se estruturam” (ROCHA, 2004, p. 14), fato é que, com os recursos da medicina atual, “sabe-se cada vez menos se uma doença grave é mortal, sendo possível sobreviver ainda que mutilado (ARIÈS, 2017, p.220), alargando-se aquilo que “antigamente durava – embora de modo mais dramático e doloroso – algumas horas (ARIÈS, *ibid.* p. 207), tanto que hoje já se defende, no âmbito do biodireito, que “o mau uso desses recursos” deve ser afastado, evitando-se um “sofrimento inútil” (SLAIBI CONTI, 2004 p. 143). Fala-se, hoje, na morte com dignidade ou em dignidade na morte, existindo “quem tenha, com o escopo de garantir o **direito a uma morte digna**, defendido o *suicídio assistido*, hipótese em que a morte advém de ato praticado pelo próprio paciente, **orientado ou auxiliado** por terceiro ou por médico” (DINIZ, 2014, p. 483 – itálico no original; grifo nosso).

Há uma evidente relativização do princípio da inviolabilidade da vida, observável em diferentes frentes, o que gera um desafio jurídico e filosófico ao operador e ao aplicador do direito, pois, uma vez que se construa um conceito de morte digna, impõe-se, também, construir um de vida digna. Não de vida apenas, mas, de vida digna. Este “princípio da qualidade de vida”, segundo a citada Maria Helena Diniz, “é usado para defender a eutanásia, por considerar que uma vida sem qualidade não vale a pena ser vivida” (2014, p. 493).

É neste contexto de embate entre dignidade e vida que se insere a discussão sobre o aborto na contemporaneidade. O próprio Ministro Marco Aurélio, quando, então, foi relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, que autorizou a antecipação do parto em caso de fetos anencefálicos¹⁰, asseverou que

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência.¹¹

A observação do relator em relação aos contornos do debate encontra eco em Dworkin, para quem a questão sobre o aborto “fica na convergência de duas tradições às vezes antagônicas”. A primeira seria a da liberdade pessoal, ou seja, da autonomia da mulher em relação à procriação, e a segunda seria o dever imposto ao governo de “proteger o espaço moral público em que vivem todos os cidadãos”, sendo que “Boa parte do direito constitucional” consistiria “em conciliar essas duas idéias” (2009, p. 209).

No caso brasileiro da ADPF 54, então, dignidade da mulher estaria na liberdade para decidir sobre o aborto do feto anencefalo? E, se a gravidez de feto anencefálico traria tal indignidade para a vida da gestante, aquele ser, que não teria condições de subsistir muito tempo, se chegasse a nascer, representaria uma mancha na qualidade de vida da mãe que autorizaria a sua interrupção precoce? Em verdade, um dos argumentos presentes no voto do Ministro Marco

¹⁰ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011)

¹¹ Fls. 33 do acórdão – Inteiro teor – Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> – Acessado em 27/08/2018 às 07:19

Aurélio é exatamente a proteção do universo psíquico da gestante, visando evitar o prolongamento do seu sofrimento, conforme os trechos transcritos abaixo:

Sob o aspecto psíquico, parece incontroverso – impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a quadro devastador, como o experimentado por Gabriela Oliveira Cordeiro, que figurou como paciente no emblemático Habeas Corpus nº 84.025/RJ, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. A narrativa dela é reveladora [...] Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito.¹²

E continua, mais adiante, defendendo a autonomia da mulher e comentando sobre a finalidade dos avanços médicos:

Como ressaltei na decisão liminar, os avanços médicos e tecnológicos postos à disposição da humanidade devem servir não para inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. [...] Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for [...] Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento.¹³

É interessante a utilização da liberdade individual/pessoal para justificar o aborto, ao mesmo tempo em que se cria um dever para o Estado, ou seja, um ônus social de “prestar apoio médico e psicológico” para a mulher que se utilizar da sua desimpedida vontade feita pelo juiz, pois levanta dúvida sobre a legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre a matéria. Contudo, existem questões mais prementes imbricadas no voto do relator e dos seus eminentes colegas de toga, senão, vejamos.

