

2º ENCONTRO CIENTÍFICO DE ALUNOS E EGRESSOS



 **PPGCJ**

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências
Jurídicas - Nível Doutorado e Mestrado - Unicesumar

GT 4 - Bioética, vulnerabilidade, políticas públicas e Direitos da Personalidade

Coordenadores:

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin.

Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira.

Doutoranda Andryelle Vanessa Camilo Pomin.

Mestranda Gabriela de Moraes Rissato.

SUMÁRIO:

ARTIGOS;	
AÇÃO CIVIL PÚBLICA: A PROTEÇÃO DE DIREITOS DE GRUPOS RACIAIS, ÉTNICOS E RELIGIOSOS.....	4
CONFLUÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS ENTRE DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	19
DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E A SUA POSSÍVEL VIOLAÇÃO AO DIREITO PERSONALÍSSIMO À VIDA E AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DIANTE DO JULGAMENTO DA ADI Nº 3.510	31
ESTATUTO DO NASCITURO: A (IN)VIABILIDADE DO PROJETO DE LEI N. 478/2007 EM FACE DO DIREITO DA PERSONALIDADE DO EMBRIÃO	54
O ENVELHECIMENTO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE E A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SUA EFETIVAÇÃO.	73
O FEMINICÍDIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS À EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE VIGÊNCIA E O DIREITO PERSONALÍSSIMO À VIDA.....	92
OS REFLEXOS BIOÉTICOS DO CÓDIGO DE NUREMBERG À DIGNIDADE HUMANA E DIREITOS DA PERSONALIDADE	110
POLÍTICAS PÚBLICAS PARA DEFICIENTES FÍSICOS COMO ELEMENTO REALIZADOR DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	126
 RESUMOS EXPANDIDOS;	
A ACEITAÇÃO FAMILIAR RELATIVA À EUTANÁSIA E AS IMPLICAÇÕES SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	141
A FORMAÇÃO CONTINUADA DOS DOCENTES PARA A OFERTA DE UMA EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA DE QUALIDADE QUE ASSEGURE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	145
A LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS COMO DIREITO DA PERSONALIDADE NO DESENVOLVIMENTO DE INDÍVIDUOS SURDOS NO BRASIL	150
DIREITO AO REFORÇO ESCOLAR COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO A PERSONALIDADE.....	153
OS REFLEXOS DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E MEDICINA PREDITIVA NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	158

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: A PROTEÇÃO DE DIREITOS DE GRUPOS RACIAIS, ÉTNICOS E RELIGIOSOS

Rodrigo Valente Giublin Teixeira e Rhaquel Tessele²

Doutor em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil - pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Unicesumar. E-mail: rodrigo.valente@unicesumar.edu.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6562-6731>

² Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas na Universidade Cesumar, UNICESUMAR - Maringá/PR. E-mail: rhaquel.tessele@outlook.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8543-7014>

RESUMO

A Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) destaca-se como uma norma instituidora da tutela do direito coletivo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo a Ação Civil Pública o instrumento processual que efetiva o exercício de interesses difusos e coletivos. A Lei n. 12.766/14 adicionou um inciso à Lei da Ação Civil Pública, acrescentando entre os objetos da tutela coletiva a defesa da honra e da dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (arts. 1º, VII, e 4º). Em razão disso, a Lei n. 7.347/85 passou a permitir agora de modo expresse, a defesa das minorias. O presente artigo visa apresentar os principais aspectos teóricos e processuais da Ação Civil Pública, bem como expor questões conceituais sobre o arts. 1º, VII, e 4º da Lei 7.347/85.

PALAVRAS CHAVES: Ação Civil Pública; Direitos difusos; Direitos coletivos; Direito da personalidade; Direito das minorias.

1 INTRODUÇÃO

A Ação Civil Pública (ACP) é um instrumento processual que efetiva o exercício de interesses difusos e coletivos. A Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) destaca-se como uma norma instituidora da tutela do direito coletivo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, atribuindo legitimidade ao Ministério Público e a outras entidades representativas de classe defender em nome próprio interesse alheio.

Desde o seu surgimento, a Ação Civil Pública se legitimou como a mais importante via processual de direitos metaindividuais, dos quais maioria estão expressamente descritos na Constituição Federal,

intitulando-se como um instrumento de defesa do estado democrático de direito.

Em 2014 a Lei n. 12.766 adicionou um inciso a Lei da Ação Civil Pública, acrescentando entre os objetos da tutela coletiva a defesa da honra e da dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (arts. 1º, VII, e 4º).

Em razão disso, a Lei da Ação Civil Pública que já permitia a defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, da ordem econômica, da ordem urbanística e de outros interesses difusos e coletivos, passou também a permitir, agora de modo expresso, a defesa da honra e da dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

No presente artigo busca-se apresentar os principais aspectos teóricos e processuais da Ação Civil Pública, bem como expor questões conceituais sobre o direito das minorias e seu reflexo para a inclusão dos arts 1º, VII, e 4º na Lei 7.347/85.

2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ASPECTOS GERAIS

A Ação Civil Pública é um instrumento processual instituído pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) com previsão na Constituição Federal (1988) no art. 129, inciso III, que é utilizado para responsabilizar moralmente e materialmente por danos causados a bens e direitos coletivos, qualquer pessoa, física ou jurídica, estatal ou não, que cause danos a algum dos bens citados na lei.

Conforme seu art. 1º a Ação Civil Pública (1985) será cabível contra os danos materiais e morais causados ao:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.
- V - por infração da ordem econômica;
- VI - à ordem urbanística.

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)

VIII – ao patrimônio público e social” (*grifo nosso*)

A esse rol, é possível acrescentar a defesa coletiva das pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7853/89), das crianças e adolescentes (ECA, art. 210, V), dos idosos (Lei n. 10.741/03), dentre outros. (MELLO, 2022)

Todavia, não será cabível Ação Civil Pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional, cujo os beneficiários podem ser individualmente determinados, conforme prevê o art. 1º, parágrafo único da Lei n. 7347/85. (MELLO, 2022)

De acordo com o artigo 5º da Lei n. 7.347 (1985), podem propor a Ação Civil Pública (legitimados ativos) e a respectiva Ação Cautelar:

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V - a associação que, concomitantemente:
 - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
 - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Como se pode perceber, a Ação Civil Pública não pode ser ajuizada por particulares, e, caso estes tenham provas de algum dos danos descritos na lei, devem levá-las ao Ministério Público para que o órgão dê continuidade na apuração. É o que prevê o artigo 6º da Lei nº 7.347 (1985):

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Então, quando se tem interesse em participar da ação, a doutrina cria duas figuras sobre o litisconsórcio com distinções essenciais: a) poderá ser inicial, chamando-se de litisconsórcio ativo, quando um dos legitimados propõe a demanda juntamente com outro co-legitimado; b) poderá ser após a propositura da ação, chamando-se de litisconsórcio ativo ulterior, caso eventual co-legitimado ingresse com ação já proposta, alterando ou ampliando os objetivos do processo.

No tocante ao litisconsórcio passivo, pode-se considerar a mesma regra do litisconsórcio ativo de que qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser em tese parte passiva, porém, não podem representar simultaneamente os propósitos de ambos os polos da demanda.

O litisconsórcio, por parte do Poder Público, quer no polo ativo, quer no passivo, com a possibilidade de outras associações e o Ministério Público interponem recursos de decisões e tomarem a posição de autor, na hipótese de desistência e abandono da causa. (MANCUSO, 2004)

Superada as questões inerentes à propositura da ação, é importante frisar que existem diversas etapas dentro da Ação Civil Pública, dentre elas: a pré-processual, processual e a sentença.

A etapa pré-processual está associada à instauração de inquérito civil pelo Ministério Público, quando um cidadão levar ao conhecimento do órgão fatos que ocasionaram danos a direitos e bens coletivos e difusos.

Trata-se de um procedimento administrativo de colheita de elementos probatórios necessários à propositura da ação civil pública. Com ele, o Ministério Público se prepara para a propositura da Ação Civil Pública, apurando os fatos e colhendo elementos probatórios para coletar provas suficientes para fundamentar o ajuizamento da ação civil pública.

Para apurar o caso, os parágrafos 1º e 2º do artigo 8º da Lei da Ação Civil Pública indicam as ações cabíveis ao Ministério Público:

Art. 8º. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

Após coletadas as informações, caberá ao órgão analisá-las e decidir se existe ou não embasamento para uma Ação Civil Pública. Caso não haja, deverá arquivar administrativamente os autos de inquérito civil, fazendo isso de forma fundamentada. Por outro lado, se entender que há provas da responsabilização de alguém por danos ocorridos, deverá ajuizar a Ação Civil Pública, iniciando-se a etapa processual.

A etapa processual pode consistir no ajuizamento de uma ação cautelar, para proteger algum direito de forma antecipada, ou no efetivo ingresso da ação civil pública, o que poderá ser feito por qualquer dos legitimados ativos, desde que possuam provas suficientes para fazê-lo.

A previsão da ação cautelar está no art. 4º da Lei nº 7.347/85:

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Caso tenha sido ajuizada a Ação Civil Pública, deverá ser indicado o dano causado, o bem jurídico afetado, o responsável, e o pedido de condenação, seja ele uma obrigação de fazer, de não fazer, pagamento de indenizações e multas, entre outras. É o que está previsto nos artigos 11º, 12º e 13º da referida lei:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação

da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Ademais, além das disposições específicas, a Ação Civil Pública seguirá os trâmites de um processo civil, conforme previsto no Código de Processo Civil, havendo contestação, instrução e posterior sentença.

A sentença será concedida nos limites da petição inicial de Ação Civil Pública, dentro dos pedidos pleiteados, que podem ir desde obrigações de fazer, não fazer, até o pagamento de indenizações, como já visto. O art. 16º da Lei nº 7.347/85 trata acerca da sentença proferida em ação civil pública:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Assim sendo, a sentença de Ação Civil Pública terá efeito *erga omnes*, ou seja, valerá para todos, não somente entre as partes do processo. Por outro lado, existe a possibilidade de não haver provas suficientes e, assim, a ação civil pública ser julgada improcedente, não gerando obrigações para a parte contrária.

A Lei nº 7.347/85 não prevê a existência de um recurso específico contra a sentença condenatória em Ação Civil Pública, portanto, é aplicada a regra do Código de Processo Civil, sendo cabível a apelação. A única disposição acerca dos recursos na referida lei está no art. 14, que diz que “o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”.

Essa regra indica, assim, que o efeito suspensivo é concedido mediante a análise do juiz, de modo que a regra geral é que sejam recebidos apenas em efeito devolutivo.

Assim, a Ação Civil Pública serve à proteção de bens caros ao cidadão brasileiro. É a arma jurídica do Estado e de certas associações contra os causadores de danos públicos, sejam eles o próprio Estado ou um particular.

A legitimidade ativa de entes privados é um dos grandes motivos por que a Ação Civil Pública é tão útil e importante à democracia. Sabe-se que às vezes o Estado é ineficiente em cuidar de todos os seus braços, todos os membros, órgãos e sistemas que formam seu corpo. (BRIDJE, 2019)

E mais do que isso, o regime não seria democrático se, ao movimento ilegal ou inconstitucional do Estado, não fosse permitido ao cidadão exigir que a lei, a mesma que o próprio Estado instituiu, seja cumprida, e que seus interesses mais importantes sejam satisfeitos. (BRIDJE, 2019)

3 DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O art. 1º, inciso IV da Lei nº 7.347/85 elenca os bens que podem ser defendidos por meio da Ação Civil Pública e menciona a possibilidade de proteger os direitos coletivos e difusos ou individuais homogêneos, que está previsto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (1990) da seguinte forma:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os direitos difusos são aqueles que apresentam os seguintes caracteres: a) aspecto objetivo – o bem jurídico é indivisível; b) aspecto subjetivo – os titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Aqui inexistente uma relação jurídica base de forma a possibilitar a identificação de seus titulares. Estes são ligados por uma circunstância fática, tais como o fato de residirem na mesma região, cidade ou Estado; também nas situações de estarem expostas ao mesmo risco. (MELLO, 2022)

Já os direitos coletivos apresentam as seguintes características: a) aspecto objetivo – o bem jurídico é indivisível; b) aspecto subjetivo – os titulares pertencem a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Esta relação jurídica base preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. (MELLO, 2022)

Já o inciso III, do parágrafo único do art. 81 do CDC, apresenta os direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Logo, as marcas que caracterizam tais interesses ou direitos são a homogeneidade e a origem comum. (MELLO, 2022)

Por fim, os direitos metaindividuais são formados por dois grupos, os direitos coletivos *lato sensu* e os direitos individuais homogêneos.

4 A PROTEÇÃO DAS MINORIAS: GRUPOS RACIAIS, ÉTNICOS E RELIGIOSOS

A tutela jurídica coletiva assume maior importância, porque não raro é possível estar diante de grupos que, no fundo, são discriminados

exatamente pela sua própria condição minoritária. A grande conquista da civilização é a busca pelo o respeito às minorias. (MAZZILLI, 2015)

Por esse motivo, ficou totalmente superado o conceito de democracia simplesmente como o governo da maioria do povo. A verdadeira democracia é mais do que isso, pois significa também o respeito aos diferentes. Ela é, sim, o governo da maioria do povo, mas respeitados os direitos das minorias. As minorias têm o direito de existir, de conviver, de se manifestar, de fiscalizar a maioria, e até mesmo de um dia se tornarem maioria. Se a maioria não aceitar esses direitos da minoria, não teremos democracia, e sim um despotismo da maioria contra a minoria. (MAZZILLI, 2015)

A questão de saber exatamente o que é uma “minorias” permanece pouco clara. Presentemente, não existe uma definição universalmente aceite de “minorias”. Isto deve-se sobretudo ao fato de existir uma grande variedade de exemplos do que pode ser considerado uma minoria, que nem sempre são comparáveis. Por conseguinte, os Estados interpretam o termo “minorias” por si mesmos e de formas diferentes. (BENEDEK, 2012)

Francesco Capotorti, ex-relator Especial das Nações Unidas (1989), desenvolveu uma definição de “minorias” aceite em termos gerais, porém, não reconhecida por todos os Estados, sendo ela:

“um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais desse Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população e demonstram, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação da sua cultura, das suas tradições, religião ou língua”

Os direitos das minorias são normas que protegem as minorias nacionais nos Estados e constituem direitos adicionais para determinados grupos. Os direitos específicos garantidos às minorias permitir-lhes-ão preservar a sua identidade.

As principais características de um grupo de minorias costumam ser: a) vulnerabilidade, pois em geral não encontram amparo legal ou não possui efetividade; b) luta contra privilégios de grupos dominantes, visto que as minorias lutam contra o padrão vigente estabelecido, que em maioria das vezes ocorre a descriminalização da classe; c) identidade em formação, pois mesmo que exista há muito tempo e que tenha tradições sólidas e estabelecidas, a minoria vive em um estado de ânimo de constante recomeço de sua identificação social, por ter de se afirmar a todo momento perante a sociedade e suas instituições, reivindicando seus direitos;

A legislação brasileira raramente utiliza o termo “minorias” para caracterizar a situação de vulnerabilidade de grupos minoritários no Brasil. Na Constituição Federal, por exemplo, o termo não aparece em nenhum momento com esse significado. Entretanto, na própria Constituição e em outras leis infraconstitucionais, são encontrados artigos que colaboram para que os direitos fundamentais das minorias brasileiras, de modo geral, sejam assegurados.

Não só no âmbito nacional há preocupação com os direitos das minorias. No final do século XX, diversos instrumentos internacionais ambiciosos sublinharam a importância dos assuntos das minorias para a agenda dos direitos humanos. O ponto central foi principalmente, a proteção dos interesses das minorias através do primado do Direito. Diversos documentos sublinham a importância do pluralismo (jurídico), tais como a Carta Europeia das Línguas Regionais e Minoritárias (CELRM) ou a Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais do Conselho da Europa. (BENEDEK, 2012)

A Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1992, é o único documento autónomo das Nações Unidas que trata dos direitos especiais

das minorias. Nele é garantido o direito à identidade cultural e religiosa para as pessoas pertencentes a minorias, incluindo o direito à reunião, assim como a participação plena, como um todo, na sociedade. (BENEDEK, 2012)

A Declaração também exige que os Estados adotem medidas para protegerem e promoverem estes direitos, incluindo a obrigação de estabelecerem condições favoráveis para se conhecer e se exercer estas culturas, línguas e religiões, implementarem medidas para o progresso económico e acesso ao sistema de segurança social do país e, adicionalmente, facilitarem a cooperação com outros Estados, no que respeita a estas matérias. (BENEDEK, 2012)

Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, de forma mais abrangente em seu texto dispõe que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, assim estabelecendo a igualdade formal e os direitos fundamentais para todas as pessoas.

A disposição chave no ordenamento jurídico internacional dos direitos humanos é o artº 27º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1992), que refere o seguinte:

“Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua.

Este artigo constitui a disposição vinculativa mais amplamente aceite para a proteção e promoção das minorias. Garante aos membros das minorias o direito à identidade nacional, étnica, religiosa ou linguística (ou

uma combinação destas) e o direito a preservar as características que pretendam manter e desenvolver. (BENEDEK, 2012)

Diante disso, a inclusão dos arts. 1º, VII, e 4º da Lei 7.347/85 sobre a proteção de grupos raciais¹, étnicos² ou religiosos³ por Ação Civil Pública vem embasada nos argumentos acima expostos, pois esses grupos são considerados minorias e merecem atenção especial do Estado.

Inclusive ao justificar a proposta de lei em 1997, seu criador o Senador Abdias Nascimento defendeu ser preciso proporcionar às minorias um instrumento ágil e eficaz que possibilite a elas enfrentar as manifestações de racismo e discriminação.

Apesar de todo contexto histórico das minorias alguns doutrinadores tecem críticas à inclusão do arts. 1º, inciso VII, e 4º da Lei 7.347/85, pois tratam o fato como uma “discriminação positiva”, visto que acaba tratando pessoas de maneira desigual.

O doutrinador Dr. Hugo N. Mazzilli pontua que tratar pessoas de maneira desigual às vezes é justo e necessário: não posso tratar, por

¹ O termo raça refere-se à divisão de grupos sociais construídos historicamente, baseados em sua ancestralidade comum e em sua organização na sociedade; A raça é baseada em uma distinção racial existente na sociedade. Para os estudos nessa vertente, negar a existência da raça seria negar a desigualdade racial; A raça é definida por uma ancestralidade comum, a divisão de um passado histórico e o lugar ocupado na sociedade; as raças seriam distinguidas pelas características fenotípicas, como cor da pele, do cabelo e dos olhos. Também pela etnia e o pertencimento a um grupo social;

² Um grupo étnico é um grupo cujos membros se identificam com base em seus aspectos culturais, como seus costumes ou suas tradições artísticas, em geral, ligadas a um território; A etnia diz respeito aos traços culturais ou história compartilhada entre determinado grupo. Alguns grupos étnicos também compartilham traços linguísticos ou religiosos; A etnia é definida como genealogia, costumes e tradições compartilhadas, seja real ou afirmada; A distinção de grupos étnicos é feita pelas características sociais e culturais de determinado grupo e seu território original.

³ Um grupo religioso é a manifestação de diferentes crenças, cultos e rituais ao redor do mundo, professados por pessoas que vivem em diversos lugares e culturas; A diversidade religiosa representa a grande quantidade e variedade de religiões no mundo;

exemplo, o homem e a mulher da mesma maneira no tocante à política pré-natal, porque, sob o aspecto fisiológico, eles são diferentes. Entretanto, não posso usar a cor da pele de uma pessoa para assegurar-lhe direitos em detrimento de direitos de outra pessoa com outra cor de pele, invocando a discriminação positiva, porque isso também é discriminação racial. (MAZZILLI, 2015)

Ainda discorre que o que a lei deve fazer é dar compensações racionais para as pessoas que tenham um *discrímen* natural, ou seja, deve tratar desigualmente os desiguais – apenas os que são efetivamente desiguais. [...] Entretanto, discriminar pela cor amarela, branca, negra ou vermelha da pele, para fins de dar vaga a alguns de seus portadores em faculdades ou trabalhos, isso é discriminação racial. Essas pessoas não são diferentes dos demais candidatos: são iguais, e, portanto, precisam ser tratadas de forma igual, não só pelas outras pessoas, como também pela própria lei. (MAZZILLI, 2015)

5 CONCLUSÃO

A Lei 12.966/2014 fez uma mudança pontual e necessária na Lei 7.347/1985, pois agora os grupos raciais, étnicos e religiosos ganharam um dispositivo próprio na legislação.

Apesar de algumas críticas afirmarem que o texto anterior já permitia a proteção desses grupos, porque o inciso IV incluído em 1990 previa o uso da Ação Civil Pública para proteger “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, que funcionaria como uma cláusula aberta, a mudança foi recebida como um reforço legal.

Quando apresentada a proposta em 1989 a legislação sobre condutas preconceituosas era precária e fazia total sentido em tentar implantar um inciso específico sobre o tema de grupos raciais, étnicos ou religiosos. Infelizmente, devido à demora no legislativo a alteração só foi

realizada quase 17 anos depois, tendo um cenário social totalmente diferente da época.

Muito embora o cenário social, político e legal de 1989 seja diferente de 2006 o preconceito estrutural contra as minorias ainda existe. O senador Abdias Nascimento pontuou corretamente em defender que é preciso proporcionar às minorias um instrumento ágil e eficaz que possibilite a elas enfrentar as manifestações de racismo e discriminação.

Por fim, conclui-se que a inclusão dos arts. 1º, VII, e 4º da Lei 7.347/85 sobre a proteção de grupos raciais, étnicos ou religiosos por ação civil pública homenageia os fundamentos constitucionais da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo, além de trazer efetividade prática pois será útil para evitar a perseguição a grupos minoritários, frequentemente acudados socialmente e sub-representados politicamente

REFERÊNCIAS

BENEDEK, Wolfgang. **European Training and Research Centre for Human Rights and Democracy** (ETC) Graz, 2012.

BRASIL. Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985. **Lei da Ação Civil Pública**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 20 jun. 2022

BRASIL. Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, Brasília, DF, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 21 jun. 2022.

BRIDJE, Instituto. **Ação Civil Pública**: uma forma de defender direitos coletivos. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/acao-civil-publica/>>. Acesso em: 20 de jun. de 2022.

CAPOTORTI, Francesco. 1979. Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, UN Doc. E/CN4/Sub2/384/Rev 1. New York: United Nations.

MAZZILLI, H. N. Defending racial, ethnic and religious groups. **Justitia**, São Paulo, v. 204/205/206, p. 289-294, Jan./Dec. 2013-2014-2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores : Lei 7.347/85 e legislação complementar. [S.l.: s.n.], 2004.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022.

CONFLUÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS ENTRE DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Andryelle Vanessa Camilo Pomin¹, Dirceu Pereira Siqueira²

¹Doutoranda em Ciências Jurídicas, Universidade Cesumar – UNICESUMAR,
andryellecamilo@gmail.com.

²Orientador, Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal), Universidade Cesumar
– UNICESUMAR, dpsiqueira@uol.com.br

RESUMO

Não há unicidade teórico doutrinária quanto ao que sejam direitos humanos, fundamentais e da personalidade. Nem quanto a sua origem. Contudo, é possível observar que se destacam alguns conceitos. Os direitos humanos são aqueles reconhecidos por tratados internacionais. Os direitos fundamentais podem ser concebidos como direitos albergados por constituições federais, e os direitos da personalidade visam tutelar atributos da personalidade humana, direitos sem os quais a pessoa seria um todo irrealizado. Todos eles se caracterizam como direitos que estabelecem condições mínimas de existência, que visam proteger a condição humana, seja do Estado ou de particulares, atribuindo-lhe um conteúdo mínimo necessário e essencial para a realização da pessoa. Os métodos utilizados nesta pesquisa foram o bibliográfico, o exploratório, e o hipotético dedutivo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direitos humanos; Direitos da personalidade.

1 INTRODUÇÃO

Muito se questiona, na contemporaneidade, acerca de direitos básicos do ser humano que possam amenizar os desequilíbrios da vida e as atrocidades perpetradas contra diversos direitos, pelo Estado e por particulares.

No anseio de encontrar soluções para esses problemas, os juristas e governantes se debatem em encontrar um núcleo de direitos que sejam intrínsecos ao ser humano. Hora estes direitos são chamados de direitos humanos, de fundamentais e da personalidade. Todos constituem-se em direitos primeiros. Assim, o que este trabalho pretende abordar são as confluências e as divergências entre tais direitos, diferenciando-os e aproximando-os naquilo que for possível.

O trabalho parte de uma hipótese inicial de que tais direitos são conceitualmente diferentes, embora recaiam por vezes, sobre um mesmo direito. A título de exemplo, o direito à vida pode se caracterizar, ao mesmo tempo, como um direito humano, como fundamental e, também, da personalidade, conforme se analise quem é o seu violador e em qual diploma legal encontra a sua proteção.

Mas, não se deve esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos, fundamentais e da personalidade, radicam no reconhecimento pelo direito positivo, de direitos naturais do homem (SARLET, 2007, p. 33).

Para tanto, o trabalho será dividido em 3 capítulos principais. No primeiro, serão abordados os direitos humanos. No segundo, os direitos fundamentais e, após, no terceiro, os direitos da personalidade. Por fim, pretende-se estabelecer suas semelhanças e distinções.

O método de procedimento a ser utilizado na pesquisa será o bibliográfico, que consiste na pesquisa bibliográfica e documental de obras doutrinárias, de legislação nacional e internacional pertinente, de jurisprudência e documentos eletrônicos. Quanto aos objetivos, o método de pesquisa será o exploratório, e quanto à abordagem o método será o hipotético dedutivo.

2 DIREITOS HUMANOS

Até o advento da 2ª Guerra Mundial⁴ as comunidades e Estados passaram por processos de reconhecimentos históricos de direitos que iam, paulatinamente, sendo reconhecidos e consolidados. Mas, com o nazismo, a comunidade internacional entendeu pela necessidade de criar mecanismos de proteção de alguns direitos basilares, com vistas a internacionalizá-los e estabelecer a primazia da pessoa humana mediante a positivação de instrumentos internacionais, como cartas, declarações e tratados. Esses diplomas utilizam expressões de cunho universal, pois se sustentam na natureza comum de todos os seres humanos.

O marco histórico no processo de internacionalização dos direitos humanos se deu em 10 de dezembro de 1948, quando a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, sem nenhum voto contrário, a Declaração Universal dos Direitos do Homem cabendo também aludir que, segundo a doutrina, esse documento serve de base para o reconhecimento de um sujeito de direitos na órbita internacional (TRINDADE, 2000, p. 6).

Após a Declaração Universal de 1948, inúmeras outras Declarações e Convenções Internacionais foram elaboradas envolvendo não só um substancial aumento na quantidade de bens jurídicos considerados merecedores de proteção, mas na ampliação da titularidade de alguns direitos a sujeitos diversos do homem. Em verdade, desde a promulgação da Declaração, as Nações Unidas adotaram quase uma centena de Declarações ou Convenções sobre direitos humanos, sendo que muitas

⁴ Ao final da Primeira Guerra surgiu a primeira organização internacional com a finalidade de manutenção da paz: a Liga das Nações. Tal entidade, embora fracassada, expressou ainda, de forma genérica, disposições referentes aos direitos humanos, reforçando a necessidade de relativizar a soberania dos Estados, quando estes atuassem de forma a desrespeitar tais direitos.

delas se referem a novos direitos (BOBBIO, 1992, p. 68). A multiplicação desses tratados deu-se tanto nos chamados "gerais" - como os dois Pactos das Nações Unidas e as três Convenções Regionais (Europeia, Americana e Africana) - como nos "especiais" - voltados a setores ou a aspectos especiais de proteção dos direitos humanos. Esse conjunto estaria composto pelo direito à vida, à proibição de escravidão, da tortura e de tratos cruéis, desumanos ou degradantes, de detenção arbitrária e de discriminação racial (TRINDADE, 2003, p. 6).

Enquanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem era somente uma Declaração, sem meios para torná-la exigível, a Comissão de Direitos Humanos, iniciou, ainda em 1949 a preparação de um instrumento, elaborado em forma de Convenção Internacional, para torná-la exequível. Em 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral aprovou, por meio da Resolução n. 2.200A, o texto dos dois Pactos (CARVALHO, 1998, p. 59). Aprovou ainda o Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos. Por esse Protocolo criou-se um Comitê de Direitos Humanos, com competência para receber e examinar comunicações de particulares vítimas de violações pelo seu Estado, de quaisquer direitos enunciados no Pacto, depois de esgotados os recursos internos (ALVES, 1994, p. 50).

Também é importante ressaltar que a partir da Carta de inauguração da ONU os direitos humanos passaram a integrar a agenda de praticamente todos os países, sendo visto como pilar de construção de uma nova ordem global.

Destarte, iniciou-se a edificação do princípio da igualdade essencial a todo ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural. Segundo Konder Comparato (2013, p. 32):

é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas.

Atualmente, a pauta dos direitos humanos está disseminada em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, contudo o futuro da proteção internacional dos direitos humanos depende da adoção e do aperfeiçoamento das medidas de implementação. Ou seja, eles carecem de efetivação.

Situações como violência, migração, educação, níveis de pobreza, empoderamento das mulheres, integração econômica global, urbanização, desenvolvimento tecnológico, acesso à tecnologia e a água potável e muitas outras moldarão profundamente o futuro dos direitos humanos.

Para Samuel Moyn (2014, p. 66), no entanto, o problema de eficácia destes direitos encontra obstáculo na sua cientificidade. Segundo ele

É aqui que o quebra-cabeça dos direitos humanos contemporâneos, como um conjunto de princípios e sentimentos morais globais, torna-se mais claro. Da maneira como são genericamente apresentados, eles não intervêm na política de poder. Contudo, justamente por isso, muitas vezes eles parecem fazer pouca diferença prática, como um ornamento em um mundo trágico que eles não transformam. Por não serem realistas o suficiente, eles acabam por acomodar demais a realidade. É necessária a formulação de um melhor acordo entre utopia e realismo. Como este acordo pode ser formulado não é nada claro. Mas pode ajudar neste sentido a lista de teses que indicam o tipo de acordo que tenho em mente.

Na obra “O futuro dos direitos humanos” o autor acima mencionado ainda afirma que uma política de direitos humanos tem que envolver uma transformação em etapas, deve reconhecer que é de mobilização, deve transcender juízes (porque os movimentos que dependem apenas de juízes são fracos), deve buscar o poder para além das condições reais de gozo de direitos formais, se afastar de normas de enquadramento individualistas e deixar de privilegiar liberdades políticas e civis, em prol do bem comum e da solidariedade social.

Por isso, se violações contínuas aos direitos humanos existem, o problema não está na inexistência de convenções, mas na necessidade de se dar contornos mais precisos aos direitos e obrigações, além de fazer funcionar mecanismos internacionais suficientemente seguros para vigiar sua aplicação e reagir contra violações (MBAYA, 1997, *on-line*).

Assim como os demais direitos, os direitos humanos estão em processo de reconhecimento, de aperfeiçoamento e de valorização. A vista disso, acredita-se que nas próximas décadas eles serão melhor efetivados.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como a diretriz ou alicerce básico de um Estado. Preservam uma conotação política, ao passo que informam a concepção e ideologia de cada Estado, com a afirmação de prerrogativas e institutos inerentes à convivência digna dos indivíduos em sociedade. Sua mais tradicional concepção é de que eles têm por escopo a proteção dos direitos essenciais do homem contra as arbitrariedades do Estado (SZANIAWSKI, 2005, p. 29).

Os direitos fundamentais têm sua concepção nas ideias, nas lutas, nos movimentos sociais, nos atos individuais, nas tensões políticas e sociais que antecedem as mudanças. Sua origem acompanha as interações do homem com a sociedade e a necessidade de proteção

individual em relação aos arbítrios do Estado, examinada, inicialmente, pelo Direito Romano com a edição da Lei das Doze Tábuas, como princípio dos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.

Enquanto objeto de direito público, constituem-se em um direito especial assegurado frente ao Estado, embora também produzam efeitos entre particulares, com mecanismos próprios de tutela constitucional (SOUZA, 1995, p. 584).

Conforme ensina José Sebastião Oliveira “Os Direitos Fundamentais significam diretrizes básicas que engendram decisões políticas imprescindíveis à configuração do Estado brasileiro, determinando-lhe o modo e forma de ser. O qualificativo fundamental da ideia de algo necessário, sem o qual inexistiria alicerce, base ou suporte” (OLIVEIRA, 2009, p. 513).

Isto quer dizer que se configuram como óbice ao poder estatal, além de ter sua origem e concepção nas ideias, nos movimentos sociais e nas tensões políticas.

Assim, “direitos fundamentais” designaria aqueles direitos que já foram reconhecidos e positivados, institucionalmente, pelo direito constitucional interno de cada Estado. “O termo fundamental, aqui, aplica-se justamente por serem direitos – em que pesem delimitados espacial e temporalmente – eleitos, por cada Estado de Direito, como os elementos básicos e fundamentadores de seu sistema jurídico” (CASTILHO, 2018, n. p).

Quanto ao seu processo histórico de reconhecimento, a elaboração das declarações de direitos fundamentais passou a concentrar a ideologia constitucional observada inicialmente no século XVIII, conflagrada pelos ideários libertários da “Magna Carta Libertatum”, que “foi extraída pela nobreza inglesa do Rei João Sem Terra em 1215, quando este se apresentava enfraquecido pelas derrotas militares que sofrera” (BASTOS, 2000, 166).

Entretanto, foi na Idade Média que se lançaram as sementes de um conceito moderno de pessoa humana, baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa.

Seguiram-se o Renascimento e o Humanismo, no século XVI. Nessa mesma esteira, veio, depois, o Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, quando se desenvolveu a teoria dos direitos subjetivos que consagrou a tutela dos direitos fundamentais e próprios da pessoa humana (“ius in se ipsum”).

Finalmente, a proteção da pessoa humana fora consagrada nos textos fundamentais que se seguiram, como o “Bill of Rights”, em 1689, e a Declaração de Independência das Colônias inglesas, em 1776.

Por sua vez, a expressão “direitos fundamentais” aparece, pela primeira vez, na França com o advento da Revolução Francesa de 1789. A consciência de que a proteção dos direitos humanos não deveria se reduzir

ao plano interno, posto que ligada ao destino da humanidade, levou a se operar a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado em que se admitem intervenções externas, mediante a possibilidade de responsabilização internacional e a cristalizar-se a ideia de que o indivíduo, por ser sujeito de direito, é destinatário de proteção internacional. Assim, a consagração normativa dos direitos fundamentais ocorreu com o advento da Revolução Francesa e, como tal, embasada no direito burguês.

A ampla efetivação dos direitos fundamentais continuou durante o constitucionalismo liberal do século XIX, mas foi no início do século XX que os diplomas se ocuparam das preocupações sociais, como se percebe na Constituição de Weimar em 1919, na Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado em 1918, bem como na Constituição Mexicana em 1917, ainda que com menor repercussão (MORAES, 2007, p. 11-14).

A trajetória histórica dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras, por sua vez, teve início com a Carta Imperial de 1824⁵, com seu “Título VIII – Das disposições geraes e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros” [sic]; seguido pela Constituição Republicana de 1891, que, em seu Título III – Seção II, previa a Declaração de Direitos. Tal tradição foi mantida pela Constituição de 1934 e de 1937, acompanhando a Constituição de Weimar, apesar das características políticas preponderantes à época. A Constituição de 1946, além de prever um capítulo específico para os direitos fundamentais individuais, introduziu outros direitos sociais. Semelhante contexto fora observado na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969, marcadas sempre pela tradição brasileira de enumeração exemplificativa das normas de caráter constitucional (SILVA, 2002, p. 170).

No que se refere ao processo de redação da Constituição Federal de 1988, é necessário referir, por seu vínculo umbilical com a formação do catálogo de direitos fundamentais da nova ordem constitucional, o fato de ter sido fruto de um vasto processo de debate que se tornou possível pela redemocratização do país após mais de vinte anos de ditadura militar (SARLET, 2011, p. 63). Ela atribuiu grande importância a estes direitos, pois, o reforço de sua tutela, bem como o seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais outrora ocorridas.

Na atualidade, o maior problema em relação aos direitos fundamentais não é quanto ao seu reconhecimento, mas quanto a sua efetivação. Boa parte deles, em especial os direitos fundamentais sociais, requerem atuação positiva para sua concretização.

⁵ Seguiu-se a da Bélgica, de 1831. A Constituição republicana brasileira de 1891 também consagrou os direitos individuais.

Toda esta realidade para a concretização dos direitos fundamentais subordina-se, ou melhor, esbarra em (des) interesse político, corrupção, oponibilidade da reserva do possível etc. Então, nota-se que eles enfrentam incontáveis obstáculos, pois transcorridas mais de três décadas da promulgação da Constituição Cidadã, boa parte desses direitos está à espera que o intérprete lhe assegure efetividade.

4 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade podem ser compreendidos sob uma concepção unitária da integridade do homem: todos eles decorrem da condição de ser humano, ao qual o direito atribui personalidade jurídica.