O Ministro Marco Aurélio é zeloso ao afirmar a cultura jurídica laica do nosso país, proclamando que “O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro”¹⁴. Com certeza, o Estado brasileiro não tem religião oficial, mas, quanto a sua

¹² Fls. 62-63 do acórdão – Inteiro teor.

¹³ Fls. 66-67 do acórdão – Inteiro teor.

¹⁴ Fls. 39 do acórdão – Inteiro teor.

neutralidade cabe tecer algumas considerações, valendo lembrar a valiosa lição legada por Thomas Hobbes em relação ao Estado: este somente pode atuar mediante a ação humana de um representante, sendo soberano quem representa o Estado, seja este um homem ou um grupo de homens (2008, cap. XVI, p. 194).

Os 11 Ministros do STF, com certeza, são humanos que, na sua atuação judicante, representam o Estado, ou, nas palavras de Bertrand de Jouvenel, a “casa de máquinas que move os súditos com o auxílio de alavancas sempre mais poderosas” (2010, p. 29). Ocorre que, nos trechos iniciais de seu voto, a Ministra Rosa Weber faz, com sensibilidade poética, a seguinte observação:

Significativos a respeito os versos lapidares do poeta português Luis Miguel Nava, que há poucos dias reli: *são outras as paisagens, quando alguém as vê pelas janelas de seu próprio coração*. É isso, o olhar de cada um de nós, com nossas circunstâncias, nossos medos e nossas idiossincrasias, nossas crenças e convicções, de ordem religiosa, moral, filosófica, científica, social e cultural, que explica, em uma sociedade plural, as visões antagônicas e as defesas apaixonadas que o tema tem suscitado no seio da sociedade¹⁵.

Brilhante observação! A discussão passa a ser sobre a neutralidade da autoridade ao invés do Estado. Quais engrenagens movem a autoridade judicial quando esta aciona as alavancas da casa de máquinas? Qual será a paisagem emoldurada na janela do coração de cada julgador quando falamos da morte? O Estado é laico, mas será que a autoridade é indiferente, neutra, imparcial em relação à própria existência? Não poderia o Deus da autoridade ser como a quimera do Marquês de Sade, um criador que cria apenas para precipitar a criatura “em um abismo de desgraças” (2007, p. 22-23), justificando, assim, a intervenção do Estado, inclusive para custear tratamentos como a eutanásia e o aborto?

Sobre o assunto do intervencionismo estatal, Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta que, no período pós Segunda Guerra Mundial, predomina “a concepção de que o Estado é como que uma divindade benevolente, onisciente, quase onipotente”, capaz de “transformar a sociedade e o homem, tornando aquela mais justa, este mais feliz” (1999, p. 40). Coincidentemente, teria sido a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha quem primeiro reconheceu, expressamente, a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental em seu artigo 1º. (SILVA, 1998, p. 89).

¹⁵ Fls. 92-93 do acórdão – Inteiro teor – Itálico no original.

Independentemente, fato é que os Ministros julgaram em favor da situação de indignidade da gestante de feto anencéfalo, autorizando o aborto neste caso específico.

A ministra Carmén Lúcia, por exemplo, afirma que “o magistrado, a despeito de seus credos e ideais, tem obrigação de entender a angústia experimentada pela gestante que opta pela interrupção da gravidez, por chegar ao seu limite humano e psíquico”¹⁶. Rosa Weber segue no mesmo caminho, defendendo que a intervenção estatal para a manutenção de gestação de anencéfalo fere a dignidade humana da mulher, “pois, se há dúvida sobre a viabilidade de vida para o feto anencéfalo, a imposição da gestação contra a vontade da mulher é tortura física e psicológica em razão de crença”¹⁷.

Quanto à proteção da vida do nascituro, não haveria real conflito entre os direitos da mãe e do feto, pois, segundo o relator, a mulher “deve ser tratada como um fim em si mesma”¹⁸, ao passo que “O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical”, mostrando-se “gravemente deficiente no plano neurológico”, sendo certo que “Ante um diagnóstico de certeza de anencefalia, *inexiste presunção de vida extrauterina*”¹⁹. Igualmente, para o agora ex-ministro Joaquim Barbosa, o feto anencefálico é “um feto cuja vida independente extrauterina é absolutamente inviável”²⁰.

São Tomás de Aquino ressalta que “a alma unida ao corpo é de certo modo mais perfeita do que separada” (2015, p. 208). Contudo, ao Estado laico, que não é permitido reconhecer a possibilidade de uma alma ligada ao feto ou à gestante, valem apenas as evidências empíricas e cientificamente chanceladas. Fazendo uma analogia, o STF decidiu, com base nas evidências colhidas, que uma vida possível apenas no útero (enquanto unida ao corpo da mãe) é uma vida menos digna de proteção. O voto da ministra Carmén Lúcia é, neste sentido, *in verbis*:

De se afirmar que, hoje, a malformação no fechamento do tubo neural não dispõe de tratamento médico conhecido ou vacina para superar tal lesão e, por isso, *no ventre materno mesmo este feto é desprovido de direito, por não dispor das condições para aquisição da personalidade do ser com vida, a despeito de merecer a proteção estatal, não mais como ente vivo, mas como ente desprovido de possibilidade de vida, protegendo-o indiretamente, com direito a nome, sepultura, respeito à imagem*²¹.

¹⁶ Fls. 221 do acórdão – Inteiro teor.

¹⁷ Fls. 132-133 do acórdão – Inteiro teor.

¹⁸ Fls. 52 do acórdão – Inteiro teor.

¹⁹ Fls. 44-45 do acórdão – Inteiro teor – Itálico no original.

²⁰ Fls. 147 do acórdão – Inteiro teor.

²¹ Fls. 214 do acórdão – Inteiro teor – Grifo nosso.

Comparações entre o abortamento e o homicídio têm como base a *crença* de que “o aborto é um erro por consistir em uma deliberada destruição da vida de um organismo humano”, sendo que, de forma semelhante, rejeita-se a eutanásia por acreditar-se que, mesmo em um estado deplorável, subsiste uma vida humana que deve ser protegida como tal (DWORKIN, 2009, p. 27-28).

A impossibilidade de salvamento da vida, aliada ao dever de proteção da dignidade humana, gera paralelos entre o aborto e a eutanásia, na medida em que os defensores desta última, conforme ensina Genival Veloso de França, “o fazem como um verdadeiro ‘direito de morrer com dignidade’, ante uma situação irremediável e penosa”, admitindo, inclusive, “que o médico poderia chegar à eutanásia como um meio de cura, pois curar, para tal entendimento, não é só sanar, é aliviar também” (2013, p. 421).

Ao tratar do tema do suicídio assistido, entendido como “a busca da morte advinda de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiros ou médico” Matilde Carone Slaibi Conti observa que, não obstante o suicídio seja comumente tratado como um problema de saúde mental, há quem defenda o mesmo como uma forma de “garantir o direito a uma morte digna”, salientando a necessidade de a sociedade brasileira romper com o que chama de “temor sobre a discussão do processo de morrer” para facilitar a assistência e o provimento das “necessidades físicas, sociais e espirituais” dos pacientes terminais (2004, p.149-150).

No contexto atual, onde a morte é incerta e a vida não pertence apenas ao sujeito, podendo arrastar-se nas mãos de terceiros (ROCHA, 2004, p. 13-14), Maria Helana Diniz lembra que “a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico”, não se admitindo, do ponto de vista da bioética e do biodireito, “conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna” (DINIZ, 2014, p. 41).