Adriano de Cupis, referindo-se aos direitos da personalidade enfatiza que “existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto [...] o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.” (CUPIS, 2004, p. 24).

Pontes de Miranda entende que “Direitos da Personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas” (MIRANDA, 2000, p. 234).

Saliente-se que “o direito de personalidade, como tal, não é direito sobre a própria pessoa: é o direito que se irradia do fato jurídico da personalidade” (MIRANDA, 2000, p. 13).

Com relação às características desta classe de direitos, importa destacar que são absolutos, genéricos, inatos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, inexpropriáveis e ilimitados.⁶

Quanto à origem positiva dos direitos da personalidade, foi sob a égide da doutrina alemã que se cogitou o enunciado de suas regras gerais, embora o Código austríaco de 1810 já fizesse referência aos direitos inatos, bem como o Código português de 1986 em que se definiram os direitos à existência, liberdade, associação, apropriação e defesa (BITTAR, 2004, p. 32).

Na Constituição Federal de 1988, a tendência foi de positivação de novos direitos, sendo os tipos expressos de direitos da personalidade variados e encontrados em todo o arcabouço constitucional. Nela não contém uma cláusula destinada a tutelar amplamente a personalidade humana e suas emanções, tal qual fez a Constituição Alemã. No entanto, não se pode negar que a Constituição pátria absorveu em seu art. 1º, inc. III a doutrina do direito geral de personalidade, concernente aos princípios fundamentais do Estado brasileiro, protegendo a dignidade da pessoa

⁶ Em algumas obras, parece que são elencadas outras características, como a vitaliciedade e a incomunicabilidade, mas, na verdade, estas se repetem as já mencionadas, alterando-se apenas a nomenclatura.

humana e a prevalência dos direitos fundamentais do homem (SZANIAWSKI, 2005, p. 86).

Elimar Szaniawski (2005, p. 138) apresenta esse sistema geral de proteção da personalidade da seguinte maneira:

[...] a Constituição brasileira em vigor, edifica o direito geral da personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz, que consiste no princípio da dignidade da pessoa [...] A pilastra central, a viga mestra, sobre a qual se sustenta o direito geral de personalidade brasileiro, está consagrada no inciso III, do art. 1º da Constituição, consistindo no princípio da dignidade da pessoa humana [...] Todos estes princípios, segundo podemos constatar, asseguram a tutela da personalidade humana segundo a atuação de uma cláusula geral.

Observa-se que a Constituição Federal tutela a personalidade humana, alicerçando o direito geral de personalidade a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como de alguns outros princípios constitucionais fundamentais expressos na Constituição, espalhados pelos seus diversos títulos, garantindo o desenvolvimento e livre exercício da personalidade humana (SZANIAWSKI, 2005, p.137).

Neste contexto impende destacar as palavras de Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 127):

A propósito dos direitos da personalidade, um de seus aspectos mais interessantes, e problemáticos, consiste no fato de que se evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que estes interesses precisam ser tidos como uma categoria aberta. De fato, à uma identificação taxativa dos direitos da personalidade opõe-se a consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – configura-se como um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de uma cláusula geral a consagrar a proteção integral da sua personalidade, isto é, a pessoa globalmente considerada.

Tal cláusula geral representa o ponto de referência, o qual estabelece a prioridade necessária às pessoas humanas, que é “o valor fundamental do ordenamento, e está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela” (PERLINGIERI, 1999, p. 55).

Por essa razão, a adoção desta metodologia civil constitucional se constitui em um marco teórico, estabelecendo conexão direta entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB). “Tratar-se-á, sempre, de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito

(extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade qualquer “mal evidente” ou “perturbação” mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica” (LONGHI, 2020, n. p).

Dessa forma, ainda que a Constituição Federal não disponha, de maneira expressa, de uma cláusula geral dos direitos da personalidade, traz o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e regulador dos direitos concernentes ao homem: A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade [...] Esses direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas, devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem (BELTRÃO, 2003, p. 49).

Note-se que o atual Código Civil trouxe um rol de direitos da personalidade: o legislador reservou o Capítulo II, do Título I (arts. 11 a 21), para tratar dos direitos de personalidade; o art. 12 trouxe um direito geral de personalidade, enquanto os demais regulamentaram direitos específicos, mas de maneira exemplificativa, ou seja, o rol é “*numerus apertus*” porque o Direito não é estático. Assim, como aconteceu com as gerações de direitos fundamentais que foram sendo paulatinamente reconhecidas ocorre com os direitos da personalidade: eles surgiram e surgirão de acordo com as necessidades da sociedade de cada época.

Segundo Silvio Romero Beltrão (2003, p. 56) “Tal derivação permite igualmente chegar a todos os domínios em que a tutela da personalidade impuser.” E prossegue: “a de regime de “*numero abertos*” é a que melhor expõe a tutela jurídica dos direitos da personalidade, pois permite a individualização do direito e o seu reconhecimento na sociedade, adotando o caráter enunciativo e não taxativo das situações previstas”.

Maria Helena Diniz observa que, apesar da grande importância dos direitos da personalidade, e de o Código Civil ter dedicado a ele um capítulo específico, não assumiu o risco de enumeração taxativa prevendo, em poucas normas, a proteção de tais direitos, a serem desenvolvidos de modo jurisprudencial e doutrinário, além de regulado por normas específicas (DINIZ, 2008).

Como já foi salientado, a tutela da personalidade, para ser eficaz, não pode ser fracionada em diversos tipos fechados, como se fossem direitos autônomos, incomunicáveis. Tal defesa deve ser concebida de forma unitária, dado o seu fundamento que é a unidade do valor da dignidade da pessoa. Isso porquê a personalidade humana não se realiza por meio de um esquema fixo de direitos subjetivos –, mas sim por meio de uma complexidade de situações subjetivas, que “podem se apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo ou como autoridade parental, interesse legítimo, faculdade, estado – enfim, qualquer acontecimento ou circunstância [...] juridicamente relevante” (MORAES, 2010, p. 126).

5 CONCLUSÃO

Um dos maiores desafios no desenvolvimento deste trabalho foi a falta de congruência quanto aos conceitos, origem e evolução histórica do que sejam os direitos humanos, fundamentais e da personalidade.

Tentou-se estabelecer que os direitos humanos são aqueles reconhecidos por tratados internacionais e caso sejam desrespeitados, um Estado poderia ter a sua soberania ignorada para que eles fossem efetivados.

Já os direitos fundamentais podem ser concebidos como direitos reconhecidos em determinado ordenamento jurídico, por meio de sua lei maior. Tendem a proteger as pessoas contra os alvedrios do Estado, e tem um caráter público.

Já os direitos da personalidade se correlacionam com a individualidade humana. São resguardados em instrumentos privados tal qual o Código Civil e visam proteger as pessoas contra os avanços violadores de personalidade. Por isso, a predominância de sua essência privada. Por tutelar a pessoa em sua inteireza, eles podem ter também um caráter social e econômico⁷.

Assim sendo, denotou-se pelo presente estudo que todos os direitos que se enquadram como humanos, fundamentais e da personalidade se constituem em condição mínima da existência humana - que visam proteger a condição humana -, atribuindo um conteúdo mínimo necessário e imprescindível para a realização do ser.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Os direitos da personalidade**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁷ Elimar Szaniawski propõe uma divisão interessante dos direitos de personalidade em direitos da personalidade públicos, direitos da personalidade privados e direitos da personalidade sociais. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 50-55.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 115-140.

LONGHI, João Victor Rozatti. **Responsabilidade Civil e redes social: retirada de conteúdo, perfis falsos, discurso de ódio e fake news**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. **Estudos Avançados**, [S.L.], v. 11, n. 30, p. 18-19, ago. 1997. Disponível em: [https://www.scielo.br/j/ea/a/T6MDmtWgwvr5Mk9HcJJX](https://www.scielo.br/j/ea/a/T6MDmtWgwvr5Mk9HcJJX/?format=pdf&lang=pt) mHL
/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 05 jul. 2022.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Bookseller, 2000. Tomo VII.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. Coleção Temas Jurídicos.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 121-148. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/288490662_Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 25 maio 2022.

MOYN, Samuel. O FUTURO DOS DIREITOS HUMANOS. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 11, n. 20, p. 61-69, jun./dez 2014.

OLIVEIRA, José Sebastião; MENOIA, Regina Cristina da Silva. Aspectos dos Direitos da Personalidade como Direito Constitucional e Civil. **Revista**

Jurídica Cesumar- Mestrado, Maringá, n. 2, v. 9, jul.-dez. 2009, p. 505-525.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** - Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SZANIAWISKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E A SUA POSSÍVEL VIOLAÇÃO AO DIREITO PERSONALÍSSIMO À VIDA E AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DIANTE DO JULGAMENTO DA ADI Nº 3.510

Lucas Henrique Fontana¹

José Sebastião de Oliveira²

¹Mestrando em ciências jurídicas, campus Maringá/PR, Universidade Cesumar – UNICESUMAR.

Lucashenriquefontana@icloud.com

²Pós-doutor pela Escola Clássica de Direito da Universidade de Lisboa, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUC-SP), Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR (UEL-PR). Docente da graduação e pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado) da Universidade Cesumar (UNICESUMAR), campus Maringá/PR, mestrado e doutorado em ciências jurídicas. Advogado no Paraná driso1945@gmail.com.

RESUMO

Os direitos personalíssimos dizem respeito aqueles inerentes a todo ser humano, os quais são vinculados ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consagrado pela Constituição Federal/1988. assim, nas últimas décadas ocorreu uma importante evolução tecnológica e científica, em especial na área da biotecnologia, desde a descoberta do DNA até os dias atuais a ciência vem aperfeiçoando e buscando melhorar as condições e a qualidade de vida do ser humano. Um dos exemplos são as pesquisas com a células-tronco embrionárias, as quais buscam a cura e o tratamento de diversas doenças que colocam em risco a integridade física e a saúde da humanidade, mas que por outro lado geraram grandes discussões sobre uma possível violação a estes direitos da personalidade, sobretudo no direito à vida e ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Dessa maneira, o principal objetivo do presente artigo é responder este grande questionamento, quando pode ocorrer a violação do direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana nas pesquisas com células-tronco embrionárias?

Palavras-chave: Direitos da Personalidade; Lei de Biossegurança; Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata dos estudos acerca do uso das células-tronco embrionárias para fins de pesquisas científicas, objetivando a cura e a descoberta de novos tratamentos para doenças que até então

ocasionava uma grande debilitação do corpo humano e da consequente diminuição da qualidade e da expectativa de vida, o que afeta o direito a uma vida digna. E ainda, acerca da polêmica envolvendo a violação do direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

A sociedade atual foi marcada por uma série de transformações, tanto sociais, políticas, econômicas e culturais, as quais demonstram que o ser está inserido em um mundo em que o dinamismo é uma peça chave desta evolução, as quais trazem consequências na convivência em sociedade e também no âmbito jurídico.

É impossível desvincular esta ideia de evolução social sem levar em conta os avanços ocorridos no campo da ciência, principalmente na área biotecnologia que envolve a manipulação do material genético do ser humano, sendo alvo de grandes discussões, principalmente no campo da ética, da filosofia, da religião e não menos importante do campo jurídico.

A partir da descoberta da estrutura do DNA feita pelos cientistas James Watson e Francis Crick em 1953 e também pelo sequenciamento do genoma humano

realizado pelo geneticista Craig Venter nos anos 2000, o ser humano desenvolveu ainda mais interesse nos estudos dos genes, das suas características e em até onde tudo isso poderia levar.

No entanto, dentro deste contexto de descobertas e evoluções biotecnológicas a preocupação com uma possível ameaça de lesão a direitos tutelados, principalmente os direitos personalíssimos foram ganhando força, não foi diferente quando começou a discussão sobre a utilização das células-tronco embrionárias para fins de terapia e pesquisas científicas.

Neste aspecto, foi travada uma discussão sobre uma suposta violação do direito à vida existente nos embriões criopreservados e a lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a falta de

consenso sobre em que momento se inicia à vida humana e quando este direito merecia uma tutela do ordenamento jurídico.

Assim, a dicotomia foi levada a plenário do Supremo Tribunal Federal, por meio da ADIn 3.510 em que justamente foi discutido a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 que prevê a possibilidade das pesquisas com células-tronco embrionárias advindas da fertilização *in vitro*.

Dessa maneira, o objetivo principal do presente trabalho diz respeito se a destinação dos embriões criopreservados advindos da fertilização *in vitro* violam o direito personalíssimo à vida e fere o princípio da dignidade da pessoa humana, levando-se em conta o julgamento da ADIn nº 3.510.

Para tanto, se fará um estudo acerca do conceito de células-tronco embrionárias e suas classificações, após, será abordado os procedimentos realizados para o uso destas células nas pesquisas científicas com base na Lei de Biossegurança. Ainda, o presente trabalho detalhará acerca das questões controversas quanto ao tema tratado, iniciando com o histórico do início da vida humana, buscando as fundamentações nos pensamentos de Aristóteles, Platão e Hipócrates, bem como será abordado as teorias que marcam o início da vida humana. Por fim, o estudo demonstrará a im(possibilidade) da violação do direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma polêmica que foi solucionada pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, a busca da resposta para todos os questionamentos foi realizada através do método dedutivo, por intermédio de uma análise teórica, com a realização de pesquisas com base em doutrinas, artigos científicos, na legislação vigente e principalmente na análise dos votos proferidos pelos respeitáveis Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 3.510, abordando ainda áreas multidisciplinares como a filosofia, a biologia e os aspectos legais dentre do assunto escolhido para atingir os resultados do presente estudo.

2 PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS: DO CONCEITO E SUAS CLASSIFICAÇÕES

As células-tronco embrionárias são células especiais tendo em vista a sua alta capacidade de diferenciação em diversos tecidos do corpo humano, o que possibilita na regeneração de células, tecidos e órgãos do corpo humano, melhorando a qualidade de vida e o bem estar das pessoas, que estejam sofrendo algum tipo de doença.

Neste aspecto a “célula-tronco embrionária (pluripotente) são células primitivas (indiferenciadas) de embrião que têm potencial para se tornarem uma variedade de tipos celulares especializados de qualquer órgão ou tecido do organismo.” (MAYOR, 1992).

Dessa maneira, as células-tronco podem ser divididas em três grupos principais, as células-tronco totipotentes, que possuem origem na mórula, tendo uma grande capacidade de diferenciação, sendo capazes de originarem qualquer célula, tecido ou órgão do corpo humano, as pluripotentes originadas do blastocisto que formarão o embrioblasto, originando também uma grande variedade de tecidos e células, sendo inclusive capazes de promover autorenovação e as multipotentes, que são as células adultas com capacidade de diferenciação limitada, já que formam os chamados tecidos de origem.

Em outras palavras, Rocha (2008, p. 41), aborda que:

As células totipotentes são aquelas capazes de diferenciarem-se em membranas e tecidos, chegando inclusive a formar um indivíduo completo. Já as células-tronco pluripotentes tem capacidade de transformar-se em várias células ou tecidos diferentes, ainda que não consigam formar um indivíduo completo. Por fim as células multipotentes possuem capacidade limitada de reativar seu programa genético como resposta a determinados estímulos que lhes permitam dar lugar a algumas, porém não todas, as linhagens celulares diferenciadas.

A este propósito, é por conta desta grande capacidade de renovação e regeneração que a comunidade científica demonstra grande interesse na realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, demonstrando um grande avanço na ciência, possibilitando a descoberta de cura e tratamentos de diversas doenças que assolam a humanidade.

2.1 A LEI DE BIOSSEGURANÇA (11.510/2005) E O PROCEDIMENTO PARA A REALIZAÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIAS

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe um grande sistema de normas que regulam e tutelam os direitos personalíssimos. Contudo, os grandes avanços científicos e tecnológicos colocam a prova esta proteção jurídica, diante da possibilidade de violação destes direitos subjetivos, em especial no que diz respeito as manipulações do material genético do ser humano, uma área que avançou significativamente dentro da biotecnologia.

Dentre as manipulações do material genético do ser humano, existem diversas técnicas que facilitam e promovem a realização do projeto familiar com base na parentabilidade responsável, tais como, as técnicas de reprodução humana assistida, entre elas a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

Quanto a inseminação artificial, esta é entendida “como técnica de reprodução humana assistida, importa na substituição da relação sexual, onde ocorreria a fecundação, tratando-se de pessoas saudáveis, pela união do sêmen ao óvulo, sendo auxiliar processo reprodutivo, deficiente em alguma de suas etapas” (Ferraz 2011).

Nesse sentido, a inseminação artificial pode ser tanto homóloga quanto heteróloga. Na homóloga, o óvulo e o espermatozóide utilizados são de origem de ambos os cônjuges que pretendem ter o filho, diferentemente

da heteróloga em que é utilizado o gameta masculino ou feminino de um doador, ou seja, de uma terceira pessoa, alheia ao casal.

Já a fertilização *in vitro*, é uma técnica de reprodução humana assistida em que é feita a fecundação do óvulo com o espermatozóide, seja do cônjuge ou de outro homem, em laboratório, introduzindo-o no útero da genitora ou de outra mulher. Neste procedimento, adota-se a técnica de congelamento dos embriões, deixando-os criopreservados para que no futuro utilize estes embriões, seja pela falha da referida técnica ou no caso do desejo da genitora em realizar a tentativa de uma nova gravidez. No entanto, como consequência, pode-se ter uma sobra de diversos embriões criopreservados nas clínicas de reprodução humana assistida, essa sobra, é denominada de embriões excedentários, os quais muitas vezes não se sabe qual destino dar para os mesmos.

Assim, estes embriões excedentários podem ter três destinos diversos, tais quais, a doação a um terceiro casal interessado, o que de fato não é muito comum que aconteça, já que os genitores de certa forma possuem o desejo de que o filho tenha o mesmo material genético dos pais. Uma segunda via é o descarte dos embriões, que enfrentam diversas objeções, principalmente de maneira ética e religiosa ou a destinação dos embriões para fins de pesquisa científica.

Em caso de destinação dos embriões excedentários para fins de pesquisa, a Lei de Biossegurança (11.510/2005), em especial o art. 5º, autorizou a utilização das células-tronco embrionárias nas pesquisas terapêuticas, sendo estas advindas da fertilização *in vitro* onde não serão utilizados no procedimento com o objetivo de promover a descoberta da cura e do tratamento de diversas doenças que afetam negativamente a qualidade da vida e da saúde do ser humano.

Para que ocorra essa destinação, a própria Lei elenca três critérios a serem seguidos, demonstrando ser necessário não apenas a existência de embriões excedentários, mas que, primeiramente exista o

consentimento do casal, ou seja, a vontade mútua na entrega dos embriões para este objetivo; o segundo requisito trata-se da submissão dos projetos pelas instituições de pesquisas e serviços de saúde que realizem as pesquisas com os embriões para a apreciação e a aprovação dos respectivos comitês de ética; e o terceiro critério que aponta que os embriões além de excedentários devam ser inviáveis ou caso sejam viáveis, que estejam congelados há três anos ou mais, contados da data da publicação desta Lei ou que, na data da publicação da Lei os embriões já estejam congelados, mas que não tenham completados os três anos exigidos, aguarde-se completar este período, contando-se da data em que houve o congelamento.

A publicação da Lei nº 11.510/2005, gerou grandes debates na área jurídica e na sociedade como um todo, tendo sido alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, a qual o Superior Tribunal Federal resolveu a discussão, onde grupos contrários apontavam a inconstitucionalidade do artigo 5º da referida Lei, referente ao uso das células-tronco embrionárias por suposta violação ao direito personalíssimo à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, surge a problemática do presente trabalho, no que se refere ao uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, nesse sentido será que realmente ocorre a violação do direito personalíssimo à vida, e fere o princípio da dignidade da pessoa humana?

2 DO HISTÓRICO E DAS TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA VIDA HUMANA

A ideia de início da vida humana vem sendo alvo de grandes discussões, onde com o passar das gerações, dos momentos sociais e das crenças houveram alterações significativas, afim de atingir uma resposta para este grande e importante questionamento, sendo um dos motivos que baseavam os argumentos das correntes contrárias a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas terapêuticas.

Historicamente, desde a Antiguidade a questão acerca da vida humana já era alvo de discussões, onde filósofos como Hipócrates, Platão e Aristóteles tratavam sobre este assunto. Hipócrates defendia que o marco do início da vida humana seria a concepção, já Platão, entendia que a alma se juntaria ao corpo quando ocorresse o nascimento e para Aristóteles, que desenvolveu a Teoria da Animação Imediata, onde a alma se juntaria já na fecundação e o início da vida humana ocorreria no momento em que o feto realizasse seu primeiro movimento dentro do útero da genitora, para o sexo masculino no 40º dia e no sexo feminino no 90º dia de gestações. Os ideais de Aristóteles reverberaram dentro do Catolicismo, a qual defendia que o início da vida humana consistia na concepção, seguindo assim a doutrina de Tertuliano e Santo Alberto Magno, os quais “defendiam a hominização imediata, ou seja, desde a fertilização trata-se de um ser humano em processo”, o que resulta em teses contra o aborto e a interrupção da gravidez”. (Barchifontaine, 2010).

Várias religiões fazem menções sobre o início da vida humana, o Judaísmo entende que o início ocorre a partir do 40º dia, sendo que “os 40 dias indicam que a criança está pronta para iniciar um processo de vida, de vida em Deus”. Assim, o número 40, especial e Sagrado para o Judaísmo seria também o momento em que o feto adquiria a forma de ser humano”. (Baeck 1993).

Para o Islamismo, que se baseia no livro Sagrado do Alcorão, a vida humana teria início no momento em que Deus (Alá) soprasse a alma do feto, o que aconteceria aproximadamente 120 dias depois de ocorrida a fecundação. Já para o Hinduísmo, o início ocorre no momento da fecundação, onde junta-se a alma com o corpo, o que acontece também ao inverso na morte, desunindo-se a alma do corpo. E por fim, mas não menos importante, o Budismo que também acredita nas reencarnações, assim como, no Hinduísmo, a vida não teria um marco inicial delimitado, já que

para os budistas a vida é um processo que ocorre de maneira contínua e ininterrupta.

Ultrapassados os conceitos trazidos pelas mais diversas religiões acerca do início da vida humana, a ciência por óbvio também procurou trazer visões científicas e teorias que possam explicar esse fenômeno da existência do homem. A visão genética entende que o início da vida humana ocorre na fecundação do óvulo da mulher com o espermatozoide do homem, resultando na combinação de um código genético único, conforme explica Chaves (1994, p. 16):

É a fecundação que marca o início da vida. Quando os 23 cromossomos masculinos dos espermatozoides se encontram com os 23 do óvulo da mulher, definem todos os dados genéticos do ser humano, qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida. Na conformidade de recomendação do Conselho da Europa: "desde o momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo, aquela diminuta célula já é uma pessoa e, portanto, intocável.

Logo, nesta visão o embrião é um ser humano sujeito de direitos desde a fecundação, sendo inclusive esta ideia também compartilhada pela Igreja Católica. Para a visão embriológica, a vida tem início na 3ª semana de gestação, onde estabelece-se a individualidade do embrião. Já para a visão neurológica o início da vida ocorreria no momento em que fosse detectado atividade elétrica cerebral no feto, pautando-se na ideia de que como a morte é oficialmente decretada com a interrupção do sistema neurológico, o início da vida ocorreria ao oposto disso, quando tivesse início a atividade neurológica, contudo, existem divergências quanto a este início da atividade cerebral, em que pese, Falcão (2022):

Nesta concepção neurológica, parte-se do pressuposto que a morte é declarada com o fim das ondas cerebrais. Destarte o princípio da vida seria o momento em que o embrião passa a ter os primeiros sinais de células nervosas com atividade. A teoria neurológica apresenta, ainda, uma divisão em duas correntes no que tange a indicação temporária para o início vital. A primeira corrente neurológica, que se mostra majoritária, afirma ser a

partir da oitava semana de gestação o marco inicial da vida, quando há a presença de três neurônios que equivalem a um tronco cerebral rudimentar em que se registra certa atividade elétrica. Já a segunda corrente defende que a vida se origina apenas na vigésima semana de gravidez, momento em que o tálamo se encontra pronto pra realizar suas funções. Apesar de haver essa divergência quanto ao marco inicial, ambas as concepções neurológicas concordam que o lapso temporal primitivo da vida surgiria no momento em que os procedimentos neurais começassem a ser realizados, concretizando deste modo a visão neurológica, ou seja, as duas correntes formam em conjunto a ideia da teoria neurológica.

Contudo, apesar desta teoria ser bastante discutida no meio jurídico e científico, o ordenamento jurídico brasileiro não a adotou como marco inicial da vida humana.

Outra visão discutida, é a visão ecológica, a qual defende que o início da vida humana ocorreria quando o feto tivesse a capacidade de viver fora do útero materno, tornando-se independente. E para encerrar a exposição acerca das visões científicas, a última propõe a irrelevância da discussão do início da vida humana, não existindo um momento único e delimitado para o início da vida, conforme aponta Barchifontaine (2010, p. 44):

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”. Por óbvio, é necessário delimitar o início da vida humana, tendo em vista as diversas consequências que possam surgir a partir da evolução tecno-científica, como nos casos das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Ainda, tem-se também as teorias amplamente conhecidas no mundo jurídico, como a teoria natalista, que defende que o início da vida humana começa com o nascimento com vida onde o nascituro teria apenas uma mera expectativa de direito não sendo considerado uma pessoa. Assim, complementa Tartuce (2016, p. 120):

a teoria natalista nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do

direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem”. Dessa maneira, apesar do Código Civil no artigo 2º ter aparentemente adotado esta teoria, ela não é a que se aplica na prática, visto que, a grande maioria dos doutrinadores e as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça vão em sentido contrário, adotando uma teoria diversa.

A segunda teoria é a concepcionista, ao contrário da Teoria Natalista o início da vida humana ocorreria a partir da fecundação do óvulo com o espermatozoide, no processo denominado concepção, formando assim o zigoto, é como leciona Diniz (2011, p. 50):

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do ovulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único.

A este aspecto, a grande maioria dos doutrinadores adotam esta teoria como a mais acertiva em relação ao início da vida humana em relação ao art. 2º do Código Civil Brasileiro.

Dessa forma, os defensores desta teoria entendem que todos os direitos personalíssimos do nascituro estariam garantidos desde a concepção, sendo portanto, invioláveis, conforme explica Berti (2009, p. 02):

"Os defensores da teoria concepcionista, por outro lado, entendem que, a despeito do estabelecido na primeira parte do art. 2º do CCB, a personalidade da pessoa natural inicia-se na concepção, pois, além da segunda parte do dispositivo mencionado prever claramente ser o nascituro titular de direitos subjetivos (e não de meras expectativas de direito), há outros dispositivos que prevêm a titularidade de direitos subjetivos pelo nascituro, como os artigos 542, 1.779, 1.798 e 1.799, I, do mesmo Código Civil. Assim, a interpretação sistemática das normas do ordenamento jurídico brasileiro, diretamente referentes aos direitos do nascituro, permitem concluir que este é titular de direitos subjetivos; é, portanto, pessoa. Evidentemente, como não se pode admitir a interpretação isolada de um dispositivo legal, sendo sempre necessária a utilização do método sistemático, combinado com os outros métodos existentes (como o lógico e o histórico, por exemplo), mostra-se coerente a posição concepcionista.

Diante da garantia dos direitos personalíssimos ao nascituro esta teoria foi a mais aceita para considerar o início da vida humana, sendo a teoria acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme o julgamento do Recurso Especial nº 1.415.727 – SC.

Ademais, a Teoria da Personalidade Condicional também buscou explicar o início da vida humana, sendo o entendimento de que o nascituro teria seus direitos resguardados desde a concepção, contudo, dependeria de uma condição suspensiva, tal qual, o nascimento com vida. Ocorre que, como demonstrado anteriormente, já existem direitos personalíssimos atribuídos aos nascituros desde a sua concepção, independentemente de condição, termo ou encargo, tornando prejudicada a aplicabilidade desta teoria criada pelo jurista Clóvis Bevilacqua.

Pelas explicações tecidas até o presente momento, o início da vida humana e a sua suposta violação foram as principais discussões em relação a polêmica das pesquisas com células-tronco embrionárias, visto que, por muitos anos não existia um entendimento certo e determinado acerca do existir da vida, onde foi discutido amplamente a questão da existência ou não de vida nos embriões criopreservados.

No entanto, será demonstrado ainda no presente artigo que a um consenso acerca da não existência de vida nos embriões criopreservados, a qual já foi alvo de discussão pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento na ADIn nº 3.510, sendo que, a teoria concepcionista é a que vai em sentido diverso dos entendimentos já consolidados.

3 DA IM(POSSIBILIDADE) DA VIOLAÇÃO AO DIREITO PERSONALÍSSIMO À VIDA E AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

A principal discussão que envolve as pesquisas com células-tronco embrionárias é a questão do início da vida humana, a suposta violação a

este direito personalíssimo e ao princípio da dignidade da pessoa humana sendo discutida conforme mencionado anteriormente no Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 3.510 em maio de 2008.

O Procurador-Geral da República Antonio Fernando de Souza, propôs a referida ação com o intuito de obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, Lei de Biossegurança, a qual defende as pesquisas com células-tronco embrionárias. Os argumentos utilizados dizem respeito que o embrião criopreservado é detentor de vida, sendo que nas palavras do Procurador o dispositivo legal fere “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”.

Neste aspecto, salientou ainda o Procurador que uma eventual declaração de inconstitucionalidade do referido artigo de lei não impediria que pesquisas com células-tronco adultas fossem realizadas, argumentando que “o reconhecimento da inconstitucionalidade somente obsta a obtenção de células-tronco diretamente de embriões humanos, mas não impede a utilização das embrionárias encontradas no líquido amniótico e na placenta, nem nas adultas”.

Seguindo esta linha, enfatizou também que “a atividade de pesquisa científica não pode reivindicar tratamento diferente e, portanto, também deve submeter-se a limites jurídicos e éticos” e para finalizar os seus argumentos, novamente reportou-se a questão do embrião como um ser dotado de vida, onde apontou que “o embrião não é um simples amontoado de células, mas sim um ser humano na fase inicial de sua vida”, sendo estas as ideias centrais contrárias das discussões de utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica.

Em sentido contrário, o Advogado-Geral da União na época, José Antônio Dias Toffoli, posicionou-se a favor do uso de células-tronco embrionárias nas pesquisas científicas, argumentando que “o Estado deve

sempre agir sob a ótica prática e, por isso, deve garantir a possibilidade de pessoas com determinadas doenças virem a se curar por meio de descobertas feitas a partir de estudos com embriões”.

Da mesma forma, o advogado que representava o Congresso Nacional na época, Leonardo Mundim, também defendeu o uso das células-tronco embrionárias para fins de pesquisas científicas, tendo em vista que a Lei de Biossegurança fora aprovada com base na responsabilidade social, visto que, foram elencados limites no uso para este fim, tal qual, o uso apenas de embriões inviáveis.

Ademais, diversas entidades que atuaram como *amicus curiae* também apresentaram pareceres favoráveis ao uso das células-tronco embrionária é o caso Movimento em Prol da Vida (Movitae) e o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis), dentre outras, que sustentaram a não existência de vida nos embriões criopreservados não podendo se falar em violação ao direito personalíssimo à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda, foi mencionada a questão dos benefícios em tratamentos de saúde, o que consequentemente seria uma melhora na qualidade de vida das pessoas e não uma violação ou retrocesso.

Outrossim, após a realização das audiências públicas onde foram ouvidos especialistas prós e contras a utilização das células-tronco embrionárias, passou-se para prolação dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal que decidiram no sentido de declarar a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança.

O primeiro voto a ser mencionado no presente artigo é o do Relator Ministro Carlos Ayres Britto, que defendeu a constitucionalidade do referido diploma legal, apontando uma diferenciação importante entre o embrião, o feto e a pessoa humana, conforme segue “o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à

metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose”.

Acrescentou ainda utilizando as palavras dos Doutores Ricardo Ribeiro dos Santos e Patrícia Helena Lucas Pranke, respectivamente, que:

A técnica do congelamento degrada os embriões, diminui a viabilidade desses embriões para o implante; para dar um ser vivo completo (...). A viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa. Praticamente nula”; “Teoricamente, podemos dizer que, em alguns casos, como na categoria D, o próprio congelamento acaba por destruir o embrião, do ponto de vista da viabilidade de ele se transformar em embrião. Para pesquisa, as células estão vivas; então, para pesquisa, esses embriões são viáveis, mas não para a fecundação.

Dessa maneira, os embriões criopreservados por um tempo superior a 3 anos não possui viabilidade e possibilidade de se tornar uma pessoa com vida, não podendo ser alegado que fere a inviolabilidade do direito à vida.

Nesse sentido, o ministro Carlos Ayres Britto também demonstrou a importância que se deve dar ao desenvolvimento científico em prol da melhora das condições de saúde e da qualidade de vida do ser humano, relacionando ao art. 5º da Lei de Biossegurança, que, para ele, existe para cumprir com este objetivo, não tendo como consequência a violação do direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Seguindo a decisão adotada pelo relator, a ministra Ellen Gracie, decidiu também pela constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, onde inicialmente deixou claro que o papel da corte não é definir qual o momento do início da vida humana tendo em vista as mais diversas correntes filosóficas e científicas existentes, mas que, o papel do Tribunal é harmonizar o referido diploma legal a Constituição Federal, verificando a possível violação ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Argumentou também de maneira muito acertiva a importância dada a fertilização *in vitro*, apontando que “tem ajudado, desde o nascimento da britânica Louise Brown, há quase trinta anos, a realizar o sonho de milhares de casais com dificuldade ou completa impossibilidade de conceber filhos pelo método natural”. Contudo, ponderou acerca dos embriões excendetários que permanecem crioperservados nas clínicas de reprodução humana assistida, referindo-se a sua possível destinação.

Em sequência, a ministra abordou os limites impostos e já conhecidos trazidos pela Lei de Biossegurança, sendo estes: o uso exclusivo das células embrionárias para fins de terapias e pesquisas, bem como, que sejam advindos de fertilização *in vitro*, mas que não sejam mais utilizados no procedimento, também que não sejam apenas excedentes mas inviáveis, com a devida autorização de ambos os cônjuges e que os referidos projetos de pesquisas se submetam aos comitês de ética em pesquisa.

Sendo assim, finalizando a a argumentação ora apresentada, entendeu que “assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas com células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte”.

Assim, valendo-se do princípio utilitarista, a ministra Ellen Gracie defende o uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisas, tendo em vista, a sua destinação ser visivelmente mais nobre e útil do que apenas a realização de um descarte, não sendo caso de violação ao direito personalíssimo à vida e como já mencionado não sendo caso de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Da mesma maneira, outros ministros seguiram no caminho dos votos anteriores, sendo eles, Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Carmen Lúcia. A ministra Carmen Lúcia defendeu que “a utilização de

células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde não agredem a dignidade humana, constitucionalmente assegurada”. Além do mais, a ministra defendeu ainda o aproveitamento dos embriões criopreservados nas pesquisas científicas, dando-lhes dignidade, não sendo o descarte o meio mais adequado de sua destinação final.

Os argumentos do ministro Joaquim Barbosa, além de conter uma defesa da utilização das células-tronco embrionárias para fins de pesquisa, contém uma vertente de defesa ao progresso científico e os seus consequentes benefícios, conforme explica “a proibição tout court da pesquisa, no presente caso, significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e para os eventuais benefícios que dele podem advir, bem como significa dar uma resposta ética unilateral para uma problemática que envolve tantas questões éticas e tão diversas áreas do saber e da sociedade”.

O ministro Cezar Peluso em sua decisão demonstrou que não se pode confundir o embrião criopreservado com a pessoa humana em si, tendo em vista a falta de capacidade de se tornar um ser completo, ressaltando ainda a importância da existência de instrumentos que permitam a fiscalização destes projetos de pesquisas. Quanto aos demais ministros, Gilmar Mendes, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito, todos foram a favor das pesquisas com células- tronco embrionárias, contudo, apresentaram ressalvas e restrições quanto aos seus usos. Menezes Direito, abordou que qualquer destinação que não seja a utilização das células-tronco embrionárias nas pesquisas científicas ocorreria a violação do direito à vida, dando importância ainda a fiscalização dos projetos de pesquisa relativos ao tema tratado.

O ministro Eros Grau também apontou restrições nas pesquisas com células- tronco embrionárias, entendendo que a Lei de Biossegurança e

estas pesquisas devem ser interpretadas e estarem em consenso com a Constituição Federal de 1988, convergindo as ideias com o ministro Gilmar Mendes no sentido de criar um Comitê Central de Ética e também com o Ministro Ricardo Lewandowski para que seja dada uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988.

Portanto, analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal, constata-se que as pesquisas com células-tronco embrionárias realizadas nos moldes do art. 5 da Lei de Biossegurança, não violam o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, respondendo assim o questionamento do presente trabalho, devendo, na visão do julgamento da ADIn 3.510, dar um destino mais humanizado e digno aos embriões excedentários, sendo o destino mais apropriado a destinação dos mesmos para fins de terapias e pesquisas científicas, possibilitando ainda que diversas pessoas tenham a chance de se beneficiar com a descoberta de curas e tratamentos para muitas doenças que afetam a qualidade de vida e o bem estar, assegurando assim o direito personalíssimo à saúde previsto na Constituição Federal de 1988.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou o quanto complexo e conflituoso é definir qual o momento em que ocorre o início da vida humana, como pode ser observado pelas diversas visões científicas e teorias elaboradas para chegar a essa resposta, não se tratando apenas de uma celeuma científica mas também jurídica, a qual foi inclusive palco de discussão no Supremo Tribunal Federal através da ADIn 3.510.

Através da análise dos votos dos respeitáveis ministros do Supremo Tribunal Federal, observou-se que a Corte não se deteve em demarcar em que momento a vida humana têm início mas restou demonstrado que é de suma importância o incentivo as pesquisas e os estudos científicos como

forma de garantir o exercício do direito à vida e a saúde de milhares de pessoas, direitos fundamentais e personalíssimos de cada indivíduo e ainda, o quão é importante o acesso dos cientistas aos embriões excedentários para o bom desenvolvimento da ciência brasileira.

Assim, o julgamento da ADIn 3.510 foi um marco histórico importantíssimo para a autorização efetiva do uso de células-tronco embrionárias advindas da fertilização *in vitro*, tendo em vista a sua alta capacidade de regeneração de células, tecidos e órgãos do corpo humano. Dessa maneira, não tem como se falar em violação do direito à vida quando o objetivo desses estudos é o fim de atingir a melhora no tratamento e cura de diversas doenças que afetam a humanidade.

Dessa forma, decidiu-se pela constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança com base em seus limites impostos, assegurando que este diploma legal apresenta uma harmonização com a Constituição Federal de 1988, não ferindo dessa forma a Carta Magna vigente, garantindo assim que os direitos personalíssimos ora tutelados possam ser exercidos efetivamente na prática, reafirmando o respeito a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental e basilar da ordem jurídica brasileira.

Portanto, optou-se por permitir o acesso dos cientistas brasileiros que trabalham com células tronco em suas pesquisas, como forma de contribuição do Direito para com a ciência na área da biotecnologia em nosso país.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. M. de. A POLÊMICA DO INÍCIO DA VIDA: uma questão de perspectiva de interpretação. **Revista Pistis Praxis**, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 113–124, 2010. DOI: 10.7213/pp.v2i1.13715.

Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/pistispraxis/article/view/13715>.

Acesso em: 18 de abril de 2022.

BAECK, L. **L'Essence du judaïsme**. Paris: PUF, 1993.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República
Federativa do Brasil**

de **1988**. Disponível
em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso
em: 18 de abril de 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 11.105, de 24 de março de
2005**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-
2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm). [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l1
0406compilada.h tm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm) Acesso em: 18 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 3.510/DF**. Constitucional. Ação
Direta De Inconstitucionalidade. Lei De Biossegurança. Impugnação Em Bloco
Do Art. 5º Da Lei Nº 11.105, De 24 De Março De 2005 (Lei De Biossegurança).
Pesquisas Com Células- Tronco Embrionárias. Inexistência De Violação Do
Direito À Vida. Consitucionalidade Do Uso De Células-Tronco Embrionárias
Em Pesquisas Científicas Para Fins Terapêuticos. Descaracterização Do Aborto.
Normas Constitucionais Conformadoras Do Direito Fundamental A Uma Vida
Digna, Que Passa Pelo Direito À Saúde E Ao Planejamento Familiar.
Descabimento De Utilização Da Técnica De Interpretação Conforme Para Aditar
À Lei De Biossegurança Controles Desnecessários Que Implicam Restrições Às
Pesquisas E Terapias Por Ela Visadas. Improcedência Total Da Ação. I - O
Conhecimento Científico, A Conceituação Jurídica De Células-Tronco

Embrionárias E Seus Reflexos No Controle De Constitucionalidade Da Lei De Biossegurança. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>.

Acesso em: 17 de abril de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE nº 1.415.727/SC**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/direito-nascituro-stj.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2022.

CASTRO, Taynara Cristina Braga. **ADI nº. 3.510**: bioética e suas repercussões no ordenamento jurídico. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33465/adi-n-3-510-bioetica-e-suas-repercussoes-no-ordenamento-juridico>. Acesso em: 18 de abril de 2022.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências.

DE BARCHIFONTAINE, C. de P. BIOÉTICA NO INÍCIO DA VIDA. **Revista Pistis Praxis**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 41–55, 2010. DOI: 10.7213/pp.v2i1.13499. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/pistispraxis/article/view/13499>. Acesso em: 18 de abril de 2022.

DINIZ, Maria Helena de. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 50.

FALCÃO, Rafael de Lucena. Direito à Vida: a importância do marco inicial e a incoerência que seria o direito ao aborto no ordenamento jurídico. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/32136/direito-a-vida-a-importancia-do-marco-inicial-e-a-incoerencia-que-seria-o-direito-ao-aborto-no-ordenamento-juridico>. Acesso em: 20 de abril de 2022.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2011.

MAYOR, Frederico. As biotecnologias no início dos anos noventa: êxitos, perspectivas e desafios. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 6, n. 16, set/dez, 1992.

MENDES BERTI, S. O nascituro e o direito à saúde. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 99, n. 2, p. 189-208, 1 jul. 2009. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/103>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

ROCHA, Renata da. **O Direito à vida e a pesquisa com células-tronco: limites éticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Voto: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/125/96>. Acesso em 21 de abril de 2022.

Voto: Ministra Carmen Lúcia.

Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510CL.pdf>.

Acesso em: 21 de abril de 2022.

Voto: Ministra Ellen Gracie.

Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/126/97>.

Acesso em: 21 de abril de 2022.

Voto: Ministro Joaquim Barbosa.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>.

Acesso em: 21 de abril de 2022.

ESTATUTO DO NASCITURO: A (IN)VIABILIDADE DO PROJETO DE LEI N. 478/2007 EM FACE DO DIREITO DA PERSONALIDADE DO EMBRIÃO

Rodrigo Valente Giublin Teixeira¹ e Rhaquel Tessele²

¹ Doutor em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil - pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Unicesumar. E-mail: rodrigo.valente@unicesumar.edu.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6562-6731>

² Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas na Universidade Cesumar, UNICESUMAR - Maringá/PR. E-mail: rhaquel.tessele@outlook.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8543-7014>

RESUMO

Desde 2007 tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 478/2007 que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro, o qual pretende tornar integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. O presente artigo irá abordar as três correntes existentes no ordenamento jurídico que delimitam o início da vida, sendo elas a teoria natalista, concepcionista e a da personalidade condicionada. Bem como, qual a teoria majoritária e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, analisará a viabilidade do presente projeto de lei através do método hipotético-dedutivo, o qual propõe o estudo de um problema ou lacuna no conhecimento científico.

PALAVRA-CHAVE: Direito da Personalidade; Estatuto do Nascituro; Teoria Natalista; Teoria Conceptionista; Teoria da Personalidade Condicionada;

1 INTRODUÇÃO

Ainda hoje se discute sobre o marco jurídico do início da vida, pois dentro do ordenamento jurídico brasileiro não se pode precisar a partir que momento pode-se considerar que a vida humana deverá ser tutelada.

Diante de todas as evoluções científicas, não só a ciência e a religião têm-se preocupado em definir, principalmente, o marco inicial da vida, mas também o Direito tem buscado essa resposta, no intuito de uma tutela jurídica adequada.

Podem-se elencar basicamente três correntes doutrinárias quanto aos direitos do nascituro e o princípio da vida, sendo elas a Teoria Natalista,

Concepcionista e a da Personalidade Condicionada, contudo, adianta-se que existe divergência de posicionamentos sobre qual teoria adotar.

Nesse sentido, sabe-se que a vida é mais do que um processo vital e ela deve necessariamente ser delimitada juridicamente, pois tem ocorrido casos em que envolvam situações nunca antes imaginadas, como, por exemplo, a manipulação genética do ser humano, dando origem à eugenia, à sexagem, à redução embrionária e a demais procedimentos.

No intuito de resolver tal questionamento e pontuar o marco jurídico do início da vida para o Direito, foi proposto pelos Deputados Luiz Bassuma (PT) e Miguel Martini (PHS) o Projeto de Lei n. 478/2007, denominado de “Estatuto do Nascituro”.

Todavia, desde a apresentação do Projeto de Lei do Estatuto do Nascituro já se passaram 15 anos e foram apensados sobre ele mais de vinte um Projetos de Leis e até o presente momento continua em tramitação, sem uma solução legal para a pergunta: quando se inicia a vida para o Direito?

Dessa forma, não são faltas de tentativas em solucionar as pendências jurídicas relacionadas ao nascituro, diante dos inúmeros projetos de lei apresentados em nosso Congresso Nacional.

Dito isso, o presente artigo visa analisar a viabilidade do Projeto de Lei n. 478/2007 (Estatuto do Nascituro) diante do ordenamento jurídico brasileiro, bem como o posicionamento majoritário dos tribunais acerca do tema.

2 DO NASCITURO

Com o desenvolvimento científico vivenciado atualmente o Direito ainda não conseguem dar a resposta necessária para a tutela de certas situações existentes, como, por exemplo, uma devida proteção jurídica ao embrião.

Um dos pontos mais discutidos na atualidade diante dessas evoluções científicas é justamente a falta de regulamentação devida na regulamentação jurídica de uma possível personalidade jurídica do embrião.

Ademais, cientificamente pode-se diferenciar as fases iniciais de vida da pessoa como ovócito, espermatozoide, zigoto, embrião, concepto (nascituro) e feto. Conforme definição apresentada por Keith Moore (2004, p. 2):

Ovócito - Este termo refere-se à célula germinativa feminina ou célula sexual produzida nos ovários. Quando maduro, o ovócito é denominado ovócito secundário ou ovócito maduro.

Espermatozoide - Este termo refere-se à célula germinativa masculina ou célula sexual produzida nos testículos. Numerosos espermatozoides são expelidos da uretra masculina durante a ejaculação.

Zigoto - Esta célula, formada pela união de um ovócito e um espermatozoide, é o início de um novo ser humano (ou seja, um embrião). A expressão ovo fertilizado refere-se a um ovócito secundário (ovo) que foi penetrado por um espermatozoide; quando a fertilização é completa, o ovócito torna-se um zigoto.

Embrião - Este termo refere-se ao ser humano em desenvolvimento durante seus estágios iniciais. O período embrionário estende-se até o final da oitava semana, época na qual já estão presentes os primórdios de todas as principais estruturas.

Concepto - Este termo refere-se a todos os produtos da concepção, da fertilização em diante (o embrião ou o feto) e suas membranas (por exemplo, a placenta).

Feto - Após o período embrionário (oito semanas), o ser humano em desenvolvimento é chamado de feto. Durante o período fetal (da nona semana até o nascimento), ocorre o crescimento e diferenciação dos tecidos e órgãos forma dos durante o período embrionário.

Neste sentido, o ser humano pode ser visivelmente identificado pelos estágios de seu desenvolvimento. O estágio inicial é onde se encontra o que se conhece por embrião. Posteriormente, ao ser implantado ou fecundado no útero materno, o feto ou nascituro passa a existir. Finalmente, após seu nascimento com vida, a pessoa. (ARAÚJO, 2016)

É certo que o embrião não pode ser confundido com um nascituro ou com uma pessoa, pois, apesar de possuírem a mesma natureza, estão em estados de desenvolvimento diferenciados. Isto quer dizer que a pessoa difere do embrião porque tem discernimento, livre arbítrio e interage em sociedade, ente de autonomia, enquanto o embrião apenas possui uma vida em expectativa, em potencial, é um ser em situação de vulnerabilidade. (ARAÚJO, 2016)

Surge então, o questionamento se o embrião humano se classifica como titular de personalidade jurídica, considerando a existência de uma individualidade genética autônoma que ocorrerá depois da junção dos gametas feminino e masculino. A personalidade jurídica nas lições de Flávio Tartuce (2016, p. 118) é:

(...) a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto no plano corpóreo quanto no social. No Brasil, a *personalidade jurídica plena* inicia-se do nascimento com vida, ainda que por poucos instantes; segundo os adeptos da teoria natalista. Não se exige, como em outras legislações, que o recém nascido seja apto para a vida conforme determina o Código Civil Francês.

O embrião, a partir deste momento, torna-se geneticamente uno, visto que metade de seus cromossomos foram originados da mãe e a outra metade do pai, o que culmina em uma nova combinação genética.

No intuito de delimitar ou ao menos chegar a um conceito do início da vida em comum a todos, a doutrina tem apresentado algumas teorias científicas e religiosas. Para a ciência, pode-se resumir principalmente nessas cinco posições, apresentadas por Christian de Paul Barchifontaine (2010, p. 43-44):

“(...) 1. Visão genética: A vida humana começa na fertilização, quando espermatozoide 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 3.^a semana de gravidez, quando é estabelecida 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 ideia 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 sinais cerebrais já na 8.^a semana. Outros, na 20.^a. **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 20.^a e a 24.^a 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, espermatozoide 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”.

Para as religiões, o tema é ainda mais complexo, pois envolve crenças. No entanto, são cinco importantes ponderações apontadas por Diego Amaral da Costa (2013, p. 182-183):

“(…) **1. Catolicismo:** A vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não 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, se 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 espermatozoide, 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 pesquisa com embriões. **5. Hinduísmo:** Alma e matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. 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.”

Em que pese todas essas posições doutrinárias científicas ou religiosas, as principais teorias estudadas são a Teoria Concepcionista, a Natalista e da Personalidade Condicionada.

3 TEORIA CONCEPCIONISTA

Na ótica dos concepcionistas, que encontram adeptos entre os cientistas e religiosos, a vida começa com a fertilização ou concepção, que é o encontro do espermatozoide com o ovócito, no qual formará o zigoto – célula que tem potencial para originar um ser humano. (BOCCATTO, 2012)

A corrente defende que a personalidade jurídica se inicia no momento da concepção. Logo, os direitos personalíssimos estariam garantidos, não dependendo de nenhum evento ulterior, e não estariam condicionados ao nascimento com vida, sendo somente os direitos patrimoniais adstritos a esse evento. (FRANÇA, 1988)

Nesse sentido, a Teoria Concepcionista, considera a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, entendendo que o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana se inicia com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozoide. É a partir desse momento que o embrião tem condição de pessoa, ou seja, possui a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento. (ROCHA, 2008)

Ainda, Sérgio Abdalla Semião afirma que alguns doutrinadores dividem a escola concepcionista em duas: a verdadeiramente concepcionista e a concepcionista da personalidade condicional. A primeira sustenta que a personalidade começa da concepção, não no nascimento. Apenas os efeitos de alguns direitos patrimoniais dependem do nascimento com vida. Já a segunda, reconhece a personalidade desde a concepção, sob a condição do *infans conceptus* nascer com vida. (SEMIÃO, 2000)

No entanto, ainda hoje, surgem discussões neste aspecto. Maria Helena Diniz divide a personalidade jurídica entre formal e material, em que a primeira faz relação com os direitos de personalidade, pois já possui uma carga genética desde a concepção, então, o sujeito já teria o resguardo desses direitos. Já na segunda, chamada de personalidade jurídica material, há uma relação aos direitos patrimoniais e obrigacionais, na qual há um estado potencial, somente com o nascimento do nascituro com vida. (DINIZ, 2012)

Ao lado deste aspecto, cumpre ainda ressaltar que o direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos de personalidade. Dessa forma, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, sendo norma de direito natural que abrangerá os direitos de nascer, de continuar vivo e de ter uma subsistência digna. (DINIZ, 2010)

De forma inegável pela Teoria Conceptionista, os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física e à saúde – espécies do qual o gênero é o direito à integridade física –, independem do nascimento com vida para serem tutelados. Assim, devem ser resguardados desde a concepção, haja vista ser o momento de início da vida humana.

4 TEORIA NATALISTA

Para os adeptos da Teoria Natalista, a personalidade jurídica se inicia pelo nascimento com vida; assim, o nascituro não seria considerado

pessoa, embora receba tutela legal. Ao discorrer sobre o tema, Flavio Tartuce assevera que, na teoria natalista, a personalidade jurídica é adquirida apenas com o nascimento com vida. Assim, o nascituro teria apenas expectativa de direitos. (TARTUCE, 2016)

Dessa forma, deduz-se que, pela Teoria Natalista, o nascituro possui apenas expectativa de direitos, que só serão efetivos com o seu nascimento com vida. Logo, não é considerado como pessoa. Isso não quer dizer que retira do nascituro direitos de proteção. Contudo, esses direitos só serão efetivados após o nascimento com vida. O nascituro ter somente expectativas de direitos é o motivo da própria legislação distinguir os direitos que se consolidam com o nascimento com vida.

A respeito do início da personalidade, enuncia o art. 2.º do atual Código Civil (2002) que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”

Com efeito, por essa teoria, o nascituro seria pessoa humana com um potencial, pois, para exercer os direitos que lhes são reservados no útero materno, faz-se necessário que nasça com vida, uma vez que não é detentor de personalidade jurídica ou capacidade jurídica.

Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos. Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa.

5 TEORIA CONDICIONADA

Existe ainda uma teoria intermediária ou “mista” entre a Teoria Concepcionista e a Teoria Natalista, referida por alguns autores, como Maria Helena Diniz, e denominada de “Teoria da Personalidade Formal ou Condicional”, segundo a qual o nascituro teria formalmente personalidade para titularizar direitos personalíssimos, como o direito à vida, direito à

proteção pré-natal, mas quanto aos direitos patrimoniais (herança, doação), estes só seriam consolidados sob a condição de nascer com vida.

De acordo com Flávio Tartuce (2015, p. 122), a teoria da personalidade condicional

É aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido

De acordo com Gustavo Tepedino e Rafael Rodrigues (2003) a teoria da personalidade condicional consiste na afirmação da personalidade desde a concepção, sob condição de nascer com vida. Desta forma a aquisição de direitos pelo nascituro operaria sob a forma de condição resolutiva, portanto, na hipótese de não se verificar o nascimento com vida não haveria personalidade. (ALBERTON, 2001)

Desta maneira a Teoria da Personalidade Condicionada, admite que os nascituros são detentores de direitos, que a personalidade existe a partir do momento da concepção, mas para efetivação de todos os seus direitos que a lei resguarda, estão subordinados a uma condição suspensiva, que seria o nascimento com vida.

6 TEORIA APLICADA NO BRASIL

Primeiramente cumpre esclarecer que a Constituição Federal foi omissa em relação aos direitos do nascituro, servindo como fonte de interpretação para as normas infraconstitucionais e entendimentos jurisprudências.

Em regra, entende-se que o Brasil adota a Teoria Natalista, pois o Código Civil (2002) em seu artigo 2º, é bem claro ao dizer "A personalidade

civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Segundo Alexandre Alberton, deve ser feita uma interpretação do art. 2º do Código Civil em consonância com o art. 5º da Constituição Federal, sendo, portanto, o nascituro titular do direito à vida. (ALBERTON, 2001)

Em contrapartida, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF), ao interpretar casos concretos, não tem uma opinião definida a respeito, sendo que ele tem aplicado as duas teorias, ora seguindo a Teoria Natalista, ora seguindo a Teoria Concepcionista. (GONÇALVES, 2001)

Essa incerteza sobre qual teoria o STF adota ficou visível no julgamento realizado no dia 26 de novembro de 2016, onde a 1ª turma deferiu pedido de *Habeas Corpus* impetrado por um médico e outros réus que atuavam em uma clínica clandestina de aborto na região de Duque de Caxias (RJ), decisão essa que abriu precedentes para decisões todos os tribunais do Brasil.

Apesar do julgamento tratar sobre a tipificação do crime de aborto e a interrupção da gravidez no primeiro trimestre de gestação, que não é tema de discussão do presente artigo, deve-se atentar ao voto do Ministro Barroso ao *Habeas Corpus* n. 124.306 (2015), que no decorrer da sua decisão, por diversos momentos, tratou sobre o direito à vida do nascituro. Segue trechos do voto:

“[...] Em relação à necessidade, é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o **direito à vida do nascituro**, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres.[...] É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do **direito à vida do nascituro** varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto [...] Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem **à vida do**

nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido[...]” (*grifo nosso*)

Adverte-se que o Ministro não adentrou na discussão da situação jurídica do nascituro, porém a única teoria aplicável ao defender o direito à vida do nascituro é a Teoria Concepcionista, seguindo o mesmo posicionamento do STJ.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já sedimentou o seu posicionamento seguindo a Teoria Concepcionista, conhecendo assim o nascituro como de direito a reparação do dano moral.

Um caso polêmico e de repercussão foi quando o humorista Rafael Bastos foi condenado por, em 2011, durante o programa “CQC”, diante de comentários sobre a beleza da cantora Wanessa Camargo, declarar que “comeria ela e o bebê, não tô nem aí”. A situação foi judicializada e chegou ao STJ, que manteve a condenação que majorou a indenização para 50mil reais para cada um dos autores da ação, que eram Wanessa, seu marido e o filho do casal, o qual, na época da propositura da ação, ainda era nascituro. (BRASIL, 2010)

Em outro caso, o STJ entendeu que o nascituro tem direito também pela morte do pai. Esse direito já havia sido reconhecido anteriormente. Porém o fato de não ter conhecido o pai em vida influencia na fixação do *quantum*, pois entende-se que a dor que o nascituro passa seja menor. (BRASIL, 2002)

Ainda, em um julgado do STJ que houve o reconhecimento de indenização por danos pessoais aos pais do nascituro, prevista na legislação regulamentadora do seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – DPVAT - em face da morte do feto. (BRASIL, 2010)

Por fim, pode perceber uma verdadeira insegurança jurídica ao tentar delimitar o início da vida, momento que o Código Civil adota a Teoria

Natalista, o Supremo Tribunal Federal (STF), não tem uma opinião certa, divergindo entre a Teoria Natalista e Concepcionista, já o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o único que tem sedimentado o uso da Teoria Concepcionista.

7 PROJETO DE LEI N. 478/2007 – O ESTATUTO DO NASCITURO

Diante do exposto, no intuito de resolver tal questionamento e pontuar o marco jurídico do início da vida foi proposto pelos Deputados Luiz Bassuma (PT) e Miguel Martini (PHS) o Projeto de Lei n. 478 (2007), denominado de “Estatuto do Nascituro”, com a justificativa principal do projeto sendo a seguinte:

Em 25 de março de 2004, o Senado dos Estados Unidos da América aprovou um projeto de lei que concede à criança por nascer (nascituro) o status de pessoa, no caso de um crime. No dia 1º de abril, o presidente George W. Bush sancionou a lei, chamada “Unborn Victims of Violence Act” (Lei dos Nascituros Vítimas de Violência).

De agora em diante, pelo direito norte-americano, se alguém causar morte ou lesão a uma criança no ventre de sua mãe, responderá criminalmente pela morte ou lesão ao bebê, além da morte ou lesão à gestante.

Na Itália, em março de 2004, entrou em vigor uma lei que dá ao embrião humano os mesmos direitos de um cidadão. Não seria má ideia se o Brasil, seguindo esses bons exemplos, promulgasse uma lei que dispusesse exclusivamente sobre a proteção integral ao nascituro, conforme determinou o Pacto de São José de Costa Rica, assinado por nosso País.

Eis uma proposta de “Estatuto do Nascituro”, que oferecemos aos Colegas Parlamentares. Se aprovada e sancionada, poderá tornar-se um marco histórico em nossa legislação. O presente projeto de lei, chamado “Estatuto do Nascituro”, elenca todos os direitos a ele inerentes, na qualidade de criança por nascer. Na verdade, refere-se o projeto a expectativa de direitos, os quais, como se sabe, gozam de proteção jurídica, podendo ser assegurados por todos os meios moral e legalmente aceitos.

Vários desses direitos, já previstos em leis esparsas, foram compilados no presente Estatuto. Por exemplo, o direito de o nascituro receber doação (art. 542. Código Civil), de receber um curador especial quando seus interesses colidirem com os de seus Pais (art. 1.692, Código Civil), de ser adotado (art. 1.621, Código Civil), de se adquirir herança (art. 1.798 e 1.799, 1

Código Civil), de nascer (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 7º), de receber do juiz uma sentença declaratória de seus direitos após comprovada a gravidez de sua mãe (arts. 877 e 878, Código de Processo Civil).

O presente Estatuto pretende tornar integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. Realça-se, assim, o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevivência ou de delitos cometidos por seus genitores.

A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgada uma lei que ponha um “basta” a tamanhas atrocidades.

Outra inovação do presente Estatuto refere-se à parte penal. Cria-se a modalidade culposa do aborto (que até hoje só é punível a título do dolo), o crime (que hoje é simples contravenção penal) de anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, elencam-se vários outros crimes contra a pessoa do nascituro e, por fim, enquadra-se o aborto entre os crimes hediondos. [...]

Todavia desde a apresentação do Projeto de Lei (PL) já foram apensados sobre ele mais de vinte uns novos projetos de lei, sendo eles:

O PL 788/2019 pela Deputada Flordelis (PSD); PL 489/2007 pelo Deputado Odair Cunha (PT); PL 8.116/2014 pelos Deputados Alberto Filho (PMDB), Arolde de Oliveira (PSD) e Aníbal Gomes (PMDB); PL 4.149/2019, PL 1.979/2020 e PL 564/2019 pela Deputada Chris Tonietto (PSL); PL 518/2020 pelo Deputado Diego Garcia (PODE); PL 1085/2011 pelo Deputado Cleber Verde (PRB); PL 3.748/2008 pela Deputada Sueli Vidigal (PDT); PL 1763/2007 pelo Deputado Jusmari Oliveira (PR); PL 11.105/2018 pelo Deputado Eros Biondini (PROS); PL 11.148/2018 pelo Deputado Gilberto Nascimento (PSC); PL 434/2021 pelas Deputadas Chris Tonietto (PSL) e Alê Silva (REPUBLIC); PL 260/2019 pelo Deputado Márcio Labre (PSL); PL 1006/2019, PL 1.007/2019 e PL 1.009/2019 pelo Deputado

Capitão Augusto (PR); PL 2.125/2021 pelo Deputado Junio Amaral (PSL); PL 4.148/2021 pelo Deputado Alex Manete (CIDADANIA); PL 537/2020 pela Deputada Paula Belmonte (CIDADANIA); PL 883/2022 pela Deputada Carla Zambelli (PL);

Todos os Projetos de Lei versam sobre o nascituro em si, nascituro decorrente da fertilização *in vitro*, sobre o nascituro decorrente de estupro, a possibilidade de pensão alimentícia paga pelo estado, bem como a criminalização da prática de manipulações genéticas ou qualquer ato que lese o nascituro.

A Deputada Chris Tonietto (PSL) foi a que mais apresentou Projetos de Lei sobre o tema (PL 4149/2019, PL 564/2019, PL 434/2021 e PL 1979/2020), em uma linha conservadora na justificativa do PL 1979/2020 pontuou:

O direito à vida é, inegavelmente, o maior e mais importante dos direitos, já que, para se fruir das demais categorias de direitos, é necessário estar vivo.

Tal direito é resguardado pela Constituição Federal, no caput de seu artigo 5º classificado como cláusula pétrea, o que tem o condão de torná-lo imutável, na forma do §4º, I do artigo 60 dessa mesma Carta Política.

De igual modo, o Código Civil, em seu artigo 2º, in fine, declara que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

[...] Há que se registrar também os direitos – previstos na Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) – que o nascituro tem de receber doação (artigo 542), de ser curatelado (artigo 1.799) e de receber herança (artigo 1.798).

Ainda no que diz respeito ao âmbito da legislação, vale colacionar a especial proteção conferida à gestante, assegurando-lhe atendimento pré-natal (artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente), e também a concessão dos chamados alimentos gravídicos (previstos na Lei nº 11.804/2008), cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe, sendo certo que em ambos os casos busca-se garantir o direito à vida e à saúde do nascituro.

Assim, se ao nascituro são garantidos todos os direitos e considerando que o Estatuto da Criança e do Adolescente visa ofertar proteção integral à criança e ao adolescente, não há melhor forma de assegurar essa mesma proteção ao nascituro – estritamente em consonância com a legislação pátria – que não modificando a Lei nº 8.069/1990

Note-se também que a própria jurisprudência brasileira confere proteção à vida intrauterina desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Não foram raras as vezes que, para afirmar tal proteção, a justiça se pronunciou, corroborando o direito do nascituro, a exemplo da decisão do Supremo Tribunal Federal que aduziu ser direito do nascituro a ciência da identidade de seu pai por meio da coleta de material de DNA.

O caso em comento se deu com a cantora Glória Trevi, então sob custódia da Polícia Federal, que alegou ter sido estuprada enquanto presa. A corporação apressou-se em pedir o exame de DNA, enquanto a cantora se negava a fazê-lo, alegando ameaça à sua integridade física.

Também o Superior Tribunal de Justiça reafirma o direito à vida do nascituro quando decide que o falecimento do feto em acidente ocasiona pagamento do DPVAT, uma vez que o “nascituro tem personalidade civil e é titular de direitos”³ : “Na mesma linha de que o nascituro é, verdadeiramente, uma pessoa, o art. 1.798 do Código Civil prevê a legitimação para suceder não só das ‘pessoas nascidas’, mas também das pessoas ‘já concebidas no momento da abertura da sucessão.’” O mesmo STJ, em sede de Recursos Especiais⁴ , já entendeu pela possibilidade de dano moral sofrido pelo nascituro. Os dois casos eram bastante semelhantes: as mulheres estavam grávidas e seus esposos morreram em acidente de trabalho. Foram indenizadas, ao que consta. No entanto, quando as crianças atingiram a maioridade, ajuizaram ação pela perda da oportunidade de terem conhecido os pais. [...]

Ressalta-se também que o Tribunal Superior do Trabalho, na Súmula 244, garante à gestante estabilidade provisória porque é um direito não só da gestante, mas do nascituro, para que este tenha seu desenvolvimento inicial assegurado.

Ora, todo o sistema jurídico pátrio confere proteção à vida da criança por nascer. Não parece coerente que quem se dedica com tanto afincio para a proteção integral da criança tenha igual e ainda mais ávida dedicação em proteger o direito superior a todos os demais, qual seja, o direito à vida? Sem a garantia do direito à vida, como garantir os direitos dele decorrentes?

Assim, em virtude dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e, em virtude de todo o sistema jurídico nacional, faz-se mister proteger os direitos do nascituro, reconhecendo-lhe o status de pessoa, em igualdade de condições com os já nascidos.

Dessa forma, não são faltas de tentativas em solucionar as pendências jurídicas relacionadas ao nascituro, diante dos inúmeros projetos de lei apresentados em nosso Congresso Nacional.

8 CONCLUSÃO

A legislação pátria já salvaguarda os direitos do nascituro, nos termos do art. 2º do Código Civil de 2002 que apregoa "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". A personalidade civil se inicia no Brasil com o nascimento com vida, que é aferida por meio da respiração efetiva.

Podem-se elencar basicamente três correntes quanto aos direitos do nascituro: a corrente natalista, que compreende que o nascituro possui expectativa de direito, só fazendo jus à personalidade após o nascimento com vida; a corrente concepcionista que estende a personalidade, desde a concepção; e a corrente da personalidade condicionada que relativiza a personalidade do nascituro, ou seja, o nascituro possui personalidade que fica condicionada ao nascimento com vida. As diferentes abordagens trazem a divergência da forma de compreensão do direito do nascituro, principalmente no que tange ao direito à vida.

Apesar do atual silêncio do texto constitucional brasileiro, entende-se que a proteção da vida é inviolável, sendo essa mesma proteção despendida aos nascituros e agora também aos embriões *in vitro*. Embora os mesmos não tenham constituído a personalidade jurídica, passando a tê-la somente com seu nascimento com vida, ainda assim merecem tal proteção jurídica desde a concepção.

O direito à vida é o direito pertencente a toda pessoa, configurando em pressuposto para a existência de demais direitos, pois é inerente ao ser humano. Independente da fase em que se encontra o ser humano, não se pode considerar o embrião desprovido do direito à vida, até mesmo porque possui característica de humanidade, detentor de dignidade a ser tutelada.

PL 4149/2019 pelo Deputado Chris Tonietto (PSL) Em seu grande livro "Morte e Vida Severina", também chamado de "Auto de Natal Pernambucano", João Cabral de Mello Neto descreve a vida. Na voz de Seu José Mestre Carpina, a vida, em "Morte e Vida Severina" é relatada

com toda alegria que merece e com toda a dignidade que lhe é devida:
*“Mesmo quando é assim pequena / a explosão, como a ocorrida/ Como a
de há pouco, franzina. /Mesmo quando é a explosão /De uma vida severina”*

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A proteção ao ser humano no direito brasileiro**: embrião, nascituro e pessoas e as condição de sujeito de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética no início da vida. **Revista Pistis Praxis**, Teol. Pastor, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 41-55, jan./jun. 2010. p. 43-44; COSTA, Diego Amaral da. Humanidades: Mitos, desejos, sonhos e esperança. Rio de Janeiro: Clube dos Autores, 2013.

BOCCATTO, Marlene; Vieira, Tereza Rodrigues. Estudo com células-tronco e seus aspectos bioéticos. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Ensaio de Bioética e Direito**. 2. ed. Brasília: Consulex, 2012.

BRASIL, **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 478/2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>. Acesso em: 30 ago. 2022

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 124.306. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 22 de março de 2020

BRASIL, **STJ**, REsp: 1.487.089 - SP 2014/0199523-6, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 23/06/2015, T4 - quarta turma, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864134641>. Acesso em: 22 de março de 2020

BRASIL, **STJ**, REsp: 399028 SP 2001/0147319-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 26/02/2002, T4 - quarta turma, Data de Publicação: DJ 15.04.2002 p. 232 RSTJ vol. 161 p. 395 RT vol. 803 p. 193. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>. Acesso em: 22 de março de 2020

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**: São Paulo: Saraiva, 1988.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. **Embriologia básica**. Trad. Maria das Graças Fernandes Sales et. al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

ROCHA, Renata da. **O direito à vida e a pesquisa com células-tronco: limites éticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008;

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del rey, 2000;

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de Introdução e Parte Geral. 12. ed.
Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O ENVELHECIMENTO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE E A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SUA EFETIVAÇÃO

João Gabriel Yaegashi¹, Michele Nader², Cleber Sanfelici Otero³

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Bolsista CAPES. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6341-0942>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9776553896356663> E-mail: jgyaegashi@hotmail.com

² Egressa do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Mestra em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Promotora de Justiça. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7464-9203> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4176120933133702> E-mail: mnader@mppr.mp.br

³ Orientador. Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Juiz Federal. Docente no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6035-7835>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7156277822751107> E-mail: cleber.otero@unicesumar.edu.br

RESUMO

O aumento da população idosa é um dos fenômenos mais significativos nos últimos tempos, e vem ocorrendo em diversos países do mundo. Esse novo cenário demográfico provocou diversas mudanças em todos os setores da sociedade exigindo, inclusive, a criação de políticas públicas destinadas a esse segmento. Nesse sentido, este artigo aborda o fenômeno do envelhecimento, enquanto direito da personalidade, e a questão das políticas públicas e diretrizes estatais implementados no Brasil para a sua efetivação. Para essa finalidade, procedeu-se a uma pesquisa bibliográfica e documental, com o emprego do método dedutivo. Ainda que o arcabouço jurídico brasileiro possua um sistema integrado e amplo de proteção enquanto diretriz estatal, a proteção às pessoas idosas não tem sido suficiente, revelando novos desafios para que ocorra uma proteção efetiva dos direitos das gerações atuais e futuras.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; Envelhecimento; Pessoa Idosa.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno do envelhecimento populacional é um acontecimento mundial, especialmente nos países ocidentais, originando um aumento no número de estudos relacionados a esse assunto. Essa mudança ocorreu, particularmente, devido à queda nas taxas de mortalidade e natalidade em virtude da melhora na qualidade de vida da população (World Health Organization [WHO], 2018).

O aumento da expectativa de vida e o envelhecimento populacional no Brasil e no mundo têm ocorrido de forma vertiginosa, o que torna relevante refletir sobre e em quais condições as pessoas estão envelhecendo. O envelhecimento é um processo complexo que envolve discussões da área da saúde, educação, assistência social, previdência e habitação, abrangendo-se os aspectos sociais, políticos e econômicos que atingem a qualidade de vida da população que envelhece. O conjunto de

tais circunstâncias constitui o direito ao envelhecimento condigno, reconhecido enquanto direito da personalidade e cuja proteção consiste em direito social.

Não obstante, a realidade diverge da teoria quando se presencia que, na prática, a população idosa padece em razão de sua vulnerabilidade agravada, de preconceitos e de descasos enraizados na cultura brasileira, que enxerga a pessoa idosa como um ser passivo/improdutivo e, por consequência, despoja de autonomia e dignidade para a condução de sua vida.