Não seria, portanto, apenas o direito à vida que justifica o Estado contemporâneo, mas, também, o direito a uma vida digna e a asserção sobre a qualidade do viver representa um desdobramento lógico deste ideal contemporâneo, visto que, como falam Sidney Guerra e Lilian Márcia Balmant Emerique, “O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.” (2006, p. 385).

O ser humano, não mais se conformando “com as consequências (a seu ver imperfeitas, inconvenientes) da “natureza das coisas”, das leis naturais que regem a vida do homem na Terra, quer, orgulhosamente, transformar o mundo, corrigindo erros e injustiças. (GONÇALVES, 1999, p.40).

Entretanto, repita-se, o aborto, assim como a eutanásia e a pena capital, constituem escolha pela morte em detrimento da vida, escolha que subsiste mesmo no caso de anencefalia. Ora, uma vez que a morte configura o destino comum de todos os seres vivos, inclusive os completamente saudáveis e não humanos, não faz diferença aonde ou quando se morre, se no útero ou fora deste, se com 100 anos ou com 10 segundos de vida.

É preciso tentar argumentar para descobrir, então, como a antítese da vida, a morte, pode servir como um bem para a própria vida, seja esta digna ou indigna. Ocorre que a morte não é um objeto passível de valoração fora da esfera moral. Veja-se que Heráclito, em tempos antigos, já escrevia que “Na morte advém aos homens o que não esperam nem imaginam” (2017, p. 77), opinião que compartilhamos, visto que, mesmo neste século XXI, inexistem parâmetros para qualquer avaliação científica sobre o que é ou qual é o significado de morrer, afora a cessação das atividades biológicas e a decomposição do corpo.

Sócrates, por outro lado, quando condenado à morte, afirmou aos seus algozes que ninguém deveria “lançar mão de todo e qualquer recurso para escapar à morte”, chegando até a defender que o seu destino (a morte), poderia ser muito mais um ganho do que um mal em relação às tribulações da vida (PLATÃO, 1999, p. 70-71). Porém, é necessário levar em consideração o fato de que Sócrates está inserido na tradição ética antiga “que englobava, num todo harmônico, religião, moral e direito” (COMPARATO, 2006, p. 155), uma realidade, que os votos da ADPF nº 54 deixam claro, é considerada inaceitável em uma democracia baseada no laicismo e no império da lei.

Ademais, o próprio Sócrates, em momento posterior da *Apologia*, admite não saber quem seguia um destino melhor, se ele ou seus julgadores, sendo isto um segredo para todos “exceto para a divindade” (PLATÃO, 1999, p. 73). Aqui, encontra-se, quiçá, o maior problema enfrentado pelo direito ao tratar das questões limites sobre a vida e a morte, posto ser impossível avaliar cientificamente se aquele que morre tem um destino melhor ou pior que o daqueles que permanecem. Tal avaliação somente é permitida dentro do campo moral e religioso, tanto é assim que os homens que contam terem sido capazes de conquistar a morte, pela virtude e sabedoria, tornaram-se os ícones religiosos que a população de hoje venera.

Mas, não é apenas neste aspecto, da natureza da morte ou do morrer, que a dúvida parece acompanhar o ser humano e, por extensão, a sua filosofia; esta, igualmente, está presente no campo da significação dos valores. Um moderno, como Thomas Hobbes, dirá que a “A Felicidade é um contínuo progredir de desejos, de um objeto a outro, uma vez que a consequência do primeiro é o caminho para a realização dos ulteriores” (2008, p. 78), ao passo que um medieval, como Tomás de Aquino, observará, de forma contrária e não menos lucida, que “o movimento do desejo não procede em infinito”, sendo “vazio o desejo natural, visto que os infinitos não podem ser percorridos” e que a Felicidade, “o bem perfeito”, abrangendo “tudo o que é desejável”, “não é nenhum dos bens terrenos; pois quem possui riquezas deseja ter mais, e os que gozam de prazeres desejam gozar mais e semelhante se patenteia com outras coisas” (1995, p. 147).