Em razão da natureza jurídica do envelhecimento dentro do ordenamento jurídico brasileiro, exige-se por parte de toda a sociedade, mas principalmente do Poder Público, atitudes positivas no sentido de assegurar condições condignas para a vida na terceira idade, o que ocorre pela previsão e implementação de políticas públicas voltadas para essa parcela da população. Nesse sentido, este artigo tem por objetivo refletir acerca do fenômeno do direito ao envelhecimento no Brasil, voltando-se para a sua abordagem e tratamento nas políticas públicas previstas no ordenamento.

A fim de atender ao objetivo do estudo, empregou-se o método dedutivo, com vistas a abordar os direitos da personalidade e a caracterização do envelhecimento como tal, assim como a sua forma de tutela por parte do poder público pelo viés prestacional. O procedimento utilizado para tanto foi a pesquisa bibliográfica e documental, tendo como fonte a legislação brasileira, artigos, livros e demais produções sobre a temática.

2 O ENVELHECIMENTO NO BRASIL

Concomitantemente ao auge do período da pandemia da Covid-19, em dezembro de 2020, declarou-se na Assembleia Geral das Nações Unidas o início da Década do Envelhecimento Saudável entre os anos de 2021 e 2030, o que se fez em apoio a ações sociais em prol da qualidade de vida e da redução de desigualdades lastreadas em idade (OPAS, 2020). Esse ato conflui com os objetivos e metas dispostos na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), especificamente no tocante aos seus Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), da Saúde e Bem-Estar (ODS 3) e da Redução de Desigualdades (ODS 10), o que necessita de especial esforço e atenção em razão das peculiaridades do tratamento do envelhecimento no Brasil.

Bobbio (1997) divide a velhice sob três perspectivas, uma *cronológica*, visualizada puramente em razão da idade. Outra *burocrática*, na qual a idade é utilizada como critério para a obtenção de benefícios. Por fim, uma *psicológica/subjetiva*, que leva em conta a psique do indivíduo e a autocompreensão enquanto pessoa idosa. O Brasil, visando a objetividade na subjetividade, adotou o primeiro critério para a configuração

dessa condição, considerando-se pessoa idosa o indivíduo a partir de seus 60 anos de idade completos.

O Brasil, antes referido como um país de jovens, assim como outros países, especialmente da América Latina, também vem fazendo sua transição demográfica e passa por um rápido processo de envelhecimento populacional, o qual se dá no bojo de profundas transformações econômicas, sociais, políticas, ideológicas e científicas (MOREIRA; NOGUEIRA, 2008).

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2017), o Brasil vivencia um processo de envelhecimento acelerado, pois em menos de 80 anos (1940-2016) a expectativa média de vida aumentou de 54 para 75.

Segundo Hoffman (2017), é provável que no ano de 2050 cerca de 30% da população brasileira seja formada por pessoas com 65 anos ou mais e que o país ocupe, em 2025, o sexto lugar mundial no que se refere ao número de pessoas idosas. Esse crescimento da população idosa requer uma atenção especial, por parte dos cientistas e do governo brasileiro, no sentido de criar políticas sociais e viabilizar uma vida saudável para essas pessoas. O aumento da longevidade é motivo de celebração, mas há muitos desafios pela frente, a começar pela questão das desigualdades sociais.

Corroborando com esse pensamento, Silva e Yazbek (2014) salientam que longevidade do ser humano, na sociedade contemporânea, pode ser considerada como uma conquista social. Se por um lado, a terceira idade é o período da vida de exercício da liberdade refletida pela experiência, independência, participação e integração, por outro, também é um processo sequencial, individual, acumulativo, irreversível, universal, de deterioração de um organismo maduro, próprio a todos os membros de uma espécie.

O acelerado crescimento, no mundo, na proporção de pessoas idosas traz consigo vários dilemas para as sociedades e seus governos, dentre eles, a necessidade de reconfiguração dos ciclos de vida e das políticas sociais que lhes dizem respeito (AMARAL; MELO; OLIVEIRA, 2015).

As necessidades e limitações apresentadas pelas pessoas idosas começam a figurar na agenda pública governamental, como prioridade, somente no ano de 1988, com o advento da Constituição Cidadã (1988). A partir da promulgação da Constituição, estabeleceu-se que o cuidado da pessoa idosa será uma responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado com o fito de assegurar o amparo às pessoas da terceira idade, garantindo sua participação e prezando por sua dignidade (art. 230, *caput*, CF/88). Como se vê, a Constituição influencia a norma ordinária para se amoldar aos seus preceitos e, no que toca a dignidade e os direitos fundamentais, dispõe-se no art. 3º, *caput*, do Estatuto da Pessoa Idosa que:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2004, *on-line*).

Assim, a transição demográfica traz à tona as crescentes demandas oriundas do envelhecimento da população, tornando cada vez mais necessária uma atuação estatal efetiva e planejada como forma de assegurar direitos e permitir a autonomia e o envelhecimento digno à pessoa idosa (RODRIGUES; RIBEIRO, 2018).

3 O ENVELHECIMENTO ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE E A SUA FORMA DE EFETIVAÇÃO

Envelhecer é um processo inerente à vida, tudo nasce, envelhece e, no final, morre, assim como as flores brotam e morrem, assim como as estrelas brilham e um dia se apagam, assim é a vida humana. Esse é justamente o conceito da impermanência, que prega como tudo está em eterna mudança, em movimento, nunca é igual, ao que não escapa a vida humana que, em um fugidio espaço de tempo, compreende todas as sensações experimentadas pela vivência terrena. Nada obstante a brevidade da vida, nesse ínterim, à pessoa humana é assegurada a sua dignidade, pela qual todos os demais direitos se validam e se orientam, visando sua devida proteção e inserção social.

Já dizia o papa João Paulo II, em sua carta aos anciãos:

Os anciãos ajudam a contemplar os acontecimentos terrenos com mais sabedoria, porque as vicissitudes os tornaram mais experimentados e amadurecidos. Eles são guardiões da memória colectiva e, por isso, intérpretes privilegiados daquele conjunto de ideais e valores humanos que mantêm e guiam a convivência social. Excluí-los é como rejeitar o passado, onde penetram as raízes do presente, em nome de uma modernidade sem memória. Os anciãos, graças à sua experiência amadurecida, são capazes de propor aos jovens conselhos e ensinamentos preciosos.

Sob esta luz, os aspectos de fragilidade humana, ligados de modo mais visível com a velhice, tornam-se uma chamada à interdependência e à necessária solidariedade que ligam entre si as gerações, visto que cada pessoa está necessitada da outra e se enriquece dos dons e dos carismas de todos (PAULO II, 1999, *on-line*).

Veja-se que o reconhecimento da fragilidade e da necessidade de tutela privilegiada da pessoa idosa é uma temática há muito reconhecida,

contudo, de difícil absorção por parte da sociedade em razão da imagem pejorativa atribuída à figura da pessoa idosa. Ao contrário das crianças e adolescentes, que fazem uso do ordenamento para o reconhecimento de sua autonomia, a pessoa idosa, por seu turno, necessita de tutela jurídica para mantê-la, “ante a constante ameaça de sua negação, se não a sua subtração, no confronto de sua natural e crescente fragilidade com as complexas exigências da vida” (BARBOZA, 2020, p. 13). Na cultura pós-moderna, cultua-se o novo e se marginaliza o velho, de modo a excluir a pessoa idosa da participação social e autonomia privada, tornando-a mera expectadora de sua morte

Ainda assim, a toda pessoa é devido o direito de envelhecer com dignidade, de modo a desfrutar da vida ao máximo com todos seus direitos fundamentais da personalidade assegurados. Não obstante, o processo de envelhecimento da população, bem como o seu tratamento por parte da sociedade, é um problema e preocupação recente no cenário brasileiro (SILVA; YAZBEK, 2014).

Prezar pela dignidade da pessoa idosa e positivar tal preceito vai ao encontro da dignidade humana enquanto princípio da república e fundamento do Estado de Direito. A dignidade humana, pela forma como é atualmente concebida, consiste na natureza singular, interna e absoluta do ser humano, valorado como um fim e fundamento interno e absoluto do ordenamento (BARROSO, 2013). Nas palavras de Kant (1986, p. 77), “[...] quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”. Tal premissa consagrou-se na Constituição Federal brasileira (CF/88) pela cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), princípio fundamental estruturante de todo o sistema jurídico e responsável por conferir validade a todos os demais dispositivos vigentes (TEPEDINO, 2004), que expressamente ou implicitamente a contemplam em suas redações, sob pena de terem anulada toda e qualquer eficácia do dispositivo que vá de encontro à premissa da dignidade humana.

Considera-se a dignidade como valor que se vincula à moralidade e, no pós-guerra, passou a ser um ideal estabelecido como meta política pelos países vencedores. Possui uma dupla dimensão: a primeira, interna, associada ao valor intrínseco de cada pessoa e inviolável em razão da impossibilidade da perda de valor da pessoa humana; a segunda, externa, é o instituto pelo qual se derivam os demais direitos e obrigações, sendo passível de ofensa nessa extensão (BARROSO, 2013). Enquanto princípio constitucional, influencia na construção jurídica e opções políticas na ordem interna, além de poder ser ponderada somente com outros princípios e metas coletivas, normalmente prevalecendo em razão de se tratar de instituto prioritário até mesmo em face de outros princípios constitucionais, já que é o ser humano, realizado em sua dignidade, o fim e fundamento de todo o sistema jurídico. Por esse motivo, defende-se, inclusive, que o

princípio da dignidade da pessoa humana, em razão de sua força normativa de destaque, seria considerado um princípio matriz ou um superprincípio dentro do ordenamento brasileiro:

A magnitude do princípio da dignidade humana justamente está refletida no fato de que, em sendo um fundamento da República, é um verdadeiro supraprincípio, o qual orienta e conduz toda a leitura e interpretação dos demais princípios, garantias e direitos contidos na Constituição, vinculando, além do Poder Público como um todo, os particulares (CANTALI, 2009, p. 89).

Enquanto fonte normativa, a dignidade encampa os direitos fundamentais da personalidade, em suma, os valores, com força normativa, que tutelam os aspectos inerentes à pessoa e à sua vida digna em sociedade. Não se olvida que há diferença doutrinária dentre esses institutos, de modo que se concebe os direitos fundamentais enquanto aqueles consagrados, expressamente ou de forma implícita, no bojo do Direito Constitucional do Estado soberano (SARLET, 2021) atuando, pois, no campo do direito público e das relações verticais e horizontais. Os Direitos da personalidade, ao seu turno, são os institutos, no âmbito do direito privado, destinados à tutela dos aspectos que compõem a personalidade do indivíduo (SZANIAWSKI, 2005). De qualquer modo, ainda que selecionados pela dicotomia do *público* e *privado* em razão do seu campo de regulação, ambos os direitos, sejam fundamentais ou da personalidade, pautam-se na dignidade da pessoa humana como fundamento, portanto, perfilham do mesmo conteúdo ôntico quanto de sua tutela, qual seja, o ser humano.

Pensar em direitos da personalidade é andar de mãos entrelaçadas com os direitos fundamentais, já que estes institutos correspondem, no mais das vezes, em gênero e grau um com o outro e, em vista disso, possuem semelhante aplicação jurídica quando interpretados ao caso concreto. Em outras palavras, os direitos da personalidade têm uma roupagem, no Direito Civil, correspondente aos direitos fundamentais no Direito Constitucional, ambos possuem raiz axiológica na dignidade humana e, portanto, podem ser chamados direitos fundamentais da personalidade (CANTALI, 2009), e receber tutela por parte do poder público em caso de lesão.

A personalidade na perspectiva dos valores juridicamente protegidos, refere-se ao “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiado por todo o ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2008, p. 4). Desse modo, se os direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos, compreendem-se como o conjunto de atributos, com força jurídica, que integram e permitem a tutela da dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos, certamente o envelhecimento digno, enquanto integrante

inexorável da vida humana, pode ser considerado um direito da personalidade e, conseqüentemente, ser tutelado e concretizado a partir de ações positivas do Estado para a sua materialização. Nesse sentido, são expressos os arts. 8º e 9º do Estatuto da Pessoa Idosa, ao inaugurar o catálogo de tutela dos direitos fundamentais da terceira idade:

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade (BRASIL, 2004, *on-line*).

Ainda que se defenda que o envelhecimento seja um direito personalíssimo autônomo, é até senso comum relacioná-lo com outros direitos da personalidade igualmente consagrados *per si*, tais como a integridade, a honra, a intimidade, a autonomia, a vida e o livre desenvolvimento da personalidade.

Ao acertadamente classificar o envelhecimento enquanto direito afeto à personalidade e, ato contínuo, afirmar que a proteção desse mesmo direito consiste em um direito social, atesta-se, de pronto, que a materialização do envelhecimento condigno é assegurada mediante condutas prestacionais por parte do poder público, o que ocorre por intermédio das chamadas políticas públicas. A chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais se refere aos direitos de ordem social, aqueles destinados à redução das desigualdades e à qualidade de vida de um modo geral. Estes direitos sociais, por sua característica distributiva, não configuram qualquer limite ao Estado, pelo contrário, são garantidos por este mediante prestações materiais. Nesse sentido, Silva os conceitua:

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento de igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 1995, p. 276).

O Estado, enquanto encarregado da materialização dos direitos fundamentais, é o ator primário na efetivação dos direitos sociais, e os implementa mediante a edição de políticas públicas, ações programáticas do poder público que mediam a relação entre o Estado e particulares

visando a um fim legalmente previsto. Dworkin (2007, p.36) conceitua política pública (*policies*) no âmbito do Direito como “[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Comparato (1998), por sua vez, pensando no fenômeno enquanto atividade, conceitua-o como um conjunto organizado de normas e atos unificados pela finalidade da realização de um objetivo específico.

Ainda que questões orçamentárias sejam um fator que influencie na tomada de ações no sentido de concretização do direito, a reserva do possível não pode ser invocada de forma leviana e desvinculada das circunstâncias concretas ao ser demandado o Estado, que objetiva, como consta do art. 3º da Constituição, a construção de uma sociedade justa, na qual se garante o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos de forma indistinta.

Não há, portanto, margem para se interpretar discricionariedade quando se pensa na concretização de direitos sociais, há um dever constitucional do poder público de efetivar e assegurar os direitos fundamentais, vinculando-se ambos de forma implícita em razão da aplicabilidade imediata disciplinada no §1º do art. 5º da CF/88 (SIQUEIRA, 2015). É defeso ao Estado se esquivar da implementação progressiva de políticas públicas para a concretização do mínimo existencial, portanto, daqueles direitos sociais básicos e integrantes da dignidade humana.

4 DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA A PESSOA IDOSA NO BRASIL

Como visto, a dignidade na velhice é assegurada mediante a efetivação de políticas públicas voltadas para o envelhecimento saudável, impondo ao Estado, garantidor primário desse direito personalíssimo, a adoção de prestações positivas para tanto. Sobre tais ações, compete aos Conselhos do Idoso, ao Ministério Público, à Vigilância Sanitária, entre outros órgãos previstos em lei, a fiscalização das entidades governamentais e não-governamentais de atendimento à pessoa idosa (art. 52 da Lei nº 10.741/2003).

No tocante às políticas públicas, em que pese a pessoa idosa gozar da prioridade a que alude as legislações já mencionadas, tem-se que ainda é incipiente o número de políticas públicas em prol dessa população hipervulnerável - cidadãos usuários dos serviços sociais, de saúde, de proteção e que precisam ter os seus direitos garantidos, contudo ficam à mercê das parcas estratégias de atendimento existentes. Neste panorama, promover o envelhecimento ativo, saudável, cidadão e sustentável da população brasileira por meio da oferta de ambientes e de serviços mais amigáveis às pessoas idosas é uma estratégia inovadora e necessária para o enfrentamento dos desafios do envelhecimento populacional.

A Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos – primeiro instrumento internacional juridicamente vinculante voltado para a proteção e promoção dos direitos da pessoa idosa – dispõe como um princípio geral a “dignidade, independência, protagonismo e autonomia do idoso” (art. 3º, alínea c) e reconhece, em seu preâmbulo, que, à medida que a pessoa envelhece, deve seguir desfrutando de uma vida plena, independente e autônoma, com saúde, segurança, integração e participação ativa das esferas econômica, social, cultural e política (OEA, 2015).

Ainda no âmbito internacional, a Carta de São José sobre os Direitos das Pessoas Idosas da América Latina e do Caribe, pactuada na terceira Conferência Regional Intergovernamental (2012), na qual restou acordado entre os signatários a melhoria dos sistemas de proteção social para que respondam efetivamente às necessidades das pessoas idosas, mediante o impulso, dentre outras ações, à “proteger, mediante mecanismos de supervisão e controles periódicos, os direitos e a dignidade das pessoas idosas que residem em instituições públicas e privadas ou em estabelecimentos médicos” (item 7, alínea j), bem como o trabalho na melhoria das “condições de moradia e do entorno das pessoas idosas, para fortalecer sua autonomia e independência” (item 10) (BRASIL, 2013, on-line).

Tais diretrizes são incorporadas à Constituição Federal a partir de seus precitados objetivos (art. 3º), pela cláusula geral de tutela da dignidade humana (art. 1º, III) e pelas normas específicas de tutela da pessoa idosa, tanto no que toca seu aspecto alimentar em função da solidariedade recíproca (art. 229) quanto pelo amparo de sua vida nas linhas que interceptam a saúde, o amparo, a participação, a manutenção no seio familiar e a dignidade (art. 230).

Além da Constituição Federal, uma outra medida institucional no campo das políticas destinadas às pessoas idosas foi a Política Nacional do Idoso (PNI), Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994, que traz como objetivo, no seu artigo 1º, a necessidade de: “[...] assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para prover a sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade” (BRASIL, 1994), tendo, assim, a família, a sociedade e o Estado responsabilidades iguais na provisão de condições que permita a esse segmento social o exercício pleno de sua cidadania.

A Política Nacional do Idoso prevê, ainda, o acolhimento para pessoas idosas com 60 anos ou mais, de ambos os sexos, independentes e/ou com diversos graus de dependência. A natureza do acolhimento deverá ser provisória e, excepcionalmente, de longa permanência quando esgotadas todas as possibilidades de autossustento e convívio no seio

familiar⁸. Pessoas idosas com vínculo de parentesco ou afinidade – casais, irmãos, amigos etc. – devem ser atendidos na mesma unidade. Preferencialmente, deve ser ofertado aos casais de idosos o compartilhamento do mesmo quarto. Pessoas idosas com deficiência devem ser incluídos nesse serviço, de modo a evitar práticas segregacionistas e o isolamento desse segmento.

De acordo com Rodrigues e Ribeiro (2018), em virtude do aumento do número de pessoas idosas que necessitam de cuidados e da redução na oferta de cuidadores familiares, ocorreu o surgimento de diversas instituições, cujo foco era ofertar o serviço de residência coletiva e cuidados de longa duração para pessoas idosas. Essas instituições surgiram com as mais variadas denominações tais como: abrigo, asilo, casa de repouso, casa geriátrica com internação, residências protegidas destinadas ao abrigo de pessoas idosas, casa para velhice com alojamento. Atualmente esses locais são, legalmente, definidos como Instituição de Longa Permanência para Idosos (ILPIs)⁹.

Nada obstante a presença de locais outros que não o seio familiar, o estímulo a formas alternativas à institucionalização, que promovam a interação social e familiar é fundamental para assegurar os direitos das pessoas idosas. Para tanto, a legislação nacional prevê, de forma exemplificativa, hipóteses de modalidades de atendimento que não sejam o asilamento. Essas modalidades são promulgadas no Decreto nº 9.921/2019, que estabelece:

Art. 17. Para fins do disposto neste Capítulo, entende-se por modalidade não asilar de atendimento:

I - centro de convivência - local destinado à permanência diurna da pessoa idosa, onde são desenvolvidas atividades físicas, laborativas, recreativas, culturais, associativas e de educação para a cidadania;

II - centro de cuidados diurno: hospital-dia e centro-dia - local destinado à permanência diurna da pessoa idosa dependente ou que possua deficiência temporária e necessite de assistência médica ou de assistência multiprofissional;

III - casa-lar - residência, em sistema participativo, cedida por órgãos ou entidades da administração pública, ou por entidades privadas, destinada às pessoas idosas detentoras de renda insuficiente para a sua manutenção e sem família;

IV - oficina abrigada de trabalho - local destinado ao desenvolvimento, pela pessoa idosa, de atividades produtivas,

⁸O atendimento em Instituição de Longa Permanência é previsto para idosos que não dispõem de condições para permanecer com a família, com vivência de situações de violência e negligência, em situação de rua e de abandono, com vínculos familiares fragilizados ou rompidos.

⁹Para a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), as ILPIs são instituições governamentais ou não governamentais, de caráter residencial, destinadas à moradia coletiva de pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, com ou sem suporte familiar (BRASIL, 2005). A importância dessas instituições é tamanha que recentemente houve a edição da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA (RDC) 502/2021 (em substituição a antiga RDC 293/2005) que estabelece o padrão mínimo de funcionamento das Instituições de Longa Permanência para Idosos.

que lhe proporcione a oportunidade de elevar sua renda, regido por normas específicas;

V - atendimento domiciliar - serviço prestado no lar da pessoa idosa dependente e que vive sozinha, por profissionais da área da saúde ou pessoas da própria comunidade, com a finalidade de suprir as suas necessidades da vida diária; e

VI - outras formas de atendimento - iniciativas desenvolvidas na própria comunidade, com vistas à promoção e à integração da pessoa idosa na família e na sociedade. (BRASIL, 2019, *on-line*).

Essas modalidades de atendimento, dentre outras, como família acolhedora e repúblicas para pessoas idosas, permitem a prevenção de situações de risco, de isolamento e de exclusão social. Nos casos em que a pessoa idosa, com quadro de dependência e de semi-dependência, permanece com sua família, pode ser necessário o apoio nas atividades de cuidado, por meio de atendimento domiciliar, contribuindo para a melhoria de qualidade de vida.

Adiante, importa salientar que a PNI é replicada no âmbito do Estado do Paraná pela Lei Estadual nº 11.863/1997, que determina em seu art. 1º que “A Política Estadual dos Direitos do Idoso, no âmbito do Estado do Paraná, tem por objetivo assegurar os direitos da pessoa maior de 60 anos de idade, criando condições para sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade” (BRASIL, 1997, *on-line*). Citada política estadual reitera os mesmos princípios etários anteriormente retratados, de modo a disciplinar, no âmbito estadual as atuações a serem dirigidas no intuito de se regular o direito da pessoa idosa nos campos da promoção e assistência social, na saúde, na educação, no trabalho, na habitação e urbanismo, na justiça, na cultura, no esporte e no lazer e, por fim, na área da ciência e tecnologia.

É importante ressaltar, que antes da promulgação da PNI, em 1993 a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), Lei nº 8.742/1993, já reconhecia a pessoa idosa como um dos seus segmentos de atenção prioritária. A LOAS estabelece no artigo 2º, que a assistência social tem entre os seus objetivos: “[...] a garantia de um benefício mensal de um salário-mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” (BRASIL, 1993, *on-line*), realidade concretizada com o Benefício de Prestação Continuada (BPC).

Como desdobramento da Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080/1990), que assegurou o direito universal e integral à saúde, foi estabelecida, em 1999, a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa, que contribuiu para a ampliação do acesso a serviços médicos preventivos e curativos, possibilitando um maior cuidado à saúde das pessoas da terceira idade. A citada política possui por diretriz a promoção do envelhecimento ativo e saudável, de acordo com as orientações da Organização as Nações

Unidas (ONU), assim como o reconhecimento da fragilidade da pessoa idosa institucionalizada, ao afirmar que:

Considera-se idoso frágil ou em situação de fragilidade aquele que: vive em ILPI, encontra-se acamado, esteve hospitalizado recentemente por qualquer razão, apresente doenças sabidamente causadoras de incapacidade funcional – acidente vascular encefálico, síndromes demenciais e outras doenças neurodegenerativas, etilismo, neoplasia terminal, amputações de membros –, encontra-se com pelo menos uma incapacidade funcional básica, ou viva situações de violência doméstica (BRASIL, 2006, *on-line*).

Outra medida importante criada pelo governo brasileiro, para assegurar a proteção e o bem-estar da pessoa idosa, foi o Estatuto da Pessoa Idosa, Lei nº 10.741/2003. Esta lei tem por objetivo regular os direitos assegurados às pessoas idosas com idade igualou superior a 60 (sessenta anos). Nos artigos 2º e 3º o referido Estatuto prevê:

Artigo 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade.

Artigo 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2003, *on-line*).

O Estatuto da pessoa idosa prevê, ainda, importantes direitos para as pessoas idosas que residem em instituições, bem como regulamenta a matéria em dois capítulos: Capítulo II “Das Entidades de Atendimento ao Idoso” (artigos 48 a 51) e Capítulo III “Da Fiscalização das Entidades de Atendimento” (artigos 52 a 55). Destaca-se que ficaram definidos os requisitos e os princípios que devem ser observados por essas entidades que são: a responsabilidade civil e criminal do dirigente da instituição, as obrigações da entidade, os órgãos com atribuição para a sua fiscalização, dentre eles o Ministério Público, bem como as penalidades aplicáveis, de acordo com a gravidade do descumprimento das determinações desta Lei.

O Estatuto da pessoa idosa, que abrange tanto o direito material como o direito processual, pressupõe em seu artigo 49 os direitos da pessoa idosa institucionalizado:

Art. 49 As entidades que desenvolvam programas de institucionalização de longa permanência adotarão os seguintes princípios:

- I – preservação dos vínculos familiares;
- II – atendimento personalizado e em pequenos grupos;
- III – manutenção do idoso na mesma instituição, salvo em caso de força maior;
- IV – participação do idoso nas atividades comunitárias, de caráter interno e externo;
- V – observância dos direitos e garantias dos idosos;
- VI – preservação da identidade do idoso e oferecimento de ambiente de respeito e dignidade (BRASIL, 2003, *on-line*).

Rodrigues e Ribeiro (2018) explicam que o processo de institucionalização da pessoa idosa não pode ocorrer contra sua vontade, salvo por decisão judicial, em caso de risco demonstrado. O fato de uma pessoa idosa estar em uma situação de risco não pode destituí-lo de sua condição humana e de seu direito de escolha, na condução de sua vida. Portanto, a partir do exposto na Política Nacional do Idoso e no Estatuto da pessoa idosa, que o reconhecimento da condição da pessoa idosa, na sociedade brasileira, supõe a garantia de esforços que promovam a sua condição plena de cidadania, ou seja, que assegurem a sua autonomia, a sua integração e a participação efetiva na sociedade.

Esse movimento de ressignificação da velhice estabelece como exigência o redirecionamento da agenda pública no sentido de fortalecer as oportunidades de debate sobre a problemática do envelhecimento e integrar medidas efetivas que visem o atendimento de suas necessidades sociais.

O arcabouço composto pelas legislações LOAS, PNI e Estatuto da pessoa idosa, vem somar-se, em 2004, a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), instituída por meio da Resolução nº 145, de 15 de outubro, traz em suas diretrizes a proteção social básica e proteção social especial, destinadas aos segmentos sociais prioritários entre os quais se incluem as pessoas idosas (BRASIL, 2004).

No que se refere à pessoa idosa com deficiência, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015 ressalta, no parágrafo único de seu artigo 5º, o fato de que estes sujeitos são considerados pessoas especialmente vulneráveis:

Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência (BRASIL, 2015, *on-line*).

Todavia, é preciso ressaltar que a fragilidade da pessoa idosa não deve justificar ou mesmo ser confundida com a autorização para interferência em sua autonomia, na medida em que isso incidiria na sua perda de liberdade, portanto, na sua condição de cidadão.

Ainda que as legislações supracitadas sejam importantes instrumentos para a implementação do direito ao envelhecimento digno na sociedade, sua implementação anda a curtos passos, o que demanda medidas mais enérgicas para a adequação do Estado aos tratados internacionais e ao texto constitucional. Para tanto, foi instituído, primeiramente no âmbito internacional, o certificado de “cidade amiga do idoso”, decorrente de uma iniciativa conjunta da OPAS e da Organização Mundial da Saúde (OMS) para incentivar a promoção de ações e políticas públicas, a participação ativa dos conselhos municipais e a realização de ações para enfrentamento das vulnerabilidades desse público.

Essa estratégia foi aplicada no Brasil Amigo da Pessoa Idosa, por meio do Decreto nº 9.328/2018. Atualmente revogado e regulamentado pelo Decreto nº 9.921/2019, que consolida atos normativos pelo poder executivo sobre a temática da pessoa idosa e distribui as competências dentro do poder executivo para a coordenação das políticas públicas relacionadas à pessoa idosa no Brasil. No citado decreto, tem-se por diretriz, além do protagonismo da pessoa idosa, o fortalecimento dos serviços públicos destinados à pessoa idosa, no âmbito das políticas de assistência social, de saúde, de desenvolvimento urbano, de direitos humanos, de educação e de comunicação.

A classificação da cidade melhora gradualmente, na proporção que melhora a qualidade do envelhecimento em seu interior, conforme dispõe o art. 23 do citado decreto:

Art. 23. Para fins do disposto neste Capítulo, considera-se:

I - envelhecimento ativo - o processo de melhoria das condições de saúde, da participação e da segurança, de modo a melhorar a qualidade de vida durante o envelhecimento;

II - envelhecimento saudável - o processo de desenvolvimento e manutenção da capacidade funcional que permita o bem-estar da pessoa idosa;

III - envelhecimento cidadão - aquele em que há o exercício de direitos civis, políticos e sociais;

IV - envelhecimento sustentável - aquele que garante o bem-estar da pessoa idosa em relação a direitos, renda, saúde, atividades, respeito, e em relação à sociedade, nos aspectos de produção, de convivência intergeracional e de harmonia, com o amplo conceito de desenvolvimento econômico; e

V - comunidade e cidade amiga das pessoas idosas - aquela que estimula o envelhecimento ativo ao propiciar oportunidades para a melhoria da saúde, da participação e da segurança, de forma a melhorar a qualidade de vida da pessoa idosa durante o processo de envelhecimento (BRASIL, 2019, *on-line*).

Ainda que barreiras orçamentárias sejam um fator que freia, muitas vezes, as obras específicas destinadas ao atendimento dessa parcela da população, medidas como a certificação são interessantes para estimular o poder público a implementar, efetivamente, as adaptações necessárias ao envelhecimento digno da pessoa idosa, já que a contrapartida, para além da qualidade de vida e cumprimento do papel estatal, reside na maior atratividade de destinação de recursos e de investimentos externos. Tal medida parece interessante e ir ao encontro à função promocional da responsabilidade, que se pauta no estímulo de condutas éticas e ações positivas por parte do poder público, de modo a concretizar o melhor interesse da pessoa idosa e o envelhecimento enquanto direito personalíssimo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo abordou-se o envelhecimento enquanto direito personalíssimo e os diplomas normativos que o asseguram pela previsão da implementação de políticas públicas, o que foi feito como um panorama geral, sem o condão e possibilidade de maior aprofundamento nos pormenores de cada uma em razão da limitação espacial do trabalho.

Observamos, contudo, que apesar dos progressos legais no âmbito dos direitos das pessoas idosas, existe uma vasta distância entre as previsões legais e a realidade cotidiana da pessoa idosa no Brasil. Essa 'verdade' exige, a nosso ver, maior rigidez em relação à aplicabilidade das leis, pois as políticas públicas devem, efetivamente, assegurar um envelhecimento digno à pessoa, no qual conte com saúde, autonomia, lazer, educação e todos os direitos fundamentais da personalidade assegurados pelo ordenamento.

Essa ideia é crucial na medida em que muitas pessoas comungam da mentalidade de que as instituições de longa permanência são opções suficientes ou ideais para atender às necessidades das pessoas idosas. O Estatuto da pessoa idosa prioriza o atendimento pela própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto nos casos das pessoas idosas que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência. Todavia, é preciso que se discutam formas alternativas à institucionalização, uma vez que muitas pessoas idosas estão em ILPIs por falta dessas políticas públicas, fundamentais para assegurar um envelhecimento digno.

Entendemos como necessária, ainda, a atuação conjunta e articulada entre os diversos órgãos públicos e organizações da sociedade civil, a fim de que se promova um amplo debate sobre a importância do papel ativo das pessoas idosas na formulação de propostas para a melhoria de suas condições de vida, em seus diversos contextos e inserções sociais. Assim, consideramos que ao lado da efetividade das leis e políticas públicas é crucial, também, um processo educativo que possibilite uma

alteração nas representações sociais da população acerca do direito das pessoas idosas no Brasil.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Tânia Maria de Resende; MELO, Elza Machado de; OLIVEIRA, Graziella Lage. Comparação do perfil de idosos ativos e não ativos do Programa Bolsa Família. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, v.18, n.2, p. 351-360, 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da pessoa idosa: efetividade e desafios. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do estatuto do idoso**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 03-20.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.842, de 04 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8842.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília DF: Presidência da República, 2003. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Resolução n. 145, de 15 de outubro de 2004.** Dispõe sobre Política Nacional de Assistência Social. 2004. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/PNAS2004.pdf. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Resolução de Diretoria Colegiada - RDC Nº 283, de 26 de setembro de 2005.** 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2005/res0283_26_09_2005.html. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Portaria n. 2.528, de 19 de outubro de 2006.** Aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa. 2006. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2528_19_10_2006.html. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Carta de São José sobre os direitos dos idosos da América Latina e Caribe.** Secretaria de Direitos Humanos da presidência da República. Brasília, 2013. p. 507-519.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de junho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto Nº 9.921, de 18 de julho de 2019.** Consolidar atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a temática da pessoa idosa. Brasília DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9921.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória:** de senectude e outros escritos autobiográficos. Rio de Janeiro: Campus. 1997.

CANTALI, Fernanda Borghetti Cantali. **Direitos da Personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n.138, p. 39-48, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HOFFMAN, Maria Cristina. **Envelhecimento**: Brasil - um país de idosos? 2017. Disponível: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/510323-envelhecimento-brasil-um-pais-de-idosos/>. Acesso em: 03 nov. 2022.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (2017). Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>. Acesso em: 03 nov. 2022.

JOÃO PAULO II. **Carta do papa João Paulo II aos anciãos**. 1999. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/letters/1999/documents/hf_jp-ii_let_01101999_elderly.html. Acesso em: 03 nov. 2022.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Editora 70, 1986.

MOREIRA, Virgínia, NOGUEIRA, Fernanda Nícia Nunes. Do indesejável ao inevitável: a experiência vivida do estigma de envelhecer na contemporaneidade. **Revista Psicologia USP**, v.19, n.1, p. 59-79, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos de 2015**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Idoso/Textos/Convenção%20Interamericana.pdf. Acesso em: 04 nov. 2022.

OPAS/OMS - Organização Pan-Americana da Saúde. **Década do Envelhecimento Saudável nas Américas (2021-2030)**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/decada-do-envelhecimento-saudavel-nas-americas-2021-2030>. Acesso em 03 nov. 2022.

RODRIGUES, Melissa Cachoni; RIBEIRO, Dandara dos Santos Damas. Instituições de Longa Permanência para Idosos, formas alternativas à institucionalização e o papel do Ministério Público Estadual. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, v. 5, p. 16-37, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz

(Coords.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21-59.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Maria do Rosário de Fátima e, YAZBEK, Maria Carmelita. Proteção social aos idosos: concepções, diretrizes e reconhecimento de direitos na America Latina e no Brasil. **Revista Katálisis**, v.17, n.1, p. 102-110, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A dimensão cultural do direito fundamental à alimentação**. 2.ed. Birigui - SP: Editora Boreal, 2015.

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

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-54.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

World Health Organization - WHO. (2018). **Ageing and health**. Disponível em: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>. Acesso em 03 nov. 2022.

O FEMINICÍDIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS À EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE VIGÊNCIA E O DIREITO PERSONALÍSSIMO À VIDA

*Evandra Mônica Coutinho Becker¹, Cleide Aparecida Gomes
Rodrigues Fermentão²*

¹ Mestranda no Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da
UNICESUMAR/Maringá-PR. emonicacoutinho@hotmail.com

² Orientadora, Pós doutora, Departamento de Pós-graduação em Ciências Jurídicas,
UNICESUMAR/Maringá-PR. Pesquisadora do ICETI - Instituto de Ciência e Pesquisa Científica da
UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR. cleidefermentao@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido a partir da tipificação do feminicídio, como qualificadora do delito de homicídio, através da Lei 13.104/2015, tendo como objetivo analisar sua recepção pelo ordenamento jurídico, avaliando se a implementação da qualificadora atua, ou não, como via de combate da violência letal contra a mulher e para a promoção do debate acerca da desigualdade de gênero. Nesse cenário, observa-se um discurso que fortalece a discriminação, os estigmas e os estereótipos que cercam as questões de gênero, ademais nota-se um caráter meramente simbólico da lei em análise. Portanto, conclui-se pela desnecessidade da qualificadora de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia adotada na pesquisa, visando obter as respostas acerca da problematização exposta, têm foco em uma abordagem qualitativa e dedutiva, para melhor entendimento do tema em apreço.

PALAVRAS-CHAVE: Feminicídio; Violência Letal; Lei 13.104/2015; Lei Penal Simbólica.

1 INTRODUÇÃO

Os elevados índices de homicídios no Brasil inserem o país na categoria de um dos países mais violentos no plano dos delitos de ódio contra o gênero, figurando em 5º lugar na escala mundial. Relacionado implicitamente à estrutura patriarcal da sociedade, que norteia as relações intersubjetivas e a dimensão subjetiva, o feminicídio se manifesta como a forma letal da dominação masculina, decisão de vida ou de morte no exercício de um poder masculino voltado à corporeidade feminina subordinada.

Frente às diversas e alarmantes ocorrências, entendeu-se pela necessidade de se avançar com medidas legislativas que buscassem solucionar esse problema social, incorporando-o às normativas penais, com qualificação e denominação própria. Desta forma, embora o movimento feminista tenha reivindicado essa tipificação há anos, somente em 2012, por iniciativa da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) de Violência contra a Mulher, que foi criado o Projeto de Lei para a modificação do art. 121, do Código Penal. A alteração almejava a inclusão

do feminicídio como qualificadora do crime de homicídio. Como argumento para a propositura de tal mudança legislativa, foram apresentados dados que evidenciam a vulnerabilidade histórica e social da mulher. Segundo a ONU (2015), entre 2004 e 2009, 66 (sessenta e seis) mil mulheres foram assassinadas a cada ano pelo simples motivo de serem mulheres.

No Brasil, quase 50% destas mortes, entre 2000 e 2010, ocorreram dentro da própria residência da vítima, sendo executados por parentes, (ex) cônjuges e (ex) companheiros. Portanto, conclui-se que a previsão da qualificadora do feminicídio objetivava a concretização da proposta de política pública de enfrentamento da violência contra as mulheres, contemplada no amplo conjunto de ações direcionadas para a formação de uma cidadania feminina sólida, para a prevenção da violência de gênero, assim como para a efetivação dos compromissos assumidos no âmbito internacional pelo Brasil. Sendo política de Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário devem participar das Redes de Atendimento e de Enfrentamento da Violência contra as Mulheres, atuando, inclusive, na redução da condescendência estatal, da impunidade, da violência institucional e da violência simbólica.

O presente trabalho pretende avaliar a proposta legislativa de tipificação do feminicídio, em sua acepção original, e suas posteriores alterações, bem como a recepção da qualificadora pelo sistema jurídico e a forma qual vêm se coadunando (ou não) como os princípios fundamentais da promoção da igualdade de gênero no Estado Democrático de Direito, com a superação dos estereótipos e da discriminação tanto na sociedade, quanto na doutrina penal e na jurisprudência.

Com efeito, a problemática apresentada é a seguinte: Por que, mesmo após a criação da Lei n. 13.104/2015, os índices de feminicídio continuam altos no país? A opção estatal pela criminalização foi a correta? As medidas protetivas de vigência não estão sendo efetivas? O direito personalíssimo à vida tem sido protegido às mulheres?

As hipóteses apresentadas para os problemas são as seguintes: A – As políticas públicas estatais voltadas à prevenção do feminicídio no Brasil não são suficientes para atender a demanda de casos de feminicídio registrados no país; B – Os meios de proteção em favor da mulher vítima de feminicídio não se mostram plenamente eficazes no que se refere à punição de agressores; C – Diversos direitos foram conquistados e diferentes medidas protetivas foram garantidas em favor da mulher desde que a Lei nº 11.340/2006 entrou em vigor, mas tais direitos não são sedimentados, conforme o que prevê a lei nos dias atuais.

O objetivo geral do presente trabalho é investigar os principais fatores que têm contribuído para altas taxas de feminicídio no país, mesmo após a entrada da Lei 13.104/2015 em vigor, verificando quais os principais motivos que levam ao aumento do número de casos gradativamente.

Já como objetivos específicos, o que se busca é identificar quais as principais políticas públicas estatais voltadas à prevenção do feminicídio

no Brasil; verificar se a Lei nº 13.104/2015 tem atingido seus objetivos no que se refere à prevenção ao feminicídio e à punição dos agressores.

O presente estudo justifica-se na medida em que, mesmo com a criminalização do feminicídio em 2015, tem-se observado altas taxas de feminicídio no país, o que nos conduz a algumas reflexões, principalmente no que se refere à efetividade e se a opção pela criminalização foi a medida correta no combate à violência praticada contra mulheres.

A metodologia adotada na pesquisa, visando obter as respostas acerca da problematização exposta, têm foco em uma abordagem qualitativa e dedutiva, para melhor entendimento do tema em apreço. A pesquisa reunirá uma bibliografia básica, através da análise e exploração de artigos científicos e livros que abordam a questão do feminicídio, como por exemplo os autores Fernando Capez (2017), Guilherme de Souza Nucci (2017), Wânia Passinato (2011) e Adriana Ramos de Mello (2016) dentre outros importantes nomes, e a lei objeto de análise será a 13.104/2015.

Dentro do contexto apresentado, vale ressaltar que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar a questão, mas sim abordar aspectos importantes da matéria, de maneira a iniciar um debate e colaborar para a formação de uma consciência sobre o assunto, sem o objetivo de produzir uma fórmula mágica para resolver a problemática.

2 PROTEÇÃO DA MULHER NO PLANO DOS DIREITOS HUMANOS

A proteção internacional dos direitos das mulheres insere-se, na esfera do denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, e por isso é de suma importância tecer breves considerações sobre estes direitos, bem como analisar este movimento no plano internacional. O Direito Internacional dos Direitos Humanos representa um movimento muito recente na história global, nascendo a partir do Pós-Guerra, em decorrência das assombrosas transgressões praticadas durante o período do nazismo e diante da crença de que ao menos parcela dessas violações poderiam ter sido impedidas, se houvesse um sistema efetivo de proteção internacional de direitos humanos.

Indubitavelmente, a proteção dos direitos humanos não deve ser limitada ao campo reservado de um país, não podendo ser concebida como uma matéria de jurisdição doméstica, pois consubstancia matéria de legítimo interesse mundial.

Nesse contexto, o Tribunal de Nuremberg, de 1945-1946, representou um grande propulsor do movimento de internacionalização dos direitos humanos, visto o posicionamento da necessária limitação da soberania nacional, afinal, os cidadãos possuem direitos tutelados pelo Direito Internacional, na condição de sujeitos de direito. Assim, a Declaração de 1948 inova, quando em seu § 5º, determina que: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados”

(DHNET, s.d., p. 01). Desta forma, a comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, equânime e justa.

A concepção universal dos direitos humanos, delineada pela Declaração vem sofrendo intensas resistências por parte dos defensores do relativismo cultural, no qual a noção de direitos está estritamente vinculada ao sistema econômico, político, social, cultural e moral, em vigor, em determinada sociedade, o que afasta a formação de uma moral universal, sendo imprescindível que se respeitem as diferenças culturais manifestadas por cada povo. No entanto, a contingência histórica e a particularidade de direitos humanos harmonizam-se perfeitamente com a aceção de direitos humanos como direitos morais universais, de maneira que não se permite admitir grandes reivindicações do relativismo cultural (FARIA; MELO, s.d.).

Outrossim, a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, em junho de 1993, reconheceu no art.18 de sua Declaração o seguinte:

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais. A violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas, que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher (PGE, s.d., p. 01)

É cediço que os principais diplomas internacionais que tutelam os direitos humanos há muito tempo apregoam a igualdade de todos. Contudo, essa igualdade tem se limitado ao plano meramente formal, sendo tortuosa a tarefa de convertê-la em igualdades material entre mulheres e homens, sobretudo, quando se observa que a construção histórica dos direitos humanos sempre ocorreu excluindo a figura das mulheres, fortalecendo ideologias de cunho patriarcal.

Com o advento da Declaração Universal de 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a ser desenvolvido com cada vez mais vigor, culminando na adoção de diversos tratados internacionais direcionados a salvaguardar direitos fundamentais. Cristaliza-se, assim, uma sistemática normativa universal de proteção internacional dos direitos humanos na esfera das Nações Unidas, aos poucos ampliado com o surgimento de inúmeros outros diplomas legais concernentes a específicas e determinadas transgressões de direitos, como a tortura, o genocídio, a discriminação racial, violação dos direitos das crianças, idosos, e das mulheres, dentre outros.

O principal documento internacional de proteção aos direitos da mulher atualmente existente é a Convenção sobre a Eliminação de Todas

as Formas de Discriminação contra a Mulher, recepcionada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1979. A referida Convenção incorporou-se no arcabouço jurídico nacional, por meio de sua aprovação pelo Decreto Legislativo n.º 93/83, e promulgação pelo Decreto n.º 89.406/84. Como se pode notar, percorreu todos os trâmites necessários para que vincule a nação signatária não apenas frente a comunidade internacional, como também internamente (MONTEBELLO, 2000).

De modo inédito, o art. 1º da referida Convenção estabeleceu a definição jurídica do que vem a ser discriminação contra a mulher, vejamos:

Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (BRASIL, 2002).

Segundo Montebello (2000), ao ratificar a aludida Convenção, o Brasil se responsabilizou por adotar medidas para combater a discriminação de gênero não apenas nos locais públicos, mas igualmente no campo privado. Desta forma, o ente estatal se comprometeu a não cometer qualquer ato que implique em discriminação em face da mulher, bem como em atuar no combate à discriminação praticada por qualquer indivíduo, empresa ou organização.

A pessoa humana, pelo princípio constitucional, é assegurada com um ínfimo de respeito. Esse princípio da dignidade humana e a personalidade tem um vínculo que deve ser inquebrável. Assim, com fundamento no artigo 1º, III da CF/88, a exegese jurídica deve ser gerida por meio da dignidade da pessoa humana.

3 A CONSTRUÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL DO FEMINICÍDIO

Pautando-se nas orientações internacionais acerca da tipificação do feminicídio, em 15 de março de 2013 (BRASIL, 2013), a CPMI da Violência contra a Mulher apresentou Proposta Legislativa para modificação do art. 121 do Código Penal, para incluir os parágrafos 7º e 8º, definindo o feminicídio e cominando a mesma sanção do homicídio qualificado. O texto inicial da Comissão prescrevia que

Denomina-se feminicídio à forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher quando há uma ou mais das seguintes circunstâncias: I – relação íntima de afeto ou parentesco, por afinidade ou consanguinidade, entre a vítima e o agressor no presente ou no passado; II – prática de qualquer

tipo de violência sexual contra a vítima, antes ou após a morte;
III – mutilação ou desfiguração da vítima, antes ou após a morte
(BRASIL, 2013).

Após o advento do então Projeto de Lei do Senado Federal 292/2013, determinadas alterações textuais, disputavam as narrativas tipificadoras, no que tange ao texto proposto pela CPMI, salientando-se aquela que modificou as elementares; incluiu causas de aumento de pena para os casos mais extremos, quais sejam: “contra gestante ou até 3 meses após o parto, contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência, ou na presença de descendentes ou de ascendentes da vítima” (atual § 7º, do art. 121, CP) (BRASIL, 1940); e acrescentou o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Nesse sentido, o texto aprovado pelo Senado Federal e enviado à Câmara de Deputados incluía o inciso VI do § 2º, do art. 121, do CP, passando a disciplinar o feminicídio como o delito (de homicídio) praticado em face da mulher por motivos de gênero, considerando-se, no § 2º-A, que estes motivos existiriam quando houvesse: violência familiar ou doméstica; discriminação ou menosprezo à condição de mulher.

Na Câmara dos Deputados, o projeto de lei, até o início do ano de 2015, manteve a redação (BRASIL, 2014) advinda do Senado, ou seja, com a inclusão do elementar “gênero feminino” na qualificadora do feminicídio. Entretanto, a versão final aprovada em março de 2015 naquela Casa Legislativa (BRASIL, 2014), que não retornou ao Senado Federal, sob a justificativa de se tratar de emenda redacional (BRASIL, 2015), e sancionada pelo chefe do poder executivo teve elementar “sexo feminino” em substituição a elementar “gênero feminino” (BRASIL, 2014). Desse modo, limitou-se o feminicídio ao homicídio praticado contra a mulher por motivos ligados a condição de sexo feminino, restringindo a possibilidade de contemplar questões de identidade de gênero no plano da incidência do tipo penal.

Stela Nazareth Meneghel e Ana Paula Portella (2017, p. 3.078) afirmam que:

A ocorrência dos homicídios masculinos, na maioria dos países, é superior aos femininos, porém, a menor magnitude dos assassinatos femininos não confere importância secundária a esse evento, pois a maioria destas mortes por agressão possui uma direcionalidade única sendo perpetrada por homens com os quais as mulheres se relacionam intimamente. Nos Estados Unidos, 35% dos assassinatos de mulheres são cometidos por parceiro íntimo, enquanto que apenas 5% dos homicídios masculinos são efetuados por mulheres, a maioria dos quais em autodefesa.

Vale destacar a dificuldade de se captar em conceitos um fenômeno tão complexo, que afeta e perpassa várias esferas de poder. Destarte,

inexiste unanimidade a respeito do melhor modo de definição do que seja feminicídio, nem entre os ordenamentos jurídicos internacionais, nem entre as teorias feministas.

É possível partir de uma ampla concepção, em que se incluem não somente as mortes internacionais, mas também aquelas provenientes da discriminação estrutural que acomete as mulheres: como mortes resultantes de abortos clandestinos; doenças típicas femininas, em que a política de saúde para prevenção e tratamento é deficiente; mortalidade materna ou lesões fatais em razão de violência obstétrica, enfim, um sistema de “domínio de gênero”, pautado em uma percepção social hostil, que degrada e desvaloriza as mulheres, ganhando força em virtude da impunidade jurídica em torno dos crimes cometidos contra as mulheres (LAGARDE, 2015). Ou, contrariamente, adotar concepção mais limitada de uma conduta dolosa que resulte em tentativa ou morte de uma mulher, em que, por seu turno, pode se restringir ao feminicídio íntimo ou englobar outras já catalogadas, como o feminicídio por conexão ou o não íntimo.

De acordo com lições de Wânia Pasinato (2011), o feminicídio íntimo é aquele praticado por homens em face de uma mulher com que possuía vínculo familiar, seja de afeto ou afim; já o feminicídio não íntimo refere-se à morte de mulher produzida por homem com quem possuía vínculo de amizade, confiança ou trabalho; o feminicídio por conexão diz respeito à morte de uma mulher que se coloca na linha de frente de um homem que iria matar outra mulher (PASINATO, 2011). As técnicas legislativas empregadas variam de país para país, sobretudo, em razão das diferentes experiências históricas e sociais em relação à problemática em torno da violência contra mulheres. Contudo, percebe-se que a tendência da construção jurídico-penal estrangeira, tomando como recorte a América Latina, está voltada para uma concepção mais restrita aos delitos de natureza doloso, cometidos contra mulheres, com características de violência familiar ou doméstica.

A Costa Rica foi a primeira nação a tipificar o “feminicídio”, com o advento da “Ley para la Penalización de la Violencia Contra las Mujeres”, sancionada em abril de 2007. O art. 21 do aludido diploma legal prevê pena de 20 a 35 anos de prisão a quem cause a morte de uma mulher com quem tenha vínculo conjugal ou de união estável, declarada ou não (COSTA RICA, 2007).

A jurisprudência tem interpretado o termo “declarada ou não” no sentido de contemplar a determinação da Convenção de Belém do Pará, isto é, de que não é preciso uma relação reconhecida pelo direito para que seja configurada a violência contra a mulher (VÍLCHEZ, 2008).

A instituição de legislações tipificando o feminicídio visa a implementação de uma política criminal com perspectiva de gênero, objetivando, em tese, delinear estratégias de prevenção e punição contra aqueles que cometem este tipo de violência contra a mulher (VÍLCHEZ, 2008).

Pode-se também falar em uma opção pela judicialização dos conflitos, por meio da criminalização específica, com todos os problemas já identificados e registrados adequadamente pela Criminologia Crítica, para melhor compreensão dos casos e melhor avaliação dos dados. Sem estes, não há fundamentação suficiente para o convencimento dos setores público e privado sobre a real necessidade de medidas efetivas ao combate do feminicídio, inclusive no tocante às regras de perícia, investigação e processamento. Notadamente, se a via Penal possui a vantagem de conferir visibilidade ao fenômeno do feminicídio, difundindo, inclusive, na mídia esse termo, por outro lado, tem seu custo.

No sentir de Patsilí Toledo (2016), com a tipificação, parece ocorrer uma acomodação por parte dos outros setores, já que causa a impressão de que o “problema está solucionado”. A tipificação não implica, necessariamente, diminuição dos índices de impunidade ou adesão sensível dos membros do Judiciário às questões de gênero. Ao revés, corre-se o risco de se retomar fortemente a velha visão de que outros crimes, que não resultem morte, sejam, em verdade, infrações de menor potencial lesivo (SANTOS, IZUMINO, 2005).

Salienta-se, ainda, que a tipificação reduz o fenômeno social a um ente jurídico e, como tal, passível de ser avaliado sob a ótica de uma vítima ou um autor. Desta forma, não se concebe o feminicídio, no âmbito de um discurso de opressão, mas sim de vitimização, não se vislumbra o componente estrutural e coletivo da violência de gênero, senão de conflitos interpessoais; não se contextualiza o problema dentro de uma cultura patriarcal, de superioridade masculina, senão destaca-se os estereótipos do agressor perverso e da ofendida merecedora da tutela do ente estatal; não se evidencia uma preocupação em ressignificar a morte por um olhar necropolítico ou genocida, mas em se restaurarem nos julgamentos, portanto, perante a sociedade e os jurados, os padrões comportamentais atribuídos aos papéis clássicos de gênero (ANDRADE, 2012).

Como assinala Vera Andrade (2012), o próprio sistema penal legítima e reforça toda a estrutura de violência vivenciadas nas relações sociais e familiares ao submeter a mulher vítima de violência a situações de humilhação, estereotipia e discriminação. Desta forma, o controle formal do sistema penal atua como uma continuação do sistema informal de controle observado nas relações íntimas afetivas.

A operação diminui a complexidade da misoginia e do sexismo na sociedade patriarcal à imputação a alguém com culpabilidade, que agiu de modo livre e consciente, visando cometer o homicídio de uma mulher (COPELLO, 2016). Assim, subvaloriza-se a subordinação da mulher num sistema dinâmico e estrutural, que circula pelos mais variados segmentos sociais, incrustada no modo de produção capitalista e nas instituições do Poder Público, tanto quanto nas relações familiares e domésticas, constituindo um regime econômico, político, social e cultural (PRADO, 2017).

Despreza-se, igualmente a dinâmica da criminalidade, peculiaridades concernentes à etnia, raça, classe social e outros marcadores sociais, dificultando o cruzamento de dados que evidenciam a hierarquia presente não somente entre gêneros, mas também entre as próprias mulheres. Não à toa, avaliando os índices de feminicídio com cunho racial, as taxas de vitimização negra apresentam um aumento exponencial de 54% em dez anos (PRADO, 2017). Cruzando com o recorte de classe, observa-se claramente a feminização da pobreza. Contudo, nada disso é levado em consideração na agenda penal e no processo de tipificação. Ingenuidade também seria pensar que isso aconteceria.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Como demonstrado anteriormente, apenas a tipificação penal do feminicídio não é suficiente para que haja uma relevante redução nos índices de criminalidade no Brasil. Diversas medidas devem ser tomadas para que seja alcançado o efetivo combate destes casos em solo brasileiro. Em consonância com os ensinamentos de Mello (2017, p. 131) "a responsabilidade estatal na luta contra a violência do feminicídio e a elaboração de políticas públicas se faz necessária para o combate." Assim, a autora em comento afirma que os feminicídios são assassinatos em massa e, em observância à realidade latino-americana, os países encontram-se correlacionados ao fenômeno do neoliberalismo e a reorganização das estruturas familiares, sociais e econômicas, produzindo assassinatos inerentes às próprias famílias. Desse modo, os assassinatos elucidam uma resposta patriarcal mediante às intensas modificações nas figuras sociais e sexuais decorrentes da nova organização econômica proposta pelo liberalismo, pelas lutas feministas empregadas nas últimas décadas (MELLO, 2017).

O patriarcado, elucidado como um sistema social, encontra-se disposto no cotidiano e, ainda assim, os papéis de gênero estão se alterando, refletindo de maneira direta no modo como se desenvolvem homens e mulheres, promovendo uma preocupante tensão social e individual, relativa a uma falsa intenção por parte dos Estados em favorecer e promover a igualdade de gênero através da educação ou, então, elaborar políticas públicas capazes de contribuir na mudança do pensamento social. Ainda são primárias as políticas públicas de proteção às vítimas de violência contra a mulher, assim, uma solução viável poderia consistir na promoção de ações públicas na construção de casas para abrigar essas mulheres, de maneira a promover uma política dirigida a policiais e demais profissionais da área, por meio de formação, capacitação e orientação específicas, para implementar ações protetoras a estas vítimas (SANTOS; IZUMINO, 2005).

Nesse sentido, os ensinamentos de Almeida Teles e Mônica de Mello (2012, p. 48) orientam que:

Uma constatação encontrada reside na falta de preparo dos profissionais de saúde para o atendimento, a orientação e o encaminhamento das vítimas de violência doméstica, responsável pelos espancamentos, ameaças de morte, lesões corporais, humilhações e ofensas. Por exemplo, a promulgação da lei nº 13.150 de 2001 na cidade de São Paulo, inclui o quesito violência de gênero no sistema municipal de informação de saúde e o treinamento que vem sendo fomentado aos funcionários da rede municipal de saúde.

As autoras elucidam que como uma relevante medida geradora de informações úteis, o Poder Judiciário poderia ter uma posição essencial na elaboração destas informações, uma vez que lhe é incumbida a aplicabilidade das leis, o processamento dos agressores e o deferimento de medidas protetivas, a fim de condenar e impor penas em observância à identificação das barreiras de acesso à justiça pelas vítimas da violência de gênero.

Em observância às políticas já existentes no Brasil, vale dizer que, por meio da Medida Provisória nº 103 de janeiro de 2003, a Lei nº 10.683/2003 sofreu transformações, sendo originada a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM). Posteriormente, no ano de 2010, a secretaria em comento ganhou status de ministério, para então, em 2017, ser definida como Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres (SNPM). Por essa razão, a principal finalidade da SNPM consiste na consagração da igualdade entre homens e mulheres, de modo a contribuir no combate a todas as maneiras de preconceito e discriminação pautadas na sociedade brasileira patriarcal e excludente, assessorando a presidência em temas de políticas públicas para as mulheres de todo o Brasil, sendo incluídas e programadas campanhas educativas, viabilizando o planejamento de gênero pautado na promoção da isonomia.

Suelen Aires Gonçalves (2017) pontua que "foi a partir do diálogo entre o Governo e os movimentos de mulheres que permitiu a criação da Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher e dos Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres". Para tanto, entre as políticas dispostas no Brasil, encontram-se as delegacias especializadas da mulher, sendo apontada como a porta de entrada das vítimas na rede de serviço de combate à violência contra a mulher. Dessa forma, para que seja aferida a efetiva tutela e proteção às mulheres, dentro das políticas públicas no enfrentamento à violência de gênero, as medidas não devem se pautar somente na tipificação das condutas, pois, ainda que se tenha como experiência um Estado pautado no endurecimento para punir estes crimes, a mera criminalização não reduz de maneira efetiva os índices de

violência de gênero, demonstrando de modo nítido que a criminalização não deve ser a única solução ao problema (MELLO, 2017).

Para que haja um efetivo combate à violência contra a mulher no Brasil, além da capacitação de profissionais nas redes de atendimento às vítimas, a elaboração de mais serviços direcionados como, por exemplo, casas de abrigo e delegacias especializadas mostram-se fundamentais, bem como a ampliação e o aperfeiçoamento das medidas já existentes devem ser integradas nas pautas de políticas públicas do governo brasileiro. Portanto, a elaboração de normas e uniformização de atendimentos, juntamente com o aperfeiçoamento das leis existentes nesse sentido e os incentivos à constituição de mais redes compreendem requisitos essenciais para que haja o devido combate à violência de gênero no Brasil.

5 SIMBOLISMO DA LEI 13.104/2015

Ao acrescentar a expressão feminicídio na gramática jurídica, o ordenamento penal produziu reflexos, no que diz respeito à interpretação e o sentido atribuído ao fenômeno, e tomando-se como horizonte a análise dos discursos produzidos sobre o feminicídio, no âmbito forense, percebe-se ser imprescindível atentar-se para uma das fontes desse discurso, qual seja: a doutrina de Direito Penal.

Os doutrinadores das ciências penais, em razão de seu conhecimento intelectual, desempenham um relevante papel político à medida que suas análises do Direito resplandecem nos tribunais nacionais, alterando o cotidiano da sociedade. Não obstante, apesar de sua pretensão de imparcialidade e neutralidade, o Direito não é apenas fruto racionalizado e pasteurizado dos interesses debatidos previamente em sede legislativa. Ao contrário, o Direito também influencia a realidade social em que opera e não apaga, nem mesmo abranda, as disputas e lutas que constituem essa realidade (BRAGAGNOLP, et al, 2015).

Em 1942, Gayatri Spivak, destacava esse papel político da classe intelectual apontando que sua produção pode também fortalecer opressões e violências, através de silenciamentos. Como palco de disputa política de linguagem, para dar visibilidade e voz a determinados grupos, silencia e exclui outros tantos. A recente alteração no ordenamento jurídico iniciou, assim, um movimento na doutrina Penal, reivindicadora de um saber sobre o “instituto jurídico”, visando traçar os limites da operacionalização da qualificadora do feminicídio (BRAGAGNOLO, et al, 2015).

Neste contexto Williane Santos (2016, p.2) assevera que:

Feminicídio está no ponto mais extremo do contínuo de terror anti-feminino que inclui uma vasta gama de abusos verbais e físicos, tais como: estupro, tortura, escravidão sexual (particularmente a prostituição), abuso sexual infantil incestuoso

e extra-familiar, espancamento físico e emocional, assédio sexual (ao telefone, na rua, no escritório e na sala de aula), mutilação genital (cliterodectomia, excisão, infibulações), operações ginecológicas desnecessárias, homossexualidade forçada, esterilização forçada, maternidade forçada (ao criminalizar a contracepção e o aborto), psicocirurgia, privação de comida para mulheres em algumas culturas, cirurgias cosméticas e outras mutilações em nome do embelezamento. Onde quer que estas formas de terrorismo resultem em mortes, elas se tornam feminicídios.

Outro aspecto relevante diz respeito à reprodução dos papéis atribuídos aos gêneros pelos juristas e à responsabilidade dos aplicadores do Direito no processo de desconstrução da estrutura patriarcal da sociedade, impedindo, inclusive, a culpabilização da vítima. Bragagnolo, Souza Lagos e Rifiotis (2015) ressaltam o padrão tutelar de promover a justiça em casos de violência doméstica, que remonta na lógica sexista ao reconhecer a mulher como “um sujeito incapaz, uma cidadania malograda na medida em que precisa ser tutelada, em contraposição à sua representação como um sujeito ativo que interage e organiza suas ações no mundo” (BRAGAGNOLO, et al, 2015, p. 617). Alguns doutrinadores incorrem nesta mesma lógica quando alegam “fragilidade física e psicológica da mulher” ou quando atribuem certo liame entre esta fragilidade e a prática dessas infrações penais por “agressores ignorantes” ou “homens covardes”.

O perigo, a que se faz alusão, é de se cair, sem perceber, na armadilha dos estereótipos de gênero, sem notar-se que o feminicídio não é resultado de uma violenta emoção ou de um desvio ocasional, mas sim fruto da estrutura patriarcal da sociedade.

Outra questão que merece ser destacada refere-se à divergência em relação à natureza da qualificadora e sua consequente compatibilidade ou não com a privilegiadora do § 1º do art. 121 do CP. Fernando Capez (2017), acertadamente, em nosso sentir, afirma tratar-se de qualificadora subjetiva, levando em consideração não se referir ao meio, à forma de execução ou a qualquer outro aspecto material do crime.

Por seu turno, Guilherme Nucci (2017), entende que trata-se de uma qualificadora de natureza objetiva, uma vez que não tem motivação fútil ou torpe. Dessa forma, seria viável o homicídio qualificado-privilegiado, exemplificando novamente com o homem que mata a esposa após ter flagrado uma traição da mesma. Em casos como este, até a década de 80, seria reconhecida a excludente de ilicitude da legítima defesa da honra. No entanto, essa ideia foi, aos poucos, sendo substituída pela tese do homicídio privilegiado que também era empregada nos anos 80, subsidiariamente à legítima defesa da honra (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2006).

Nesse sentido, interessante é o posicionamento de Fernando Capez (2017) que, apesar de defender a subjetividade da qualificadora, traz o

mesmo exemplo do “homem traído” para explicar o que seria um homicídio privilegiado. Nucci (2017) e Prado (2017) também adentram no debate sobre as medidas do Estado em relação aos agressores, apontando os prejuízos do encarceramento sem, entretanto, defender a ausência de resposta a tais infrações. Prado (2017, p. 69) reconhece que o Direito Penal continuará sem efetividade, caso não sejam adotadas “políticas públicas educacionais que promovessem (promovam) a igualdade entre os gêneros desde as mais tenras idades”, visto que o feminicídio é consequência de uma desigualdade cultural.

Nota-se que a reação da doutrina no tocante à inclusão do feminicídio no Código Penal foi bastante pessimista, tendo em vista a pesquisa e sofisticação acerca do assunto pelos doutrinadores de Direito Penal Brasileiro. Contudo, percebe-se que houve empenho na produção teórica jurídica nacional como aprofundamento dos debates que perpassam a temática, e com a análise do contexto cultural e social em que ocorre a violência de gênero.

Em relação à Lei 13.104/2015, o legislador infraconstitucional não implementou qualquer inovação real do ponto de vista político criminal para o combate da violência contra a mulher, somente atendeu aos clamores de uma sociedade sedenta por novas leis mais rígidas e novos crimes, sem levar em conta a deficiência do sistema penal, das mudanças legislativas inofensivas, e da ausência de medidas efetivas para enfrentamento da criminalidade (VITAGLIANO, 2015).

Frente à história das desigualdades de gênero e dos direitos das mulheres no Brasil, onde ainda observa-se fortes traços da cultura patriarcal e machista, é difícil obter resultados apenas com a implementação de normas mais rígidas, pois sem a adequada reflexão da sociedade com uma consequente mudança cultural, não será possível alterar a dura realidade da violência de gênero na sociedade brasileira. Logo, as mudanças legislativas provenientes da Lei do Feminicídio não alteraram a substância e as consequências penais ao agressor, levando em consideração que já existia a incidência de qualificadora por motivo torpe, se a infração penal fosse praticada contra a mulher, simplesmente por motivos da condição de sexo feminino. Sendo observado, assim, que essa mudança só reforça a natureza mais simbólica do que propriamente instrumental da lei, já que não representou, em termos práticos, aumento no rigor punitivo, assim como não apresentou nenhuma política pública preventiva capaz de modificar o pensamento da sociedade sobre a questão da igualdade de gênero (FEIDEN, 2016).

6 CONCLUSÃO

A tipificação do feminicídio no Brasil visou, em grande medida, atender à demanda das reivindicações feministas e as convocações da agenda internacional para erradicação e punição dos assassinatos de

mulheres. Por outro, trouxe diversas indagações acerca da recepção desse instituto pela doutrina jurídica nacional e pela jurisprudência. Apesar de possuir redação restrita à prática de matar por motivos do “sexo feminino”, o feminicídio na literalidade da legislação penal em vigor, englobaria os fatos provenientes de discriminação e menosprezo à condição de mulher. Contudo, a prática evidencia que somente o componente “violência familiar ou violência doméstica contra a mulher” vem qualificando o crime como feminicídio.

A importância da resignificação do conceito está pautado não apenas no reconhecimento de outras espécies de feminicídio, como visibilidade do fenômeno e como identificação de dados mais próximos da realidade discriminatória, mas também como compromisso do Poder Público na sua integração à Política do Estado brasileiro de promoção da igualdade de gênero e na instituição de medidas que, gradativamente, diminuam o alarmante quantitativo da violência de gênero no Brasil.

É certo, entretanto, que o recurso ao Direito Penal (por si só) não elimina estigmas, estereótipos e discriminações. Ao contrário, pode fortalecê-los, à medida que a epistemologia do conhecimento jurídico não leva em consideração as questões de gênero de modo transversal, visto que o Poder Judiciário concentra práticas institucionais classistas e patriarcais. A judicialização, por meio da “criminalização”, na realidade “qualificação”, cristaliza o Direito Penal simbólico atuando na mesma lógica sexista, punitiva e excludente.

Dessa forma, enquanto inexistir mudanças de ordem estrutural, com verdadeira sensibilização e comprometimento dos operadores do Direito, adotando-se perspectivas conscientes e interseccionais do *modus operandi* do Patriarcado; enquanto não ocorrer mudanças para uma educação não sexista; enquanto a história da sexualidade revelar a dominação do corpo e do padrão de comportamento feminino pelo poder androcêntrico, será muito difícil se alcançar os legítimos objetivos de se viver uma vida livre de violência, opressão, discriminação, perquiridos pelos Direitos Humanos das Mulheres, Tratados e Convenções internacionais e princípios de igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera R. de Andrade. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) Ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BITENCOURT, C.R. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRAGAGNOLO, R. I.; SOUZA LAGO, M. C.; RIFIOTIS, T. **Estudo dos modos de produção de Justiça da Lei Maria da Penha em Santa Catarina**. Estudos Feministas, Florianópolis, v. 23, n. 2, maio-ago, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ofício 7/2015/PS_GSE, de 4 de março de 2015. Comunica envio de PL à sanção.** Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BCCCBCF77465C0E54EB81AF6E6758653.proposicoesWebExterno1?codteor=1305722&filename=Tramitacao-PL+8305/2014. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8.305, de 2014. Emenda de Redação1.** Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1305298&filename=ERD+1/2015+%3D%3E+PL+8305/2014. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8.305-A, de 2014. Redação final.** Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2E4F98FEB6C712374F579C0BE609E1F7.proposicoesWebExterno1?codteor=1306141&filename=Tramitacao-PL+8305/2014. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 292, de 2013. Da CPMI de violência contra a mulher no Brasil.** Disponível em: legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&disposition=inline. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 8.305, de 2014.** Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2E4F98FEB6C71234F579C0BE609E1F7.proposicoesWebExterno1?codteor=1294611&filename=Tramitacao-PL+8305/2014. Acesso em: 03 set. 2020.

BRASIL. **Senado Federal. Relatório final da comissão parlamentar mista de inquérito (CPMI) da violência contra a mulher. Brasília, 2013.** Disponível em: www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf. Acesso em: 06 set. 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de. Sistema Penal & Violência. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande**

do Sul – PUC/RS. Porto Alegre • Volume 7 – Número 1 – p. 103-115 – janeiro-junho 2015. Disponível em:
file:///C:/Users/x/AppData/Local/Temp/20275-88053-2-PB.pdf. Acesso em:
07 set. 2020.

CAPEZ. F. **Curso de direito penal: parte especial**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

COPELLO, Patricia Laurenzo. La tutela específica de las mujeres en el sistema penal: una decisión controvertida. **Rev. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 41-5, jan.-mar, 2016.

COSTA RICA. **Lei 8.589, de 25 de abril de 2007**. Diário Oficial da República de Costa Rica. San Jose, 30.05.2007. N. 103. Disponível em:
www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=8589. Acesso em: 03 set. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte especial**. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2017.

DHNET. **A Declaração Universal de Direitos Humanos e os Sistemas Internacionais de Proteção de Direitos Humanos**. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/cc/1/deconu.htm>. Acesso em: 05 nov. 2020.

FARIA, Helena Omena Lopes de; MELO, Mônica de. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**. Disponível em:
file:///C:/Users/x/AppData/Local/Temp/Conven%C3%A7%C3%A3o%20SOBRE%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20todas%20as%20formas%20de%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20contra%20a%20Mulher%20e%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20para%20Prevenir.pdf . Acesso em: 03 nov. 2020.

FEIDEN, Bruna Caroline. **A nova lei do feminicídio e o uso simbólico do Direito Penal: Considerações sobre as possibilidades e os limites do direito penal como instrumento para o enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil**. Ijuí (RS), 2016. Disponível em:
<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3704/Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 set. 2020.

GONÇALVES, Suelen Aires. **Feminicídio: uma abordagem dos dados, leis e políticas públicas (2011- 2015)**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

LAGARDE, Marcela. **A qué llamamos feminicidio**. 2015. Disponível em: https://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/marcela_lagarde/feminicidio.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio: Uma análise sociojurídica da violência contra a mulher**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil**. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. **Feminicídios: conceitos, tipos e cenários**. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csc/2017.v22n9/3077-3086/pt>. Acesso em: 04 set. 2020.

MONTEBELLO, Marianna. **A proteção internacional aos direitos da mulher.2000**. Disponível em: <file:///C:/Users/x/AppData/Local/Temp/revista11.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2020.