Obviamente, ambos os citados (Hobbes e Tomás de Aquino) são de tempos e escolas filosóficas diversas. Isto não constitui impedimento para o simples questionamento da verdade sobre o ser. O que é a Felicidade? Quais elementos constituem uma vida com dignidade e, conseqüentemente, boa? O Estado e seus representantes, quando pensando sobre a coletividade e sobre políticas públicas, preocupam-se com a realização do *bem comum* ou *bem geral*, que, segundo lição de Darcy Azambuja, não obstante seja “o bem dos indivíduos”, não pode ser confundido com “o bem individual ou o bem de cada um”, porque “Os homens têm aspirações e necessidades diferentes, e o Estado não poderia realizar a felicidade de cada um, ainda que dispusesse de poderes e recursos infinitos” (2008, p.148). Esta miríade de aspirações e desejos é exatamente o cerne do problema na determinação do que é a felicidade (ou uma vida com dignidade).

Enquanto, na morte, reina a dúvida pela ignorância do que esta seja, no caso da felicidade, a dúvida prevalece por causa do excesso de certezas sobre o que ela seja, pois, como foi dito por Aristóteles, “A respeito da felicidade, o que ela é, os homens comuns divergem e não a definem do mesmo modo que os sábios”, com o mesmo homem, amiúde, definindo-a de formas diversas, “sendo ela a saúde quando está doente, e a riqueza quando em necessidade” (2015, p. 19-20).

Um pensador mais atual, como Joseph Schumpeter, ciente desta variedade de possíveis felicidades, irá dizer que “não existe um bem comum univocamente determinado a respeito do qual todos os homens concordem ou possam ser levados a concordar por força de uma argumentação racional”, uma vez que “os valores supremos – as nossas concepções do que

devem ser a vida e a sociedade – estão fora do alcance da mera lógica”; mas ele vai mais longe, afirmando que, ainda que chegássemos a um consenso sobre um bem comum, por exemplo, a saúde, isto não eliminaria as divergências sobre como garantir tal bem na sociedade, subsistindo desacordos “quanto à vacinação ou à vasectomia. E assim por diante” (2017, p. 341-342).

CONCLUSÃO

O debate jurídico sobre as situações limites envolvendo a tutela da vida, hoje muito focado nos direitos fundamentais, especialmente a dignidade humana, ganharia em profundidade ao dispensar uma maior atenção às questões atinentes à morte, em vista dos empecilhos que apresenta para a doutrina e a jurisprudência atuais.

Quais parâmetros um juiz utilizará além das crenças pessoais para ponderar e decidir se a morte de um nascituro ou de um paciente terminal representa um destino mais digno do que a permanência entre os vivos? E, no caso da aplicação da pena capital na esfera penal, o juiz que decidisse favoravelmente pela prática da eutanásia ou do aborto estaria condenando os inocentes (nascituros e pacientes terminais) ao mesmo destino que os criminosos? Do ponto de vista laicista, neutro e científico, a resposta é um sonoro sim.

A morte, cujo significado final é desconhecido por todos, menos pelas as organizações religiosas, define a humanidade em sua situação de sofrimento e miserabilidade. Um julgamento objetivo e imparcial sobre algo absolutamente desconhecido é garantia que nenhum Estado de Direito pode oferecer. Perceba-se que, ao optar pela indisponibilidade da vida ou pela autorização para cessar a mesma, por meios não naturais, o Estado já está chancelando um juízo moral completamente subjetivo ao dizer se a vida tem valor e sentido intrínsecos e se esta vale ou não a pena continuar.

Mas, se absolutamente nada se sabe sobre o significado ontológico do fato denominado morrer, muito menos se tem certeza sobre o que seja a felicidade ou a vida digna, muito embora se possa intuir sobre ela, tal intuição, sendo fruto de uma escolha interna, um arbítrio do indivíduo, pode estar mais ou menos em sintonia com a intuição de outros indivíduos.