NUCCI, G. S. **Curso de direito penal: parte especial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PASINATO, Wânia. **“Feminicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. Cadernos Pagu** - Campinas, UNICAMP, n. 37, 2011, Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 set. 2020.

PGE. **Diretos humanos a partir de uma perspectiva de gênero**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/direitos.htm>. Acesso em: 05 nov. 2020.

PRADO, L.R. e colab. **Curso de direito penal brasileiro**. 15. ed. rev., atual e reformulada. São Paulo: Ed. RT, 2017.

SANTOS, Cecília Macdowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. **Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil**. E.I.A.L., Estudios Interdisciplinarios de América Latina y El Caribe, Tel Aviv, v. 16, n. 1, Tel Aviv University, 2005.

SANTOS, Williane. Femicídio: Uma perspectiva de gênero sobre as mortes violentas de mulheres. **Anais 2016: 18ª Semana de Pesquisa da Universidade Tiradentes. "A prática interdisciplinar alimentado a Ciência"**. 24 a 28 de outubro de 2016. Disponível em: file:///C:/Users/x/AppData/Local/Temp/4209-24451-1-PB.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

TEIXEIRA, A.B. & RIBEIRO, M.S. Legítima defesa da honra: argumentação ainda válida nos julgamentos dos casos dos crimes conjugais em Natal. 1999-2005. **Cadernos Pagu**, Campinas, 2006.

TELES. Maria Amélia de Almeida. MELO. Mônica de. **O que é violência contra a mulher?** São Paulo: Brasiliense, 2003.

TOLEDO, Patsilí. La Aplicación de leys sobre feminicidio/feminicidio em América Latina (primerasevaluaciones). **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 82-92, jan-mar, 2016.

VÍLCHEZ, Ana Isabel Garita. **La regulación del delito de feminicidio/feminicidio em América Latina y el Caribe**. Panamá: Únete, 2008. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/la-regulacion-de-delito-de-femicidiofeminicidio-en-america-latina-y-el-caribe-de-ana-isabel-garita-vilchez/>. Acesso em: 08 set. 2020.

VITAGLIANO, Daniella. **Mais um Retrocesso: Inflacionando o Punitivismo (Lei n. 13.142)**. In: Empório do Direito. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/mais-um-retrocesso-inflacionando-o-punitivismo-lei-n-13-142>. Acesso em: 05 de set. de 2020.

OS REFLEXOS BIOÉTICOS DO CÓDIGO DE NUREMBERG À DIGNIDADE HUMANA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Victor Hugo Ferreira Brito¹, Zulmar Antônio Fachin²

¹ Acadêmico do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Ciências Jurídicas, Campus Maringá/PR, Universidade CESUMAR – UNICESUMAR. victor.brito21@yahoo.com.br

² Orientador, Doutor, Departamento de Pós-Graduação em Strictu Sensu em Ciências Jurídicas, Campus Maringá/PR, Universidade CESUMAR – UNICESUMAR.

RESUMO

O objetivo dessa pesquisa é analisar o Código de Nuremberg – documento de 1947 com orientações sobre experimentações em seres humanos, destacando o princípio do consentimento informado –, sua origem e seus desdobramentos nos campos da bioética e do direito internacional, com foco nos direitos humanos no princípio da dignidade humana e direitos da personalidade. Para tanto, a metodologia abrange o método dedutivo sob as análises teórica, por meio da revisão bibliográfica, e documental, a partir da interpretação de documentos. Analisaram-se: o contexto histórico da pesquisa médica sob o nazismo; o Código de Nuremberg, suas origens e contribuições imediatas no âmbito da ética; a evolução de documentos centrais sobre bioética e direitos humanos; o conceito da dignidade humana e suas relações com o referido código. Essa pesquisa justifica-se na medida em que existe um crescente debate sobre as relações entre bioética e direitos humanos, cujas implicações legais e sociais afetam a sociedade de forma decisiva, sendo importante compreender o desenvolvimento desta relação como um dos elementos centrais desse cenário. A pesquisa concluiu que, mesmo não sendo oficialmente adotado como lei por qualquer país, o Código de Nuremberg foi absorvido por documentos centrais como a Declaração de Helsinque (1964) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU (1966), o que faz dele o mais importante documento sobre ética em pesquisas clínicas, tendo influenciado de forma fundamental a consolidação dos direitos humanos e da personalidade. Esta relação fica clara quando se observa que a dignidade humana passou a compor os mais relevantes textos de bioética.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Nuremberg; Bioética; Dignidade Humana; Direitos da Personalidade.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, os seres humanos buscaram conhecer e tratar as doenças que acometem seus corpos sob diversas manifestações. Existem relatos de todos os períodos históricos, sendo os primeiros da Antiguidade, sobre experimentação em seres humanos, por meio da qual conhecimentos eram gerados e sistematizados a fim de compreender e trazer um maior domínio sobre o funcionamento do organismo da espécie humana.

Enquanto outras áreas do conhecimento possuem objetos inanimados, o estudo do corpo humano traz consigo a responsabilidade de lidar com a vida e, com ela, o risco iminente da dor e de consequências graves como incapacidades e a morte. Daí surge um conflito fundamental,

inerente à experimentação com seres humanos, que é a necessidade de equilíbrio entre as duas partes envolvidas: o pesquisador, parte ativa representante da busca pelo conhecimento, e o pesquisado, parte passiva de um conjunto de procedimentos e testes. Nem sempre houve equilíbrio: pelo contrário, na maior parte do tempo, a força esteve no polo ativo dessa relação.

Considerando um período mais recente, exemplo célebre, pelo impacto global exercido pela Segunda Guerra Mundial, é a atuação de médicos nazistas que realizaram experimentos invasivos e agressivos em prisioneiros dos vários campos de concentração. A ação violenta - vivisseções, congelamentos, infecções intencionais, exposição a gases prejudiciais, ingestão de água do mar, esterilização - sobre milhares de prisioneiros chocou qualquer um que respeitasse minimamente a espécie humana, ali desprezada e degradada sob as mãos de médicos a serviço das políticas nazista de desenvolvimento médico e, em outros casos, de higiene racial.

O ineditismo dos reprováveis métodos das pesquisas nazistas tinha, portanto, suas limitações, considerando-se que existem vários registros históricos anteriores sobre abusos cometidos sob diversos contextos: casos comuns são experimentos com prisioneiros de guerra e outros pacientes vulneráveis como crianças.

Entre 1946 e 1947, a cidade de Nuremberg presenciou um julgamento inédito: após o final da Segunda Guerra Mundial, por meio da criação de um Tribunal Militar Internacional, 23 réus, entre eles 20 médicos, foram julgados sob a acusação de assassinato e tortura por meio da condução de experimentos médicos em prisioneiros de campos de concentração. Entre os réus, sete foram condenados à morte e outros dez à prisão, enquanto sete foram absolvidos (D'ÁVILA et al, 2022).

A sequência de eventos do que foi chamado de Processo dos Médicos resultou na publicação do Código de Nuremberg. Por meio de seus dez tópicos, este documento trouxe orientações sobre a condução de pesquisas e experimentações com seres humanos e da personalidade, destacando em seus princípios o consentimento informado. Este é, nitidamente, uma resposta aos crimes julgados no referido processo e tem o propósito de garantir a autonomia do sujeito da pesquisa médica, a partir da qual o indivíduo tem o poder de decidir sobre participar ou não, bem como de se retirar a qualquer momento da respectiva pesquisa.

O objetivo dessa pesquisa é analisar o Código de Nuremberg, o contexto de sua origem e seus possíveis desdobramentos nos campos da ética – especificamente as éticas médica e bioética – e do direito internacional, com foco nos direitos humanos e no princípio da dignidade humana. Para tanto, a metodologia escolhida é composta pelas análises

teórica, por meio da revisão bibliográfica e documental, realizada a partir da interpretação e contextualização de documentos, de orientação ou legais, relacionados aos temas abordados.

De início, o artigo analisa os antecedentes e o contexto histórico da pesquisa médica sob a égide do nazismo, apontando as relações entre a ideologia nazista, marcada pelo higienismo racial, e as práticas de experimentos com seres humanos.

Em oportunidade seguinte, aborda o Processo dos Médicos, descrevendo seus principais envolvidos e suas contribuições, e a autoria e desenvolvimento do Código de Nuremberg no seio do referido julgamento.

Posteriormente, a pesquisa apresenta e avalia o Código de Nuremberg no âmbito da ética, identificando suas relações com princípios estabelecidos anteriormente a fim de demonstrar suas origens e sua contribuição imediatas nesse campo do conhecimento.

Por fim, o último capítulo discute o conceito de dignidade humana, considerando-se o recorte histórico que parte da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), publicada 1948. Por sua origem estritamente relacionada aos crimes executados na Segunda Guerra Mundial, tal como ocorre com a DUDH, essa seção visa verificar os laços entre o Código de Nuremberg, as orientações dele derivadas e o espaço ocupado pela dignidade humana no contexto dos direitos humanos e da personalidade.

Essa pesquisa justifica-se na medida em que existe um crescente debate sobre as relações entre bioética e direitos humanos, conforme demonstrado nos títulos seguintes, cujas implicações legais e sociais afetaram e continuam a afetar a sociedade forma decisiva, com impactos globais e duradouros. É preciso, portanto, conhecer as motivações, os eventos e a produção documental que cercam as referidas relações a fim de compreender um dos importantes elementos que compõem o panorama atual dos direitos internacionais e direitos humanos.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A Associação Médica Alemã no pré-Guerra pode ser considerada uma instituição progressista marcada por preocupações com a saúde pública. Um exemplo é a legislação que determinava a existência de seguro de saúde para os trabalhadores alemães. No âmbito da pesquisa clínica, até aquele momento, na Europa, experimentos sem consentimento com pacientes internados eram tolerados. As pesquisas eram conduzidas sob a ótica do progresso da ciência e da medicina (VOLLMANN; WINAU, 1996).

Ao longo dos anos 20, porém, a medicina germânica passou a sentir os efeitos das políticas governamentais de higiene racial. A fim de promover o predomínio da suposta raça ariana, higienistas radicais, associados ao partido do Nacional Socialismo, fizeram uso de práticas antiéticas, conforme julgadas por numerosos componentes da sociedade médica. Tais práticas, defendidas sob a busca da purificação racial, tornaram-se cada vez mais comuns. Diante desse cenário, Alfons Stauder, membro do Escritório de Saúde do Reich, questionou a dubiedade de experimentos que não continham propósito terapêutico e seus argumentos tomava relevância conforme o andamento dos procedimentos.

Como resposta ao cenário de críticas aos experimentos considerados duvidosos, o governo da República de Weimar estabeleceu, em 1931, um documento oficial com orientações direcionadas a novas terapias e experimentação com humanos. Baseado em princípios de beneficência e não-maleficência, as "Diretrizes para Novas Terapêuticas e Pesquisas em Seres Humanos" frisaram a doutrina legal do consentimento informado (ESTIGARA, 2006).

Um dos pilares das orientações estava na distinção entre pesquisa terapêutica e pesquisa não-terapêutica. No primeiro caso, a realização de procedimentos só poderia ocorrer sem consentimento em casos de extrema gravidade, enquanto a segunda modalidade proíbe qualquer ato que não seja consentido pelo participante do experimento (VOLLMANN; WINAU, 1996). Anos depois, porém, tais orientações foram absolutamente ignoradas pelo governo de Adolf Hitler, que permitiu a execução de políticas como a esterilização em massa de cidadãos alemães, além de experimentos em prisioneiros.

Para melhor compreender a prática da experimentação em seres humanos antes de regulamentações e amplas discussões sobre o tema, vale o relato de eventos que antecedem, historicamente, o nazismo. Nesse sentido, cientistas realizaram pesquisas por meio de métodos que, tal como realizadas àquele momento, hoje são consideradas inadequadas: Edward Jenner, no século XVIII, estudou a vacina da varíola por meio da inoculação do vírus vivo em um menino de 8 anos; Louis Pasteur, já no século seguinte, fez testes da vacina antirrábica também em crianças e pretendia testá-la em condenados à morte. De forma contemporânea, entre 1944 e 1945, Akira Makino, médico da Marinha Imperial Japonesa, confessou ter vivissecado ao menos uma dezena de prisioneiros filipinos.

Se já é natural a dificuldade em aplicar legislações desse tipo em tempos de paz, respeitá-la no período de domínio ideológico nazista estava fora de questão. Todavia merece destaque o esforço normativo das diretrizes de Weimar, que não eram, vale dizer, totalmente inéditas: em 1891, o ministro de interior da Prússia notificou todos os presídios, determinando que o tratamento para tuberculose só fosse realizado mediante consentimento dos pacientes. A notificação surgiu num contexto de críticas a danos infligidos no âmbito de pesquisas não terapêuticas. Uma

década depois, surge a primeira normativa reguladora oficial sobre pesquisa não-terapêutica no âmbito da medicina ocidental (ZANINI, 2011).

Ao fim da Segunda Guerra, lembrada sem exageros pelo conjunto de atrocidades perpetradas pelos representantes do Nazismo, uma série de doze julgamentos foi realizada a fim de avaliar e responsabilizar os autores de crimes de guerra. Conduzida pelo Tribunal Militar Internacional - formado especialmente para aquela ocasião pelos Estados Unidos, Grã-Bretanha e União Soviética - as audiências ocorreram em Nuremberg entre dezembro de 1946 e agosto de 1947.

Uma delas, entre EUA e Karl Brandt, ficou conhecida como "O processo contra os médicos", uma vez que 20 dos 23 réus eram médicos, acusados pelo envolvimento na experimentação médica não consentida em prisioneiros de guerra e nas mortes em massa nos campos de concentração. Além desses dois itens, considerados crimes de guerra, os réus também foram acusados de conspiração para cometê-los e pela condição de membro de organização criminosa, a SS. Entre os réus, sete foram condenados à morte e outros dez à prisão, enquanto sete foram absolvidos. Para tal, o processo analisou um total de 1471 documentos (SHUSTER, 1997).

Nota-se, pois, a existência de um período histórico bastante conturbado nos âmbitos político e científico. Entravam em choque visões bastante distintas quanto à validade e os métodos adequados para os experimentos com seres humanos. Enquanto alguns defendiam a supremacia da ciência e do progresso médico, considerado válido a todo custo, outros criticavam e buscavam combater práticas experimentais consideradas antiéticas. Nessa luta, a política alemã sob liderança de Adolf Hitler destruiu os esforços da República de Weimar no sentido de regulamentar experimentos com humanos, levando a uma grande catástrofe, julgada sem demora pelos vencedores da Segunda Guerra Mundial.

2.2 O CÓDIGO DE NUREMBERG

Segundo Shuster (1997), não é possível atribuir a autoria do Código de Nuremberg a uma única pessoa. O general Telford Taylor, promotor responsável pelo Processo dos Médicos, acreditava que um de seus três juízes, Harold Sebring, era o autor das orientações aqui analisadas. Dois médicos envolvidos na construção da acusação, Leo Alexander e Andrew Ivy, também chegaram a ser identificados como os verdadeiros autores, conforme análises de terceiros e mesmo a partir de declarações de autoria dos próprios médicos. Shuster (1997) acredita que uma leitura atenta do processo indica que a autoria deve ser compartilhada, já que os dez famosos princípios surgiram no seio do próprio julgamento em Nuremberg. É possível, porém, observar as contribuições individuais a partir dos memorandos elaborados pelos promotores.

Leo Alexander, dias antes da abertura do julgamento, redigiu seu postulado "Experimentação ética e não-ética em seres humanos" (originalmente "Ethical and Non-Ethical Experimentation in Human Beings"). Nesse texto, o médico aponta três requisitos - ético, legal e científico - para a condução de experimentação em humanos: o primeiro é o direito de o participante consentir ou não consentir com a experimentação; o segundo repousa no dever médico exposto no Juramento de Hipócrates, segundo o qual um experimento não deve ser conduzido se o responsável identifica a probabilidade de dano ou morte ao participante; o terceiro é marcado por boas práticas de pesquisa (SHUSTER, 1997).

Diante da acusação, a defesa trouxe à tona experimentos prévios realizados pelos EUA que, supostamente, assemelhavam aos alemães: tratava-se de experimentos com pacientes de malária na Penitenciária de Stateville, Illinois. A defesa afirmou que os experimentos foram realizados diante de uma necessidade maior, nomeadamente o bem do Estado, que poderia utilizar os conhecimentos para proteger e melhor tratar suas tropas. Assim, os médicos eram parte de uma ordem, hierarquicamente superior, do Estado alemão (SHUSTER, 1997).

Dessa forma, o Processo dos Médicos permitiu amplo debate para um tema ainda pouco sistematizado. A gravidade das acusações e a amplitude do alcance dos resultados daquele julgamento exigiram o prisma empírico e hermenêutico dos envolvidos na pesquisa e organização teórica a fim de proporcionar aos juízes uma argumentação coerente e sistemática. É por esse motivo que, a teoria de autoria compartilhada é a mais razoável: todos os discursos contribuíram para a criação do Código, que, baseando-se em práticas comuns e princípios consagrados como a ética hipocrática, trouxe orientações inéditas ao cenário da pesquisa científica e, consequentemente, aos direitos humanos.

Assim, ainda que o texto do Código tenha sido redigido por Ivy, como ele defendeu, é válido interpretar que o processo é parte crucial do contexto e uma fonte maior para o delineamento dos tópicos específicos que chegaram a compor o Código. Também deve ser considerada a quase irônica influência exercida pelo documento "Diretrizes para Novas Terapêuticas e Pesquisas em Seres Humanos", nascido na República de Weimar pouco antes da ascensão do nazismo. A ironia só não é completa uma vez que o surgimento desse documento já é próprio de uma reação oficial às pesquisas consideradas antiéticas.

Uma vez conhecido o contexto histórico em que foi redigido, é mister apresentar e avaliar o código em sua íntegra. Relativamente enxuto, o texto traz os dez tópicos seguintes:

- 1 - O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente

capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomar uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante que eventualmente possam ocorrer devido à participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente;

2 - O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser buscados por outros métodos de estudo, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente;

3 - O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação em animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira, os resultados já conhecidos justificam a condição do experimento;

4 - O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físico, quer materiais;

5 - Não deve ser conduzido qualquer experimento quando existirem razões para acreditar que pode ocorrer morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, quando o próprio médico pesquisador se submeter ao experimento;

6 - O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador se propõe a resolver;

7 - Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte, mesmo que remota;

8 - O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas;

9 - O participante do experimento deve ter a liberdade de se retirar no decorrer do experimento;

10 - O pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos experimentais em qualquer estágio, se ele tiver motivos razoáveis para acreditar que a continuação do experimento provavelmente causará dano, invalidez ou morte para os participantes (TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG, 1995, n.p).

Verifica-se acima que, a primeira orientação, o maior dos tópicos, traz em detalhes o significado de consentimento em relação à participação na pesquisa. Para que o sujeito possa manifestar sua plena decisão, outros critérios devem ser cumpridos: capacidade legal, ausência de intervenção

sob diversas formas, conhecimento suficiente sobre o estudo, métodos, inconveniências e riscos, efeitos.

Ideologicamente, conforme apontado por Shuster (1997), destaca-se a fusão entre o pensamento hipocrático e a proteção dos direitos humanos em um só código. O primeiro traz em sua concepção uma relação médico-paciente na qual o sujeito do tratamento é passivo e deve obedecer, silenciosamente, as decisões do primeiro, a quem confia. Os últimos, por sua vez, chamam a atenção para os valores da autonomia do indivíduo.

Vale enfatizar que os princípios de Hipócrates se direcionam à terapia. Ainda assim, sua ética pressupõe que, o médico sempre decidirá em favor do paciente, o que, evidentemente, não ocorria nos casos julgados em Nuremberg. Neste caso, também foi necessário ultrapassar essa referência e abordar os aspectos da experimentação científica, cuja função principal não é, necessariamente, tratar o sujeito, mas testar hipóteses científicas. O que mais tarde levaria a inspirar diretrizes médicas internacionais sobre tal prática.

2.3 O LEGADO DO CÓDIGO: BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS

Quase duas décadas após a aprovação do Código de Nuremberg, em 1964, edita-se o documento mais incisivo no sentido de abordar e regulamentar pesquisas médicas envolvendo seres humanos. Trata-se da Declaração de Helsinque, que, assim como a Declaração de Genebra e o CIEM, surge no seio das assembleias da AMM, porém difere de ambas ao detalhar preceitos éticos sobre pesquisa, indo além do tratamento médico. Tal como o Código de Nuremberg, Helsinque não foi adotada oficialmente como manual ético por países ou instituições. Todavia sua importância central é verificada a partir de incalculáveis vezes em que seu texto ou parte dele foi incorporado em orientações, regulamentos nacionais ou internacionais, leis, entre outros materiais que abordam a pesquisa em seres humanos.

Nesses casos derivativos, os princípios de Helsinque foram expressos de forma concreta e detalhada, uma vez que visam auxiliar e organizar a práticas específicas. A referida declaração é amplamente considerada, portanto, tanto um conjunto de preceitos éticos quanto um guia para a proteção dos direitos humanos na experimentação com seres humanos, o que justifica sua inclusão e avaliação em textos clássicos da literatura sobre bioética e outros que abordam especificamente as interfaces entre saúde (incluindo pesquisa bioética) e direitos humanos (HUMAN; FLUSS, 2001).

Em relação a seu desenvolvimento, Human e Fluss (2001) abordaram a sequência de eventos históricos ocorridos entre as publicações de Nuremberg (1947) e Helsinque (1964). De acordo com tais pesquisadores, embora Nuremberg tenha avaliado os casos de abusos na

experimentação desde 1933, somente em 1953 a AMM discutiu a ideia de definir um documento central sobre experimentação humana.

Nos anos seguintes, resoluções nesse sentido foram publicadas pela própria associação, discutidas em suas assembleias e absorvidas por regulamentos de países-membros da AMM, o que atesta um constante debate e a importância conferida no sentido de revisar o tema até a aprovação da declaração de 1964.

Quanto a seus princípios, considera-se que a versão original da Declaração de Helsinque trouxe notáveis avanços em relação a Nuremberg por meio de elementos críticos relacionados ao planejamento e execução da pesquisa. Exemplos são: a necessidade de reconhecimento da diferença entre pesquisa clínica com propósitos terapêuticos para o próprio paciente e a pesquisa clínica com objetivo puramente científico, sem valor terapêutico para o sujeito da pesquisa; consentimento nos casos de incapacidade legal ou física; conciliação entre cuidado profissional e pesquisa clínica quando possível (ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL, 1964).

As sete versões posteriores do texto, revisado e complementado, acompanharam o desenvolvimento de novos critérios e importantes exigências: avaliação dos aspectos de segurança, eficiência, acessibilidade e qualidade; a elaboração de novos conhecimentos jamais deve preceder os direitos e interesses dos indivíduos participantes; pesquisas médicas devem ser conduzidas de um modo que minimize seus efeitos ao meio ambiente; a grupos subrepresentados na pesquisa médica devem ser oferecidos acesso e participação; a necessidade de aprovação de projetos de pesquisa por pares em comitês de ética, que possuem o direito de monitorar as pesquisas quando em andamento.

Dois anos após a publicação da Declaração de Helsinque, a Assembleia Geral da ONU aprovou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, cujas raízes remontam ao mesmo processo que originou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Por meio do Pacto, os países signatários comprometeram-se, tal como sugerido pelo título do documento, a respeitar direitos políticos e civis dos indivíduos, distribuídos em seus 53 artigos. Seus principais temas são os seguintes: direito à vida, liberdade religiosa, liberdade de expressão, liberdade de reunião, direitos eleitorais e, por fim, direito ao devido processo legal e ampla defesa.

O artigo citado retoma as diretrizes de Nuremberg sobre consentimento informado e é apresentado na seção que trata do direito à integridade física - sendo abordadas questões como tortura, trabalhos forçados e escravidão - o que representa a consolidação do tema no âmbito dos Direitos Humanos. No Brasil, o Pacto foi promulgado na íntegra por via de decreto em julho de 1992, na seção de Atos Internacionais (BRASIL, 1992).

2.4 CONTRIBUIÇÕES PARA OS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Embora exista uma barreira quanto à definição do conceito de dignidade humana e sua aplicação, conforme demonstram debates filosóficos sustentados por ideias bastante divergentes, (MONTEIRO; NUNES, 2020), não é propósito desse estudo apresentar detalhadamente sua evolução conceitual ao longo dos anos. Vale apenas observar que, assim como a ética médica, o sentido passou por transformações, moldando e adaptando-se aos períodos históricos atravessados.

Uma ideia comum à maioria das explicações é a ênfase nas capacidades racionais e no livre arbítrio que caracterizam os seres humanos, fazendo destes únicos entre outras espécies. Assim, historicamente, várias sociedades e seus pensadores – gregos e romanos antigos, cristãos medievais, renascentistas, iluministas, entre outras – atribuíram diversos significados, algumas vezes conflitantes se comparados, à dignidade humana.

Um grande exemplo, nesse sentido, a fim de arrematar a questão da evolução e diversidade do referido conceito é o fato de que a filosofia grega justificava a escravidão e uma rígida hierarquização social, além da forte distinção entre os gregos e outros povos. Embora tal conceito, hoje visto como opressivo, se afaste totalmente da concepção atual de dignidade humana, as reflexões gregas sobre a dimensão espiritual do ser humano – capaz de autorrefletir, julgar e escolher – forneceram uma base sólida para o desenvolvimento do Estoicismo e da Filosofia cristã, que adotaram uma concepção universal sobre a humanidade (ANDORNO, 2013).

Importa, pois, para o recorte histórico desse estudo, compreender os principais sentidos da dignidade humana no período entre o final da Segunda Guerra Mundial e hoje, buscando analisar as forças que contribuíram para sua configuração e os instrumentos normativos que absorveram o princípio da dignidade humana.

Observa-se, nesse sentido, mesmo com a notável presença do termo em inúmeros documentos publicados ao longo dos últimos oitenta anos, a ausência de uma definição explícita de dignidade humana pelo direito internacional. Segundo Andorno (2013), isso se explica, entre outros motivos, pelo fato de que os legisladores são relutantes no sentido de apresentar definições rígidas, o que poderia levar a dificuldades insuperáveis na implementação de leis.

Para o mesmo autor, a fim de esclarecer o significado de dignidade humana no âmbito da discussão sobre direitos humanos, deve ser traçada uma distinção fundamental entre dignidade inerente e dignidade moral, sinônimo para honra.

Andorno (2013) observa que, a dignidade inerente constitui o alicerce do sistema de direitos humanos internacionais que surgiu em decorrência da Segunda Guerra Mundial, representado pelo seu mais

relevante documento: a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948. Seu primeiro artigo afirma que "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

Não é coincidência, portanto, que a ênfase dada aos conceitos de dignidade humana na bioética moderna seja estritamente relacionada aos mesmos eventos dramáticos que deram origem aos direitos humanos. Para Andorno (2013), nesse sentido, embora o Código de Nuremberg não faça menção explícita à dignidade humana, fica claro que seus princípios são inspirados nessa noção.

Os princípios consagrados na Declaração Universal, em seu turno, foram gradualmente, declarados nos textos e leis sobre direitos humanos, incorporados às democracias constitucionais, gerando uma infraestrutura legal vinculada a ações sociais exercidas pelos Estados. No caso brasileiro, por exemplo, o primeiro artigo da Constituição Federal de 1988 traz a dignidade humana como um de seus fundamentos (MESSETTI; DALLARI, 2018).

De acordo com o Direito Internacional, apesar de seus desafios e dificuldades conceituais, a relação entre dignidade humana e direitos humanos é aquela entre o princípio fundamental do igual respeito pelos seres humanos e as normas concretas necessárias para operacionalizar tal princípio na vida social. Dessa forma, a dignidade não se trata de um super direito ou um termo correspondente a um conjunto de direitos, mas a fonte maior de todos os direitos, a qual deve ser obedecida pela comunidade internacional e por todos estados individualmente. Não cabe a um estado, portanto, a opção por reconhecê-la, mas o dever de fazê-lo (ANDORNO, 2013).

A dignidade humana, em sua concepção atual, também não deve ser reduzida ao princípio da autonomia, devendo prevalecer sobre os anseios exclusivos do indivíduo, da ciência, do estado e da sociedade (MESSETTI; DALLARI, 2018).

Em sua análise conceitual, Albuquerque (2017), por sua vez, argumenta que a ideia de dignidade humana é um valor, por si só insuficiente no sentido de lhe conferir operabilidade, sendo necessários, portanto, comandos normativos capazes de operacionalizá-la. Historicamente, o alcance desse conceito ultrapassou as discussões médicas dos anos 1970, as quais abordavam o "direito de morrer com dignidade", considerando-se o contexto de longos tratamentos e terminalidade da vida.

Assim a dignidade humana passou a ocupar, de forma explícita, inúmeros instrumentos internacionais sobre bioética: Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), a Convenção de Oviedo (1997) a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos (2004) e Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005), apresentada no subtítulo acima. Os documentos listados corroboram a

afirmação de Andorno (2013) sobre o papel central desempenhado pela dignidade humana nos instrumentos bioéticos partir do final dos anos 1990.

Diante do referido dissenso sobre a aplicação da dignidade humana em temas bioéticos, Albuquerque (2017) buscou desenvolver proposição de conteúdo normativo para a dignidade humana. A definição de dignidade humana de forma prática, isto é, por meio de instâncias bioéticas, tem a função de resolver a imprecisão conceitual que pode afetar diretamente a proteção da dignidade dos pacientes e sujeitos da pesquisa científica.

Por meio da análise e revisão de nove vertentes da bioética sobre dignidade humana, a autora propôs três princípios: respeito à pessoa, não instrumentalização e vedação do tratamento humilhante, degradante ou desumano, na esfera bioética. De acordo com a autora, existem outros modelos teóricos para definição dos princípios, todavia sua escolha se deve à simplicidade e operacionalidade dos elencados princípios diante das questões bioéticas. Seu estudo é importante na medida em que traz uma interpretação bastante recente sobre as relações entre dignidade humana, direitos humanos e bioética (ALBUQUERQUE, p.115, 2017).

A fim de arrematar a discussão sobre dignidade humana, outra perspectiva no sentido de analisar seu significado envolve suas relações com o conjunto específico dos direitos da personalidade, ou seja, aqueles que são inerentes à pessoa humana e, portanto, essenciais.

Nesse aspecto, é fundamental a consideração do status jurídico da pessoa, consagrado internacionalmente nas Declarações de Direito que surgiram no final do século XVIII, entre as quais se destaca a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Postulada pela França em 1789, esse texto impulsionou a defesa dos direitos individuais, da valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão (SPINELLI, 2008).

O referido status, compreendido como personalidade civil, “assegura à pessoa o direito a uma existência jurídica própria e a investe de direitos e obrigações, como sujeito das relações jurídicas” (SPINELLI, 2008, p. 372) e surge com a própria vida humana. Os direitos da personalidade são, assim, exclusivamente aqueles encarnados na pessoa, cujo núcleo fundamental exige a proteção pela própria razão humana (proteção à vida, integridade física e psíquica, honra, liberdade, imagem, privacidade) ou social, considerando-se também a pessoa jurídica, a qual se aplicam determinados direitos (privacidade, imagem e honra). Tais direitos são, ainda, incondicionais, essenciais e inalienáveis.

É mister estabelecer, portanto, a inseparável relação entre a dignidade humana e os direitos da personalidade, uma vez que aquela é, como demonstrada no título anterior, o valor supremo e fundamental do Estado Democrático de Direito. Assim, só se garantem os direitos da personalidade na presença da exigência da dignidade humana (SPINELLI, 2008).

No que se refere ao recorte temático do presente estudo, vale observar que, ao centralizar a autonomia do sujeito do experimento

científico por meio do consentimento informado, o Código de Nuremberg representa a proteção de vários direitos da personalidade. Assim ocorre uma vez que seu texto reconhece o valor da livre escolha, por meio do qual o indivíduo pode garantir sua integridade física e psíquica diante de eventuais abusos, os quais representariam o desrespeito à dignidade humana. Aspecto este, inerente à pessoa humana que, por sua vez, urge necessário o seu respeito para o desempenho e realização da sociedade, visto que seu elemento capital, em todas as nações ocupantes do globo, é o ser humano.

3 CONCLUSÃO

A evolução histórica das normativas analisadas demonstrou a crescente preocupação com deveres e direitos dos agentes e sujeitos, especificamente, da pesquisa com seres humanos. A centralidade da autonomia dos sujeitos buscou evitar a repetição das atrocidades e abusos bastante comuns até a aprovação do Código, resguardando ao indivíduo o direito à dignidade humana.

O texto de Nuremberg também pode ser interpretado como um manifesto: trata-se de uma propaganda humanitária por meio do combate a práticas repudiáveis a partir de princípios fundamentais. Por meio do tribunal e seus desdobramentos, o mundo precisava conhecer as motivações daqueles médicos e aprender, não pela livre discussão de ideias, mas a partir de trágicos eventos e suas consequências, novas orientações relacionadas à condução de terapias e experimentos com seres humanos.

Por meio da análise de orientações bioéticas e legislações sobre direitos humanos, observou-se a existência de uma linha evolutiva na qual o Código de Nuremberg foi absorvido, destacando-se: de um lado, a Declaração de Helsinque, da Associação Médica Mundial (1964), como documento inédito ao abordar especificamente a pesquisa em seres humanos, ultrapassando a discussão sobre tratamento; de outro lado, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU (1966), enquanto marco do direito internacional por exigir o consentimento informado no seio da pesquisa médica e científica.

O impacto dos dez tópicos de Nuremberg é, portanto, bastante amplo na medida em que, mais que influenciar a conduta médica, mudou a percepção do público sobre o exercício da pesquisa. Nesse sentido, as ideias contidas no Códex penetraram o cenário legal, além de servirem como protótipo para os futuros códigos de práticas clínicas éticas redigidos mundialmente.

Passando, desta forma, a ampliar o espaço de relevância e proteção aos Direitos da Personalidade, pois, considera e zela por tais quando da relação médico-paciente em experimentações científicas. Buscando não macular qualquer aspecto da personalidade humana, pois por si,

representam a identidade do indivíduo nesta realidade, contribui para a evolução sadia e benevolente da medicina, em seus mais diversos campos.

Conclui-se que, embora não tenha sido oficialmente adotado como lei por qualquer país, tampouco como orientações éticas oficiais por instituições, o Código de Nuremberg pode ser referenciado como um verdadeiro pilar, o mais importante dos documentos, no âmbito da ética em pesquisas clínicas, o que consequentemente influenciou de forma fundamental a construção e a consolidação dos direitos humanos e da personalidade. Esta relação fica mais clara quando se observa que o princípio da dignidade humana passou a marcar presença, progressivamente, em inúmeros e relevantes textos de bioética.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. Dignidade humana: proposta de uma abordagem bioética baseada em princípios. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 3, p. 111-138, set./dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v18i3.1140>. Acesso em: 4 jun. 2021.

ANDORNO, Roberto. The dual role of human dignity in bioethics. **Medicine, Health Care and Philosophy**, v. 16, p. 967-973, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11019011-9373-5>. Acesso em: 3 jun. 2021.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Helsinki**: adotada na 18a. Assembléia Médica Mundial, Helsinki, Finlândia. 1964. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm>. Acesso em: 6 jun. 2021

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**: anexo ao decreto que promulga o pacto internacional sobre direitos civis e políticos/MRE. jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 8 jun. 2021.

D'ÁVILA, Ester Moraes; GUIMARÃES, Ana Luisa de Figueiredo; JESUS, Bruna Reis Vilaça de; SILVA Laura Guimarães Borges. TRIBUNAL DE NUREMBERG: a relação com o Direito Internacional Público e a problemática da (i)legalidade e da (in)justiça. **Ética, Direito e Alteridade**, v. 6, n. 11, p. 249, 2022. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/27194>. Acesso em 30 jan. 2022.

ESTIGARA, Adriana. **Consentimento Livre e Esclarecido na Pesquisa Envolvendo Seres Humanos. A distância entre o "dever ser" e o "ser"**. p.06. 2006. Disponível em: <http://idisa.org.br/img/File/Consentimentolivreeesclarecidonapesquisaenvolvendosereshumanos.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

HUMAN, Delon; FLUSS, Sev S. **The world medical association's Declaration of Helsinki: historical and contemporary perspectives**. 5th draft. Disponível em: <https://www.yumpu.com/en/document/view/34939065/declaration-of-helsinki-historicalcontemporary-perspective>. Acesso em: 2 jun. 2021.

MESSETTI, Paulo André Stein; DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. Dignidade humana à luz da Constituição, dos Direitos Humanos e da bioética. **Journal of Human Growth and Development**, v. 28, n. 3, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.7322/jhgd.152176>. Acesso em: 4 jun. 2021.

MONTEIRO, José Dimas d'Avila; NUNES, Rui. Conceito de dignidade humana: controvérsias e possíveis soluções. **Revista Bioética**, v. 28, n. 2, p. 202-211, abr./jun 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422020282381>. Acesso em: 2 jun. 2021.

SHUSTER, Evelyne. Fifty years later: the significance of the Nuremberg Code. **The New England Journal of Medicine**, v. 337, p. 1436-1440, 13 nov. 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1056/NEJM199711133372006>. Acesso em: 2 jun. 2021.

SPINELI, Ana Claudia Marassi. Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/887>. Acesso em: 20 jun. 2021.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG (1947). Código de Nuremberg Control

Council Law, n. 10, v. 2, p. 181-182, 1949 (versão em português). In: BRASIL. Informe Epidemiológico do SUS Ano IV, 1995. Disponível em: <https://www.ghc.com.br/files/CODIGO%20DE%20NEURENBERG.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2021.

VOLMANN, Jochen; WINAU, Rolf. Nuremberg Doctors' Trial: informed consent in human experimentation before the Nuremberg code. **BMJ**, v. 330, p. 1445-1449, 7 dez. 1996. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/8973233/>. Acesso em: 2 jun. 2021.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Experimentações científicas em seres humanos: limites ético-jurídicos. **Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)**, v. 44, 31 out. 2011. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/leonardo_zanini.html. Acesso em: 1 jun. 2021.

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA DEFICIENTES FÍSICOS COMO ELEMENTO REALIZADOR DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Lucimara Plaza Tena¹, Juliana Luiza Mazaro², Ivan Dias da Motta³

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Cesumar (UniCesumar) de Maringá (2019-2022). Bolsista de período integral PROSUP/CAPES pelo Programa de Pós-Graduação de Ciências Jurídicas da UniCesumar. lucimaraplazatena@gmail.com.

² Doutoranda em Direito pela Universidade Cesumar (UniCesumar) de Maringá (2019-2022). Bolsista na modalidade de taxa (PROSUP/CAPES pelo Programa de Pós-Graduação de Ciências Jurídicas da UniCesumar. ju.mazaro@gmail.com.

³ Orientador, Pós-Doutor em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. ivan.motta@unicesumar.edu.br

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é abordar as políticas públicas desportivas como meios de efetivação de direitos da personalidade das pessoas com deficiência. Embora se reconheça as inúmeras ações de governo nesse sentido, o contexto que se escolhe para o debate no estudo é a aplicação de políticas públicas apoiada no paradesporto ou educação física inclusiva. O esporte é elemento catalizador da promoção humana e, por essa razão, torna-se capaz de contribuir para a realização dos direitos de personalidade, em especial o da saúde e trabalho, tópicos os quais serão abordados no estudo. A concretização de direitos fundamentais sociais, a exemplo dos mencionados, cooperam para o desenvolvimento econômico e social do indivíduo portador de deficiência, o que de certa forma segue de encontro a ideário de Democracia. A conclusão que o trabalho alcança é que o esporte produz uma melhor condição de vida física e psíquica, e que ao melhorar a autoestima contribui para inserções no mercado de trabalho com mais qualidade para todos os envolvidos. Ocorre que os olhos do Governo não estão se voltando para essa possibilidade de inclusão. O referencial teórico utilizado é o desenvolvido por Diogo R. Coutinho em *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento* e Amartya Sen, *Desenvolvimento como Liberdade*. O método é o hipotético dedutivo e no que tange a coleta de dados, se utilizou do levantamento bibliográfico, análise jurisprudencial e dados estatísticos de órgãos e entidades do governo federal.

Palavras-chaves: Deficiência; Direitos de personalidade; políticas públicas; paradesporto e educação física inclusiva; desenvolvimento econômico.

1 INTRODUÇÃO

Embora se reconheça as inúmeras ações de governo para o desenvolvimento humano das pessoas com deficiência, o recorte que se faz para o debate almejado é a aplicação de políticas públicas com a utilização do esporte, no caso, o paradesporto. Sabe-se que o esporte é elemento catalizador da promoção humana e, por essa razão, torna-se

capaz de colaborar para a realização dos direitos fundamentais, fundamentais sociais e de personalidade.

O presente artigo pretende abordar o tema da pessoa com deficiência, e como reforçar ou criar novas oportunidades para o seu pleno desenvolvimento. O objetivo é contribuir para o desenvolvimento integral do sentido de cidadania, que requer inclusive a participação do indivíduo no mercado de trabalho, como sujeito de direitos que é.

Em observância ao princípio da Complementaridade a concretização de direitos fundamentais sociais cooperam para o desenvolvimento social do indivíduo portador de deficiência, pensamento que se alinha ao ideário de Democracia. Assim, urge que o Estado adote ações eficientes em busca da realização dos direitos desse grupo social, e que não haja retrocesso após conquistas efetivadas.

O referencial teórico utilizado é o desenvolvido por Diogo R. Coutinho em *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento* e Amartya Sen, *Desenvolvimento como Liberdade*. O método é o dedutivo hipotético, e no que tange a coleta de dados, a pesquisa se utilizou do levantamento bibliográfico e análise jurisprudencial.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A DEFICIÊNCIA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Ainda se faz necessário refletir sobre a condição da pessoa com deficiência no que tange a sua dignidade como ser humano, bem como ao atendimento de suas necessidades para o pleno desenvolvimento da cidadania em igualdade com os demais indivíduos da esfera social.

Primeiramente, para continuidade do trabalho em tela é importante conhecer o conceito de pessoa com deficiência (PCD). Segundo o art. 2º da Lei 13.146/2015 ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

São uma minoria social que vão além de questões de saúde física ou mental, mas também problemas socioeconômicos, culturais. Os direitos das pessoas com deficiência refletem a construção histórica da sociedade, que segundo Santos (2020, p. 145) “[...] que existem “[...]função dos modelos socioculturais evidenciados na antiguidade, medievo e modernidade, com avanços significativos, mas ainda superficiais, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948”.

De acordo com o Censo de 2010, “[...] o Brasil possui 45,6 milhões de pessoas, ou 23,91% da população total, com algum tipo de incapacidade ou deficiência”, isto é, dificuldades com a visão, audição, visão, locomoção ou alguma deficiência física ou mental. O contingente responde por quase um ¼ da população brasileira. É um percentual significativo que merece atenção de todos os entes da Federação, os quais dispõem de competência comum para a prestação de cuidados com a saúde, assistência pública e garantias (BRASIL, 2010, s.p.).

Esse grupo social é portador de vulnerabilidades que podem se expressar em maior ou menor grau, o que os coloca em risco real ou potencial permanente quanto as diversas formas de violências que podem sofrer. Ocorre que há uma ainda maior, trata-se da

“[...] violência estrutural e institucional, ligada à falta de promoção, por parte do Estado dos direitos assegurados a esse segmento pelo ordenamento jurídico, bem como a social consubstanciada no não reconhecimento da pessoa com deficiência como sujeito de direitos.” (MINAS GERAIS, S.I).

Manica e Caliman (2015, p. 175) sugerem formas do Estado e de Instituições Paraestatais facilitar o acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho, por meio da sensibilização dos empresários quanto ao potencial produtivo desses indivíduos, demonstrando que são de grande valia às empresas “[...] desmistificando a ideia de que estas atrasam a produtividade das empresas [...]”. Complementam essa ideia Matos e Raiol (2018, p. 942) ao sugerirem

a criação de uma espécie de selo inclusivo que incentivaria as empresas a buscarem atender às demandas acima da cota prevista em Lei, bem como o Estado deveria criar temporariamente medidas compensatórias às empresas que cumprirem a Lei de Cotas, por exemplo, concedendo-lhe benefícios fiscais.

As sugestões indicadas pelos autores no parágrafo anterior podem ser caracterizadas como medidas de políticas públicas, com potencial para entrar na agenda do Poder Público. Além disso, o Direito pode contribuir para a mudança dessa realidade, principalmente, na elaboração de ações de educação para/e sobre o deficiente, inclusão social e na humanidade (como ser humano que é).

Efetivando os direitos da personalidade à igualdade para a cidadania plena e possibilitando a sua inserção no mercado de trabalho, a fim de que se reduza a dupla vulnerabilidade que experimentam, qual seja, da própria deficiência e ainda da pobreza que muitos vivem. Para ser cidadão o indivíduo precisa ter acesso às tomadas de decisões e ações da sociedade, cabendo ao Estado garantir que eles tenham acesso às garantias dessa

cidadania. A luz dessa concepção, parece pouco eficaz as atuais ações governamentais, visto que ainda mantém a exclusão de milhões de pessoas com deficiência em situação de pobreza e extrema vulnerabilidade social.

Coutinho (2013, p.20), comenta que as ferramentas disponíveis no sistema jurídico devem contribuir para o bem desse grupo, e não o contrário. Assim, é preciso agir (promover ações eficientes) e refletir no sentido de

Como evitar que o arcabouço jurídico produza ainda que de forma não intencional, um papel conservador nos conflitos distributivos – isto é, indesejáveis efeitos concentradores de riqueza, renda e oportunidades? É possível funcionalizar o aparato jurídico das políticas públicas de modo a maximizar os ganhos de igualdade (ou equidade) ou minimizar as perdas de eficiência ou efeitos colaterais regressivos (concentradores de renda) que essas políticas podem trazer, de modo que o arcabouço jurídico contribua para o desenvolvimento.

O Direito deve ser um aliado na busca da cidadania dos deficientes e não um empecilho, principalmente no que tange a questão do desenvolvimento econômico dos mesmos. Isso implica em lhes dar condições para o empoderamento do seu verdadeiro valor. As pessoas com deficiência tem dificuldades em exercer sua cidadania, uma vez que elas tem pouco acesso a direitos fundamentais básicos, como por exemplo, o trabalho.

Por isso, o direito é chamado para defesa e tutela das minorias vulneráveis, impondo ao Estado o dever de instrumentalizar suas ações:

Do ponto de vista jurídico, a visão do desenvolvimento [...] como crescimento corresponde [...] a uma representação do direito como ferramenta de gestão macroeconômica estruturante que gerencia o governo e o planejamento por meio de uma racionalidade tecnoburocrática de direito público (predominantemente) e contribui, dessa forma para a modernização e transformação estrutural da sociedade. Em outras palavras, o direito correspondia a um instrumento de financiamento, investimento, coordenação, sequenciamento e impulso da industrialização. Por seu intermédio, instrumentos como empresas públicas, órgãos estatais, monopólios públicos, tributos, linhas de créditos, *quotas*, controles de preços e variados mecanismos diretivos da economia foram largamente utilizados em países em desenvolvimento como forma de fazer “decolar” a economia (COUTINHO, 2013, p. 32).

Bem, então, como atualmente é realizada em termos jurídicos as estruturas de cuidado para esse grupo? As políticas públicas destinadas aos portadores de deficiência, a nível federal, estão sob a responsabilidade da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com

Deficiência (SNDPD), integrante do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

Em novembro de 2011, o Decreto 7.612, implementou o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Viver sem Limite, documento no qual “[...] o Governo Federal ressalta o compromisso do Brasil com as prerrogativas da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” (BRASIL, 2011). Essa política envolve todos os entes da federação, além de contar ações que podem ser desenvolvidas pelos 15 ministérios do Governo. A inclusão e o desenvolvimento social diante da complexidade representada exigem ações multidisciplinares, que não se resumem apenas em questões jurídicas.

No que se refere a redução da vulnerabilidade que se refere a falta de condições para a sobrevivência, em decorrência de aspectos econômicos, há serviços estatais, por exemplo, de proteção social aos mesmos. Contudo, ainda há um deficit no setor privado, por exemplo, na pesquisa Expectativas e Percepções sobre a Inclusão de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho 2017-2018, realizada pelo I. Social com a Associação Brasileira de Recursos Humanos-ABRH e Catho, que entrevistou cerca de 1.459 profissionais de recursos humanos apenas 86% dos entrevistados declararam que somente contratam pessoas com deficiências para cumprir a lei de cotas.

Programas de transferência de renda garantem à dignidade mínima daqueles que não conseguem manter a sua subsistência. São os benefícios assistências para situações de vulnerabilidade temporária ou permanente. Os de prestação continuada contemplam pessoas de qualquer idade, com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Isso causa um conforto para a família e para o próprio indivíduo, embora se saiba que são insuficientes para a garantia de uma vida com qualidade. É o básico, infelizmente, para que não se morra!

De qualquer forma, dentro do que se tem é preciso buscar o desenvolvimento e a igualdade, mesmo que não tenha condições de retirar a pessoa da pobreza, o que nos recorda da teoria do mínimo existencial, tema que será abordado no capítulo posterior juntamente com o conceito de direitos da personalidade.

3 DIREITOS DE PERSONALIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PROMOÇÃO HUMANA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Bucci (2006, p.19) explica que as políticas públicas são “[...] programas de ação governamental que visam [...] coordenar os meios a disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”

Os direitos da personalidade são aqueles que integram a personalidade do indivíduo. Se pode mencionar como exemplo o direito à

saúde, educação, alimentação, por exemplo. No caso dos deficientes que além de pertencerem a um grupo de minorias ainda se destacam pela vulnerabilidade, primeiro, que lhes é intrínseca e segundo, pelo meio que estão inseridos.

Pensar em políticas públicas para esse grupo é refletir sobre as necessidades que vivenciam e como reduzir e eliminar tais dificuldades a fim de que recuperem a sua dignidade como pessoa. Nesse sentido é o papel das políticas públicas devolver a dignidade natural de viver em sociedade. Assim, Pelos princípios defendidos pelo Estado Social e mais tarde pelo Estado Democrático de Direito, os direitos sociais devem ser protegidos e promovidos pelo Estado, isso é feito por meio de ações positivas, políticas públicas e programas que visam a melhoria na qualidade de vida das pessoas, seja prevenindo os problemas de saúde seja curando os que já se instalaram.

Essas ações positivas são atribuídas à função prestacional estatal, que reconhece o direito da pessoa em obter um benefício do Estado, devendo, para isto, o Poder Público agir de três formas: a) direta, prestando o serviço por si; b) indireta, criando condições para que o particular preste os serviços; e, c) mista, o particular presta serviços e o Estado o remunera. Esta função está relacionada as áreas da saúde, educação, moradia, transportes, entre outros.

CANOTILHO (2003, p. 408), ao tratar da função prestacional, leciona que esta envolve três situações. A primeira diz respeito à possibilidade da pessoa exigir diretamente do Poder Público a prestação dos direitos que se encontram na Constituição. Na segunda, a pessoa deve exigir que os direitos sejam efetivados a partir de uma atuação legislativa do Estado, por exemplo, a realização do direito à saúde com a criação do Sistema único de Saúde pela Lei nº 8080/1990.

E a terceira seria a obrigação do Poder Público na realização de políticas públicas positivas, que ofereçam e realizem as prestações. Sem dúvidas esta é a mais praticada pelo Estado no cumprimento da função prestacional dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 409). Os direitos fundamentais que possuem uma dimensão prestacional procuram oferecer condições materiais para que as pessoas exerçam outros direitos

e suas liberdades, atenuando as desigualdades e libertando as pessoas das necessidades (MENDES; BRANCO, 2012, p. 233).

Por outro lado, a função prestacional depende da disponibilidade de recursos estatais, conhecida como reserva do possível, e das políticas que determinarão onde estes recursos serão alocados, entretanto esta não pode ser utilizada como justificativa para não realização dos direitos fundamentais das pessoas pelo Estado, que deve proporcionar o mínimo existencial às pessoas.

A função prestacional dos direitos fundamentais tem, portanto, a finalidade de garantir o mínimo existencial das pessoas, dentro das possibilidades recursais do Estado, que não podem, contudo, serem utilizadas para se esquivar da obrigação de prestar serviços, realizar ações, programas e políticas públicas que promovam e protejam a dignidade das pessoas.

Em termos de direito da personalidade do deficiente, isto é, o que justificaria a sua proteção, é recomendável conversar um pouco sobre o conceito desse instituto. Carlos Alberto Bittar assegura que

[...] os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta –, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –, e, dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares. [...]

Isso não importa, no entanto, em cingir os direitos da personalidade aos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Esses direitos – muitos dos quais não configuram ou não são suscetíveis de configurar ‘liberdades públicas’ – existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações (BITTAR, 2044,p.7-9).

É preciso esclarecer que os deficientes têm direitos da personalidade iguais aos de qualquer outra pessoa. O direito dele à saúde, por exemplo, é equivalente ao de outro cidadão. Ocorre, que como tem algumas necessidades acentuadas ou específicas, que escapam à estrutura corriqueira da sociedade, que não está devidamente desenvolvida para acolhê-los na sua integralidade ôntica ou mesmo física, alguns cuidados devem ser prestados. Vale dizer que os direitos de personalidade que são comuns a todos, como já mencionado, para que se concretizem em relação aos deficientes necessitarão de um tratamento que

leve em conta a sua natureza. Isso exige por parte da coletividade uma forma de enxergá-los sem preconceitos ou diferenciações motivadas por piedade. Definitivamente não é disso que precisam.

BITTAR, como um jusnaturalista, defende a tese de que os direitos da personalidade são pré-positivos ou pré-estatais. São direitos inclusive pré-existentes a sociedade, e o seu reconhecimento estatal na verdade apenas lhes asseguram uma proteção ainda maior. Assiste razão ao autor, pois os direitos da personalidade que lhes aplicam, como o direito à vida, nem precisaria ser tutelado. É certo que a todos se deve garantir a vida, sendo ou não deficiente.

Mas, até mesmo o direito à vida, que na visão de BITTAR gozaria da característica de pré-positividade, no caso do deficiente, por conta das suas especificidades, necessita de proteção estatal. Não são poucos os que defendem o direito ao aborto em caso de fetos com deficiências. Em alguns países é até admitido. Percebe, portanto, que neste exemplo do direito à vida, o básico de todos os direitos, a vida de um nascituro com deficiência pode ou não ser garantido, dependendo da corrente jurídica que se filiar.

Nesse diapasão, o pensamento de Adriano DE CUPIS (2004, p. 24-25) é oportuno para o debate do tema. A partir de uma análise sob o viés do positivismo jurídico, o autor critica a essencialidade dos direitos da personalidade. Para ele,

Todo o meio social tem uma sensibilidade particular relativamente à essencialidade dos direitos. É assim que, *mudando a consciência moral*, modificando-se o modo de encarar a posição do indivíduo no seio da sociedade, muda correlativamente o âmbito dos direitos tidos como essenciais à personalidade.

No caso do deficiente físico é possível assegurar que houve uma mudança no contexto social a tal ponto de se ter no ordenamento jurídico brasileiro ações afirmativas para incentivar a sua inclusão no mercado de trabalho. Houve essa mudança de consciência moral e se entendeu a necessidade de lhe assegurar proteção em razão da vulnerabilidade natural que estão expostos. DE CUPIS ainda afirma que quando essa concepção repercute “o ordenamento jurídico, os direitos da personalidade adquirem uma figura positiva” e

o atributo da essencialidade adquire um valor jurídico positivo integral, isto é, quando os direitos se revestem da referida essencialidade, não só tomam o lugar próprio no sistema do ordenamento positivo, mas adquirem, além disso, uma disciplina adequada e apta a assegurar-lhes proeminência relativamente a todos os outros direitos da pessoa a que se referem. (DE CUPIS, 2004, p. 24-25)

É o que tem ocorrido com os deficientes, os direitos que são comuns à todos, para eles, a conquista dos mesmos adquire uma relevância ainda maior. Obviamente que existem direitos que são exclusivos desse grupo, o que não significa tratamento privilegiado, mas respeito ao princípio da igualdade e a solidariedade constitucional, “por tal razão, os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo tanto como os outros direitos subjetivos, uma vez admitido que as idéias (*sic*) dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento. (DE CUPIS, 2004. p.25)”

É claro que as mudanças no meio social, que inclusive transformam o próprio ordenamento jurídico, não são sempre positivas para os deficientes. Às vezes a proteção deixa de ser concedida ao nascituro deficiente e se escolhe privilegiar esse ou aquele direito fundamental da mãe, por exemplo. Enquanto no Brasil não é permitido aborto em razão de deficiência em decorrência do vírus da Zika, em outros países é perfeitamente possível.

Nesse sentido, a conclusão de DE CUPIS (2004, p.24) é que “[...] não é possível denominar os direitos da personalidade como ‘direitos inatos’, entendidos no sentido de direitos relativos, por natureza, à pessoa”. De qualquer forma, se a situação for analisada sob outro viés, assiste razão também a BITTAR, pois os direitos de personalidade também podem ser compreendidos como inatos, como o próprio direito à vida ou à saúde. O ambiente social nos confronta com realidades que por conta do momento evolutivo (ou involutivo) do nosso Ser, aquilo que seria natural (ou alguém duvida que todos tem direito à vida?), precisa ser tutelado para que se obtenha garantia estatal.

4 EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO ESPORTE EM BUSCA DA JUSTIÇA SOCIAL PARA A PESSOA COM DEFICIÊNCIA DEFICIENTE

A Constituição Federal de 1988, informa em seu art. 6º que o trabalho é um direito social. No que tange as pessoas com deficiência, o art. 37, inciso VIII, garante a reserva de cargos e empregos públicos para esse segmento da sociedade. Então, cabe ao ente público, já em primeiro plano, garantir o direito ao trabalho àqueles em condições de exercê-los, a fim de que seja propiciado o seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Na esfera jurídica, cuidam desse assunto o Decreto 3.298/99, especificamente o art. 2º, que cuida da Política Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência e a Lei 7853/89 (art. 9º, § 1º) que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, entre outras questões.

Nesse sentido,

A Política Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência

apregoa a igualdade de oportunidades na sociedade, por reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismos. Entretanto, é necessário o estabelecimento de mecanismos que acelerem e favoreçam a inclusão social da pessoa com deficiência, ampliando as alternativas para sua inserção econômica, proporcionando qualificação profissional e incorporação no mercado de trabalho. Para tanto, é necessário adotar estratégias de articulação entre órgãos e entidades públicos e privados e incluir as pessoas com deficiência em todas as iniciativas governamentais relacionadas à promoção do trabalho, emprego e renda. [g.n]

Dentro do contexto apresentado, argumenta-se da possibilidade do Paradesporto ou educação física inclusiva em contribuir para a inserção do indivíduo no mercado de trabalho. A conquista da auto-estima e de melhores condições de saúde inevitavelmente propiciarão melhor condicionamento e, com a utilização de políticas públicas específicas ganho de tempo será fundamental. Nesse sentido, expõe ROMERO e CARMONA, que

Em razão do aumento das oportunidades na educação, no esporte e lazer, emprego e inclusão, a qualidade de vida das pessoas com deficiência tem mudado ao longo das últimas décadas. Assim como a atividade física regular, a atividade motora adaptada também proporciona, por meio dos jogos e esportes, maior bem-estar, qualidade de vida, maior autoestima e autonomia (DIEHL, 2008). A Educação Física Inclusiva e o esporte adaptado asseguram às pessoas com deficiência uma melhor qualidade de vida, pois auxiliam a incrementar no seu desenvolvimento motor, suas habilidades motoras básicas, suas capacidades e potencialidades físicas, além de contribuir para a sua autonomia e autoestima (DIEHL, 2008).

Mas, apesar dos benefícios que esse grupo social pode usufruir, ainda assim, não se vê por parte do governo investimentos na formação de profissionais para atender esse segmento. É possível tirar alguns dados interessantes da pesquisa¹⁰ realizada por ROMERO e CARMONA (2017) sobre as semelhanças entre o Paradesporto e a Educação Física Inclusiva na região metropolitana de Porto Alegre, com professores que trabalham com atividades físicas com deficientes.

Alguns dos aspectos que a pesquisa abordou foi identificar a visão dos participantes em relação às políticas públicas para pessoas com deficiência em seus locais de atuação. O estudo mostrou que

No que concerne às políticas públicas destinadas ao Paradesporto e à Educação Física Inclusiva, podemos dizer que todos sentem certa falta de interesse dos gestores e órgãos

¹⁰ Maiores detalhes sugere-se consulta ao artigo na íntegra.

públicos em realizar ações que possam fomentar práticas corporais que envolvam pessoas com deficiência; seja no âmbito escolar, de participação ou de rendimento. Isso se dá pela falta de transparência e, neste caso, falta de conhecimento e preconceito das pessoas envolvidas, ou pelo pouco retorno institucional que esse campo da Educação Física pode apresentar (ROMERO; CARMONA, 2017, p. 39).

Se há falta de interesse dos gestores na elaboração de políticas públicas, significa que as demandas não estão entrando na Agenda do Governos, e se estiver, algo de errado está acontecendo, uma vez que os discursos proferidos pela mídia não se cansam de noticiar as ações afirmativas para este grupo social.

Acerca das políticas públicas, há unanimidade nas falas quando dizem que há carência de políticas e da efetivação das já existentes destinadas às pessoas com deficiência. Os sujeitos afirmam que gestores e administradores públicos ainda não estão preparados para olhar essas pessoas como parte da sociedade e que a própria mídia também não dá o devido valor a essas ações, seja por desconhecimento, por preconceito ou por concluir que políticas públicas e mídias voltadas ao atendimento às pessoas com deficiência não geram o retorno almejado (ROMERO; CARMONA, 2017, p. 40).

O estudo é uma pequena amostra de uma região metropolitana onde a princípio o acesso a recursos humanos e físicos é maior e melhor. Como estaria a situação das pessoas com deficiência em regiões no interior do país? Preocupante!

Sem dúvidas as políticas públicas que promovam a dignidade da pessoa com deficiência como “ [...] um valor, o valor fundante e princípio supremo da ordem jurídica” (CANTALI, 2009, p. 239) são poucas, pois a maioria, ainda visa apenas “tentar” garantir certa igualdade formal¹¹ a esses sujeitos, uma vez que pecam na efetivação da igualdade material. Nesse caso, afirma MAZARO (2018, p. 48) que,

[...] as pessoas individualmente consideradas ou entre os grupos sociais, existem diferenças óbvias que somente a perspectiva formal do princípio da igualdade não consegue atender, aumentando assim, as desigualdades. Diante disso, a igualdade material se apresenta como uma solução para diminuir de forma concreta as diferenças sociais. Para tanto, o Estado deve realizar ações positivas, seja por meio da legislação ou de

¹¹ “Nada mais é do que uma igualdade legal, aquela que se encontra no *caput* do art. 5º da Constituição Brasileira e em leis infraconstitucionais, cujo objetivo é impedir o Estado de favorecer um indivíduo ou grupo em detrimento dos demais” (MAZARO, 2018, p. 47).

programas e políticas públicas, no intuito de ajudar a pessoa a ter uma vida digna.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Políticas públicas que cuidam dos interesses dos deficientes existem várias. Artigos como esse que cuidam de explicar os direitos da personalidade das pessoas com deficiência... inúmeros. Sobre políticas públicas destinadas a eles... diversas. Mas, a pergunta que se faz é: qual o impacto de mudança que esses estudos causam nas vidas das pessoas com deficiência? Quais desses trabalhos efetivamente chegam às mãos dos gestores públicos com poder suficiente de incluir as necessidades identificadas nas Agendas das políticas públicas?

Enfim, essas são as perguntas que precisam ser respondidas se o objetivo real dos estudos é contribuir de alguma forma para o bem dessas minorias que respondem por quase $\frac{1}{4}$ da população brasileira. É um número considerável.

Ao fim do presente estudo, principalmente após ter acesso a verdade crua exposta pela pesquisa, o que se propõe é uma política pública de paradesporto e educação física inclusiva que possam melhorar a qualidade de vida das pessoas com deficiência, mas que principalmente a partir da elevação da auto-estima, possam de alguma forma contribuir para a inserção na sociedade e mercado de trabalho para o desenvolvimento econômico e social.

A inclusão do deficiente exige investimentos em ações e processos, por exemplo, que já foram objeto de cuidado pelos governos para aqueles sem deficiência. Por exemplo, onde não existia asfalto, se construiu. Todos sem dificuldade utilizam essa melhoria de forma tranquila, o deficiente em cadeira de rodas, o cego, precisaram de calçadas rebaixadas, calçadas com marcadores para aqueles com carência da visão. Há um processo de resgate que para a inclusão, por vezes tem início no marco zero.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 outubro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 11 out. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011.** Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm. Acesso em: 11 out. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.060, de 5 de junho de 2002.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt1060_05_06_2002.html. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portal Saúde.** Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 11 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.649, de 17 de maio de 2012.** Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), da Contribuição para o PIS/Pasep - Importação e da Cofins - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12649.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Decreto Legislativo nº 186, de 2008.** Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. **Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/pessoa-com-deficiencia>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Cartilha Viver sem Limite**. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/pessoa-com-deficiencia/cartilha-viver-sem-limite-plano-nacional-dos-direitos-da-pessoa-com-deficiencia/view>. Acesso em: 11 out. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Atualização de Carlos Alberto Bianca Bittar. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico**. Saraiva. São Paulo: 2006

COUTINHO, Diogo R. **Direito, Desigualdade e Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. TENA, Lucimara Plaza. **A exclusão por deficiência no capitalismo: do enfrentamento a partir do conceito de rede e do princípio da solidariedade**. SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (org.). **Fractais dos direitos de minorias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 181-212.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Ed. Verbatim, 2019.

MATOS, Hamanda de Nazaré Freitas; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. **PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU DIREITO À INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO**. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 927-947, dez. 2018, p. 942. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31468>. Acesso em: 31 dez. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369431468>.

MAZARO, Juliana Luiza. **“Da transexualidade e da travestilidade: a proteção e a promoção da saúde por meio da despatologização das identidades transgêneros”**. 2018, 140f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. **Políticas Públicas ao seu Alcance**. Disponível em: https://politicaspUBLICAS.almg.gov.br/temas/pessoa_deficiencia/entenda/informacoes_gerais.html?tagNivel1=11388&tagAtual=11388. Acesso em: 11 out. 2019.

ROMERO, Cláudia da Rosa; CARMONA, Eduardo Klein. Educação Física inclusiva e paradesporto: semelhanças e diferenças. **Revista Thema**, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 29-42, fev. 2017. ISSN 2177-2894. Disponível em: <http://revistathema.ifsul.edu.br/index.php/thema/article/view/414>. Acesso em: 01 jan. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.15536/thema.14.2017.29-42.414>.

SANTOS, Lucirino Fernandes. A educação em direitos humanos como instrumento à cidadania das pessoas com deficiência. **Revista Educação Inclusiva - REIN**, Campina Grande, PB, v.4, n.04, set./dez. - 2020, p.125-142

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

A ACEITAÇÃO FAMILIAR RELATIVA À EUTANÁSIA E AS IMPLICAÇÕES SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

*Heloísa Fernanda Premebida Bordini¹, José Sebastião de
Oliveira²*

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Bolsista Taxa CAPES. heloisabordini@gmail.com.

² Orientador, Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa; Professor da graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR; Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, sociedade científica do Direito no Brasil; drjso1945@gmail.com.

RESUMO

A presente pesquisa busca a relação do direito à prática da eutanásia, e como os familiares reagem e aceitam tal decisão, bem como como esta afeta os direitos da personalidade. Busca-se entender como ocorre a tomada da decisão pela eutanásia, a comunicação e a aceitação pela família, levando em consideração os fatores de influência. O objetivo geral foi tomar conhecimento sobre a importância da responsabilidade e decisão familiar referente a aceitação ou não da opção pela eutanásia. O objetivo específico foi analisar como o ordenamento jurídico brasileiro e das legislações estrangeiras tratam o tema, e como isto poderia inferir sobre os direitos da personalidade. Para tanto, se utilizou do método dedutivo, com análise da legislação e de material doutrinário constante em livros, revistas jurídicas ou não, artigos em revistas, periódicos e internet. Por meio da análise dos resultados foi possível definir que tem-se uma grande limitação da legislação brasileira quanto a possibilidade de opção para disposição da própria vida, além do alto índice de recusa pelos familiares e ainda a importância da saúde psicológica ao se tomar a decisão. Verifica-se, portanto, um claro conflito entre os direitos à vida e a saúde em face aos direitos da liberdade e da autonomia privada, quando se trata de por fim a própria vida. Neste trabalho procura-se ressaltar a importância da vida, interligando-a com a aceitação do seu fim, o qual vem atrelado a definição cultural de uma vida digna, com a proteção dos direitos do corpo e da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade; Eutanásia; Família.

4 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca a relação do direito à prática da eutanásia, e como os familiares reagem e aceitam tal decisão, bem como como esta afeta os direitos da personalidade no contexto de vida social. A eutanásia foi mencionada pela primeira vez no séc. II d.C. ao descrever a morte do Imperador Augusto Cesar. Ela era também comum nas civilizações mais antigas, tida como um alívio instantâneo ao sofrimento da pessoa, geralmente com doenças incuráveis.

A partir deste ponto busca-se entender como ocorre a tomada da decisão pela eutanásia, a comunicação e a aceitação pela família, levando em consideração os fatores de influência. Tendo relevância pela discussão

acerca do tema, as controvérsias, e a real necessidade de legislação sobre a disposição do próprio corpo e da própria vida, não sendo a eutanásia regulamentada pela Constituição Federal ou ainda Leis brasileiras até o presente momento.

O objetivo geral foi tomar conhecimento sobre a importância da responsabilidade e influência familiar referente a aceitação ou não da opção pela eutanásia. O objetivo específico foi analisar como o ordenamento jurídico brasileiro e legislações estrangeiras tratam o tema, e como isto poderia inferir sobre os direitos da personalidade.

Para tanto, se utilizou do método dedutivo, com análise da legislação e de material doutrinário constante em livros, revistas jurídicas ou não, artigos em revistas, periódicos e internet.

5 DISCUSSÕES E RESULTADOS

A pesquisa conta com o aporte teórico de artigos jurídicos, assim como o de outras áreas como da medicina e da enfermagem, as quais abordam o tema na prática, assim possibilitando o levantamento de dados concretos e pesquisas de legislações e casos práticos.

O termo originou-se do grego, inicialmente denominada por Francis Bacon o qual definia como uma boa morte, no sentido da mesma ser tranquila e digna a pessoa humana (BOTTEGA; CAMPOS, p.45).

A eutanásia ocorre então quando uma pessoa busca por fim a sua própria vida antes do previsto, como por exemplo antes da execução ou fim do tratamento, de determinada doença, e se difere do suicídio por ser uma morte regulamentada e indolor.

A mais simples e de melhor compreensão da definição do termo eutanásia é do francês Hubert Lepargnuer onde o mesmo conceitua a eutanásia como: “Emprego ou abstenção de procedimento que permitem apressar ou provocar o óbito de doente incurável a fim de livrá-lo do sofrimento que o assaltam” (LEPARGNEUR 1999, p. 41-48).

Tida como um ato misericordioso devido ao sofrimento advindo de uma doença incurável foi mencionada pela primeira vez no século II d.c pelo historiador latino Suetônio no qual descreveu a morte tranquila do imperador Augusto (SUETONIO, 2002, p. 103).

No século XVII, o filósofo inglês Francis Bacon em sua obra intitulada "Historia vitae et mortis", Francis defendia que a eutanásia só poderia ser aplicada quando fosse cessado todos os meios de cura do paciente (BATISTA, SHRAMM, 2003, p. 34).

Uma forma de oposição à eutanásia, dá-se pela distanásia, que seria a prática do prolongamento da vida, se dando normalmente por aparelhos e cuidados paliativos, nesse caso a prolongamento do sofrimento, segundo Maria Helena Diniz: “Trata-se do prolongamento exagerado da morte de

um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte" (DINIZ, 2001, pg. 1).

Vale ressaltar que apesar de não haver legislação vigente, há resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006, a qual prevê que o médico pode limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal.

E a morte natural se dá então pela ortotanásia que é considerada fato atípico, pois não contribui para a morte do paciente, nesse caso os profissionais de saúde apenas auxiliariam em toda etapa da doença, cuidando apenas de forma paliativa, ou seja, cuidando apenas da dor do paciente e auxiliando assim até sua morte, para que não haja sofrimento, assim, a ortotanásia seria aplicada apenas em paciente em estado irreversível.

Da-se então uma diferenciação importante a ser realizada, da diferença entre a eutanásia, distanásia e ortotanásia, sendo eu talvez a forma mais prática de delimitar as diferenças seja na obrigação de meio, tendo em vista que a objetivação final é sempre a mesma, o alívio do sofrimento.

É importante ressaltar que há mais de um valor fundamental importante a ser resguardado nesta temática, o primeiro seria a vida, então e principalmente, também a vida e o fim natural dela, pertencente ao paciente em potencial.

O segundo valor fundamental seria o da dignidade da vida. Assim, seria então considerado antiético a violação do direito a dignidade da vida, tendo a dignidade um conceito genérico e amplo a ser tratado nas ciências humanas, pois este não pode ser encaixado em um padrão.

A questão que passa a fazer sentido a partir de então seria a de até que ponto pode-se pensar em uma conformação ética, tendo em vista a imensa variedade cultural brasileira.

Para isso, Gelain (1990, p. 114) estabelece que não há como se chegar em uma definição ou uma única resposta, teria de levar em consideração os valores pessoais e individuais dos cidadãos, os valores comuns a determinados grupos, tanto culturais, como éticos e religiosos, e também e fundamentalmente, os valores intrínsecos a época de vivencial cultural do ser humano, pois são fatores determinantes para a formação do raciocínio e pensamento do ser.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como possível resultado tem-se primeiramente a limitação da legislação brasileira quanto a possibilidade de opção pela disposição da própria vida, sendo considerado como crime, além do alto índice de recusa pelos familiares e ainda a importância da saúde psicológica ao se tomar a decisão.