Como e onde buscar padrões leigos para afastar a subjetividade diante do que não se conhece? O uso de princípios abertos, imprecisos e até estranhos à técnica jurídica, para justificar posicionamentos, é prova da impossibilidade de se adotar padrões neutros em

juízos envolvendo ponderações sobre a morte, pois esta tem múltiplos sentidos, frutos das diferentes valorações da vida. Se a sociedade não tem um consenso ou se, simplesmente, um consenso parece impossível, aos juízes seria permitido decidir pelo atropelo da população? Acreditamos que não, por mais elevados que sejam os cargos galgados na estrutura do judiciário.

Por todo o exposto, é possível concluir que, em casos envolvendo situações limites como o aborto, a eutanásia e a pena capital, torna-se impossível fornecer decisões com bases eminentemente técnico-jurídicas. Por outro lado, nenhum discurso filosófico ou sociológico representa, com fidelidade, a realidade – é a imaginação e o pensar que tornam tudo isso diferente. Diziam Karl Jaspers que é o pensar que nos torna mais humanos (1987, p. 114).

As reflexões sobre a vida e a morte ultrapassam a linha da técnica jurídica, sendo indispensável o pensar humano, mas o pensar humano em sociedade, e, não apenas, o pensar de juízes e/ou de especialistas. A sociedade em conjunto deve ponderar e decidir sobre tais matérias. Sobra, entretanto, a dúvida sobre a justiça de tal decisão. Sob quais bases a sociedade poderia garantir a justeza de sua decisão sobre o outro que sequer nasceu, ou sobre o outro que vai matar ou deixar morrer?

Talvez a alteridade possa nos precisar o caminho e a compreensão, não apenas rumo à felicidade, mas para todas as perspectivas que refletem a dignidade da pessoa humana. Para a presente reflexão, talvez fosse a oportunidade para atualizar o movimento desse pensamento: é o pensar no Outro que nos faz mais fraternos e mais justos (CAMILLO, 2016, p. 14).

REFERÊNCIAS

ANAXIMANDRO; PARMÊNIDES; HERÁCLITO. *Os Pensadores Originários*. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão, Sérgio Wrublewski. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017 (Vozes de Bolso).

ARIÈS, Philippe. *História da Morte no Ocidente: da Idade Média aos nossos dias*. Tradução: Priscila Viana de Siqueira. [Ed. especial]. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 2017.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. Prefácio: Alexandre de Oliveira Torres Carrasco. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

BICUDO, Hélio. *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 2: parte especial: crimes contra a pessoa*. 15. ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica*. São Paulo: Perspectiva, 2016.
- CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida; DELMANTO, Celso. *Código penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume I: teoria geral do direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *O estado atual do biodireito*. 9. ed., rev., aum. e atual. de acordo com o Código de Ética Médica - São Paulo: Saraiva, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRANÇA, Genival Veloso De. *Medicina legal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2008.
- JASPER, Karl. *Iniciação Filosófica*. Tradução: Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Guimarães Ed., 1987.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, v. 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o patrimônio*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- JOUVENEL, Bertrand de. *O poder: história natural de seu crescimento*. Tradução: NEVES, Paulo. 1. ed. São Paulo : Peixoto Neto. 2010.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Dignidade da Pessoa Humana desde a Concepção. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Constituição e cidadania*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.
- PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Tradução: Enrico Corvisieri, Mirtes Coscodai. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Os Pensadores).
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência (Os Novos Domínios Científicos e Seus Reflexos Jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2004.
- SADE. *Discursos Ímpios*. Plínio Augusto Coelho (org. trad.). São Paulo: Hedra, 2007.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade Humana como Valor Supremo da Democracia. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212: abr./jun. 1998, p. 89-94. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637> - Acessado em: 18/08/2018 às 13:22.

TOMÁS, de Aquino, Santo. Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino. Tradução: Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995 (Clássicos do pensamento político)

_____. Questões disputadas sobre a alma. Tradução: Luiz Astorga. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015 (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento v. 24).

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Jurisprudência:

ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011