Assim, os principais direitos fundamentais da bioética atingidos seriam o princípio da autonomia, da beneficência, da não maleficência e da justiça, e os principais direitos constitucionais assegurados pelo Estado seriam o direito a integridade física, à integridade psíquica e moral.

Verifica-se, portanto, um claro conflito entre os direitos à vida e a saúde em face aos direitos da liberdade e da autonomia privada. Em contraponto, há legislações estrangeiras que já adotam a eutanásia e o suicídio assistido como direito do indivíduo, como é o caso da Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Canadá, Espanha e Suíça.

Esta claro que a falta de educação e debate sobre o tema limita a capacidade de interação dos indivíduos, restringindo os pensamentos críticos sobre. Pode-se aferir também que a religião, a esperança e o medo da morte são fatores determinantes na tomada de decisão.

Neste trabalho procura-se ressaltar a importância da vida, interligando-a com a aceitação do seu fim, o qual vem atrelado a definição cultural de uma vida digna, com a proteção dos direitos do corpo e da personalidade.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Rodrigo Siqueira. SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n1/19821.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2022.

BOTTEGA, Clarissa Bottega. CAMPOS, Luíz Sávio Fernandes de. Considerações sobre Eutanásia, Distanásia e Ortotanásia e a Bioética. Disponível em: <https://docplayer.com.br/68404594-Consideracoes-sobre-eutanasia-distanasia-e-ortotanasia-e-a-bioetica.html>. Acesso em: 05 jun. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de ética médica. Resolução nº 1.805/06. Brasília: 1990.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.

GELAIN, I. A conformação de uma nova ética na enfermagem. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ENFERMAGEM, 42, 1990, Natal. Anais Brasília: Associação Brasileira de Enfermagem, 1990.

LEPARGNEUR, H. Bioética da eutanásia: argumentos éticos em torno da eutanásia. Bioética 7. 1999.

SUETONIO. A vida dos doze Césares. Tradução de Sady-Garibaldi. 2 ed. São Paulo. Prestígio, 2002.

A FORMAÇÃO CONTINUADA DOS DOCENTES PARA A OFERTA DE UMA EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA DE QUALIDADE QUE ASSEGURE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Scarlett Caroline Ramos Mansano¹, Ivan Dias da Motta²

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas UNICESUMAR. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Maringá. E-mail: scarlett_mansano@hotmail.com

² Orientador, Doutor, Professor Permanente do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1508111127815799>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7515-6187>. E-mail: ivan.iddm@gmail.com

RESUMO

A presente pesquisa propõe estudar a educação à distância e um dos seus principais desafios, que é a formação continuada de docentes para que o aprendizado seja ofertado sem prejuízo de sua qualidade e garanta o pleno desenvolvimento do cidadão, ora aluno, e seus direitos da personalidade. Além disso, tendo em vista que a modalidade de ensino à distância passa por um momento de intenso crescimento, pensar políticas públicas para a formação continuada de professores, deve ser uma das principais metas educacionais a serem avaliadas e estudadas. Assim, tem por escopo também aferir a efetividade da promoção de medidas essenciais para que a qualidade de ensino não seja prejudicada pela simples modalidade em que é fornecido. Dessa forma, por meio do método hipotético-dedutivo, foi possível definir a formação continuada como mecanismo adequado para solucionar o conflito estudado, qual seja, a falta de preparo de docentes para o ensino à distância, para que a oferta de educação de qualidade permaneça e preze pelo pleno desenvolvimento do cidadão e seus direitos da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; Educação à Distância; Docentes.

1 INTRODUÇÃO

As novas tecnologias trouxeram para a educação novas alternativas para a difusão do conhecimento, sobretudo, baseado no uso da internet. Passando a educação à distância a ser uma ferramenta que aproxima o máximo de pessoas das escolas, também, é alvo de obstáculos que podem impedir que seja ofertada uma aprendizagem integral. De modo que, os problemas que cercam os cursos nessa modalidade, sofrem críticas, quase sempre, quanto a falta de interatividade do processo de aprendizagem.

No Brasil a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB – n 9.394 de 20 de dezembro de 1996), desencadeou o processo da educação à distância, mas, foi só em 2005 que o poder público passou a regulamentar e estabelecer as normas para a educação a distância e tratar do credenciamento das instituições para ofertarem a modalidade de ensino e autorizar e reconhecer os cursos (GIOLO, 2008).

Conforme Alves (2011), a educação à distância é considerada como uma das modalidades mais democráticas da educação, podendo atender uma ampla quantidade de pessoas simultaneamente até mesmo em lugares em que não há possível o implemento de um ambiente escolar físico e, possibilitar o acesso à educação para aqueles que não podem estudar em horários pré-estabelecidos. Mas, assim, é oportuno o pensamento de Gadotti (2000), em que entende a educação à distância como um bem coletivo, que não deve ser utilizada em favor de jogos do mercado ou interesses políticos. No entanto, na prática, é visível que o objetivo inicial da educação à distância, foi perdendo sua essência de ampliar o acesso à educação para atender um mercado que visa o lucro e, em razão disso, pode perder a sua qualidade.

Além da questão de mercado, há outros dilemas que a educação à distância enfrenta, como o papel do docente na modalidade de educação à distância. O professor, acostumado a tradicional sala de aula, enfrenta dificuldades para aplicar o conhecimento em uma metodologia que não faz parte de sua experiência. O exemplo nítido e recente da dificuldade dos docentes na atuação profissional na modalidade a distância, pode ser observado no período de isolamento social, ocasionado em decorrência da pandemia iniciada em 2020, em que muitos professores, precisaram adaptar, de forma inesperada, seus conteúdos para o formato online (CORDEIRO, 2020).

As novas tecnologias representam como o grande diferencial da educação à distância, mas, a boa qualidade das aulas só pode ser alcançada com a concepção pedagógica, a atuação do tutor e o comprometimento do aluno, se tornando necessária a formação de docentes habilitados para a área da educação à distância (PRADO; ROSA, 2008).

A começar por uma formação que levem a compreensão ampla do docente acerca das tecnologias, mostrando a tecnologia no aspecto da prática profissional e habituando-o ao redor da realidade escolar (ARAÚJO; GOUVEIA, 2020).

Esses desafios devem ser prioridades, considerando que o ensino a distância aumentou em 474% em uma década no Brasil, conforme dados do Censo da Educação Superior 2021 e, o ingresso de alunos na modalidade presencial reduziu em 23,4% no mesmo período. Além do mais, reconhece o presidente do Inep, Carlos Eduardo moreno Sampaio, que a supervisão, a regulação e avaliação desses cursos passam a ser essenciais diante da expressiva expansão do ensino à distância. O que representa ser uma pesquisa que deve guiar as políticas públicas no setor (GOV. BR, 2022).

Nesse sentido, deve ser pensada a formação inicial de professores, mas, principalmente, na formação continuada dos mesmos (VEIGA, 1998), sendo que, a formação do docente, sem dúvidas, se trata de uma política pública educacional (LIMA; RAMOS, 2015).

Alguns exemplos de políticas públicas para a formação continuada dos docentes para a inserção das tecnologias em suas práticas pedagógicas são a criação do Portal do Professor pelo Ministério da Educação em parceria com o Ministério da Ciência e da Tecnologia (VALENTE, 2020); a distribuição de *tablets* para professores do ensino médio (GIACOMAZZO, 2014); e o recente Curso de especialização em Educação na Cultura Digital (GOV.BR, 2022).

Diante dessas reflexões encontramos relevância no papel da formação continuada para a utilização da tecnologia e dos meios digitais pela docência como importância para uma formação aperfeiçoada e evoluída, que atenda a qualidade que se espera na educação, seja ela à distância ou presencial, e que contribui para a garantia de uma oferta de aprendizado integral aos alunos, que não devem ser prejudicados pela modalidade de ensino. Ou seja, a preocupação com a formação dos docentes no uso das tecnologias, parte do sentido de buscar a efetiva entrega de uma educação que preze pelo pleno desenvolvimento dos cidadãos e seus direitos da personalidade

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

A pesquisa contou com a metodologia hipotético-dedutivo e com análise de obras bibliográficas, legislações e artigos científicos, o que possibilitou a abrangência do tema objeto, qual seja, a educação à distância e a garantia da qualidade da educação nessa modalidade que garanta o pleno desenvolvimento do cidadão e os direitos da personalidade. Dessa forma, tendo em vista que a educação à distância aumentou de forma expressiva, os obstáculos para a oferta de uma educação de qualidade devem ser derrubados através de políticas públicas que prezem em garantir uma educação que vise o pleno desenvolvimento do cidadão e seus direitos da personalidade. Ademais, a formação inicial e continuada de professores para o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação são essenciais para que a educação à distância aconteça de forma mais aperfeiçoada. Assim sendo, a análise promovida busca demonstrar a necessidade de políticas públicas que preparem o professor para o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a formação continuada, é uma das principais ferramentas para garantir que seja alcançada uma educação à distância que não apresente como obstáculo o despreparo de docentes para o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação. A falta de preparo de docentes pode resultar na oferta de uma educação que não preze pela garantia do pleno desenvolvimento do cidadão, bem como pelos seus direitos da personalidade.

Para tanto, tendo em vista a atual pesquisa de aumento expressivo no crescimento da modalidade de ensino à distância, as dificuldades para a garantia de uma educação que não atenua a qualidade do ensino pela modalidade em que é ofertada, devem ser analisadas de forma necessária e precisa. Assim, para alcançar uma solução, a fim de que a educação à distância mantenha o mesmo nível de qualidade do que a educação presencial, é imprescindível a formação continuada dos docentes.

REFERÊNCIAS:

ALVES, Lucineia. Educação a distância: conceitos e história no Brasil e no mundo. **Revista Brasileira de Aprendizagem Aberta e a Distância**, Rio de Janeiro, vol. 10, 2011. Disponível em: <http://seer.abed.net.br/index.php/RBAAD/article/view/235/113>. Acesso em: 08 nov. 2022

ARAÚJO, Andréa Cristina Marques de; GOUVEIA, Luis Borges. O digital nas instituições de ensino superior: um diagnóstico sobre a percepção docente em uma instituição de ensino superior em Belém do Pará (Brasil). **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 6, n. 7, p. 42551-42555, jul. 2020. Disponível em: <https://brazilianjournals.com/ojs/index.php/BRJD/article/view/12518/10531>. Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. Curso de Especialização Educação na Cultura Digital. Brasília, 2022. Disponível em: <http://educacaonaculturadigital.mec.gov.br/>. Acesso em: 08 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. Ensino a distância cresce 474% em uma década. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/assuntos/noticias/censo-da-educacao-superior/ensino-a-distancia-cresce-474-em-uma-decada#:~:text=Entre%202011%20e%202021%2C%20o,presenciais%20diminuiu%2023%2C4%25>. Acesso em: 08 nov. 2022.

CORDEIRO, Karolina Maria de Araújo. O Impacto da Pandemia na Educação: A Utilização da Tecnologia como Ferramenta de Ensino. **Faculdade IDAAM**, Amazonas, 2020. Disponível em: <http://dspace.sws.net.br/jspui/handle/prefix/1157>. Acesso em: 08 nov. 2022.

DO PRADO, Edna Cristina; DA ROSA, Ana Cristina Silva. A interatividade na educação a distância: avanços e desafios. **EccoS–Revista Científica**, v. 10, n. 1, p. 169-188, 2008.

GADOTTI, Moacir. Perspectivas atuais da educação. **São Paulo em perspectiva**, 2000, v. 14, p. 03-11, 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/hbD5jkw8vp7MxKvfvLHsW9D/?format=pdf>. Acesso em: 08 nov. 2022.

GIACOMAZZO, Graziela Fatima; FIUZA, Patricia Jantsch. A implantação do tablet educacional na perspectiva dos professores. **Revista**

Tecnologias na Educação, v. 11, n. 1, p. 1-10, 2014. Disponível em: <http://tecedu.pro.br/wp-content/uploads/2015/07/Art1-ano6-vol11-dez-2014.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2022.

GIOLO, Jaime. A educação a distância e a formação de professores. **Educação Social**, Campinas, vol. 29, n. 105, p. 1211-1234, set./dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/yQbgDvpr5BmJPwJRqfdvDQb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 nov. 2022.

LIMA, Daniela da Costa Britto Pereira; RAMOS, Emmanoela Celestino Almeida. Políticas e estratégias da educação a distância, por meio da UAB, na formação de professores. **Revista de Ciências Humanas**, v. 16, n. 26, p. 55-70, 2015. Disponível em: <http://revistas.fw.uri.br/index.php/revistadech/article/view/1678/1855>. Acesso em: 08 nov. 2022.

ALENTE, Jéssica. **O Portal do Professor disponibilizado pelo Ministério da Educação: possibilidades e limitações para o desenvolvimento de recursos educacionais abertos. 2020**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Tecnologia, Comunicação e Técnicas de Ensino) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2020.

VEIGA, Ilma Passos Alencastro. Avanços e Equívocos na Profissionalização do Magistério e a Nova LDB. In: VEIGA, I. P. A. (Org.). **Caminhos da Profissionalização do Magistério**. Campinas, SP: Papyrus, 1998.

A LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS COMO DIREITO DA PERSONALIDADE NO DESENVOLVIMENTO DE INDIVÍDUOS SURDOS NO BRASIL

Daniela Menengoti Ribeiro¹, Thiago Martins Vieira²

¹Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Unicesumar. Doutora em Direito-Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, França. daniela.ribeiro@unicesumar.edu.br

²Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (Unicesumar). thiago.direito@outlook.com

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa foi identificar, com base no modelo educacional bilíngue apresentado por Fernandes (2011) quais influências mais determinantes ou mais influentes a Libras (Língua brasileira de sinais) na formação e desenvolvimento de sujeitos surdos em idade escolar, evidenciando pontos nos quais os direitos de personalidade estão diretamente envolvidos na formação e desenvolvimento intelectual desses sujeitos, além do desenvolvimento linguístico, possibilitando a plenitude da comunicação e do progresso da construção da personalidade. Na pesquisa, foi utilizado o método dedutivo, de procedimento monográfico com pesquisa documental e bibliográfica. Na centralidade da pesquisa, considerou-se o modelo social de inclusão, no qual o sujeito é identificado não pela sua deficiência, mas sim pela sua cultura e particularidade de interação com o mundo à sua volta. No caso específico dos surdos, a interação visual predominante vai caracterizar o que Peddy Ladd (2013) chama de “Deafhood”, traduzido livremente como surdidade, destacando a importância da língua na construção da personalidade. Espera-se, com este resultado, colaborar com a elaboração de instrumentos de efetividade dos direitos de personalidade relacionados, especialmente ao uso da Libras como primeira língua na formação íntegra do indivíduo, colaborando com a inclusão verdadeiramente digna a esses sujeitos.

PALAVRAS-CHAVE: Língua de sinais; Surdos; Direitos da Personalidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho intenta investigar a relação da língua brasileira de sinais, enquanto primeira língua utilizada pelos surdos e seu papel e influência na formação da personalidade desses indivíduos.

Justifica-se desse modo, a presente pesquisa, pois, ainda que pareça fato novo ou inédito, como citado anteriormente, a comunidade surda é reconhecida como minoria linguística pelo estado brasileiro desde 2002. Porém, pouca discussão há em torno da questão linguística dos surdos, principalmente quando toca nos direitos linguísticos.

Soma-se a isso ao fato de que, em razão da diversidade de línguas existentes em território nacional, é recente a constatação de que somos um Brasil de muitas línguas, e que, dessa forma, os direitos linguísticos, bem como uma cidadania multilíngue devem ser objeto de debate não só na educação, mas também no direito.

O reconhecimento de que o Brasil não é um país monolíngue é relativamente recente. Um esforço tem sido feito, por parte do poder público, no intuito de identificar, classificar e reconhecer a diversidade linguística do país. A partir de 2010, o IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) tem se dedicado a realizar um inventário da diversidade linguística brasileira. O Decreto 7.387/2010 institui o Inventário Nacional da Diversidade Linguística (doravante INDL), o qual se dedica a descrever e reconhecer essa diversidade há muito desprezada. Nesse sentido, destaca-se a questão de como lidar com essa diversidade e que papel a língua de sinais teria na vida e formação dos surdos.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

A Libras (Língua Brasileira de Sinais) figura entre uma das línguas que constituem esse cenário multilíngue brasileiro. A Lei 10.436/2002, reconhece a Libras como meio legal de comunicação no Brasil, mas não a oficializa expressamente como um idioma oficial do País. Assim, o problema de pesquisa é relevante para destacar que, além de língua, utilizada na comunicação e leitura de mundo, a Libras é também o principal meio de observação e compreensão da realidade, sendo fator determinante na construção da personalidade do sujeito.

Da análise do conceito de direito linguístico, dentro do escopo do direito, porém o uso do termo “conceito” é questionável, tendo em vista que existem diversas definições e o termo encontra-se em construção, sem bases muito bem estabelecidas. Esse status é identificado por Pertille e Pertille (2018), que afirmam que o tema dos direitos linguísticos adquire força no contexto das transformações que permeiam o mundo.

Diferenciar os quadros de deficiência e doença é muito importante para que se formulem formas de atendimento educacional coerentes, pois cada qual implica em diferentes posicionamentos pedagógicos. Fernandes argumenta que, a forma como esteve organizada a educação especial – como um apêndice da educação regular, se deu em razão de confusão entre doença (contagiosa, necessita de tratamento médico e demanda cura) com deficiência.

Também se soma a essa questão o fato de que, tendo um padrão de normalidade estabelecido, o ‘desviante’ deveria ser encaminhado a outro local que não a escola regular – explicando, dessa forma, o fracasso escolar por questões orgânicas e individuais, atribuindo aos indivíduos o seu fracasso escolar.

Verifica-se que a Libras é essencial para a formação e desenvolvimento desses sujeitos, de modo que possibilita e desenvolvimento linguístico e a comunicação sem barreiras.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, pode-se identificar a essencialidade do desenvolvimento do surdo atrelada ao uso de sua língua materna ou nativa, pois a comunicação irrestrita é essencial para o desenvolvimento da linguística, da identidade e da formação da personalidade desses sujeitos.

Fernandes (2013) afirma que somente um ambiente com liberdade de ensino e aprendizagem, por meio da língua nativa é possível a verdadeira inclusão, sendo as legislações e julgados com tendência para reconhecer e valorizar essa condição servem verdadeiramente como instrumentos de efetivação de direitos da personalidade, especialmente na formação e desenvolvimento pessoal e intelectual, devendo, conforme Szaniawsk (2005) afirma, deve ser tutelado e integrar o rol desses direitos.

REFERÊNCIAS

FERNANDES, Sueli. **Educação de surdos**. 2.ed. Curitiba: IBPEX, 2011.

FERNANDES, Sueli. **Fundamentos para educação especial**. Curitiba: Ibpx, 2013.

LADD, Paddy. **Em busca da Surdidade**: colonização dos surdos. Lisboa: Surd' Universo, 2013.

PERTILLE, Thais Silveira; PERTILLE, Marcelo Cesar Bauer. Direitos Humanos linguísticos: o idioma como instrumento de manutenção da dignidade humana do imigrante. **Revista Videre**, v. 10, n. 19, p. 135-147, 2018.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direito da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIREITO AO REFORÇO ESCOLAR COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO A PERSONALIDADE

Giovanna Christina Moreli Alcantara da Silva¹, Ivan Dias da Motta²

¹ Mestranda do programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, Campus Maringá/PR, Universidade Cesumar – Unicesumar. giovannachristina1997@gmail.com.

² Orientador, Doutor, Professor Permanente do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar – Unicesumar. ivan.motta@unicesumar.edu.br.

RESUMO:

A educação é um direito fundamental, tendo o estado o dever de garantir o acesso irrestrito e igualitário, de modo a permitir que todos os indivíduos não tenham prejuízos educacionais. Nos últimos anos o direito educacional tornou-se um instrumento importante para o desenvolvimento da personalidade dos seres humanos e uma forma da preservação de seus direitos, sendo o processo de aprendizagem um dos principais pilares, no entanto há diversos fatores que interferem nesse processo, dentre eles a falta de recursos e políticas públicas necessárias para o apoio no ambiente escolar. Apesar de todos os esforços as escolas ainda encontram severas dificuldades para atender as necessidades dos alunos e com a um desenvolvimento do fracasso escolar. Para atender as necessidades dos alunos o reforço escolar vem como uma política pública necessária para impedir danos educacionais para os alunos, e assim e efetivar a proteção do direito à personalidade.

Palavras-chave: Direito educacional; Fracasso escolar; Reforço escolar.

1 INTRODUÇÃO

A educação é um direito fundamental, devido a isso o Estado tem o dever de implementar políticas públicas capazes de garantir seu acesso e qualidade de todos os cidadãos. Sabe-se da importância da educação para o desenvolvimento da personalidade dos seres humanos, que se trata de um direito garantido em lei pelos artigos 205 e 208 da Constituição Federal, efetivado pelo ECA e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Por mais que o direito educacional acabe se tornando um mecanismo de defesa dos direitos de crianças e adolescentes os problemas educacionais como o fracasso escolar acabam ganhando destaque e fazendo com que o poder público tenha que criar os meios de desta, nesse contexto o reforço escolar vem como uma política publica necessária para que os alunos possam enfrentar as dificuldades e conseguirem evitar os danos educacionais

Nesse sentido o reforço escolar pode ser utilizado visando a proteção do direito à educação, de modo que crianças e adolescentes possam enfrentar as dificuldades e problemas encontrados durante o período escolar e por esse motivo tornou-se um elemento fundamental para o apoio dos alunos que enfrentam dificuldades de aprendizagem, de modo

que faz-se necessário preparar a comunidade escolar, capacitar os professores para atender adequadamente essas crianças, sem que ocorram danos educacional e psicológico que o prejudique seu desenvolvimento. Estes questionamentos revelam a importância da discussão sobre este tema no meio educacional e a necessidade de ampliar os debates bem como a necessidade de mudanças no contexto educacional, levando em consideração que o reforço escolar deve ocorrer como um meio de auxiliar as atividades pedagógicas que favoreça o convívio social e contribua para amenizar a complexidade que envolve o processo educativo, auxiliando na busca de novos resultados e evitando assim o fracasso escolar. A partir disso surge a indagação, o reforço escolar está sendo garantido aos alunos durante o período educacional.

2. DISCUSSÕES E RESULTADOS

Podemos dizer que um dos principais reflexos do prejuízo educacional ocorrido aos alunos nos últimos anos é o fracasso escolar, que vem a ser definido por Patto (1999) como o resultado de muitos fatores, como por exemplo a reprovação, analfabetismo, dificuldades na leitura, algumas características que fenômenos que afetam os alunos. Deve ser levado em consideração que a pandemia elevou os problemas educacionais pois muitos não possuíam os meios necessário para conseguir acompanhar as aulas.

A constituição traz o princípio da proteção integral da criança, no artigo 227 e transforma a educação como um dever de toda a sociedade, devendo todos os indivíduos fiscalizar e possibilitar a garantia dos direitos as crianças e adolescentes. Nesse cenário o direito educacional ganha destaque sendo considerado como um dos principais meios de garantir o desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes é o direito a educação.

A Constituição Federal de 1988 inseriu a educação no rol dos direitos sociais, respeitando sua característica de direito fundamental de segunda dimensão, ou seja, direitos que exigem atuação do Estado para efetivação, diferente dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que exigem apenas abstenção do Estado, no intuito de não tolher direitos básicos das pessoas ligados à liberdade. (Koehler; Motta 2012).

A educação no Brasil, por mais que observe as dificuldades dos alunos ainda adora a aula pautada no conteúdo a ser exposto, seguindo o que é definido por todos, sem observar as dificuldades que possam ser encontradas em sala de aula, por esse Pacheco, Moreno e Pacheco (2020), que a escola não busca atender as necessidades e problemas dos alunos, mas sim o problema com o aluno, isso acaba desmotivando os alunos e assim fortalecendo o fracasso escolar.

Por mais que o poder público estabeleceu as metas do Plano Nacional de Educação, elas ainda não atingem o objetivo de proteger os alunos e demonstram desigualdades entre os estudantes, pois o que conseguem o apoio necessário conseguem tem as suas dificuldades atendidas.

Nesse sentido a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, LDB (Lei nº 9.394/1996), trouxe em seu artigo 24, inciso V, a necessidade do reforço escolar durante o processo educacional dos alunos, o tornando obrigatório no ambiente escolar “obrigatoriedade de estudos de recuperação, de preferência paralelos ao período letivo, para os casos de baixo rendimento escolar, a serem disciplinados pelas instituições de ensino em seus regimentos” (BRASIL, 1996)

O reforço escolar tem sido utilizado como uma atividade que visa auxiliar a educação, Luckesi (1999), defende que ele passou a ser uma forma de apoio os alunos e assim ser proporcionado meios que suprem o que eles não conseguiram aprender durante o período regular de aula. Esse apoio educacional muitas vezes em contra turno, pois é a forma que as necessidades individuais possam ser atendidas.

Devido ao fato de que para a implementação da política de reforço escolar, depende um planejamento pelo poder público, ainda não são todas as escolas que mantem uma sala de apoio para os alunos,

Por mais que o reforço escolar se tornou uma política importante, como demanda gastos como a manutenção de uma sala de aula e a

contratação de professores não são todos os lugares que existem uma efetivação dessa garantia aos alunos, ao longo dos anos foram criados alguns programas como forma de proteção dos alunos e como um meio de realizar o reforço escolar a nível nacional temos o PMALFA (Programa Mais Alfabetização), a níveis estaduais como o Educa Juntos e a Oficinas Descomplica, programa implementado no Paraná e no âmbito do município de Maringá, existe o Projeto Aprender Mais, para atender as dificuldades dos alunos, após o período pandêmico.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade deve garantir o acesso à educação, pois trata-se de um direito fundamental, evitando assim os danos aos direitos fundamentais e garantido o desenvolvimento dos indivíduos. O direito educacional acabou sendo transformado em um mecanismo de proteção do que está estabelecido na constituição e leis correlatas.

Nossa sociedade tem cada vez mais presenciado as dificuldades educacionais, de modo a demonstrar como o fracasso escolar ganhou destaque, fazendo com que muitos alunos sejam desmotivado e acabem desistindo de estudar, prejudicando seu desenvolvimento.

Evidencia-se, a necessidade de uma comunicação entre o Direito e a Educação, de modo que eles possam agir em conjunto possibilitando a criação dos meios de apoio necessário para o desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana das crianças e adolescentes. O reforço escolar por mais que ainda esteja sendo implementado vem como uma política pública necessária em nosso meio educacional para a proteção do direito a personalidade e assim evitar danos que podem ser irreparáveis.

REFERÊNCIAS

KOEHLER, Rodrigo Oskar Leopoldino; MOTTA, Ivan Dias da. **A Constituição Federal de 1988 e o Direito à Educação**. Disponível em: <https://177.129.73.3/index.php/revjuridica/article/view/2268>. Acesso em 31 de out. de 2022.

PATTO, Maria Helena Souza. **A produção do fracasso escolar**: histórias de submissão e rebeldia. São Paulo: Casa do Psicólogo. 1999

PACHECO, Marcos da Silva; MORENO, Thamiris Monteiro, PACHECO, Paula Mello. **Fracasso Escolar Versus Sucesso Presumido**: a Individualização da Questão. ed. rev. e atual., 2020. Disponível em: <http://www.cadernosdapedagogia.ufscar.br/index.php/cp/article/view/1298/548>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

BRASIL. Constituição (1996). **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

LUCKESI. C.C. **Avaliação da aprendizagem escolar**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

OS REFLEXOS DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E MEDICINA PREDITIVA NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Victor Hugo Ferreira Brito¹, Zulmar Antônio Fachin²

¹ Acadêmico do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Ciências Jurídicas, Campus Maringá/PR, Universidade CESUMAR – UNICESUMAR. victor.brito21@yahoo.com.br

² Orientador, Doutor, Departamento de Pós-Graduação em Strictu Sensu em Ciências Jurídicas, Campus Maringá/PR, Universidade CESUMAR – UNICESUMAR.

RESUMO

O trabalho analisa o cenário da relação do ser humano com a emergência de novas tecnologias informacionais com ênfase na relação do Capitalismo de Vigilância e da Medicina Preditiva com os Direitos da Personalidade dos indivíduos imersos nestas novas ordens. A pesquisa tem como recorte temporal o período da criação da rede mundial de computadores: internet, até os dias atuais, como temático, o impacto que essas novas ordens tecnológicas possuem em face aos Direitos da Personalidade do ser humano, analisando sua estruturação, dinâmica e consequências potenciais. Através da análise dos resultados foi possível identificar impacto que as novas ordens tecnológicas possuem o potencial lesivo aos direitos da personalidade, em especial, a liberdade, autodeterminação e privacidade. O estudo possui o objetivo de verificar se a utilização de tecnologias voltadas a meios informacionais, quando aplicadas em seres humanos, demonstra uma potencialidade em causar danos aos Direitos da Personalidade. Isto pois, trata-se de um vasto poder que deve ser conduzido por dominantes responsáveis, que visem a integridade de ajudar o ser humano enquanto espécie em sua evolução.

PALAVRAS-CHAVE: Tecnologias informacionais; Capitalismo de Vigilância; Medicina Preditiva; Direitos da Personalidade.

1 INTRODUÇÃO

A tecnologia tem auxiliado o homem primitivo desde antes à descoberta do fogo, passando em outro momento histórico à transição do homem enquanto nômade para o sedentarismo, através do desenvolvimento da agricultura. Posteriormente levando-o a lugares longínquos na idade dos descobrimentos promovidos pelo continente europeu, chegando-se ao ponto, atualmente, da era digital.

Este novo aspecto tecnológico proporcionou o fomento da globalização, onde pessoas, empresas e estados podem ter um acesso de comunicação e informativo vasto, seja ele em relação a documentos localizados em ambientes distantes fisicamente ou conversar através de smartphones com terceiros do outro lado do mundo. A globalização estreitou laços de relacionamento humano, de possibilidades econômicas e oportunidades educacionais anteriormente improváveis; tudo isso por meio de uma rede conectada de instrumentos digitais chamada internet (ZUBOFF, 2021).

Como fruto desse ambiente globalizado movido pela tecnologia digital, nasce um novo tipo de ordem econômica chamada Capitalismo de Vigilância, que tem como substrato a armazenar informações dos usuários da internet para fins diversos, entretanto principalmente comercial. Se apresenta como uma oportunidade de emancipação para quem esteja conectado, buscando facilitar as demandas dos seres humanos imersos no meio digital. Entretanto, para que isso seja possível, estes usuários necessitam contribuir com esse banco de dados prestando suas informações pessoais e permitindo que suas tendências de personalidade sejam registradas (CARIBÉ, 2019).

Outro fruto da era digital é a medicina preditiva, que por sua vez nasce com o objetivo de coletar dados significativos de pacientes submetidos a consultas e intervenções médicas, a fim de criar uma memória genética para detectar quaisquer patologias, prevenir e tratar que afetem a fonte desta informação (FRANÇA, 2014).

Ambas as inovações, como a maioria das tecnologias desenvolvidas pelo ser humano, prometem contribuir para a evolução e bem-estar, entretanto, há que se indagar se realmente cumprem a que prometem e mais, se seus dominantes possuem interesses legítimos ao utilizá-las; para além disso, como a aplicação dessas tecnologias podem impactar o ser humano e seus direitos da personalidade (BITTAR, 2015).

O Estudo possui como recorte temporal o período de 1990, com o advento da internet, até os tempos atuais. Como recorte temático, o impacto do Capitalismo de Vigilância e da Medicina Preditiva sobre os Direitos da Personalidade.

Almeja-se contribuir, com esta pesquisa, a noção da relação de novas tecnologias quando aplicadas sobre o ser humano, utilizando de aportes informacionais para tanto. Objetivando mostrar qual o potencial de impacto a ser causado nos direitos da personalidade dos indivíduos sujeitos a elas.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

O Estudo analisou o cenário da aplicação das ferramentas utilizadas na era digital em face ao atributos da personalidade humana e seus respectivos direitos. Através de um aprofundamento na temática, constatou-se a atuação de dois eventos que tomam lugar de destaque em seu potencial tangível ao direitos da personalidade, sendo eles o Capitalismo de Vigilância e a Medicina Preditiva.

Ao analisar o Capitalismo de Vigilância, verificou-se que esse instituto, promovido de modo unilateral por grandes corporações empresariais e até mesmo governamentais, é utilizado para o aperfeiçoamento de produtos e serviços a disposição no mercado, colhendo informações pessoais dos usuários da rede com a finalidade de

alimentar bancos de dados para avançar processos mais aprimorados de fabricação dos bens e serviços demandados (ZUBOFF, 2021).

Ao ponto que, O Capitalismo de Vigilância sabe tudo sobre os usuários conectados, em sua programação acumula vasto domínio de um conhecimento novo injetado pelos seres humanos, em favor dos terceiros detentores desse poder. Elas predizem nosso futuro a fim de gerar ganhos para os outros, com seus mercados futuros comportamentais, a propriedade desses novos meios de modificação comportamental irá ofuscar a propriedade dos meios de produção como o manancial da riqueza e do poder em eras passadas (CARIBÉ, 2019).

Por sua vez, a Medicina Preditiva tem se mostrado relacionada ao evento acima e possui dinâmica semelhante em relação ao campo da saúde humana. A medicina preditiva, que visa prever a ocorrência de doenças e suas consequências, caracteriza-se por práticas cuja proposta consiste em prever uma predisposição individual no organismo com o objetivo de recomendar a melhor forma de preveni-la. Cria-se assim a relação médico-paciente e a oportunidade de desvendar situações que podem colocar em risco a vida privada da pessoa ou expô-la a uma série de constrangimentos e discriminações. (FRANÇA, 2014).

Essa dinâmica, de liberdade e saúde, não apresentou qualquer proposta em favor da melhoria das condições de vida e de saúde das pessoas sem se respeitar a autonomia, mesmo quando elas não estão dispostas a se submeterem a certas condutas que possam ser consideradas de risco, a exemplo das práticas invasivas de novas metodologias tecnológicas.

Neste íterim, fora analisado como a existência do ser humano é afetada enquanto inserida nestes sistemas. Ao se discutir existência humana, imperioso se faz o exame das condições desenvolvidas até aqui em face aos elementos inerentes à promoção do aspecto pessoal da natureza humana: Direitos da Personalidade. Sendo estes, a gama de garantias atreladas à personalidade do indivíduo fundamentadas pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no artigo 1º, inciso III e resguardadas especialmente pelo caput do artigo 5º, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e o Capítulo II do Código Civil (BRASIL, 2002), dos quais sobre o tema se destacam os direitos sobre: liberdade, intimidade e privacidade.

Ao vincular os fatos destacados a aspectos da personalidade humana, determinou-se que o Capitalismo de Vigilância é prejudicial à liberdade e privacidade do indivíduo. Pois quando aplicado, suprime a liberdade do ser humano de considerar em sua autodeterminação quais produtos e serviços ele tem à disposição no mercado consumidor, pois é guiado por uma dinâmica que se alimenta de informações resultantes de intervenções sutis em sua vida privada para aliená-lo a adquirir um determinado bem (CARIBÉ, 2019).

Ao passo que, ao analisar o segundo evento, a Medicina Preditiva traz consigo a possibilidade de discriminação do ser humano. Deve-se ao fato, de reter dados genéticos que revelam possíveis surgimentos patológicos que, ao serem publicizados ou compartilhados com outros entes que não instituições de saúde, pode acarretar em uma demissão, no âmbito do trabalho, ou um aumento de encargos em serviços securitários contratados pelo indivíduo, dentre tantos outros quais possíveis em meio social.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluiu-se que a noção de Capitalismo de Vigilância onde demonstrou-se sua estrutura e contexto de formação, verificando como impões sua dinâmica aos seres humanos usuários da rede e imersos no mercado. Com isso deixa o sujeito à ordem econômica infértil no que tange à liberdade, privacidade e principalmente à autonomia; direitos inerentes à personalidade.

Para além disso verificou-se que na Medicina Preditiva há o potencial aspecto de perversão desta tecnologia a levar o indivíduo a constrangimento e discriminação, quando utilizada para fins econômicos, vocacionais e de liberdades.

Por fim, o presente estudo verificou que a utilização de tecnologias voltadas a meios informacionais, quando aplicadas em seres humanos, demonstra a possibilidade em ter seus objetivos deturpados quais tendem a ofender os direitos da personalidade do Indivíduo.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev., aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar, p. 87-109 – São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988..

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

CARIBÉ, José Carlos Rebello. Uma perspectiva histórica e sistêmica do capitalismo de vigilância. **Revista Inteligência Empresarial**: n. 41 -2019. Disponível em:
<https://inteligenciaempresarial.emnuvens.com.br/rie/article/view/20/17>.
Acesso em: 24 out. 2022.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. – 12. ed. rev., atual. e ampl., p. 119-168 – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**. Trad.: George Schlesinger, p. 115-127, São Paulo: Intrínseca, 2021.